

## DIREITO E MORAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL: AUTONOMIA JURÍDICA NA TEORIA SISTÊMICA DE NIKLAS LUHMANN

LAW AND ETHICS IN CONSTITUTIONAL STATE: JURIDICAL AUTONOMY IN NIKLAS' SYSTEMIC THEORY

Anselmo Laghi Laranja\*  
João Maurício Adeodato\*\*

**Resumo:** No presente artigo, teve-se como objetivo a reflexão acerca da reaproximação entre os valores morais e o Direito a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Assim, utiliza-se a teoria sistêmica para compreender o fenômeno de positividade dos direitos humanos, que se dizem fruto da natureza humana e anteriores ao próprio sistema jurídico. Pretende-se, com isso, discutir como tem sido essa nova dinâmica do Direito com o meio e até que ponto há perda de sua autonomia (encerramento operativo) e sua diferenciação. Como resultado, reconheceu-se a importância da compreensão que se tem acerca dos princípios jurídicos, aspecto basilar para se saber se os ideais de justiça e dignidade incorporados nos textos jurídicos geraram uma desdiferenciação entre Direito e moral, retirando por completo a autonomia do Direito, ou se geraram um reforço na comunicação entre os dois subsistemas, o que preservaria a diferenciação e, conseqüentemente, a independência do subsistema do Direito.

**Palavras-chave:** Teoria dos sistemas. Moral. Direitos humanos. Desdiferenciação. Autonomia.

**Abstract:** This article purports a discussion on the rapprochement of moral values and the Law, with grounds on Niklas Luhmann's Theory of Systems. It therefore takes advantage of the systemic theory to comprehend the phenomenon of the inalienable human rights, which are said to be fruit of human nature and prior to the very juridical system. Hence, it is intended to discuss how this new dynamics of Law interacts with the environment and to what extent it loses its autonomy and differentiation. As a result, it has been acknowledged the importance of the understanding one must have of juridical principles which are essential to realize whether the ideals of justice and dignity incorporated to the juridical texts have indeed implied in a dedifferentiation between law and morality by entirely suppressing the autonomy of the Law or whether they have produced a support to the communication between both subsystems, what would preserve differentiation and, consequently, the independence of the Law subsystem.

**Keywords:** Theory of systems. Ethics. Human rights. Dedifferentiation. Autonomy.

\* Mestre em História pela Universidade Federal do Espírito Santo; doutorando em Direito e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória; Espírito Santo; Av. Fernando Ferrari, 514 - Goiabeiras, Vitória - ES, 29075-910; [anselmolaranja@gmail.com](mailto:anselmolaranja@gmail.com)

\*\* Doutor e livre docente pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo; Pós-doutorado na Universidade de Mainz pela Fundação Alexander von Humboldt; [jmadeodato@gmail.com](mailto:jmadeodato@gmail.com)

## Introdução

A concepção do fenômeno jurídico tem sofrido profundas alterações desde a segunda metade do século XX. A heterogeneidade dos valores morais que marcou o início da modernidade obteve como resposta o surgimento das correntes positivistas na teoria geral do direito, que tentaram criar teorias afastadas da moral e caracterizadas por um cientificismo imparcial.<sup>1</sup> Posteriormente, principalmente em razão do holocausto nazista, esse distanciamento entre o direito já positivado e os valores de justiça foi questionado pelos teóricos do Direito. Assim, certos valores foram considerados pertencentes à própria ordem jurídica e positivados na forma de direitos humanos, principalmente por meio de documentos internacionais.

Essas correntes de pensamento “pós-positivistas” ficam exemplificadas em documentos como a Convenção Americana dos Direitos Humanos, que apresenta em seu preâmbulo o seguinte ditame: “[...] os Estados americanos reconhecem que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato dos direitos terem como base os atributos da pessoa humana.”

Essa posição confronta diretamente a perspectiva positivista acerca do Direito. Nesse sentido, o Estado passaria de garantidor de direitos instituídos para garantidor de direitos reconhecidos. Portanto, surgem direitos humanos que, apesar de precisarem passar por um rito de aprovação, são identificados como anteriores à própria ordem normativa e já presentes pela própria natureza humana, o que configura contexto de zona cinzenta entre as extremidades jusnaturalista e juspositivista.

Dessa forma, diversas teorias tentaram entender a dinâmica social e jurídica e formular um modelo explicativo de como se desenvolvem as relações humanas em uma sociedade mais complexa. Entre elas está o funcionalismo sistêmico de Niklas Luhmann.

Empenhado na tentativa de entender o funcionamento social, Luhmann observou que o Direito surge como um elemento de estabilização de expectativas perante uma sociedade que, principalmente na modernidade, não conseguia encontrar um núcleo moral comum. Assim, de acordo com o crescimento e o desenvolvimento social, foi necessário que os elos de confiança entre os cidadãos fossem substituídos pela confiança nas instituições, a fim de permitir a continuação da coesão social (SAMPAIO, 2004, p. 110).

Sem esse controle de expectativas, a realidade seria demasiada complexa, ou seja, haveria tantas respostas possíveis, tantas possibilidades, que não seria exequível a realização simultânea de todas, o que faz com que seja necessário que se escolha entre algumas (LUHMANN, 2005, p. 14). Ao

---

<sup>1</sup> Considerando-se a ambiguidade e a porosidade que os termos ética e moral possuem, esclarece-se que, para os fins deste artigo, entende-se por ética a “[...] ciência da conduta” e, mais precisamente, no sentido que a considera a “ciência do móvel da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir ou disciplinar essa conduta.” (ABBAGNANO, 2007, p. 380-383). Nesse sentido, ética e direito resguardam uma relação de contém e contido. Enquanto isso, moral é entendida como o objeto da ética (ABBAGNANO, 2007, p. 682), ou seja, conjunto de normas não jurídicas que disciplinam condutas. A distinção entre moral e direito será apresentada à medida que forem explicitados os conceitos da teoria sistêmica de Niklas Luhmann. Por fim, cabe frisar que a expressão resgate ético do Direito foi mantida em decorrência de seu tradicional uso por parte da doutrina brasileira para identificar a mudança paradigmática da filosofia do Direito após a Segunda Guerra Mundial. Nada obstante, em consonância com o acordo semântico aqui realizado, a expressão mais esclarecedora seria resgate moral do Direito.

se fazer essas escolhas e estabilizar as expectativas, limitando o número de possibilidades, ocorre a diferenciação, ou seja, surge uma estrutura capaz de se diferenciar do meio circundante, mais complexo. Essa estrutura, baseada na diferença, Luhmann (2011, p. 80-81) chamou de sistema.

Nesse sentido, um sistema cumpre a função de controlar a experiência concreta, organizando relações de complexidade e contingência. A complexidade exige que o sistema faça uma seleção de alternativas. Já a contingência alerta do perigo da possibilidade de desapontamento, ou seja, que seja tomada uma decisão fora da seleção de alternativas esperadas. Assim, considera-se que um sistema está formado quando ele consegue gerar uma boa seleção de alternativas (reduzindo a complexidade) e estabilizar essa seleção diante de desapontamentos (evitar que essa seleção seja descumprida ou alterada) (LUHMANN, 1983, p. 45-46).

Por conseguinte, o próprio sistema também está sujeito a ser influenciado por um aumento de complexidade, de ordem interna. Assim, quando o sistema, por aumento de complexidade interna, não consegue mais manter eficientemente um controle de expectativas, ele pode se diferenciar, ocorrendo uma decomposição geradora de novos subsistemas (NEVES; NEVES, 2006, p. 193). Assim, um subsistema é sempre uma unidade que está contida em outra unidade maior e mais complexa.

O sociólogo alemão entende que o Direito é um desses subsistemas do sistema social capaz de reduzir as expectativas sociais e, ao informar aquilo que é lícito e aquilo que é ilícito, proporciona um ambiente capaz de manter a ordem e a coesão social. Para tanto, atribui algumas características a esses sistemas, as quais denomina autopoiese e encerramento operativo.

Essas características serão mais bem desenvolvidas no decurso deste trabalho. Contudo, cabe, introdutoriamente, anotar que representam a necessária autonomia que qualquer sistema precisa possuir para manter sua diferenciação do ambiente. Sistemas como o Direito, para Luhmann, por possuírem a função de conformar valores morais concorrentes no meio social, encontram sua legitimidade por possuírem uma autonomia capaz de realizar suas operações sem que exista a prevalência de certos valores antes do devido procedimento.<sup>2</sup>

Assim, neste trabalho se buscou fazer uma pesquisa bibliográfica sobre a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e iniciar alguns questionamentos sobre a reaproximação entre os valores morais e o Direito, buscando compreender como a teoria sistêmica pode auxiliar a interpretar e a entender esse fenômeno de positivação dos direitos humanos, que se dizem fruto da natureza humana e anteriores ao próprio sistema. Pretende-se discutir como tem sido essa nova dinâmica do Direito com o meio e até que ponto há perda de sua autonomia (encerramento operativo) e sua diferenciação.

Noutras palavras, pretende-se discutir se aquilo que ficou conhecido como *o resgate ético do Direito*, pelo qual ideais como justiça e dignidade passaram a ser grande preocupação dos estudiosos do Direito, foi capaz de causar uma desdiferenciação entre Direito e moral, retirando por completo a autonomia do Direito, ou se o que ocorreu foi um reforço na comunicação entre os dois subsistemas,

---

<sup>2</sup> Niklas Luhmann desenvolve essa tese em sua obra *Legitimação pelo procedimento* (1980), publicada em português pela Universidade de Brasília.

por meio de um acoplamento estrutural (termo que será explicado mais tarde), o que preservaria a diferenciação e, conseqüentemente, a independência do subsistema do Direito.

