

O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO NA VERSÃO NEOCONSTITUCIONALISTA E OS ASPECTOS CRÍTICOS DA RELAÇÃO DIREITO E MORAL SEGUNDO A TEORIA DOS SISTEMAS

THE CONSTITUTIONAL STATE OF LAW IN THE NEO-CONSTITUTIONAL VERSION AND THE
CRITICAL ASPECTS OF THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND MORALITY, ACCORDING TO
SYSTEMS THEORY

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN LA VERSIÓN NEOCONSTITUCIONALISTA Y LOS
ASPECTOS CRÍTICOS DE LA RELACIÓN DERECHO Y MORAL SEGÚN LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS

Luiz Henrique Urquhart Cademartori¹

Francisco Carlos Duarte²

RESUMO

O presente artigo visa abordar, num primeiro momento, os aspectos gerais do paradigma neoconstitucionalista, notadamente, a sua dimensão normativa e de concepção política de uma forma específica de Estado de Direito como Estado Constitucional. Neste segmento de análise, são traçadas algumas críticas e aportes para uma ideia mais precisa, objetivando estabelecer as especificidades próprias do Estado Constitucional em face do Estado Social. Num segundo momento, são analisadas as relações e as implicações da proposta neoconstitucional de derivar seu discurso jurídico do discurso moral, sendo que o desfecho dessa análise se dará por meio de uma crítica a essa pretensão, a partir do paradigma sistêmico de Niklas Luhmann.

PALAVRAS CHAVE: Neoconstitucionalismo. Estado Constitucional. Direito. Moral. Sistemas.

ABSTRACT

This article addresses, firstly, the general aspects of the neo-constitutional paradigm, notably, its normative dimension and political conception of a specific form of State of Law as a Constitutional State. In this section of the analysis, some criticisms and contributions are given for a more precise idea, seeking to establish the specificities inherent to the Constitutional State in the light of the Welfare State. Secondly, it analyzes the relations and implications of the neo-constitutional proposal to base its legal discourse on the moral discourse. The outcome of this analysis is given in the form of a critique of this claim, based on the systemic paradigm of Niklas Luhmann.

KEYWORDS: Neo-constitutionalism. Constitutional State. Law. Moral. Systems.

1 Pós-Doutorado em Filosofia do Direito pela Universidade de Granada – Espanha, Doutor em Teoria do Estado e Mestre em Instituições Jurídico políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; é professor da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC na graduação e pós-graduação stricto sensu, Mestrado e Doutorado.

2 Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFSC e pela Università di Lecce - Itália, pós doutorado pela Universidade Técnica de Lisboa - Portugal e realizou novo pós doutorado pela Universidad de Granada - Espanha. Docente titular Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC/PR.

El presente artículo tiene el propósito de abordar, en primer lugar, los aspectos generales del paradigma neoconstitucionalista, especialmente su dimensión normativa y de concepción política de una forma específica del Estado de Derecho como Estado Constitucional. En este segmento de análisis se esbozan algunas críticas y aportes para una idea más precisa, con el objetivo de establecer las especificidades propias del Estado Constitucional frente al Estado Social. En segundo lugar, se analizan las relaciones y las implicaciones de la propuesta neoconstitucional de derivar su discurso jurídico del discurso moral, considerando que el resultado de ese análisis se dará por medio de una crítica a esa pretensión, a partir del paradigma sistémico de Niklas Luhmann.

PALABRAS CLAVE: Neoconstitucionalismo. Estado Constitucional. Derecho. Moral. Sistemas.

Sumário: Introdução; 1- Fundamentos Históricos e Institucionais do Neoconstitucionalismo; 2 - Estado Social e Estado Constitucional: convergências e divergências; 3 – Neoconstitucionalismo e seus contrapontos com o Positivismo Jurídico; 4 – Neoconstitucionalismo e Relação entre Direito e Moral; 5 – Conceção Sistêmica da Sociedade segundo a Teoria dos Sistemas; 6 – Coerência do Sistema Jurídico no Modelo de Luhmann por meio da Formatação Recursiva da Decisão Judicial; Conclusões; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Ao se considerar toda a nova seara de interpretação e fundamentação judicial, notadamente, de princípios e diretrizes constitucionais, que vem emergindo nos últimos tempos, o entendimento prevalente é o de que, a ela estaria subjacente uma nova matriz epistemológica do direito, batizada como Pós-positivismo ou Neoconstitucionalismo,² sendo esta última acepção aquela que encontrou maior difusão nos meios acadêmicos e mesmo no âmbito de algumas práticas judiciais.

Essa teoria, por seu turno, apresenta como um dos seus principais desafios, no campo estritamente jurídico, o equacionamento entre as dimensões, ou sistemas, do Direito, da Moral e da Política. Isto se daria ao se estabelecer uma nova metodologia para as suas formas de entrelaçamento, o que pressupõe o desenvolvimento de padrões de racionalidade argumentativa baseados mais na razoabilidade prudencial do que no cientificismo formal, típico do Positivismo Jurídico.

Com efeito, pode-se dizer que cresceu de forma significativa a atenção despertada pelas novas realidades constitucionais, para a necessidade de implementação efetiva dos seus postulados de ordem material dentro da dogmática do Direito. Sob o seu aspecto discursivo, fala-se que o papel que desempenha hoje a Constituição chegou a condicionar intensamente o discurso jurídico-filosófico até o ponto de fundar uma nova teoria do direito, cujo pressuposto seria o paradigma do Constitucionalismo, ou no seu fundamento político-institucional, o paradigma do Estado Constitucional de Direito³.

Por essas razões, entende-se que o Neoconstitucionalismo é um fenômeno que transcende a dimensão puramente jurídica, encontrando também os seus fundamentos a partir de uma concepção própria de Estado de Direito e uma nova forma de enfocar o papel da Constituição, por parte dos poderes públicos e da própria sociedade.

De fato, a expressão “Neoconstitucionalismo” não é de fácil apreensão e muito menos é o conteúdo daquilo que designa. Preliminarmente, apontam alguns autores uma identidade semântica nas expressões “Neoconstitucionalismo” e “Constitucionalismo Contemporâneo” e a estes termos se somaria, ainda, a expressão “Pós-positivismo”. Em segundo lugar, o significado de tais expressões alude, tanto a um modelo de organização jurídico-política, ou de Estado de Direito, como também ao tipo de Teoria de Direito que se requer para explicar tal modelo, podendo-se, inclusive, falar

2 Confira-se a esse respeito, o prólogo de Albert Calsamiglia na edição espanhola da obra: DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1989.

3 PRIETO, Luis. **Constitucionalismo y Positivismo**. Méjico: Fontamara, 1999, p. 420

de uma terceira acepção de Neoconstitucionalismo, como ideologia, posto que retrata uma visão de mundo pautada por valores *jusfundamentais*, cuja influência básica remete-se a postulados de cunho iluminista.

Considerando-se, então, toda a complexidade que encerra tal tema, far-se-á, para efeitos deste estudo, uma análise que destacará, primeiramente, a sua dimensão político-institucional, sob fundamento constitucional, e a seguir suas diferenças com o Paradigma Positivista, bem como o seu aspecto de entrecruzamento com o sistema da Moral. Por último, se realizará um cotejo do paradigma Neoconstitucionalista, com a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, na qual se observarão aspectos críticos, ou mesmo ilegítimos, do Neoconstitucionalismo em face de uma análise sistêmica das suas pretensões de interpretação moral do Direito.

