



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ENTRE HERMES E SALOMÃO – HETERORREFERÊNCIA E  
DECISÃO JURÍDICA: OS LIMITES DOS JULGAMENTOS POLÍTICO  
E ECONÔMICO NO DIREITO

Mário Henrique Gebran Schirmer  
Professor Doutor Fernando Alves Correia  
Disciplina: Direito Constitucional I

COIMBRA

2015

## RESUMO:

Este breve trabalho objetiva o estudo das influências heterorreferenciais sobre o ordenamento jurídico. Mais especificamente, pretende o enfrentamento da questão da decisão jurídica, não se restringindo à problemática de contraposição entre Direito e realidade, mas ponderando um equilíbrio entre a autopoiese do ordenamento jurídico e a heterorreferência sistêmica, que permite a adequação social do Direito. Contrapõe-se, pois, a capacidade autorreferencial à necessidade de abertura cognitiva do ordenamento jurídico, na medida em que as normas jurídicas, enquanto paradigma da equidade de julgamento, podem ou não representar a associação entre o ordenamento jurídico e a justiça. Ao fim, buscando condensar as ideias, faz-se uma análise dos limites de julgamentos políticos e econômicos no Direito.

Palavras-chave: heterorreferência, autopoiese, justiça, decisão judicativa, política, econômica.

## SUMÁRIO

Introdução; 1. A justeza das normas e as normas da justiça; 2. O ordenamento jurídico e a sociedade; 2.1. A Sociedade enquanto sistema-ambiente; 2.2. O Direito enquanto sistema; 2.3. A Constituição enquanto acoplamento estrutural entre Direito e política; 3. Ordenamento Jurídico e heterorreferência; 3.1. Heterorreferência política e decisão jurídica – os limites do julgamento político no Direito; 3.2. Heterorreferência econômica e decisão jurídica – os limites do julgamento econômico no Direito; 4. Conclusão – Entre Hermes e Salomão; Referência bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

À clássica mitologia helênica, Hermes representa o Semideus<sup>1</sup> responsável pela comunicação entre humanos e Deuses. Sem possuir qualquer habilidade extraordinária, Hermes limitava-se a informar aos homens os desejos que partiam do Olimpo. Paradoxalmente, era o mais importante e menos poderoso dos Deuses, pois, se por um lado, não era dotado de poderes sobrenaturais – como, por exemplo, seu meio-irmão Hércules; por outro, desempenhava função ímpar, transmitindo aos humanos os desejos divinos. Hermes era, pois, o intérprete dos Deuses, o responsável por traduzir os signos superiores ao plano terreno.<sup>2</sup>

À tradição cristã, Salomão, filho de David, foi o terceiro Rei de Israel. Destacado por sua sabedoria e extraordinário conhecimento<sup>3</sup>, Salomão é retratado como um déspota justo e honrado. Em sua mais célebre história, quando tendo de decidir sobre o futuro de um recém-nascido, diante de duas mulheres que afirmavam ser mãe do infante, ameaçou cortar a criança ao meio caso não houvesse acordo. Na narrativa eclesiástica, a verdadeira mãe abdica de seu filho, enquanto a falsa mãe mantém sua versão, dando razão a Salomão concluir que a verdadeira mãe é aquela que desiste do embate, pois prefere ver seu filho vivo à guarda de outra, a deixá-lo morrer.<sup>4</sup>

Ambos os personagens são glorificados em suas histórias, em que pese a evidente oposição entre suas práticas. Hermes destaca-se por ser o tradutor dos signos superiores, o intérprete de mensagens divinas; Salomão não se prende a conceitos, agindo de acordo com sua superior sabedoria. Hermes é refém de uma ordenação pré-determinada, é acorrentado por limites deontológicos prévios; Salomão é livre, apto a aplicar a justiça como deseja. Ao ordenamento jurídico, Salomão representa um jurista ousado, aplicador da Justiça soberana, liberto das normas que o *aprisionariam*; Hermes personifica aqueles que se restringem aos textos legais. Traçando um paralelo, poderíamos dizer que Salomão traduziria uma ideia similar ao *ditador filósofo*, de

---

<sup>1</sup> Semideuses são filhos de um Deus com um humano. No caso, Hermes era filho de Zeus e uma humana. A princípio, os humanos não tinham contato com os Deuses diretamente. Entretanto, Deuses personificam humanos e desciam ao plano terreno, quando mantinham contato com humanos.

<sup>2</sup> Nesse sentido, Popper: “É por mando de Zeus que Hermes dá ao homem uma compreensão da justiça e da honra”. POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. 3. ed. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Editora Itatiaia Ltda., 1998, p. 80.

<sup>3</sup> *Bíblia Sagrada*. Reis 1, Capítulo 4, versículos 29 e 30: “29. Deus deu a Salomão sabedoria, discernimento extraordinário e uma abrangência de conhecimento tão imensurável quanto a areia do mar. 30 A sabedoria de Salomão era maior do que a de todos os homens do oriente e do que toda a sabedoria do Egito.”

<sup>4</sup> *Ibid.* Reis 1, Capítulo 4, versículos 16-28.