Para tanto, realizou-se a revisão bibliográfica de importantes obras sobre o assunto, com especial atenção para *Introdução à Teoria dos Sistemas* (2011), de Niklas Luhmann, que, somada a outras (obras) mais específicas, aborda variados aspectos do tema. Sem prejuízo das próprias reflexões aqui feitas, neste trabalho baseou-se nessas obras, extraindo-se o essencial para alcançar os objetivos antes delineados.

A revisão bibliográfica, que pode ser entendida como uma busca sistemática no sentido de mapear o que se tem pesquisado na área, é tratada por Hitchcock e Hughes (apud MOURA; FERREIRA; PAINE, 1998, p. 51), nos seguintes termos:

[...] amplia e refina o conhecimento existente; ajuda a definir e classificar as questões da pesquisa; permite a identificação de lacunas e de áreas pouco exploradas; ajuda a esclarecer aspectos teóricos, metodológicos e analíticos; permite a identificação de debates atuais e controversias.

Dessa forma, a revisão de literatura não é uma fase discreta, independente de pesquisa. A integração do material levantado deve permitir uma análise do que se tem denominado “o estado da questão” sobre um determinado tema ou problema de pesquisa, revelando lacunas que justificam o estudo que se pretende fazer (MOURA; FERREIRA; PAINE, 1998).

A apresentação de resultados dividiu-se em três momentos: no primeiro momento, fez-se uma introdução à teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, apresentando-se sua base e como ele enxerga o fenômeno jurídico; no segundo momento, analisou-se o contexto do processo de universalização dos direitos humanos e as correntes que tentam legitimá-los; por fim, utilizou-se o arcabouço teórico da doutrina sistêmica para entender como as correntes de legitimação dos direitos humanos afetam a noção de direito dogmaticamente organizado e operacionalmente fechado.

Apesar de se encontrar na literatura pátria autores que defendem a impossibilidade de aplicação integral da tese luhmanniana à realidade jurídica brasileira,<sup>3</sup> acredita-se que a teoria dos sistemas, apesar de não ser suficiente para explicar as relações de legitimidade do direito brasileiro em razão da sua baixa dogmatização, traz perspectiva relevante para entender alguns fenômenos jurídicos, entre eles o processo de interação do Direito com outros subsistemas, como, por exemplo, a relação entre Direito e moral no caso do julgamento da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132, que reconheceu o *status* de união estável às relações homoafetivas, de forma autopoietica ou alopoiética.

<sup>3</sup> Exemplos de obras que criticam a aplicação integral da tese de Niklas Luhmann na realidade brasileira são *Ética e Retórica*, de João Maurício Adeodato (2009), e *Habermas e o estado de direito*, de Marcelo Neves (1996b).

## 1 Introdução ao pensamento sistêmico de Niklas Luhmann

### 1.1 Principais institutos da teoria sistêmica

A teoria dos sistemas possui como um de seus pontos mais importantes a noção de diferença, sua verdadeira linha de partida, ou seja, de que o sistema é a própria diferença que resulta da distinção entre ele (o sistema) e o meio (LUHMANN, 2011, p. 81). Por serem diferentes do meio, podem-se identificar os sistemas.

É exatamente por essa razão que se pode dizer que a teoria dos sistemas inicia a sua fundamentação não com uma unidade, mas, sim, com a diferença (LUHMANN, 2011, p. 81), que parte da ideia de que o sistema, em suas operações, utiliza-se apenas de seus instrumentos próprios para filtrar determinadas informações do meio. Assim, o próprio sistema produz os instrumentos necessários para suas operações. No dizer de Luhmann (2011, p. 89), “[...] a vida surge da vida.”

Nos sistemas sociais, a diferença surge por meio da comunicação. Quando se forma uma comunicação diferenciada da utilizada no meio, forma-se um sistema capaz de reduzir as complexidades do próprio meio. Ao se diferenciar, o sistema reduz as possibilidades de escolha, tornando possível apenas aquelas opções que estiverem dentro da comunicação escolhida.

Não é por outra razão que o próprio Luhmann alude que

O sistema (comunicação) pode se distinguir em relação ao seu meio: a operação realizada pelo sistema (operação de comunicação) efetua uma diferença, na medida em que uma operação se articula e se prende à outra de seu mesmo tipo, e vai excluindo todo o resto. Fora do sistema, no meio, acontecem outras coisas simultaneamente; e elas sucedem em um mundo que só tem significado para o sistema no momento em que ele possa conectar esses acontecimentos à comunicação. (LUHMANN, 2011, p. 92).

Demonstra-se que, à medida que os sistemas se formam e diferenciam a sua comunicação da do ambiente, todas as respostas e significados passam a ser dados pela comunicação própria do sistema. É por essa diferenciação comunicativa que se permite analisar quando o sistema está operando com base em si próprio, ou seja, quando sua própria comunicação produz mais comunicação, garantindo, assim, a autopoiese, ou quando ele é determinado por elementos exteriores à sua comunicação, o que caracteriza o fenômeno da alopoiese, que, se reiteradamente repetido, levará o próprio sistema à ruína, colocando um outro, com outra comunicação, em seu lugar.

Desse modo, uma característica dos sistemas é o seu encerramento operativo, que “[...] estabelece que a diferença sistema/meio só se realiza e só é possível pelo sistema.” (LUHMANN, 2011, p. 102). O ponto mais importante desse encerramento operativo é que, por ele, “[...] o sistema estabelece seus próprios limites, mediante operações exclusivas, devendo-se unicamente a isso que ele possa ser observado.” (LUHMANN, 2011, p. 102). É o encerramento operativo, portanto, que garante que o sistema produza uma espécie de operação exclusiva.

Essa operação deverá ser conduzida pela noção de auto-organização – o sistema deverá construir suas próprias estruturas – e autopoiese – que significa a determinação do estado posterior

do sistema a partir dos próprios instrumentos do sistema, uma espécie de autorreprodução – termos cuja significação se procurou alcançar no decorrer do trabalho.

Ao tratar de encerramento operativo, não se pode confundi-lo com o completo isolamento do sistema, já que por encerramento operativo não se entende isolamento termodinâmico, mas somente fechamento operacional, do que se depreende que o sistema, embora deva operar com seus próprios elementos, está propenso a receber incentivos externos, do ambiente, por exemplo, e a trocar comunicações com os outros sistemas.

Esse diálogo entre o sistema e seu meio ou entre um determinado sistema e os outros sistemas, ocorre via acoplamento estrutural, que, por não ser incompatível com a autopoiese, mantém o encerramento operativo dos sistemas, enquanto permite um abertura cognitiva no sistema aos incentivos externos. Por isso,

O acoplamento estrutural [...] não torna possível uma influência direta do ambiente em um sistema, apenas permite a influência de um sistema em outro [...] o acoplamento estrutural provoca irritações no sistema. Contudo, o próprio sistema é quem determina o que lhe causa irritação. (BRASIL JÚNIOR, 2010, p. 107).

É justamente por essa razão que o acoplamento estrutural não é incompatível com a autopoiese, pois, sendo o próprio sistema a determinar o que lhe causará irritação, trata-se, em verdade, não de uma irritação diretamente externa, mas, sim, de uma autoirritação (LUHMANN, 2011, p. 132), o que não impede de se afirmar que os sistemas possuem uma abertura cognitiva, até porque os sistemas “São fechados em informação e abertos em energia. A forma de comunicar-se é pelas prestações. A política precisa do Direito, e a recíproca é verdadeira [...] A prestação fornecida pelo subsistema ao outro é um ato de reciprocidade.” (LIMA, 2009, p. 27).

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2013) – considerada o melhor exemplo de acoplamento estrutural entre o Direito e a política – é que garante uma efetiva troca de informações entre esses dois subsistemas e que, ao estabelecer “[...] limites políticos ao direito e limites jurídicos à política” (BRASIL JÚNIOR, 2010, p. 109), acaba por promover “[...] uma solução jurídica à autorreferência do sistema político, ao mesmo tempo em que se fornece uma resposta política à autorreferência do sistema jurídico.” (LIMA, 2009, p. 31).

## 1.2 O pensamento luhmanniano como base teórica para o estudo do Direito

A separação dos poderes, que em um primeiro momento delegou uma tarefa secundária ao Poder Judiciário, como mera boca da lei, sofreu profundas alterações. Para se entender a nova dinâmica político-social do mundo contemporâneo, é imprescindível analisar a forma atual de exercício do Poder Judiciário e sua maneira de prestar a tutela jurisdicional.

Os tribunais, hoje, já não atuam em posição de adendo ou complemento do poder político, não agem apenas como um órgão de legitimação da política e seus meios, mas como um poder independente, que tem cumprido até a função de formulador de políticas públicas, muitas vezes, contrárias ou em suprimento de omissões de outros poderes constituídos.

O processo de constitucionalização do Direito criou um contexto em que o Poder Judiciário não se subordina diretamente à agenda do Executivo. De meros agentes garantidores dos ditames do Poder Legislativo e presos à discricionariedade do Poder Executivo, a atual configuração do Poder Judiciário é caracterizada pela prevalência do Texto Constitucional em detrimento ao interesse dos demais poderes, o que ampliou a independência e a liberdade das instituições judiciais.

Nessa esteira de pensamento, Brasil Júnior (2010) faz saber de três períodos pelos quais passou o Poder Judiciário. No primeiro, em um contexto de Estado Liberal, “[...] os tribunais eram reativos e politicamente neutralizados, visando apenas legitimar os demais poderes” (BRASIL JÚNIOR, 2010, p. 102); no segundo, de Estado-providência, em que os tribunais assumem um papel mais controverso, “[...] visando a tutelar os direitos sociais não prestados pelo estado-providência” (2010, p. 102); já no terceiro, o período da crise do Estado-providência, o Judiciário “[...] torna-se politizado em alto grau, com um caráter intervencionista, de modo a evitar a própria degradação da democracia pelo abuso do poder político.” (BRASIL JÚNIOR, 2010, p. 102).