1 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS E INSTITUCIONAIS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Adentrando-se, então, nessa aparente nova faceta do paradigma jurídico-constitucional e também político, chama a atenção o pioneirismo de Nicola Matteucci que, há quarenta anos já apontava a relação traçada entre constitucionalismo e positivismo na *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* de 1963⁴.

Com efeito, o constitucionalismo, sob esta nova configuração, apresenta as suas características mais marcantes a partir do final da Segunda Guerra Mundial, sendo exemplos desta nova realidade as constituições da Itália, de 1947 e da Alemanha, de 1949, seguidas das constituições de Portugal, de 1976 e da Espanha, de 1978.

Mas estas cartas constitucionais se configuraram apenas como marcos históricos iniciais que delimitaram o início de um novo fenômeno jurídico-político, cuja realidade se desenvolveu de forma essencialmente dinâmica e que partiu de uma concepção estatal intervencionista, de cunho social, normativamente instituída pelas constituições dirigentes já mencionadas. Não obstante isto, os princípios e as normas programáticas de caráter socioeconômico e cultural de tais constituições vieram efetivamente encontrar um horizonte de aplicabilidade, a partir do desenvolvimento de teorias hermenêuticas e de argumentação jurídica mais recentes desenvolvidas sob o contexto do Estado Constitucional.

Do exposto até aqui, parece haver uma identidade entre o que se denomina Estado Social de Direito ou *Welfare State* e Estado Constitucional, como de fato, muitos assim o entendem. Entretanto este entendimento não procede, eis que parecem existir especificidades próprias em cada um deles, merecedoras de uma mais acurada diferenciação conceitual e metodológica.

Em realidade, os estados sociais apresentaram a preocupação de instituir princípios e garantias de ordem substancial ao cidadão, incrementando a esfera dos direitos fundamentais, caracterizados até então pelas liberdades públicas, com direitos de ordem socioeconômica e cultural. Com isto, se as liberdades públicas se perfaziam sob um aspecto de atuação negativa do Estado frente ao cidadão, vale dizer, de abstenção em face da sua esfera de liberdade, com o advento dos direitos sociais (chamados também de direitos fundamentais de segunda geração), estes passaram a demandar uma atuação positiva do Estado, conclamando este a encetar novos direitos de ordem assistencial, securitária e trabalhista, dentre outros.

Mas esse novo contexto constitucional não se fazia acompanhar de mecanismos jurídico-processuais *efetivos* de implementação ou garantias de cumprimento de tais direitos na eventual omissão dos poderes públicos. Portanto as medidas de ordem interventiva no Estado Social dependiam mais de atuações governamentais, em maior ou menor grau, conforme a vontade política do poder estatal, do que de medidas judiciais adotadas pelos próprios cidadãos sempre que entendessem estar ao desabrigo dos seus direitos sociais.

Além do mais, esses mecanismos de atuação jurisdicional, mesmo os já existentes, necessitavam de uma base de fundamentação jurídica que - ao mesmo tempo em que legitimassem eficazmente decisões judiciais de ordem político-social - respeitassem as competências de atuação dos demais poderes estatais sem comprometer a sua harmonia e independência, conquistas inarredáveis e

4 *Apud* CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 11

necessárias de um Estado de Direito. Portanto se pode adiantar uma especificidade própria do Estado Constitucional frente ao modelo Social, como realidade política e jurídica preocupada, essencialmente, com a realização efetiva dos direitos fundamentais proclamados, tanto no Estado Liberal, no campo das liberdades públicas; quanto no Social, no que se refere aos direitos coletivos e difusos.

Já a diferenciação entre Estado de Direito (assim designado o Estado Liberal Clássico) e Estado Constitucional, segundo Pérez Luño,⁵ reside em um tríplice deslocamento do papel que desempenham, em termos institucionais, as normas constitucionais e infraconstitucionais, cuja posição no atual Estado Constitucional passa a ser a seguinte:

- 1 – deslocamento do princípio da primazia da lei para o princípio da primazia da Constituição;
- 2 – deslocamento da reserva da lei à reserva constitucional;
- 3 – deslocamento do controle jurisdicional da legalidade ao controle jurisdicional da constitucionalidade.

Em linhas gerais, no Estado Constitucional, os poderes políticos encontram-se delimitados e configurados a partir de um direito baseado, primordialmente, nos princípios constitucionais, formais e materiais, tais como os direitos fundamentais, a função social das instituições públicas, a divisão de poderes e a independência dos tribunais.

Esses fatores, por sua vez, apresentam como resultado uma forma de Estado na qual existe uma legitimação democrática e um controle pluralista do poder político e dos poderes sociais.

Entretanto estabelecer uma nítida demarcação no que se entenda ser o Estado de Direito; Estado Social e Estado Constitucional demanda critérios de diferenciações que ainda podem apresentar um caráter em certa medida difuso. De fato, segundo alguns, traçar delimitações rígidas ou assinalar uma superação pura e simples de um modelo jurídico-político ao outro não procedem.

Das muitas críticas que podem ser feitas a uma concepção taxativa de Estado Constitucional como fenômeno rigorosamente diverso das suas formas anteriores, podem-se destacar algumas observações. Pérez Luño,⁶ por exemplo, observa, dentre outras críticas, que a redução do Estado de Direito (Liberal) ao Estado da pura legalidade (tal como o apresentam autores como Zagrebelsky, a partir do conceito de Estado Legislativo) não pode ser assumida como indiscutível. Para tanto, o jurista espanhol traz à tona a contribuição de juristas, tais como Herman Heller⁷ e outros, de início do século XX, ou mesmo mais recentes, como Konrad Hesse, que já afirmavam a respeito do Estado de Direito, que este é um modelo jurídico-político de legalidade legitimada e legitimidade legalizada.

O primeiro sentido dessa formulação decorre do fato de que o Estado de Direito é um estado cujas leis são expressão da soberania popular e se direcionam à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Já o segundo sentido se traduz na ideia de que a conquista dos valores *jusfundamentais* se realiza por meio de processos normativos e em conformidade com a estrutura organizativa da divisão dos poderes políticos.

A outra observação crítica de Pérez Luño que aqui se quer destacar refere-se à concepção reducionista do Positivismo Jurídico – típico do Estado de Direito – que, ao circunscrevê-lo à lei, omite certos aportes doutrinários, tipicamente positivistas, que se mostram decisivos também para caracterizar o atual Estado Constitucional.

A referência teórica aqui apontada é Hans Kelsen e, mais precisamente, se faz necessário lembrar a sua contribuição ao desenvolvimento do modelo de jurisdição constitucional baseado no controle concentrado de constitucionalidade de leis, em oposição ao controle difuso de constitucionalidade, típico do modelo norte-americano. O modelo de jurisdição constitucional concentrada de Kelsen foi consagrado na Constituição da Áustria, de 1920 e posteriormente foi aperfeiçoado na reforma de 1929, atribuindo ao Tribunal Constitucional o controle centralizado e especializado da constitucionalidade de leis e de atos de governo.