Portanto, o que se vê é que no primeiro período o Judiciário assumiu postura omissa diante do poder político. No segundo período, logo após a Segunda Guerra Mundial, o Judiciário passou a intervir no poder político para assegurar as promessas do Estado de providência, enquanto na terceira fase, o Judiciário passa não somente a intervir de forma intensa, mas também a avaliar o comportamento dos demais poderes, antes considerado puramente discricionário, tendo por base princípios constitucionais.

Esse caminho que o Judiciário tomou, partindo de uma atuação parca, ou obscura, para uma postura ativa, atuando sobre o que antes se dizia eminentemente político, levanta alguns problemas como, por exemplo, até que ponto ele (o Judiciário) agiria realmente dentro de sua função típica? Ou, então, quais são os limites das decisões do Judiciário para que elas ainda possam ser chamadas de jurídicas e não de políticas? (BRASIL JÚNIOR, 2010, p. 102).

Essas perguntas ganham relevância na estrutura política do Estado Moderno, e é justamente para tentar respondê-las que assume importância a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que, ao falar do surgimento dos sistemas sociais, lembra, sobretudo, da diferenciação comunicativa que permite a distinção entre eles, ou seja, aquilo que se faz necessário compreender (ou perceber) para considerar a criação de um novo sistema. Assim, um sistema somente se manteria como tal enquanto mantivesse sua diferenciação comunicativa, fazendo surgir dela mais comunicação. Dessa forma, a comunicação cria mais comunicação, e o sistema se autorreproduz. No caso do Direito, a base da comunicação é o código binário lícito/ilícito (BRASIL JÚNIOR, 2010, p. 105).

Um outro ponto de contato entre a teoria dos sistemas e o Direito advém da falência da escola da exegese.

A percepção da impossibilidade de levar o mundo da vida para os códigos – uma vez que a regra pode ser clara, mas os acontecimentos da vida não o são –, da impossibilidade do Direito de acompanhar as mudanças sociais, em um contexto de justiça pulverizada,<sup>4</sup> e uma consequente

---

<sup>4</sup> A pulverização ética é mais bem detalhada na obra *Ética e Retórica*, de João Maurício Adeodato (2007).

elevação da complexidade no meio social não excluem o princípio do *non liquet*. Assim, continua a necessidade do Poder Judiciário de responder a todas as questões que lhe forem propostas, apesar de possuir um ordenamento jurídico reconhecidamente insuficiente.

Dessa forma, uma substituição começa a se operar no Judiciário. A positividade, que por tanto tempo tinha sido sua característica fundamental, e do Direito, começa a ser “[...] substituída por autodeterminabilidade, fechamento operacional e autorreferência ao sistema jurídico.” (LIMA, 2009, p. 46). Pela complexidade atual, as normas não acompanham os fatos. A evolução social exige uma evolução paralela no Direito que as regras não têm condições de proporcionar. Por isso, foi preciso mudar o foco daquilo que gera segurança ao Direito, passando do direito positivo, das regras, que hoje já se mostra um critério falho, para a autorreprodução do direito (LIMA, 2009, p. 46).

Assim, os indivíduos, embora não tenham a certeza antecipada de como uma questão será decidida, como se pretendia no tempo das regras, poderão ter a certeza de que seu problema será decidido com base no sistema jurídico, com base no código binário lícito/ilícito (LIMA, 2009, p. 106-107). Enfim, terão a certeza de que a resposta ao seu conflito não será política, econômica ou moral, mas jurídica, criada pelo Direito, pois é justamente isso que a autorreprodução garante, um direito que cria o próprio direito.

Portanto, sendo essas noções, como autorreprodução, autopoiese, encerramento operativo, todas integrantes da teoria luhmanniana, pode-se dizer que se encontra, aqui, um novo ponto de contato entre a teoria dos sistemas e o Direito.

Com isso, surge a relevância da teoria luhmanniana como estudo do direito: primeiro como uma forma de encontrar e de fixar limites ao Poder Judiciário, dizendo até que ponto esse ativismo o distancia da decisão jurídica, aproximando-a da política, economia, etc.; segundo, para garantir que, em tempos de tanta complexidade, nos quais os conflitos se multiplicam, sempre diferentes e mais cheios de nuances, pelo que a norma, muitas vezes, fica retardatária do fato social, o Direito avance com os fatos, transformando-os em jurídicos e, assim, podendo-lhes conceder uma resposta jurídica, produzida pelo próprio Direito.

## **2 A mudança de paradigma do Direito do período pós-guerra**

### **2.1 O cientificismo positivista e o esvaziamento moral do Direito na Modernidade**

O fim da Idade Média e do absolutismo mudaram drasticamente o paradigma do conhecimento. Se em um primeiro momento a reforma protestante desfez a unidade de poder e legitimidade do cristianismo católico, por outro as revoluções liberais descentralizaram o poder político real e reiniciaram as discussões acerca da legitimidade do poder político.

O fim do lastro divino para a legitimidade do poder e o crescimento da nova classe burguesa que ascende na pirâmide social alargam o rol daqueles interessados e capazes de intervir no processo político. Isso porque, se por um lado, na Idade Média, percebia-se uma fragmentação no poder político em virtude das relações de suserania e vassalagem, isso não se via no poder religioso,

uma vez que, centralizado na figura papal, condicionava o comportamento político e o submetia à sua ordem. Nesse sentido, a Modernidade inverte tal lógica. A centralização do poder político na figura do Estado-Nação, após o período de absolutismo, redundará um Estado uno, mas uma política pluralista, representada pelo Parlamento (LOPES, 2002, p. 179).

É nesse sentido que se defende um pluralismo de concepções na Modernidade. Os parlamentares discutem de acordo com suas próprias convicções e não possuem necessidade de encontrar um lastro em qualquer coisa além de sua vontade, nem na natureza, nem em Deus.

Para lidar com essa gama de concepções acerca das condutas reprováveis e aprováveis, o procedimento surge como instrumento consensualmente construído que permitirá canalizar aqueles valores que deverão ser reconhecidos (positivados) pelo Estado. Em suma: o consenso sobre o que é justo é substituído pelo consenso sobre qual o processo necessário para se saber qual noção de justiça será juridicamente vinculante (LOPES, 2002, p. 181-182).

Essa é a principal diferença das primeiras teorias jurídicas da Modernidade com o positivismo jurídico. O paradigma inicial foi, principalmente pelo contexto iluminista, entender o Direito como um externar da razão, que permitiria ao ser humano descobrir os comandos normativos éticos que conduziriam a uma sociedade perfeita. Com a mudança para o chamado positivismo jurídico, ou positivismo normativista, o Direito deixa de ter seu lastro *a priori* racional e passa a ser mero fruto de vontade da autoridade competente que se sujeitou ao rito necessário.

O pensamento de Marona (2009, p. 69) ajuda a ilustrar esse pensamento, ao dizer que

[...] o ordenamento jurídico revelado pela teoria do direito positivo, portanto, substituiu o originário dever de verdade, mas, ao contrário, teria por escopo a construção de um sistema orgânico de proposições não contraditórias, um sistema fechado, que dispunha de instrumentos para superar as antinomias e de princípios suficientes para colmatar às lacunas.

Assim, percebe-se que o positivismo jurídico não nega os valores sociais e as noções de justiça presentes em determinada sociedade, mas apenas os desloca para o campo político. O papel do jurista passa a ser o de organizar, sistematizar e interpretar esses enunciados normativos, a fim de garantir que esses valores, agora ditos direitos, sejam efetivados. Observa-se, então, uma diferenciação na comunicação entre Direito e política.

Na concepção positivista, o Direito ganha uma autonomia indiscutível. Isso porque, uma vez que o legislador tenha positivado determinado valor social, o jurista agirá sobre o enunciado textual como o cientista analisa um experimento, de forma empírica e imparcial, sob um determinado método e tendo como objeto de estudo a própria lei. Dessa forma, para aferir a legitimidade de seu objeto, cabe ao jurista se perguntar se o texto seguiu o rito necessário à sua elaboração. No mais, a lei será o próprio ponto de partida do pensamento do jurista.

Na relação entre justiça e direito, o positivismo jurídico se percebe como uma teoria monista, ou seja, reconhece-se como direito apenas o direito positivo. Assim, não cabe falar de antinomia entre uma norma jurídica e uma norma de justiça, uma vez que não é possível para o positivismo valorar as normas positivas com um ideal de justiça.

Kelsen (1998, p. 512), ao tratar do problema da justiça, sustenta que essa é uma característica das condutas humanas. Dessa forma, o critério de valoração da justiça sempre incide em um evento da realidade, uma vez que apenas este pode ser considerado valioso ou desvalioso. Disso o doutrinador extrai a crítica da impossibilidade de fazer o mesmo juízo de valor das normas jurídicas: as normas não podem ser valoradas conforme outras normas, mas apenas consideradas válidas ou inválidas conforme os critérios de resolução de antinomias.

Nesse sentido, explica:

Como poderia também uma norma, que constitui um valor – e toda norma válida constitui um valor –, como poderia um valor ser valorado, como poderia um valor ter um valor ou ter mesmo um valor negativo? Um valor valioso é um pleonismo, um valor desvalioso, uma contradição em termos. (KELSEN, 1998, p. 7).

Depreende-se a nítida exclusão que o positivismo jurídico faz acerca da necessidade de uma legitimidade fora do próprio direito positivo para as normas do direito positivo.