5 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002. p. 94 e ss.

6 Idem, p. 92-99.

7 Cf. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Sao Paulo: Mestre Jou, 1968.

2 ESTADO SOCIAL E ESTADO CONSTITUCIONAL: CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS

Ora, o que caracteriza o Estado Constitucional – diferenciando-o, tanto do Estado de Direito como do Estado Social – é que todas as previsões constitucionais (de liberdades públicas individuais no Estado de Direito e direitos socioeconômicos e culturais no Estado Social), enunciadas apenas em caráter formal, agora podem ser objeto de uma tutela jurisdicional, vale dizer, são *justiciáveis*, e isto se deveu, sobremaneira, a Kelsen. De fato, foi o jurista austríaco quem contribuiu de forma decisiva ao afirmar o protagonismo do Tribunal Constitucional como guardião da Constituição (*Hutter der Verfassung*) na sua polêmica com Carl Schmitt na etapa da República de Weimar, tendo isto ocorrido em 1931.

Consideradas essas críticas, a proposta de Pérez Luño para uma efetiva diferenciação não taxativa e sim gradual entre o Estado de Direito Estado Social e Estado Constitucional se estabelece a partir de uma correlação simétrica entre esses modelos *juspolíticos* e o desenvolvimento, em três gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

Em termos mais precisos, na evolução dos direitos fundamentais, desde o advento das liberdades públicas individuais, passando pelos direitos socioeconômicos e culturais e finalmente pelos direitos difusos, estariam simetricamente e respectivamente caracterizadas as três formas de Estado antes apontadas.

Portanto o Estado Liberal, ao qual corresponde a primeira geração ou a dimensão de direitos fundamentais, marca o início do Estado de Direito sob o pressuposto das liberdades individuais que demandam uma abstenção do poder político em face dos direitos dos cidadãos.

O Estado Social encarna a segunda geração de direitos fundamentais e se traduz, no âmbito jurídico-político, na consagração constitucional de direitos sociais, econômicos e culturais, somados ao caráter de abstenção estatal frente às liberdades públicas que esse novo modelo estatal iria assegurar.

Por sua vez, o Estado Constitucional será identificado como Estado de Direito de terceira geração, assumindo o papel de delimitar o meio espacial e temporal de paulatino reconhecimento dos direitos de terceira dimensão, cujo conteúdo gira em torno de temas como a paz social, o direito às relações de consumo, a qualidade de vida e ou a liberdade ampla de informação (o que inclui, portanto, o meio virtual). Assim delimitam-se, então, direitos difusos, vale dizer, direitos que não possuem um destinatário específico, seja ele coletivo ou não, como marca preponderante de uma nova configuração estatal.

Entretanto tal identificação parece cair, também ela, em uma armadilha reducionista, tal como a que o mesmo Pérez Luño aponta nas caracterizações anteriores dos modelos estatais aqui discutidos. Com efeito, parece no mínimo insuficiente uma identificação ou uma redução de toda a complexidade de fatores que envolvem o Estado Constitucional (e mesmo os demais estados) ao advento dos direitos fundamentais nas suas várias manifestações.

Por certo, o aspecto processual de efetiva garantia de aplicação dos direitos constitucionais, fundamentais ou não, embora tenham experimentado em Kelsen o seu desencadeamento, via modelo de jurisdição constitucional concentrada, não deixaram de ser aperfeiçoados, desde então, a partir de variadas fórmulas, institutos, jurisprudência, instituições e novas teorizações. Todos estes desenvolvimentos, em termos de geração ou dimensão de direitos fundamentais, correspondem a direitos de quarto nível, os quais poderiam ser apontados como direitos à democracia substancial, vale dizer, a uma sociedade na qual todos os demais direitos possuem mecanismos efetivos para a sua implementação, efetiva e material.

No exemplo brasileiro, que adotou um modelo misto (concentrado e difuso) de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, apontam-se como exemplos dessa realidade garantias processuais, tais como o mandado de injunção; o mandado de segurança, individual e coletivo; a ação popular e civil pública; e, como garantias institucionais, o novo papel do Ministério Público como ombudsman do cidadão; a Advocacia Pública, as leis de controle fiscal e de probidade pública, dentre outros.

Já do ponto de vista da dogmática constitucional, ganham destaque os modelos de hermenêutica constitucional, que por sua vez auxiliam as técnicas de decisão judicial, tais como a declaração de

(in)constitucionalidade, com ou sem redução do texto legal, decorrentes da diretriz de interpretação conforme a Constituição, bem como as ações de inconstitucionalidade por ação ou omissão. No que se refere aos modelos hermenêuticos, estes, por vezes, relacionam-se com teorias de argumentação jurídica e moral (tentando estabelecer-lhes algumas conexões), como no caso dos aportes de Robert Alexy e Klaus Günther. Por outro lado, é orientada por um ideário que, embora seja teoricamente oposto em termos jurídicos, como o Garantista, nos termos desenvolvidos por Luigi Ferrajoli, encontra espaços de convergência no âmbito ético-político da concepção de Estado Constitucional. Também se incorporam os aportes críticos de Ronald Dworkin ao Positivismo Clássico e em prol de uma nova concepção de Direito, tal como a que se apresenta no contexto Neoconstitucionalista. Somam-se ainda as teorias dos direitos fundamentais de autores como o já citado Alexy, Peces Barba, Peres Luño (que também traz aportes à configuração teórica do Estado Constitucional) e da dogmática constitucional, como Gustavo Zagrebelsky, Peter Häberle e Fredrich Muller e, no Brasil, autores como Ingo Sarlet – mais especificamente no campo dos direitos fundamentais - ou Lênio Streck, no campo da hermenêutica jurídica. No caso deste último jurista, a sua contribuição à teoria do direito vincula-se ao desenvolvimento de uma hermenêutica de base gadameriana aplicada, principalmente, à dogmática constitucional⁸.

Em linhas gerais, Streck⁹ pretende desenvolver um padrão de racionalidade jurídica que possa abarcar o fenômeno da mediação linguística no Direito, desvinculando-se do paradigma metafísico baseado na separação ser-objeto. Isto implica o abandono da concepção de linguagem como um terceiro elemento que se interpõe entre o sujeito cognoscente e o objeto de conhecimento.

Com isso, o fenômeno da significação dos termos da lei fixa os seus sentidos normativos por meio de um processo de linguagem que não é totalizante, cerceando a multiplicidade de sentidos que pode apresentar a lei e indiferente ao seu entorno de incidência. Ao contrário disto, a significação afirma-se como um processo dialógico que considera pragmaticamente os diversos contextos sociais e históricos e que tem como resultado da fusão de horizontes entre o texto e o intérprete – segundo o clássico postulado de Gadamer - uma proposta de razão emancipatória, nos termos defendidos por Habermas.

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E SEUS CONTRAPONTO COM O POSITIVISMO JURÍDICO

Em realidade, o Neoconstitucionalismo pretende ser uma teoria que se opõe às duas teses mais importantes do Positivismo conceitual, ou seja, a tese das fontes sociais do direito e a não conexão necessária entre o Direito e a Moral. Sob esse aspecto, pode-se melhor entender este pretensão novo paradigma do direito por meio da análise das suas diferenças fundamentais com o paradigma positivista clássico. Uma interessante descrição daquilo que por ele é designado como pós-positivismo é empreendida por Albert Calsamiglia¹⁰, podendo esta ser resumida a partir da análise que o jurista catalão realiza considerando o que ele entende serem as duas teses fundamentais do positivismo e seu questionamento sob uma ótica pós-positivista, vale dizer, Neoconstitucional para efeitos da terminologia que aqui se quer adotar.

O Positivismo Clássico sustenta que o único objeto da ciência do direito é o direito ditado pelos homens, como oposição ao Jusnaturalismo de base metafísica, e que, além disto, a sua teoria possui os métodos adequados para determinar o que estabelece o direito. Assim, o enfoque kelseniano defendia o positivismo metodológico, segundo o qual, o único objeto da ciência do direito é o direito positivo. As duas teses do positivismo clássico, a saber, a teoria das fontes sociais do direito e a separação rigorosa entre Direito, Moral e Política são sustentadas, no primeiro caso, pela identificação das fontes sociais do direito e a sua diferenciação de outros sistemas normativos. Portanto a teoria das fontes sociais do direito assinala os limites dele mesmo.

8 Cf. Comentários e menções às obras acima citadas em CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart e DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009. p 22 e ss.

9 Cf. STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2002 e STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

10 Cf Prólogo da obra DWORKIN Ronald. **Los Derechos En Serio**. Barcelona: Ariel, 2002.

No que se refere à segunda tese, vale dizer, a da autonomia do direito face aos campos da Moral e da Política, encontra ela a sua fundamentação na exigência de uma separação estrita entre o direito e a sua justificação, ou seja, o direito vale como tal, independente de ser justo ou injusto. Esta segunda tese é uma das mais discutidas por juristas, tais como Ronald Dworkin, ao sustentar que a avaliação moral é necessária, tanto para entender como para descrever o direito.

Entretanto, no que diz respeito a uma pretensa separação radical de paradigmas, do positivismo ao Neoconstitucionalismo, o que mais se percebe é um deslocamento da agenda de problemas que despertam o interesse das atuais teorias jurídicas e em outros casos um distanciamento de algumas das teses que eram sustentadas majoritariamente pelas teorias positivistas.

Conforme se salientou, para Calsamiglia a teoria das fontes sociais do direito pretende responder à questão dos limites do direito. Como exemplo disto, o autor menciona o jurista inglês Herbert Hart, o qual afirmava que o direito poderia ser identificado como um fato social e, portanto, o núcleo do direito se encontraria nessas fontes sociais que o determinam. Assim, Hart não apenas defendeu a teoria das fontes, vale dizer, que as decisões passadas determinam qual a resposta que deve ser dada em um conflito jurídico presente, mas também sustentou, na sua teoria da decisão jurídica, que podem existir casos difíceis (*hard cases*) e, nesses casos, o julgador pode ser um legislador intersticial¹¹.

Apesar desta menção, o centro de atenção de Hart não estava nos casos difíceis, como nos demais autores positivistas, e sim nos casos usuais, ou seja, no direito determinado. Isto em razão de que, na concepção positivista clássica, a indeterminação do direito é um fenômeno excepcional e não pode ser estabelecida de antemão. Nesse âmbito, Hart criticava a questão atinente à determinação do direito, sustentando que as decisões do passado, em regra, determinam as decisões do presente.

Portanto o objeto do direito é descrever, conhecer e explicar estas convenções do passado. Na sua tarefa diária, é até possível que os julgadores se deparem com casos difíceis e que utilizem critérios extra-jurídicos para resolvê-los, mas desde um posicionamento tal como o de Hart, o direito é o conjunto de fatos sociais que se podem identificar por meio de métodos específicos.

Ao contrário dessa metodologia de tratamento dos casos jurídicos, o neoconstitucionalismo, na concepção de Calsamiglia, muda o rol de problemas a serem primordialmente enfrentados, pois se volta fundamentalmente para os casos difíceis. Assim é que o mais importante passa a ser não mais as soluções do passado e sim resolver os conflitos ainda carentes de solução. Diante de um problema semelhante, um jurista hartiano ofereceria ao destinatário um conjunto de previsões a respeito de como tem sido resolvidos, no passado, os problemas que estão postos. Dessa forma, o advogado, ao assessorar o seu cliente, normalmente o que faz é mostrar quais foram as soluções apontadas para casos semelhantes ao seu em decisões precedentes.

Em sentido oposto, as doutrinas neoconstitucionalistas estão mais interessadas nos problemas que originam a indeterminação do direito do que em descrever as convenções do passado. Não se trata de ignorar a institucionalização do direito, mas o que é mais importante encontra-se mais além dos limites estritamente institucionalizados. Agora o centro de atenção desloca-se para a indeterminação e para a solução dos casos indeterminados. Por essa razão, os casos difíceis não serão mais vistos como casos excepcionais para o estudioso do direito e sim como o centro das atenções das novas teorias jurídicas, teorias estas que serão mais bem analisadas mais adiante, ao tratar de alguns dos expoentes desta nova vertente do direito.

Por ora, basta salientar que o Neoconstitucionalismo aceita que as fontes do direito não oferecem respostas para muitos dos atuais problemas e se fazem necessários novos conhecimentos para resolver tais impasses.

Um aspecto importante a respeito desta mudança de enfoques sobre os principais problemas a serem tratados refere-se ao papel do legislador no processo de consecução do direito. A esse respeito, os positivistas clássicos, bem como os Jusnaturalistas, situavam o papel do legislador como centro da análise da Ciência Jurídica. No caso do Neoconstitucionalismo, verifica-se um deslocamento desse centro de atenção da legislação para a decisão judicial.

Sob este novo enfoque, o intérprete do direito e o julgador passam a ocupar o lugar que antes era do legislador, embora seja possível, também no âmbito da teoria da legislação, o desenvolvimento de novas teorias da argumentação voltadas à fundamentação da lei a ser produzida.

11 HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961. p. 209.

4 NEOCONSTITUCIONALISMO E RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

Outro problema que também merece ser salientado no caso das teses do positivismo clássico, diz respeito à não conexão necessária entre o Direito e a Moral. Tal tese pode ser entendida de várias maneiras, sendo a mais relevante a de que o direito não perde a sua juridicidade pelo fato de ser injusto. Ou seja, uma coisa é o Direito que é e outra diferente é o direito que deve ser. Tais diferenciações são tipicamente positivistas.

Uma primeira forma de abordagem de tal problema, em termos Neoconstitucionalistas, seria a de considerar que a racionalidade moral desempenha um importante papel na racionalidade jurídica e, portanto, existe uma relação intrínseca entre o Direito e a Moral. Para introduzir ao debate tal premissa, poder-se-ia considerar a inclusão de princípios morais nos ordenamentos jurídicos. Isto se verifica em muitas das constituições contemporâneas, na medida em que nelas se inscrevem conceitos jurídicos indeterminados permeados de conteúdo axiológico, com alto grau de abstração, para os quais a possibilidade da sua aplicação direta, vale dizer, sem a intermediação de leis que lhes atribuam sentidos mais precisos, irá demandar uma forma de fundamentação racional de valores.