Contudo, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, o que se vê é um questionamento dessa postura cientificista do direito. De um lado, critica-se a possibilidade de neutralidade científica do intérprete do direito; de outro, critica-se o conceito de direito, que passa a ser visto como um ordenamento composto por valores e princípios além das regras, sobre cuja ampliação do conceito de direito se trata na subseção a seguir.

## **2.2 A reaproximação entre Direito e moral na segunda metade do século XX e a afirmação dos direitos humanos**

A ascensão do nazismo e a Segunda Guerra Mundial marcaram profundamente o mundo e o próprio estudo do Direito. Como visto, o positivismo jurídico é uma teoria que impede a valoração das regras conforme outros juízos de valor, cabendo a elas apenas o juízo de validade. Por isso, é uma teoria capaz de explicar e identificar o Direito com inúmeros sistemas de dominação estatal, entre eles o Nazismo.

Nesse sentido, a legitimação do Regime Nazista como reconhecidamente de direito causou mal-estar à comunidade internacional e aos juristas a ponto de se questionar a própria teoria positivista. É nesse sentido que fica famosa a fórmula de Radbruch, segundo a qual “direito insuportavelmente injusto não é direito”.

Por isso, após a Segunda Guerra, iniciou-se um profundo debate acerca da construção de um sistema de proteção internacional dos direitos humanos. A criação da ONU e a Carta das Nações Unidas representam o marco desse período.<sup>5</sup>

Consolida-se, então, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma tentativa de criar um conjunto de normas e convenções em âmbito internacional a fim de assegurar valores comuns

<sup>5</sup> Piovesan (2011), na obra *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, demonstra mais pormenorizadamente, o percurso de afirmação dos direitos humanos e as formas institucionais de sua proteção.

como a liberdade, a vida e a dignidade humana. Há, como reza o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “[...] o reconhecimento [que a] dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.”

No entanto, se por um lado o discurso de proteção à pessoa humana começa a influenciar as próprias ações estatais, e o indivíduo torna-se titular de direitos e deveres em âmbito internacional, por outro esse fenômeno faz ressurgir o debate acerca da legitimidade e natureza dos direitos humanos e fundamentais.

Nesse contexto, surgiram algumas teses para tentar justificá-los e para tentar explicar essa nova configuração que o direito positivo alcançou, que podem ser divididas em três categorias de pensadores: os liberais, os comunitários e os crítico-deliberativos. As três correntes tentam repensar o direito dentro do contexto do pós-guerra e da nova configuração dos Estados nacionais, agora na modalidade de Estado Democrático de Direito. Por isso, esse debate envolve rediscutir a democracia, o direito e a jurisdição constitucional e internacional.

### 2.2.1 O movimento de retorno ao direito e a busca pela fundamentação dos direitos humanos<sup>6</sup>

Dois elementos caracterizaram o paradigma jurídico da primeira metade do século XX: o marxismo e o positivismo jurídico. O marxismo, presente prioritariamente nos ramos do Direito mais ligados à Sociologia, fez com que o Direito fosse visto como mero instrumento de manipulação e manutenção da classe burguesa. No outro lado, o positivismo jurídico, aqui tratado a partir das correntes que defendem o formalismo ético, reduziu a questão da justiça no Direito a uma questão procedimental, confundindo validade e justiça (BOBBIO, 2005, p. 71). As duas correntes de pensamento geraram, nos anos 1960 e 1970, o que ficou conhecido como a “morte do direito” (CITTADINO, 2000, p. 141).

Essas duas vertentes começaram a ser questionadas apenas a partir da década de 1980, pelo movimento de retorno ao Direito, que tinha como principal objetivo reaproximar o Direito da moral, buscando uma base de valores suprapositivos na qual os ordenamentos jurídicos pudessem se apoiar. Nesse sentido, três perspectivas ganharam destaque: a liberal, a comunitária e a crítico-deliberativa (CITTADINO, 2000, p. 143).

A corrente liberal, capitaneada por autores como John Rawls e Dworkin, entende existir um núcleo mínimo de valores superiores a qual condicionam o comportamento em sociedade e permite que se construa uma sociedade que respeite as liberdades fundamentais e permita que cada indivíduo possa buscar e realizar seu próprio projeto de vida e de felicidade (FORST, 2010, p. 39). Assim, o Estado tem suas funções limitadas, cabendo a ele apenas aquelas que permitem que as liberdades individuais possam ser exercidas.

<sup>6</sup> Para um maior detalhamento sobre as diversas tentativas de fundamentação dos direitos humanos, vide Luño (1983) e Sampaio (2004).

Enquanto isso, a corrente comunitária entende que o indivíduo nem precede a comunidade, nem pode viver fora dela. Assim, “[...] os indivíduos não ‘escolhem’ sua identidade, eles a ‘encontram’, e do mesmo modo suas obrigações normativas diante da comunidade não são escolhidas por eles e estão para além do que as normas abstratas da justiça exigem” (FORST, 2010, p. 28). Dessa forma, ao contrário dos liberais, os comunitários defendem que o Estado absorve certos valores e possui o dever de fazê-los efetivos. Com isso, o Estado torna-se um ente ativo, que interfere diretamente na realidade social e objetiva conformá-la para se enquadrar nos princípios sociais.

Já os crítico-deliberativos tentam conformar as perspectivas liberais e comunitárias a partir da noção de um procedimento adequado que permita que os indivíduos, racionalmente, consigam chegar a um consenso. Nesse sentido, cabe ao Estado garantir os instrumentos necessários para que se torne autor das decisões políticas tomadas. Essa terceira corrente diferencia-se do positivismo jurídico, uma vez que esse procedimento é composto por normas naturalmente impostas a qualquer ordenamento que queira gerar consensos éticos-racionalmente fundados (CITTADINO, 2000, p. 207-210).

Dessas três correntes de filosofia política (liberais, comunitários e crítico-deliberativos), pode-se distinguir o caráter relativista dos comunitários. Esse relativismo não é absoluto, instantâneo, mas representa que, enquanto para os liberais e para os crítico-deliberativos há um núcleo duro de valores universais (sejam os valores que garantem as liberdades pessoais para os liberais, sejam as normas procedimentais que garantem a justiça para os críticos deliberativos), para os comunitários a justiça consiste em fazer “[...] aquilo que é preferencialmente bom, dada uma ordem específica de valores.” (CITTADINO, 2000, p. 204).

### **2.2.1.1 A fundamentação liberal dos direitos humanos como instrumento de proteção dos indivíduos**

Na esteira do resgate ético do direito, no pós-Segunda Guerra Mundial, viu-se surgir, entre os teóricos do direito, os pós-positivistas, autores que, para além de atacarem a teoria positivista, tentaram fazer com que o direito fosse algo mais do que uma questão puramente de regras.

Entre esses autores estão Dworkin e Rawls, que, com uma teoria do direito, tentam anexar uma teoria da justiça. Desse modo, Rawls (1997, p. 3) afirma que “[...] a justiça é a primeira virtude das instituições sociais,” enquanto Dworkin (2010, p. 36) defende que as decisões devem ser tomadas com base em argumentos de princípios, entendidos como “[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”

Já é possível perceber a diferença entre esses autores e os positivistas, consistente na crença de que para além de ser possível encontrar uma justiça, esse ideal é de algum modo realizável.

Além disso, essa corrente de pensamento prestigiará a noção de justiça diante da noção de bem. Para ela, “[...] o bem é uma simples referência de um sujeito definido de modo independente”. Além disso, como o indivíduo é entendido como anterior ao contexto comunitário que está inserido,

não seria possível supor um “[...] valor ético que teria primazia objetiva e universalmente vinculante frente às normas deontológicas” da justiça. Assim, seriam essas mesmas normas que formariam “[...] a estrutura para as concepções possíveis do bem.” (FORST, 2010, p. 18-19).

Rawls e Dworkin possuem modos diversos de compreender essa justiça. Para Rawls (1997, p. 12), que defende uma noção de justiça como equidade, os princípios de justiça são aqueles acordados entre sujeitos livres e racionais em defesa de seus próprios interesses, quando se encontram em uma posição de igualdade argumentativa, que ele denomina posição original. De acordo com Rawls, os princípios encontrados na posição original são dois. O primeiro estabelece um “[...] sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para todos.” (RAWLS, 1997, p. 333). Já o segundo princípio rege que “[...] as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que ao mesmo tempo: tragam o maior benefício possível aos menos favorecidos [...] e sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condição de igualdade equitativa de oportunidades.” (RAWLS, 1997, p. 333).

Por sua vez, Dworkin defende que, para que se encontre a decisão correta, portanto, mais justa no direito, é preciso uma leitura moral da Constituição, que considere os “[...] funcionários da justiça do passado e do futuro que elaboram juntos uma moralidade coerente.” (DWORKIN, 2006, p. 15). Assim, os intérpretes constitucionais devem estar atentos para que suas contribuições se harmonizem com as anteriores. Para isso ele cria o conceito de integridade que impele os juízes a decidirem “[...] como outros juízes [em casos anteriores] decidiram o que é direito.” (DWORKIN, 2003, p. 488), considerando que, em Dworkin, é justamente essa noção de integridade que garante que o conteúdo do direito “[...] não dependa de convenções especiais ou de cruzadas, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar.” (DWORKIN, 2003, p. 488).

Pelos próprios princípios que, para Rawls, seriam aqueles estabelecidos quando estivessem os cidadãos na chamada posição original, percebe-se que o autor compõe a lista dos liberais, a qual está na companhia de Dworkin.

O que os liberais, como esses dois autores defendem, é que o Estado, ou as leis, não podem impedir que cada indivíduo, em particular, siga seu projeto de vida, escolha como prefere viver sua vida. Ou seja, para ambos, o indivíduo antecede o seu meio, “o eu antecede seus fins” (GARGARELLA, 2008, p. 139). Desse modo, não cabe à comunidade ou à sociedade definir como os cidadãos vão viver, pois tal escolha cabe impreterivelmente ao indivíduo, que possui a liberdade sobre a sua vida. Por isso, Dworkin cunhará a expressão dos direitos fundamentais como “trunfos” contra o Estado e contra as maiorias.