A esse respeito, Hart¹² já entendia, ao tratar das conexões entre Moral e Direito a partir de um paradigma ainda positivista, que tais entrecruzamentos eram possíveis ao tratar daquilo que ele chamava de “conteúdo mínimo do direito natural no direito positivo”. Segundo seu entendimento, o direito e a moral devem incluir um conteúdo específico na medida em que, sem ele, o direito e a moral não poderiam apoiar o propósito básico de sobrevivência que visam os homens ao se associarem mutuamente.

Sem tal conteúdo, os homens não teriam uma razão para obedecerem voluntariamente a qualquer regra de conduta e sem um mínimo de cooperação dada voluntariamente por aqueles que consideram ser do seu interesse submeter-se às regras; mantendo-as, seria impossível a coerção dos outros homens que, por ventura, não se conformassem com elas.

Na esfera do Neoconstitucionalismo, tal exceção mínima, tratada assim pela concepção positivista clássica, torna-se a regra geral de encaminhamento dos atuais problemas do direito e uma das metodologias adotadas para tratar de tais conexões entre o Direito e a Moral remete-se às teorias dos conceitos jurídicos indeterminados. Isto em razão de que tais conceitos, em muitas situações, somente podem ter aplicabilidade caso existam concepções axiológicas que determinem, de forma mais clara ou precisa, o conteúdo significativo do conceito em causa.

Consideradas estas digressões sobre os aspectos gerais do paradigma Neoconstitucional, cumpre descrever brevemente as características gerais da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, no que diz respeito aos seus aspectos de delimitações normativas e cognitivas para efeitos de diferenciações entre sistemas, visando verificar em que medida seria legítimo um modelo teórico que propõe uma leitura moral do direito, principalmente na esfera constitucional, tal como é o caso do Neoconstitucionalismo.

5 CONCEPÇÃO SISTÊMICA DE SOCIEDADE SEGUNDO A TEORIA DOS SISTEMAS

Os recursos conceituais utilizados por Luhmann na construção da Teoria da Sociedade representam significativos avanços em face das concepções teóricas gerais sobre Sistemas, servindo-se de avanços produzidos em diversas teorias, como a cibernética, a teoria da evolução, a teoria da comunicação, entre outras. É uma nova postura epistemológica, que provoca desafios, tais como a tentativa de superar a velha dicotomia entre as ciências naturais e as ciências humanas em relação à abordagem do objeto correspondente a cada uma. O que, nessa teoria, é apresentado como inovação diz respeito ao abandono do conceito “objeto”. Assim, se está referindo à utilização de um método de produção de conhecimento que se vale do recurso epistemológico da busca da distinção, em vez da caracterização baseada em propriedades essenciais daquilo que é observado¹³. Neste ponto é

12 Idem, p. 210 e ss.

13 Quando Luhmann afirma isto, na linha de Von Foerster, retoma sem saber, por uma convergência involuntária, uma proposta já esboçada por Chang Tung-Sun, em seu ensaio **A Teoria do conhecimento de um filósofo chinês**: “Os objetos geralmente percebidos como mesas, cadeiras, casas, amigos etc., são ‘construções’. Essas construções são com frequência e ingenuamente consideradas como coisas

indispensável, então, explicitar como primeiro passo o que significa tal inovação e como se produz esse abandono do conceito *objeto*.

Para conceituar objeto, devem-se considerar as categorias elaboradas por George Spencer Brown em sua obra *Laws of Form*¹⁴. Para esse autor, o *objeto* nada representa, é sobre o conceito de *forma* que se baseia o início de qualquer observação. A *forma* não é, porém, um parâmetro estético: é *forma* de uma distinção, de uma diferença. Opera-se uma distinção traçando uma marca que separa duas partes. Assim, a *forma* se (de)compõe em dois lados, marca uma diferença estabelecendo um limite e uma distinção. Quando se observa uma *forma*, se está ao mesmo tempo observando uma distinção de duas partes. Isso significa que quando se distingue um lado da *forma*, se está ao mesmo tempo indicando o outro lado, isto é, cada parte se distingue e se indica simultaneamente.

Cada parte da *forma* é sempre a outra parte da *forma*. Portanto nenhuma parte é algo em si mesma. Quando se indica uma parte significa que se está em um plano temporal de atualização dessa parte e não da outra. Nesse sentido, a *forma* é autorreferência desenvolvida no tempo. Na operação de distinguir não é possível observar a unidade (da distinção), no distinguir; a distinção não comparece como unidade, mas sempre como um e outro lado. Portanto cada vez que se distingue uma *forma*, sabe-se que há outra *forma* que está indicada simultaneamente, ou seja, há também uma *supraforma*: a forma da distinção da *forma* a respeito de qualquer outra coisa.

Essa nova perspectiva se situa em uma posição diversa das tradicionais posturas das correntes sociológicas. A sociedade, por exemplo, pode deixar de ser considerada como um *objeto* (amorfo por definição) com tal ou qual essência ou tais ou quais caracterizações, para passar a ser tratada como uma distinção. A sociedade seria um lado da forma que se está distinguindo, que, por sua vez, indica que há outro lado que não pode ser incluído na distinção de sociedade, mas que faz com que a sociedade seja sociedade e o outro lado da *forma* seja outra coisa, por exemplo, ambiente dessa sociedade.

Uma vez traçada uma distinção, que seja construída uma *forma*, não é mais possível voltar atrás: é só possível efetuar operações a partir de um lado da *forma* ou de outro. Por isso, é importante estabelecer qual é a *forma* com que se começa¹⁵.

A conceitualidade utilizada pela *Teoria da Sociedade* permite interpretar a distinção *sistema/ambiente* – binômio que constitui uma distinção central para a *Teoria da Sociedade*.

No plano metodológico, essa distinção ocupa uma posição central somente no sentido que possibilita a distinção da *forma sistema*, na qual se organiza a consistência da teoria como um contexto de multiplicidade de distinções. Nesta perspectiva, a *Teoria da Sociedade* utiliza o procedimento indutivo para tentar estabelecer o que significam as generalizações de uma *forma* para as outras *formas*.

O conceito de *sistema* se incorporou na linguagem comum para indicar todo conjunto que, composto por diversos elementos, consegue funcionar como uma unidade diferente de seus elementos em função de complexas operações no seu interior. Ao contrário, aqui se pretende trabalhar com um conceito que nasceu a partir da Teoria dos Sistemas, o qual se incorporará a algumas particularidades específicas. Assim, quando se fala de *sistemas*, a referência diz respeito aos *sistemas autopoieticos*.

O conceito de *autopoiesis* é uma construção teórica elaborada por dois biólogos chilenos, Francisco Varela e Humberto Maturana¹⁶. Os *sistemas autopoieticos* são aqueles que produzem por si mesmos não só as suas estruturas, mas também os elementos de que são compostos. Os elementos que constituem os *sistemas autopoieticos* não têm uma existência independente, são produzidos pelo sistema e é por este fato que são utilizados como distinções.

que têm uma existência própria e independente. São, porém, na verdade, coisas construídas por meio através das percepções do observador". (Apud: CAMPOS, Haroldo de **Ideograma**. São Paulo: Edusp. 1994. p. 199).

14 Cf a respeito da obra em DUARTE, Francisco Carlos, CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart, CADEMARTORI, Sergio Urquhart. **Governança Sustentável nos paradigmas sistêmico e neoconstitucional**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 17 e ss.

15 Cf DE GIORGI, Raffaele. Modelli giuridici dell' uguaglianza e dell' iquita, p. 373. In: **Desuguaglianza Ed Equità in Europa**. Bari: Laterza, 1993.

16 MATURANA, H; VARELA, F. **De máquinas y seres vivos**. Santiago: Editorial Universitaria. Illinois: Urbana 1973; **Autopoiesis and Cognition**. The Realization of Life. Dordet, Boston: Reidel, 1980.

Para entender o conceito de *autopoiesis* é preciso considerar que não existe nem *input* nem *output* de elementos no *sistema* ou desde o *sistema*. Assim, o *sistema* é autônomo não só no plano estrutural, mas também no plano operativo. Trata-se de *sistemas* fechados que se reproduzem a partir das operações que se geraram antes, no próprio *sistema*.

Tudo o que não pertence ao *sistema* é *ambiente*, ou seja, aqueles elementos que não formam parte do *sistema* conformam o *ambiente* desse *sistema*. E isso é uma distinção.

Este dispositivo teórico proveniente da Teoria dos Sistemas permite, então, isolar o "social" de tal maneira que a "sociedade" aparece como um *sistema* e o ser humano como *ambiente* desse sistema. Nesta perspectiva o social não surge do homem. Para a *Teoria da Sociedade*, o social consiste numa solução emergente de tipo evolutivo que precede aos sujeitos e se encaminha a prover estruturas de sentido numa dinâmica autorreferida. Assim, o social não seria, então, aquela construção feita à imagem e à semelhança do homem, e sim o resultado de uma prática evolutiva.

Estas disposições teóricas da *Teoria da Sociedade* conduzem a postular que sociedade e comunicação significam a mesma coisa. Para Luhmann, a comunicação é genuinamente social. Ao contrário das teorias tradicionais que tratam a comunicação como uma operação entre sujeitos, para esse autor a comunicação se situa por cima dos estados psíquicos divergentes. Nesse sentido, a comunicação constitui um sistema emergente no processo evolutivo social. Esse sistema de ordem superior é o sistema de comunicação que aqui se denomina de sociedade.

Se o sistema "sociedade" é composto de comunicações e tudo aquilo que não é, ou que não é selecionado pelo sistema, é ambiente, logo o homem é concebido, nesse caso, como ambiente do sistema social¹⁷. Neste contexto teórico, os indivíduos dão por suposto um sistema de comunicação em curso. Assim, a comunicação reduz e distribui as possibilidades reais que possam se apresentar aos indivíduos considerados isoladamente. Por isso, a sociedade consistiria fundamentalmente de processos de redução de possibilidades abertas, à medida que limita o processo de informação, já que impõe um modelo condensado de coordenação de motivações que não são relacionáveis entre si. Dessa forma, pode-se dizer que a comunicação individual é possível se existe previamente um sistema comunicacional.

Um sistema social nasce, então, como resultado da produção de uma diferença entre *sistema* e *ambiente*. A diferenciação dos sistemas é uma formação recursiva de um sistema. Um sistema no qual se formam outros sistemas se reconstrói por meio de uma posterior distinção entre sistema e ambiente. Se for observado desde o sistema parcial, o restante do metassistema abrangente se apresenta, agora, como ambiente. Portanto o sistema total se constitui ante o sistema parcial como a unidade da diferença entre sistema parcial e ambiente do sistema parcial¹⁸.

A sociedade como sistema da comunicação se apresenta como um metassistema abrangente no qual podem observar-se diferentes sistemas funcionais. Para tais efeitos, e como já dito, diferenciação funcional significa, do ponto de vista da unidade, uma diferença entre sistema e ambiente que se encontra na função que o sistema que se diferenciou desempenha para o sistema completo. Por função deve-se entender a referência a um problema da sociedade, porém esta função só se realizará no sistema diferenciado por tal função e não no ambiente¹⁹.

Cada sistema parcial satisfaz sua própria função (significa que tal função goza de prioridade com respeito às demais funções) e não pode ser substituído por outro, já que se trata de comunicações específicas. Como se produz essa especificação na comunicação? Qual é o mecanismo mediante o qual um sistema funcional se produz e se autoproduz? Neste ponto, deve-se remeter aos modos operativos dos sistemas.

Em primeiro lugar, um sistema, para poder existir como tal, precisa ser fechado. A clausura do sistema significa que, para poder operar, precisa fechar-se entrando em contato consigo mesmo e ativando operações internas que provêm dos mesmos elementos dos quais é constituído. Por um lado, o sistema opera, no seu interior, de forma independente do ambiente. Mas, por outro, os sistemas normativamente fechados são, ao mesmo tempo, sistemas cognitivamente abertos, pois se reproduzem a partir das representações que eles mesmos constroem do ambiente. Os sistemas são

17 ARDIGÓ, Achiles. **Per una sociologia oltre il post moderno**. Roma: Laterza, 1988. pp: 139-140.

18 LUHMANN, N.; DE GIORGI, R. **Teoria della società**. Milano: Franco Angelli, 1994, p. 281.

19 Idem, p. 339.

normativamente fechados em relação às operações que são realizadas no seu interior (*autopoiesis*), mas cognitivamente abertos em razão das representações e da seleção que elaboram a respeito do ambiente. Portanto, sem o ambiente, os sistemas não poderiam existir nem se auto-reproduzir.

Em razão da *autopoiesis*, os sistemas se caracterizam por sua autonomia. Eles autorregulam sua própria forma de dependência e independência, ou seja, devem se determinar e se autoidentificar, devem observar a sua própria identidade. E essa operação se produz com base na diferença que os sistemas mesmos fazem entre si e o ambiente. Desse modo, se diz que os sistemas observam a própria identidade – autodistinção – como tautologia.

Ora, se um sistema se auto-observa, não vê a si mesmo como algo fixo, ou melhor, como algo que tem uma propriedade que pode ser reconhecida pela auto-observação. É mediante a reprodução da sua diferença a respeito do ambiente que ele está sempre estabelecendo novas delimitações. Essa reprodução acontece em virtude da recursividade das operações que são efetuadas na estrutura, característica da autorreferencialidade. Para cada operação, a estrutura entra em contato consigo mesma porque dela saem as informações úteis como pressuposto da ativação das operações.

A respeito dessas distinções, pode-se dizer que são as informações que produzem diferenças, ou, segundo Bateson²⁰, *são diferenças que formam diferenças*. A diferença é sempre resultado de uma observação. Por isso, é mediante sua identidade que o sistema está sempre estabelecendo novas delimitações.

É possível tecer ainda uma outra consideração a partir do fato de que o conceito de *autopoiesis* pressupõe operações que somente são realizadas dentro do sistema. Mas isso não significa que o sistema se produz do nada. As condições de que os sistemas necessitam para sua produção devem estar em seu ambiente. O que possibilita a existência do sistema deve estar disponível no seu ambiente e, somente em tais circunstâncias, se diz que o sistema depende do ambiente.