Nada obstante, cabe frisar que a corrente liberal não radicaliza essa concepção de indivíduo descontextualizado até as últimas consequências, como poderia se supor de autores como Nozick, que enquadrariam uma corrente considerada libertária. Os liberais, em especial Rawls, reconhecem a relação do indivíduo com a comunidade, mas “[...] procura avaliar as pretensões dos indivíduos diante da sociedade a partir de princípios de justiça aos quais todos poderiam dar seu assentimento a partir de um ponto de vista equitativo” (FORST, 2010, p. 27), não de um ponto de vista de bem comum.

Assim, por mais que o indivíduo preceda a comunidade, eles devem possuir, para o liberalismo, um acordo em relação aos valores políticos. É o que Rawls (2002, p. 246) chama de concepção política da justiça (2002, p. 246). Com isso, quer-se dizer que, perante pluralidade de concepções de bem que os indivíduos em uma sociedade liberal podem possuir, a justiça torna-se o critério perene de avaliação das condutas individuais para além das noções pessoais de bem. Portanto, alcança-se um consenso justaposto na medida em que a prioridade da justiça significa que a “[...] concepção política da justiça, para ser aceitável, deve respeitar formas de vida variadas às quais os cidadãos possam dedicar-se”, mas também “[...] as ideias do bem sobre as quais ela se apoia devem respeitar os limites – o espaço autorizado – fixado por ela própria [a justiça].” (RAWLS, 2002, p. 294).

Assim, o primeiro princípio que Rawls estabelece é o da liberdade igual, uma vez que considera pressuposto de uma sociedade justa a inviolabilidade das liberdades e da cidadania. Dworkin (2006, p. 132) não foge a essa regra ao defender que as cortes possuem bons motivos para impedir que direitos individuais das minorias possam ser restringidos por uma maioria, alegando, inclusive, que tais decisões contramajoritárias fortalecem à própria democracia, ou ao afirmar que “[...] para um verdadeiro liberal, qualquer restrição à liberdade é algo que um governo honesto deve lamentar e manter limitada ao mínimo necessário para harmonizar os demais direitos de seus eleitores.” (DWORKIN, 2010, p. 412).

Dessa forma, a própria integridade do direito, que se definiu antes, encontra certas limitações. Assim, em Dworkin (2006), não é qualquer resposta, ou direito, que pode ser legitimada por essa integridade. Seria ilegítimo, por exemplo, que o Estado criasse restrições que impedissem determinados grupos de participar do processo democrático. Isso porque, como liberal, o autor vê como invioláveis certas liberdades básicas, defendendo, por essa razão, um ideal substancial de democracia, no qual todos tenham o mesmo poder de fala e todos sejam chamados a participar (DWORKIN, 2006, p. 112); e, também, dois princípios básicos que devem comandar a ação estatal, quais sejam, o direito a igual tratamento e o direito a ser tratado como igual (DWORKIN, 2010, p. 420).

Portanto, o que se vê nos liberais Dworkin e Rawls é que eles vão além de uma teoria que considera o direito apenas como uma questão de regras, para defender que a própria busca por justiça deve ser o guia que orienta as decisões em um Estado. Acreditam ser possível defender e, inclusive, encontrar respostas mais justas, embora cada um tenha seus próprios meios de chegar a ela, sem esquecer que, como liberais, ambos defendem que o indivíduo antecede a comunidade, que não deve impor uma forma de vida aos seus cidadãos. Estes devem ser deixados livres para escolher a sua própria forma de vida boa.

### **2.2.1.2 A fundamentação comunitária: o Estado enquanto Ente parcial em busca da concretização dos valores socialmente partilhados**

A segunda corrente que tenta legitimar os direitos humanos é a comunitária. Ao contrário da liberal, a corrente comunitária atribui primazia à comunidade para a fundamentação dos direitos humanos. Para os comunitários, o indivíduo não pode ser visto fora da comunidade, porque é ela que

o constitui. Nesse sentido, os indivíduos são construídos culturalmente e possuem valores relativos a essas comunidades (FORST, 2010, p. 262).

Distinguem-se dos liberais por não conceberem valores universais, mas com isso acabam por fundamentar a necessidade de reconhecimento do diferente (CITTADINO, 2004, p. 88). A noção de tolerância é a base da moral comunitária e sustenta-se na impossibilidade de uma imparcialidade, uma vez que a própria forma de pensar do indivíduo está vinculada ao seu contexto histórico-social.

Assim, há por um lado o reconhecimento de que cada comunidade possui seu conjunto de valores, e, por isso, essa corrente não concebe uma ordem de valores superiores. Por outro lado, entende que o Estado não pode ser neutro dentro de uma determinada comunidade e deve utilizar os valores compartilhados como norte para a sua atuação.

Essa corrente retoma a noção aristotélica de comunidade, defendendo o que chamam de “tese social”. A ideia de justiça, compartilhada pelos liberais como princípio supremo, é substituída pela noção de “entendimentos compartilhados”, e somente se torna possível se se abandonar a pretensão de um valor ideal atemporal e abstrato, para pensá-la como um valor comunitário, no qual “[...] cada comunidade avalia seus bens sociais de maneira diferente, e a justiça surge na medida em que essas avaliações têm importância, e são as que dominam as distribuições de direitos e de recursos que a sociedade em questão realiza.” (GARGARELLA, 2008, p. 145-151).

A noção de bem, portanto, ganha prioridade diante da noção de justiça, fundamentando-a e reinterpretando-a, inclusive. É à medida que os valores, práticas e instituições de uma comunidade amadurecem historicamente que é constituído “[...] o horizonte normativo [...] constitutivo para as normas do justo.” (FORST, 2010, p. 11).

Nesse contexto, os direitos humanos são os valores socialmente aceitos e construídos, não sendo, como defendem os liberais, pré-políticos. A Constituição é a expressão da identidade de uma comunidade; o Estado projeta a impossibilidade de imparcialidade e tem a função de fazer garantir com que os valores da comunidade sejam efetivados. Esse pensamento legitima o Estado na busca pelo fortalecimento dos laços sociais. O Estado “[...] deve ajudar os indivíduos a se identificar com certas formas de vida comum – já que, quando isso não ocorre, os indivíduos acabam enfrentando e tirando a legitimidade do Estado.” (GARGARELLA, 2008, p. 142).

Para os comunitários, os direitos não criam barreiras à atuação estatal (trunfos contra seu poder), mas exigem uma prestação positiva, um agir na realidade social a fim de garantir os valores compartilhados. Por isso, o Estado pode intervir em áreas como a vida privada e a moral pessoal, tudo com a finalidade de resguardar o interesse coletivo.

Vale ressaltar que os valores da comunidade, para os comunitários, não são frutos de uma convenção atual, muito menos são escolhidos pelos indivíduos, como pensam os liberais. Para a corrente comunitária, os valores das comunidades são descobertos a partir da análise do histórico dessa comunidade, ou seja, “[...] os indivíduos não ‘escolhem’ sua identidade, eles a ‘encontram’, e do mesmo modo suas obrigações normativas diante da comunidade não são escolhidas por eles e estão para além do que as normas abstratas da justiça exigem” (FORST, 2010, p. 28).

### 2.2.1.3 A fundamentação intersubjetiva: o procedimento racional-discursivo como fonte do direito

A terceira corrente de legitimação dos direitos fundamentais é aquela capitaneada pelo membro da Escola de Frankfurt, Jürgen Habermas.<sup>7</sup> Segundo essa corrente, o fundamento dos direitos humanos está no consenso, não há valores materiais predefinidos, mas também não há um relativismo absoluto.

Os crítico-deliberativos reconhecem a pluralidade de valores que os indivíduos possuem, mas acreditam ser possível a fundamentação de um sistema jurídico a partir da facticidade e da validade. Ou seja, um sistema jurídico baseado “[...] na dimensão coercitiva de um direito legalmente instituído e na legitimidade resultante de um entendimento conjunto compartilhado.” (CITTADINO, 2004, p. 171).

Dessa forma, os direitos fundamentais devem servir para, uma vez superada a visão meramente individualista do Estado Liberal, e pensando o direito não apenas como modo de gerar um bem-estar, formar um Estado capaz de lidar com os direitos naturais, “[...] como um conjunto de valores jurídicos que a razão prática descobre na própria história da sociedade” (LUÑO, 1983, p. 49).

Rompe-se com o jusnaturalismo ontológico para dar espaço a um contexto com valores resultantes de um consenso que visa atender aos interesses sociais. Esse consenso legitima as normas porque atribui a elas o caráter de universalidade. Segundo essa corrente, o conhecimento prático permite que a comunidade tenha as experiências necessárias para, a partir de um processo intersubjetivo de igualdade de participação na construção do discurso, decidir quais são as necessidades básicas dos seres humanos (LUÑO, 1983, p. 49-50).

Nesse contexto, a Constituição deve ser interpretada não como um processo monológico, como quer a figura do juiz Hércules, mas também não deve ser entendida como um texto de valores nos quais uma Corte conduzirá o sentido do direito e os cidadãos. Pelo contrário, cabe à Corte Constitucional entender que o objetivo da Constituição é garantir a emancipação dos indivíduos por meio do asseguramento de um processo democrático (HABERMAS, 2010, p. 294-296, 336-337).