A partir dessa observação, conclui-se que um sistema não pode ser mais ou menos autopoietico. As suas variações podem estar, por exemplo, na complexidade, ou seja, pode ser mais ou menos complexo. Nesse sentido, a clausura operacional significa que o sistema só pode operar no contexto de suas próprias operações. Assim, é necessária a formação de uma estrutura que se estabelecerá com base nas próprias operações.

Portanto o que tornam possíveis as ligações entre as comunicações são as estruturas. Quando uma operação se liga a outra, o faz dentro de um contexto determinado. Para que possa existir essa ligação, o contexto precisa estar fechado em relação a outros contextos e a outras operações que não tenham sido consideradas. Quando uma operação se incorpora a esse processo de ligação num contexto fechado - fechamento operacional -, é possível de se determinar a realização da *autopoiesis*.

De qualquer maneira, essa circunstância não implica que os sistemas sejam isolados completamente uns dos outros e que não mantenham relações causais com o ambiente, mas que, em razão de uma diferença temporal, o sistema precisa primeiro reproduzir-se para logo poder agir sobre o ambiente e ser ao mesmo tempo influenciado por esse. Em suma, um sistema precisa ser operacionalmente fechado para ter abertura. Obviamente, à primeira vista, essa afirmação pode parecer contraditória ou paradoxal. Para oferecer uma resposta a isso, deve-se, fundamentalmente, realizar uma distinção entre *operação* e *observação*.

Para que um sistema seja operativamente fechado, requer-se que, dentro de suas operações, exista aquela mediante a qual ele possa observar a si mesmo e se diferenciar dos outros sistemas e do ambiente. Ou seja, para que esse processo aconteça, faz-se necessário que, dentro de suas operações, exista aquela que lhe diga o que faz parte do sistema e o que não faz.

A observação da diferença, ou melhor, a comunicação da diferença entre sistema e ambiente opera somente dentro do sistema e não no ambiente. Isso equivale a dizer que se opera um retorno, ou seja, a reintrodução da distinção na mesma distinção.

Nesse processo operativo, o sistema deve estar continuamente atualizado a respeito do estado em que se encontra, já que assim pode saber qual é o ponto ao qual ele deve se ligar. Em razão desse processo se diz que a memória dentro do sistema não serve para recordar eventos já acontecidos, mas para determinar qual é o ponto de partida de ulteriores observações²¹.

20 BATESON, G. **Verso un'ecologia della mente**. Milano: Adelphi, 1976, p. 56

21 Isso significa que o conceito de memória, dentro da *Teoria da Sociedade*, não tem o sentido de ligação

6 A COERÊNCIA DO SISTEMA JURÍDICO NO MODELO DE LUHMANN POR MEIO DA FORMATAÇÃO RECURSIVA DA DECISÃO JUDICIAL

A função do sistema do Direito, segundo Luhmann, é generalizar e estabilizar expectativas dos comportamentos e promover a regulamentação dos conflitos com a própria previsão do litígio em seu código funcional (lícito/ilícito; válido/inválido, etc.), deixando alternativas de cumprimento e descumprimento. É o conflito de interesses, precisamente, que desencadeia os mecanismos tendentes à imposição contrafática da expectativa regulatória. Assim, como os conflitos são inevitáveis, o Direito integra sua probabilidade para a generalização de expectativas.

Assim, o sistema jurídico realiza em sua seletividade das expectativas comportamentais a variável evolutiva do Direito, pois representa a reação dele em face das interferências do sistema social ao longo do desenvolvimento histórico. Como corolário, o objetivo do Direito é o apaziguamento das expectativas sociais, garantindo a segurança jurídica com vistas à promoção da segurança social.

Contudo a inserção de códigos alienígenas, oriundos de outros sistemas sociais, sejam eles morais ou políticos, por exemplo, enfraquece a sua estrutura e, principalmente, o seu acoplamento estrutural (efetivado pela Constituição), pois, pelo fato de serem mais dinâmicos e mais representativos do meio social (refletindo o que *é*), acabam prevalecendo sobre o sistema jurídico - que ainda determina e coage o que *deve ser*, sob uma conotação kelseniana. Isso representa uma tolerância à beira da insustentabilidade devido ao impedimento de sua evolução (com as referências a si mesmo), trazendo isto efeitos regressivos.

Vê-se que tais códigos heterogêneos, advindos de outros sistemas e, por vezes, contraditórios, perseguem tendências setoriais, ideologias políticas, particularismos individuais, flutuações econômicas. Por isso, considerando a inexistência de uma moral convencional e a atuação de relativismos axiológicos frente a relações semelhantes, mas em contextos diversos (o que culmina na complexidade social), têm-se questões-chave para a busca da coerência do sistema jurídico: a) inexistindo moral única no âmbito da complexidade social, como vinculá-la ao Direito? b) Tendo em vista a variação da ideologia conforme a dimensão tempo-espço e em função da corrente de pensamento abraçada, é possível a Política servir de base ao Direito? c) Como o manejo do mercado é realizado por aqueles que detêm maior número de propriedades privadas e propriedades produtivas, como embasar o Direito no critério econômico?

Frente às ponderações feitas a esses questionamentos no decorrer deste trabalho, conclui-se que é inconcebível o entranhamento da instabilidade flutuante do critério econômico e político e do relativismo sociopolítico, no sistema jurídico, o que vale também para propostas tais como as derivadas do Neoconstitucionalismo, ao pretender a reaproximação entre esferas como o Direito, a Moral e a Política.

Com isso, o caminho proposto para o fortalecimento do Direito é o de respeito à sua abertura cognitiva e ao seu fechamento operacional. Como a abertura cognitiva representa a demanda de relações havidas entre o sistema e o seu ambiente, de acordo com a sua capacidade de suportar interferências externas, o sistema deve conhecer o que é tolerado, que é o que está contido no código do direito, ou seja, nas normas consolidadas pelo princípio da legalidade. O fechamento operacional, então, deve representar a não interferência do ambiente na esfera de operacionalidade do sistema e impedir a importação de elementos prontos e acabados do ambiente. O objetivo é manter a estrutura não corrompida, mantendo a autonomia do sistema jurídico para sua reprodução evolutiva e especializada.

Além disso, devem-se identificar os elementos presentes no discurso jurídico que não participam do binômio direito/não-direito e, por fim, expurgar da estrutura sistêmica tais códigos sociais alienígenas, tais como os critérios econômicos baseados no código ter/não-ter; os políticos, no binômio poder/não-poder; e os morais, traduzindo preferências subjetivas passíveis de gradação, para a aceitação individual e social.

Em suma, dessa maneira, vale dizer, preservando a especificidade do código operacional do sistema jurídico, alcança-se a incolumidade do sistema, desde que sua operacionalidade siga a abertura do que *lhe é afeto e tolerado*, o que implica o fechamento para sua autorreferência e,

dos eventos do passado aos do presente.

acrescente-se, a distinção e a eliminação dos elementos que pertençam a códigos externos. Isto deve ocorrer especialmente nas operações por excelência do sistema jurídico, que são as decisões judiciais, que produzem a (re)afirmação sistêmica com uma eventual reprodução redundante de sua operação e que é responsável, igualmente, pela introdução de uma operação distinta no sistema. A decisão judicial causa interferência no sistema, afetando a sua redundância e que, por conseguinte, pode gerar transformações estruturais no seu interior (desde que, repisa-se, tal variação seja tolerada ou selecionada pelas próprias estruturas e assimiladas como re-estabilização).