Para tornar possível esse processo democrático, Habermas cria uma espécie de núcleo duro dos direitos, para que se possa garantir as condições necessárias ao estabelecimento de um consenso verdadeiro entre os participantes da comunidade. Esse núcleo duro é composto por:

a) [...] Direitos fundamentais derivados do desenvolvimento politicamente autônomo do direito à maior medida possível de iguais liberdades individuais; b) os derivados do desenvolvimento politicamente autônomo do *status* de associado de um consórcio jurídico voluntário; c) os derivados da “racionalidade” dos direitos e do desenvolvimento politicamente autônomo da tutela jurisdicional do indivíduo; d) os de igual oportunidade de participação nos processos formadores de opinião e vontade [...]; e e) os que fornecem as condições de vida que devem ser asseguradas no plano social, técnico e ecológico para que possam efetivamente usufruir de oportunidades iguais. (SAMPAIO, 2004, p. 114-115, grifo do autor).

<sup>7</sup> A principal obra de Jürgen Habermas sobre o tema foi traduzida em língua portuguesa sob o título *Direito e Democracia* (1997), publicada em dois volumes pela editora Tempo Brasileiro.

Garantido esse núcleo duro, os indivíduos estariam em condições de efetivar a democracia real que propõe Habermas.

O autor alemão não determina, materialmente, como deverá ser o direito de uma sociedade. Este deve advir do consenso dos membros; é justamente para tornar possível uma decisão livre dos indivíduos que Habermas compõe tais preceitos, os quais não devem se confundir com qualquer espécie de união entre direito e moral.

Em Habermas, a moral faz parte do momento de criação do direito, como um dos argumentos que serão levantados pelos indivíduos no agir comunicativo. Assim, pode-se dizer que “[...] através da formação da vontade política no direito penetram conteúdos morais. Mas não há uma relação de subordinação entre um e outro.” (JUSEFOVICZ, 2005, p. 190).

Por isso mesmo, é possível afirmar que o direito em Habermas extrai sua legitimação da forma democrática, não possuindo, *a priori*, qualquer conteúdo moral, mas apenas a exigência da forma democrática e as condições necessárias para a sua aplicação (núcleo duro). Assim, ao Direito incumbe não apenas garantir os direitos humanos e o reconhecimento das especificidades culturais das comunidades, mas deslocar os cidadãos da posição de meros *espectadores* para a de *atores* do processo histórico e, por conseguinte, de autores do sistema de normas e condutores da vida do Estado para a garantia do bem comum e dos direitos fundamentais (LEITE, 2005, p. 229).

Não por outra razão que se pode asseverar que o direito em Habermas, desde que advenha desse processo de “democracia real”, pelo qual se formou um consenso entre os cidadãos sobre as normas que deverão regulamentar a sociedade, deve ser considerado como autônomo (NEVES, 1995, p. 30).

### **3 A reaproximação entre moral e Direito sob a teoria sistêmica de Niklas Luhmann: autopoiese ou alopoiese?**

#### **3.1 Aprofundamento dos conceitos de autopoiese, auto-organização, encerramento operativo e alopoiese em Niklas Luhmann**

Na teoria luhmanniana, o funcionamento da sociedade se baseia na ideia de diferença. Somente se consegue produzir sua unidade por meio de um processo de diferenciação. A teoria do encerramento operativo “[...] estabelece que a diferença sistema/meio só se realiza e só é possível pelo sistema” (LUHMANN, 2011, p. 102), visto que o ponto mais importante desse encerramento operativo é que, por ele, “[...] o sistema estabelece seus próprios limites, mediante operações exclusivas, devendo-se unicamente a isso que ele possa ser observado.” (LUHMANN, 2011, p. 102). É o encerramento operativo que garante que o sistema produza uma espécie de operação exclusiva.

As operações que ocorrem no sistema são acontecimentos que “[...] não podem ser empregados para atacar ou defender o meio.” (LUHMANN, 2011, p. 103). Assim, por essas operações do sistema, não há nenhum contato com o meio, uma vez que

Cada observação sobre o meio deve ser realizada no próprio sistema, como atividade interna, mediante distinções próprias [...] Do contrário não haveria sentido falar em observação do meio. Toda observação pressupõe a diferenciação entre autorreferência e heterorreferência, que só poderá ser desenvolvida no sistema. (LUHMANN, 2011, p. 103).

É importante destacar que o próprio conhecimento apenas é realizável porque existe esse encerramento operativo, mas que “[...] por encerramento não se entende isolamento [...], mas somente fechamento operacional; ou seja, que as operações próprias do sistema se tornem recursivamente possíveis pelos resultados das operações específicas do sistema.” (LUHMANN, 2011, p. 103).

O encerramento operativo conduz a dois importantes pontos para a teoria dos sistemas: auto-organização e autopoiese. Ambos têm como base um “[...] princípio teórico sustentado na diferença e um mesmo princípio de operação.” (LUHMANN, 2011, p. 112). Melhor explicando: os dois têm como base que o sistema só possa agir por meio de suas operações próprias, “[...] dentro do sistema não existe outra coisa senão sua própria operação” (LUHMANN, 2011, p. 112), mas ambos não se confundem.

A auto-organização “[...] significa construção de estruturas próprias dentro do sistema”, pois, “[...] como os sistemas estão enclausurados em sua operação, eles não podem conter estruturas. Eles mesmos devem construí-la.” (LUHMANN, 2011, p.112). Dessa forma, “[...] o conceito de auto-organização deverá ser entendido, primeiramente, como produção de estruturas próprias, mediante operações específicas.” (LUHMANN, 2011, p. 113). Por isso, entende-se que o sistema somente poderá operar “[...] com estruturas autoconstruídas.” (LUHMANN, 2011, p. 116).

Já a autopoiese “[...] significa, ao contrário, determinação do estado posterior do sistema, a partir da limitação anterior à qual a operação chegou.” Isso porque, somente por meio de uma estruturação limitante, um sistema adquire suficiente direção interna que torna possível a autorreprodução. (LUHMANN, 2011, p. 113). Por isso, entende-se “[...] por Autopoiesis, que o sistema se produz a si mesmo, além de suas estruturas.” (LUHMANN, 2011, p. 120).

A autopoiese pressupõe como ponto inicial a questão da autonomia dos sistemas. Autonomia que significa que “[...] somente a partir da operação do sistema é possível determinar o que lhe é relevante e, principalmente, o que lhe é indiferente.” (LUHMANN, 2011, p. 120). Por esse motivo, “[...] os sistemas não podem importar nenhuma operação do meio.” (LUHMANN, 2011, p. 120).

A alopoiese é justamente o inverso. Se na autopoiese o sistema produz a si mesmo, na alopoiese o sistema não se autoproduz, mas é determinado por elementos exteriores, ou seja, elementos que não são baseados no código binário do próprio subsistema.

Neves (1996a, p. 413, grifo do autor) entende

[...] a alopoiese como negação da auto-referência operativa do Direito. Derivado etimologicamente do grego **alo** (<<outro>>, <<diferente>>) + **poiesis** (<<produção>>, <<criação>>), a palavra designa a (re)produção do sistema por critérios, programas e códigos do seu meio. O respectivo sistema é determinado, então, por prescrições diretas do mundo exterior perdendo em significado a própria diferença entre sistema e meio ambiente.

No direito, por exemplo, caracterizar-se-iam alopoiese as decisões tomadas não considerando a legalidade, o código binário lícito/ilícito, mas, sim, as relações pessoais, a conveniência política ou qualquer outro elemento que fuja ao código binário do subsistema.

### 3.2 O sistema jurídico e suas relações autopoieticas e alopoieticas

É inegável a íntima relação que existe entre política, moral e direito. Nesse contexto, a Constituição revela-se importante na estrutura desses subsistemas, pois o Texto Constitucional, além de organizar o Estado e seus órgãos, também garante direitos fundamentais – o que implica, necessariamente, a construção das estruturas dos direitos subjetivos, ou seja, direitos individualmente pleiteáveis por meio do sistema jurídico (SILVA, 2013, p. 45). Durante essa construção há influências da moral, e cabe ao processo jurídico selecionar aqueles padrões moralmente aceitos que serão cristalizados.

Nesse sentido, o Estado Democrático Brasileiro, com a Carta Política de 1988 (BRASIL, 2013) instituiu uma série de princípios com o objetivo de trazer autonomia ao sistema jurídico, em especial quanto aos princípios da legalidade e do devido processo legal.

O princípio da legalidade, ao ser instituído no inciso II do artigo 5º na forma de “[...] que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 2013, p. 8), demonstra que a comunicação do sistema jurídico se baseia preponderantemente na lei, o que a diferencia de outras ordens como a moral e a etiqueta. Paralelamente, o princípio do devido processo legal, somado ao do juiz natural, propõe estrutura que visa garantir o encerramento operacional do sistema jurídico, pois são esses princípios que garantem que o funcionamento do Judiciário ocorrerá da forma como foi prescrito, somente podendo julgar aquele que foi legitimado para tal (juiz natural) e se seguirem as formas preestabelecidas (devido processo legal).

Outros elementos que auxiliam a formação a autopoiese jurídica são as garantias e proibições impostas aos membros do Poder Judiciário, presentes nos artigos 93 e 95 do Texto Constitucional. Representam elementos os quais visam impedir a influência de outros subsistemas sociais no sistema jurídico. A exemplo, tem-se os institutos do impedimento e da suspeição, que objetivam, primordialmente, impedir que o subsistema das relações pessoais ou o subsistema do relacionamento familiar, por exemplo, interfiram na sentença do magistrado.

A independência do magistrado e sua imparcialidade são elementos essenciais para que se mantenha o encerramento operacional do sistema jurídico.

Por outro lado, o Texto Constitucional também traz em seu preâmbulo uma série de aberturas a valores e critérios de justiça, como “[...] a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna.” (BRASIL, 2013, p. 7). Faz referências aos “valores sociais do trabalho”, no inciso IV do artigo 1º (BRASIL, 2013, p. 7), e até alusão à “justiça social” no título que cuida Da Ordem Econômica e Financeira (BRASIL, 2013, p. 61-64).

Por mais que não se possa negar que essas referências aproximam o Texto Constitucional brasileiro a valores morais que em muito dependem do contato com outros subsistemas, é necessário saber se essa aproximação atenta contra a autopoiese ou é compatível com ela. Eis o problema central aqui discutido.

Luhmann faz essa ressalva ao sustentar que “[...] o sistema pode reagir a irritações e estímulos não quando tudo pode influir no sistema, mas somente quando existem padrões altamente seletivos.” (LUHMANN, 2011, p. 132). Assim, o sistema autopoietico pode se manter se a irritação for de ordem interna, ou seja, uma autoirritação que, mesmo que advenha indiretamente do meio, não foi suficiente a ponto de romper a barreira da seletividade própria do sistema.

Com isso, observa-se que a presença de princípios no Texto Constitucional pode não representar condição suficiente para a ruína do sistema jurídico, desde que esse tenha a capacidade de selecionar por si mesmo aquilo que o constituirá e desde que tenha capacidade de autonomia para processar as operações e as possibilidades diante dessas irritações.

Dessa forma, os termos de conteúdos abertos, que permitem que o juiz exerça a jurisdição mais livre do legalismo, podem não representar, necessariamente, um risco ao sistema se houver, para tanto, uma resignificação jurídica a partir de um sistema de seleção próprio e de encerramento operativo desses elementos ao serem importados de outros sistemas. Por isso, o devido processo legal, o juiz natural, a suspeição e o impedimento, assim como as garantias e deveres da magistratura em geral, somados à ideia de princípios como integrantes do próprio sistema jurídico, servem de instrumento para a possibilidade de efetivação dessa atuação autônoma do Direito mesmo em uma realidade não exegética.

Uma vez que o Direito consiga garantir um funcionamento interno blindado das interferências alopoiéticas, cabe saber se a incorporação dos princípios é autônoma ou não, e, para isso, é preciso entender as teses que explicam a natureza desses princípios, das quais se tratam doravante.

## **Conclusão: inutilidade do embate acerca da natureza deontológica ou axiológica dos princípios para o Direito**

O resgate ético do Direito ocorreu sob diversas formas, a depender da teoria que o engendrava. No entanto, a presença de um limite material no direito, para além dos limites exclusivamente formais do positivismo normativista, é um ponto em comum entre eles.

Ou seja, para além do positivismo, que, acreditando exclusivamente na validade procedimental, impunha apenas o “como” e o “quem”, fazendo referência, desse modo, à forma pela qual o direito era produzido e ao agente legítimo para criá-lo, as teorias do resgate ético do direito trazem o “qual”, invalidando, assim, a velha tese de que todo o direito produzido pelo agente legítimo e da forma correta seria válido.

Mesmo nas teses procedimentalistas, como a habermasiana, é possível perceber alguma coisa para além do “quem” e do “como” positivistas, o que fica bem evidenciado, lembrando-se do núcleo duro de Habermas, a cujo respeito se fez referência anteriormente, que seria justamente um

conjunto de procedimentos e direitos capazes de garantir a democracia real, como forma de alcançar um consenso legítimo entre os indivíduos sobre os direitos.

Dessa forma, as Constituições, de cartas que se bastavam pelas normas de regulamentação do Estado e dos poderes, passa a ser “[...] a Lei das Leis e o Direito dos Direitos; o código de princípios normativos que fazem a unidade e o espírito do sistema, vinculado a uma ordem social de crenças e valores onde se fabrica o cimento de sua própria legitimidade.” (BONAVIDES, 2012, p. 621).

É dessa aproximação entre Direito e moral, engendrada, sobretudo, pelos princípios jurídicos, que surge um importante questionamento: houve uma desdiferenciação entre os subsistemas do Direito e da moral? Ou será que a aproximação entre Direito e moral é apenas fruto de um acoplamento estrutural mais abrangente?

Embora grande parte da doutrina faça coro aos princípios, destacando sua importância para se evitarem fenômenos como os ocorridos na Segunda Guerra Mundial, há bastante divergência quanto à forma de entendê-los ou interpretá-los. Parte dos doutrinadores, sobretudo os que se consideram neoconstitucionalistas, vê esses princípios como valores morais de aplicação teleológica, enquanto outra parte da doutrina, amparada, sobretudo, em Habermas, afirma que os princípios são normativos e configuram, por isso, um dever-ser.

Os que veem os princípios como valores acreditam que eles são uma forma de corrigir o Direito, de garantir um direito mais justo, uma espécie de exigência da moral social. Para essa teoria, a busca por uma justiça substancial somente pode ser alcançada no momento em que os princípios ampliam a mera formalidade legal.

Justamente por terem como objeto a busca de uma justiça material, os partidários dessa teoria defendem que “[...] normas singulares em conformidade com o ordenamento perdem a validade jurídica [...] se são extremamente injustas.” (ALEXY apud FERRAJOLI, 2012, p. 28).<sup>8</sup>

Seguindo essa tendência, destaca-se o seguinte julgado (RIO DE JANEIRO, 1993): “Haverá ele [o juiz] de acomodar-se numa regra não escrita [...], mas inata na morada da consciência dos que julgam [...], que remonta às origens da humanidade, com fincas no direito natural: *jus est ars boni et aequi* (o direito é a arte do bom e do justo).”<sup>9</sup>

Ao defender que os princípios são valores decorrentes de uma espécie de moral ou da justiça material, essa corrente não vê problemas no fato de os juízes deixarem de aplicar a lei quando, guiados por essa justiça objetiva, ela lhes parecer injusta.

Nesse ponto, chega-se a uma possível primeira resposta à pergunta “O resgate ético no direito produziu uma desdiferenciação entre o subsistema da moral e do direito?”, que é afirmativa. Entendendo os princípios como valores morais que, ao ampliarem as possibilidades de resposta, estariam aptos a realizar uma espécie de correção do direito, o sistema da moral (compreendido aqui como sinônimo de justiça) confunde-se com o do direito, o que faz ruir o código binário lícito/ilícito

<sup>8</sup> Não foi localizada em língua pátria a obra utilizada por Ferrajoli.

<sup>9</sup> Em outro fragmento do voto, o Desembargador afirmou o seguinte: “Nessa disputa afetiva e acirrada, de briga de amor por uma criança pelos seus próprios de sangue, a atuação do julgador é mais de um sociólogo, deparando-se com um quadro em que o fato se projeta, na sua crueza, mais forte do que todos os princípios legislados.” (RIO DE JANEIRO, 1993).

para ser absorvido pelo da moral, passando o julgamento a ser entre os critérios moral/amoral ou, melhor, justo/injusto.

Ainda se se tentar um esforço gnosiológico para manter sua diferenciação, encontrar-se-ia o sistema jurídico sem nenhum critério de seletividade ante o sistema moral, elemento suficiente para descaracterizar a autopoiese e demonstrar uma irritação externa que afetaria diretamente o sistema jurídico e impediria a noção de diferença com o meio. Quando a seletividade se torna nula diante de outro sistema, observa-se sua desdiferenciação.

Isso pode ser visto pela crítica daqueles que, mesmo sem fazer referência a Luhmann, evidenciam que, ao entender os princípios como valores morais, os neoconstitucionalistas acabam por mitigar a própria normatividade do Direito, permitindo uma espécie de correção do Direito pela moral. Veja quão elucidativa, por exemplo, é a crítica de Ávila (2009, p. 19), ao concluir que o neoconstitucionalismo no Brasil

[...] está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, uma espécie enrustida de “não constitucionalismo”: um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização. (ÁVILA, 2009, p. 19).

Nesse caso, a justiça passa a ser o fim último da ordem jurídica. Isso ocorre quando os princípios passam a ser entendidos como valores morais. Toda a normatividade do ordenamento, incluindo a Constituição, passa a ser medida de acordo com o caso concreto e com a vontade do intérprete, que é quem acaba por decidir sobre a justiça por último, levando “[...] à falta de consistência da ordem jurídica, diluída no social com base em um substantivismo principiológico, desastroso em uma sociedade complexa” (NEVES, 2013, p. 192), o que deságua em decisões a serem “[...] realizadas no tribunal seguindo o que é o ‘melhor’, o ‘justo’, o ‘preferível’, o ‘razoável’” (COURA, 2009, p. 181-183), deixando de lado o código lícito/ilícito para que outro possa substituí-lo.

E a consequência disso é, inicialmente, a alopoiese, ou seja, a invasão da comunicação de outro subsistema no subsistema do direito. No entanto, alopoiese pressupõe, ainda, a existência de uma diferenciação entre os códigos do Direito e da moral, por exemplo, o que deixará de existir se, reiteradas vezes, a comunicação, que deveria ser jurídica, for mantida em outro código, formando, assim, “outro sistema parcial” (LIMA, 2009, p. 107).

Para Lima (2009, p. 107), “[...] é inviável a emissão de comunicações judiciais com base em critérios codificados pelo justo/não justo” pois isso não é comunicação jurídica, que deverá ser sempre baseada no código binário lícito/ilícito, sob pena de não poder mais ser chamada de direito.

Por isso mesmo que aquelas decisões, sobretudo em grau recursal, “[...] fundamentadas em expressões como injustiça da decisão, absurdo jurídico, aberração, etc., mesmo que firam o bom senso, se não emitidas dentro da binariedade do sistema jurídico, não serão jurídicas” (LIMA, 2009, p. 107), desaguando, assim, em uma desdiferenciação entre esses sistemas, que, no direito, entendidos os princípios como valores morais, ocorre entre o sistema parcial do Direito e da moral.