Importante ressaltar, por oportuno, que, a partir de uma abordagem de um campo da filosofia política, divergente, tanto da Teoria Sistêmica como do Neoconstitucionalismo, tal como é a Teoria do Garantismo, podem-se identificar – a partir da linguagem sistêmica - concepções *autopoieticas* e *heteropoieticas*, que tratam da legitimação do sistema jurídico no seio da mesma teoria garantista.

Nas concepções *autopoieticas*, o Estado é um fim em si mesmo e sua conservação e seu reforço devem ser instrumentalizados pelo Direito, subordinando-se a ele tanto os indivíduos como a sociedade, a partir de um ponto de vista interno.

Já para as concepções *heteropoieticas*, o Estado é um meio, legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais do cidadão e, portanto, politicamente ilegítimo se não os garante, ou pior, se ele mesmo os viola. Assim, defende-se que a legitimação política do Direito e do Estado provém do externo ou de sua base, isto é, da sociedade, entendida como soma heterogênea de pessoas, de forças e de grupos sociais.

Dessa maneira, o Estado de Direito é caracterizado como um modelo de ordenamento justificado ou fundamentado por fins externos, geralmente declarados sob forma normativa, por suas Constituições, mas de modo incompleta. Como o subsistema jurídico adveio do sistema social, tem a sua base fundamentada neste. Contudo se diferenciou estruturalmente e, assim, emoldurou-se autonomamente como sistema, podendo, assim, fechar-se operacionalmente e abrir-se somente à cognição de sua ambiente em interferências toleráveis pela sua estrutura.

Nesse debate acerca da formação das estruturas normativas e da necessidade de sistematização do Direito, Luhmann afirma, ao longo da sua obra, que não se pode discernir, exatamente, nenhuma causa motora para tal fim.

Por isso, em que pese seus fins serem externos, a sua *heteropoiese* é base para debates filosófico-políticos, e não para a operacionalidade do sistema jurídico.

CONCLUSÕES

Com respeito à teoria luhmanniana, a comunicação no âmbito do sistema social, a partir do problema da ordem social, passou a desenvolver a seletividade de determinadas relações operacionais que representavam as expectativas dos indivíduos de seu meio, razão pela qual tal operacionalidade distinguiu-se do ambiente e institucionalizou, dentre os valores defendidos por tais indivíduos, os interesses que pudessem ser considerados de extrema relevância social. Sem adentrar às discussões que envolvem tal mutação, tem-se um processo de diferenciação funcional entre tais interesses, o qual representou a evolução do sistema social: a formação do Direito, subsistema jurídico, autônomo do subsistema moral.

O Direito, por sua vez, evoluiu, no sentido de incremento de sofisticação de mecanismos operacionais, até se constituir em um subsistema social *autopoietico*, composto de comunicações de elementos normativos, cuja validade é tida pela recursividade entre estes.

Em sua autonomia, o sistema jurídico autolegitima-se em seus próprios elementos normativos e, por essa razão, no dizer de Luhmann, não são os indivíduos que fundam a ordem social (por meio do contrato social), mas é essa ordem que fundamenta os indivíduos. Dessa forma é possível questionar a visão contratualista clássica, perguntando: quem conclui esse contrato? E perquirir quais são os “atributos naturais” (interesse, impulsos, direitos naturais) que formam a base das vantagens dos contratantes.

Os motivos dessas vantagens causam a *alopoiese* social do direito: a prevalência de outros códigos de preferência sobre o código direito/não direito distorce a definição clara das fronteiras de

uma esfera de juridicidade, o que implica privilégios e exclusões ilegais, seja com a juridificação de critérios de “não direito”, seja com a desjuridificação do que está institucionalizado.

Permitir a interferência de códigos alienígenas na formação e na ressonância das decisões judiciais significa não só obstar a evolução do Direito e, por conseguinte, da sociedade, como, igualmente, promover a regressão de seu movimento sistêmico e não confiar em seus elementos normativos atuais, já que o debate acerca de um utópico *dever ser* revela a incredibilidade do direito posto e vigente. Tal contexto, agregado à hipercomplexidade social e à ausência de uma moral única à sociedade, ocasiona o enfraquecimento do sistema jurídico, o qual, progressivamente, remanesce à mercê dos interesses defendidos por outros códigos, além de propagar a sua ausência de credibilidade.

Não se pode aceitar, portanto, que a abertura cognitiva do sistema jurídico se preste à satisfação das exigências políticas, morais ou de quaisquer outras ordens sistêmicas presentes na esfera pública, bem como que o fechamento operacional permita a reprodução de critérios não jurídico dentro do Direito.

Como óbice a essa colonização do sistema jurídico pelo sistema social, e visando a uma configuração sistêmica própria do Direito, deve-se superar as condições desjuridicizantes que a determinam. É imprescindível, portanto, que a decisão judicial – operação comunicativa jurídica por excelência – mantenha incólume a formatação da estrutura sistêmica do Direito, de modo que reflita a sua abertura cognitiva, respeitando a sua integridade (heterorreferência) e ordene o seu fechamento operacional, impedindo que elementos externos do ambiente condicionem ou induzam o seu resultado.

Abandonam-se, aqui, as possibilidades de entrelaçamento entre o sistema jurídico com a Moral e/ou Política, o que é defendido pelo Neoconstitucionalismo, e abriga-se a concepção de que o aspecto normativo da decisão judicial deve pretender à sua generalização, porque o órgão jurisdicional submete-se ao princípio da igualdade de forma diferente do legislador. É dever do julgador, tanto tratar sob critérios iguais as mesmas circunstâncias, quanto decidir da mesma forma os casos similares, o que torna questionável a concepção do ato decisório como “a lei do caso particular”.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ARDIGÓ, Achiles. **Per una sociologia oltre il post moderno**. Roma: Laterza, 1988.
- BATENSON, G. **Verso un'ecologia della mente**. Milano: Adelphi, 1972
- CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. uma abordagem garantista. 2. ed. São Paulo: Millenium. 2007.
- CALSAMIGLIA, Albert. Prólogo da obra: DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1989.
- _____. Postpositivismo. **Cuadernos de filosofía del derecho**. Nº 21- I. Alicante: Doxa. 1998.
- CAMPOS, Haroldo de. **Ideograma**. São Paulo: Edusp, 1994.
- DE GIORGI, Raffaele. Modelli giuridici dell'uguaglianza e dell'iquita /n: **Disuguaglianza ed Equità in Europa**. Bari: Laterza, 1993
- HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961.
- HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Sao Paulo: Mestre Jou, 1968.
- LUHMANN, N; DE GIORGI, R. **Teoria de La Società**. Milano: Franco Angelli, 1994.
- MATURANA, H; VARELA, F. **De máquinas y seres vivos**. Santiago: Editorial Universitária, 1973.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y Positivismo**. Méjico: Fontamara, 1999.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)** Madrid: Trotta, 2003.

STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.