Para se evitar a desdiferenciação entre Direito e moral é preciso entender os princípios de uma outra forma, não como valores advindos de uma moral que se pretende objetiva, mas como princípios jurídicos, deontológicos, portanto.

Nesse sentido, os princípios “[...] são o modo pelo qual toda essa normatividade adquire força normativa para além das suficiências das regras.” (STRECK, 2012, p. 69). É assim que os princípios, embora possam conter conteúdos morais, não inviabilizam a comunicação do Direito, pois, ao ingressarem no sistema jurídico, não visam corrigi-lo moralmente, mas pelo contrário, separam-se da moral que os constituiu para se tornarem jurídicos, sendo mais um dos elementos que respondem dentro do código lícito/ilícito.

Simplificando, o subsistema da moral envia uma comunicação ao subsistema do direito, que a transformará em jurídica, para que se possa reduzir a complexidade e inseri-la dentro do código lícito/ilícito, para que uma decisão, por exemplo, que seja baseada no princípio da liberdade de manifestação, não se justifique por ser moral, certa ou mais justa, mas por ser lícita, derivada, portanto, do próprio código binário do Direito (lícito/ilícito).

É sobretudo de Habermas que deriva tal posição. O autor, procedimentalista, defende uma espécie de democracia real, ou seja, “Habermas interpreta a racionalidade ético-procedimental do Estado de direito democrático como forma de construção do consenso na esfera pública, imprescindível à indisponibilidade do direito.” (NEVES, 1995, p. 97). Nesse processo democrático, para a formação do consenso, os argumentos morais são uns dos elementos utilizados para se defender um ou outro direito. Por isso que, seguindo o autor, pode-se entender a moral como cooriginária do Direito. No entanto, aqui, a moral não é mais objetiva, não existe uma única moral, mas diversas formas de moral, diversos argumentos baseados na moral, que serão utilizados para defender normas completamente diferentes. E é justamente esse o ponto que impede que, entendendo a moral como cooriginária do Direito, ou como um dos argumentos que o engendram, possa-se defender que com ela é possível corrigi-lo.

Há uma segunda maneira de se entender se o resgate ético produziu uma desdiferenciação entre o subsistema da moral e o do Direito. E, diferentemente da primeira corrente, aqui a resposta é não.

Não sendo os princípios valores morais, mas, sim, normas jurídicas, e a moral consistindo apenas em um dos argumentos que, com outros como o político, o econômico, etc., participam da formação do Direito, e não uma forma de tentar corrigi-lo, resta o entendimento de que este é autônomo a ela, o que garante a autopoiese do sistema parcial do Direito, protegendo sua formação, que deve sempre advir do próprio subsistema do Direito.

Nesse contexto, apesar de ter que lidar com termos mais vagos, a irritação provocada pelos demais subsistemas não rompe a seletividade do Direito. Assim, as influências se submeterão a essa seletividade e as irritações serão sempre de ordem interna. Ou seja, a autonomia do Direito será garantida perante a moral em razão do acoplamento estrutural, que garante a abertura cognitiva do Direito para os outros subsistemas, sem, com isso, desdiferenciá-los (LIMA, 2009, p. 30-31).

Lembre-se que o acoplamento estrutural garante a comunicação entre os sistemas e “[...] os sistemas parciais precisam comunicar-se para buscar uma adaptação ao novo ambiente” (LIMA, 2010, p. 91), e é justamente nesses tempos de resgate ético que o Direito precisa constantemente se adaptar e intensificar suas relações com a moral. Não é por outra razão que, enquanto a Constituição era o exemplo perfeito de acoplamento estrutural apenas entre o Direito e a política, hoje ela representa também um exemplo perfeito de acoplamento estrutural entre o Direito e a moral.

A essa mesma conclusão parece se chegar quando se afirma que a abertura cognitiva do sistema jurídico o mantém “[...] sensível às influências de novas perspectivas religiosas ou morais, por exemplo, e também o influenciando, como ocorreu no Brasil em relação à proteção da concubina e aos vínculos homossexuais.” (ADEODATO, 2009, p. 212).

Os princípios, portanto, se entendidos como normativos e, por isso, parte integrante do subsistema jurídico, não produzem o efeito de desdiferenciar os subsistemas do Direito e da moral. Isso se deve ao acoplamento estrutural reforçado entre o subsistema do Direito e da moral, que permite ao subsistema do Direito ressignificar a comunicação advinda do sistema da moral, transformando-a em jurídica. Assim, esses princípios deixam de ser valores morais para se tornarem normas jurídicas, o que, em vez de desdiferenciar os dois subsistemas, reforça a diferença entre eles.

Assim, duas respostas são possíveis, portanto. O resgate ético no Direito, ao buscar uma proteção conteudística maior, pode acabar por deflagrar uma verdadeira crise de juridicidade no subsistema, que levará a uma desdiferenciação entre Direito e moral; ou, então, pode-se considerar mantida a autonomia do Direito, apenas reforçando o acoplamento estrutural entre o subsistema do Direito e da moral. Uma ou outra resposta será consequência da forma como compreende os princípios, instrumentos por excelência do resgate ético: se valores morais, a primeira resposta será o caminho inevitável para o qual rumará o subsistema do Direito; se princípios jurídicos e, em razão disso, normativos e deontológicos, ficar-se-á com a segunda opção, na qual Direito e moral permanecem autônomos, mas enviam comunicações recíprocas por meio do acoplamento estrutural.

Assim, depreende-se que a configuração dos Estados em Democráticos de Direito no pós-guerra adjetivou o sistema jurídico com alguns valores, que são frutos de profícuos debates acerca do que se entende por democracia. Por isso, cada corrente apresentada tem buscado encontrar a sua própria teoria dos direitos humanos e, ao buscar legitimá-los, justifica estruturas que influenciarão diretamente a forma como se admitirá a atuação do Direito e suas respostas, a fim de conseguir lidar com a complexidade da vida em sociedade. No entanto, enquanto se quiser pensar em Direito como tal, seria-se forçado a pensar os princípios considerados deontológicos, já que do contrário não se poderia mais falar de um direito, o qual perderia sua identidade ao se submeter à moral e utilizar seu código (justo/injusto).

Por isso, somente se pode discutir a natureza dos princípios jurídicos enquanto discussão acerca da premissa política da (in)disponibilidade de se ter uma ordem estatal normativa autopoiética para a regulação de condutas. Caso contrário, ao se adotar uma das premissas de filosofia política (confusão ou não entre Direito e moral), já ocorre a resposta a respeito da natureza destes.

## Referências

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ÁVILA, Humberto. “‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoesta-o.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-ZMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2013.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- BRASIL. *Constituição [da] República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. Os limites funcionais do poder judiciário na teoria sistêmica e a judicialização das políticas públicas. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 7, p. 97-131, jan./jun. 2010.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- COURA, Alexandre. *Hermenêutica jurídica e jurisdição (In)Constitucional: para uma análise crítica da “jurisprudência dos valores” à luz da teoria discursiva de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição Norte Americana*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principlista e Constitucionalismo Garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FORST, Rainer. *Contextos da justiça: filosofia política para além do liberalismo e comunitarismo*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

JUSEFOVICZ, Eliseu. Democracia e legitimidade do direito à luz da teoria habermasiana. In: LOIS, Cecilia Caballero (Org.). *Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo*. São Paulo: Landy, 2005.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITE, Roberto Basilone. Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. In: LOIS, Cecilia Caballero (Org.). *Justiça e democracia: entre o universalismo e o comunitarismo*. São Paulo: Landy, 2005.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. Racionalidade dos direitos sociais sob a óptica da constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político. *Revista da Faculdade de Direito UFG*, v. 34, n. 1, p. 88-97, jan./jun. 2010.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. *Sociologia do direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Curitiba: Juruá, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução Maria da Conceição. Brasília, DF: UnB, 1980.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Rubi: Anthropos Editorial, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUÑO, Antonio-Enrique Perez. La fundamentación de los derechos humanos. *Revista de Estudios Políticos Nueva Epoca*, n. 35, set./out. 1983.

MARONA, Marjorie Corrêa. Teoria dos sistemas sociais: uma abordagem introdutória ao pensamento de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito UFG*, v. 33, n. 1, p. 94-114, jan./jun. 2009.

MOURA, Maria Lúcia Siedl de; FERREIRA, Maria Cristina; PAINE, Patrícia A. *Manual de elaboração de projetos de pesquisa*. Rio de Janeiro: Eduerj, 1998.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; NEVES, Fabrício Monteiro. O que há de complexo no mundo complexo? Niklas Luhmann e a Teoria dos Sistemas Sociais. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 18, n. 15, p. 182-207, jan./jun. 2006.

NEVES, Marcelo. Em torno das divergências e complementaridades entre os modelos luhmanniano e habermasiano de interpretação da modernidade e do estado de direito: por uma releitura teórica com referência empírica à realidade brasileira. *Perspectiva Filosófica*, Recife, v. 3, n. 6-7, p. 25-47, jan./jun.-jul./dez. 1995.

NEVES, Marcelo. De la autopoiesis a la alopoiesis del derecho. *Doxa*, São Paulo, n. 19, 1996a.

NEVES, Marcelo. *Entre hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o estado de direito. *Lua Nova*, São Paulo, n. 37, 1996b.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *AC n. 1993.001.04007*. Apelante: Dalila Batista de Carvalho. Apelado: Francisco Eduardo Batista de Carvalho. Relator: Des. Ellis Hermydio Figueira. Acórdão 07 dez. 1993. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=199300104007>>. Acesso em: 29 jan. 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Data da submissão: 18 de novembro de 2015

Avaliado em: 02 de dezembro de 2015 (AVALIADOR A)

Avaliado em: 04 de janeiro de 2016 (AVALIADOR B)

Aceito em: 14 de junho de 2016