Platão, e Hermes representaria uma semelhança ao moderno burocrata de Weber, enquadrado em uma cadeia de funções (lei – interpretação – aplicação).

## 1. A JUSTEZA DAS NORMAS E AS NORMAS DA JUSTIÇA

Julius Von Kirchmann questionava a cientificidade do Direito, ao argumento de que bastam algumas palavras do legislador e bibliotecas inteiras se desfazem.<sup>5</sup> Este questionamento implica radicalmente na intensa – e nem sempre pacífica – relação entre Direito e política.

Filhos da mesma mãe, Direito e política vivem, na (pós-)modernidade, uma relação conflituosa. Na Grécia antiga nasceram juntos e viviam sob a guarida de sua mãe, a filosofia; na Idade Média europeia submeteram-se ao domínio de instituições eclesiásticas e foram subjugados à religião; desde a modernidade procuram afirmar sua autonomia, mediante um instável relacionamento, que envolve também outros subsistemas sociais.<sup>6</sup> A subsunção de um ao outro, como abordada por Kirchmann, é apenas um prisma desta inconsistente vivência entre irmãos.

Em uma sociedade complexa, as relações entre os subsistemas sociais não são restritas a autonomia e subsunção, mas, também, a relações (*simbióticas*)<sup>7</sup> de autorreferência e heterorreferência. Com efeito, é importante se questionar a que ponto o Direito pode aproximar-se de outros subsistemas sociais (política, economia, diplomacia, moral, etc...), mas, concomitantemente, a qual limite o ordenamento jurídico *deve* se distanciar de influências heterorreferenciais. Ou seja, refletir até quando a normatividade<sup>8</sup> jurídica exige uma correspondência entre ordenamento jurídico e os demais subsistemas sociais sem prejuízo da autonomia do Direito.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> KIRCHMANN, Julius Hermann Von. *La jurisprudência no es ciência*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949. Neste sentido, ver também: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 5. ed. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012, p. 45-46.

<sup>6</sup> TOMÁZ DE OLIVEIRA, Rafael. *A política e o Direito para além das meras relações de poder*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-dez-06/diario-classe-politica-direito-alem-meras-relacoes-poder> >. Acessado em: 03.03.2015, às 8:51.

<sup>7</sup> Sobre a transposição do conceito de simbiose (típico a biologia) às ciências sociais, em especial, no caso à sociologia, ver Robert E. Park e seus conceitos de simbiose ambiental nas cidades, fundamentos básicos da Escola de Sociologia da Universidade de Chicago.

<sup>8</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis, 1991.

<sup>9</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *O Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Atual da Autonomia do Direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012.

Assim, não se trata de isolar as relações de interpenetração sistêmicas, como pretendiam aqueles que acreditaram em uma ciência pura do Direito<sup>10</sup> ou na construção de uma linguagem puramente técnica<sup>11</sup>; tampouco cuida-se de admitir plenas inferências de outros subsistemas sociais sobre o Direito – ou, para usar as expressões de Ferdinand Lassalle, permitir que os fatores reais de poder transformem a Constituição (escrita) em um pedaço de papel.<sup>12</sup> Antes, é a pretensão de garantir a força normativa da Constituição<sup>13</sup>, permitindo que programas normativos<sup>14</sup> abstratamente previstos na Lei Maior possam adaptar-se a uma sociedade pluralista, complexa e envolvida na esfera pública de interpretação constitucional<sup>15</sup>, sem comprometer a autonomia do Direito e os parâmetros do Estado Democrático de Direito.

Estas questões são extremamente importantes no âmbito do Direito Constitucional, conquanto a Constituição não apenas estabeleça uma proximidade única entre o Direito e outros sistemas sociais – em especial a política –, mas também funcione como limite à capacidade de abertura do ordenamento jurídico. E a importância de se ponderar a capacidade autopoietica/alopoiética é ainda mais destacada quando da decisão jurisdicional constitucional – apogeu da conformação normativa do

---

<sup>10</sup> Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Para se fazer justiça, Kelsen reconhecia que o direito mantinha relações com diversas outras áreas do conhecimento social, e por esta razão não pretendia a teoria de um Direito puro, o que sabia ser impossível, mas a construção de uma ciência pura. O capítulo primeiro da TPD é inequívoco ao afirmar que o Direito relaciona-se com outros subsistemas sociais, mas isto não seria um aspecto da ciência do Direito, antes um problema de política jurídica.

<sup>11</sup> Wittgenstein, Ludwig. *Tratado Lógico Filosófico \* Investigações Filosóficas*. 3. ed. Tradução M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbekian. 2002.

A referência é relativa as ideias expostas no *Tratado Lógico Filosófico*, em que Wittgenstein argumentar ter encontrado uma forma de produzir uma linguagem logicamente perfeita. Posteriormente, na maturidade de sua obra, o autor reconhece que é equivocada a pretensão de abarcar toda a realidade no texto, confessando, assim, não ser possível (ou ao menos não ser viável) a construção de uma linguagem estritamente técnica em que cada fato representa uma imagem, como demonstrava a ambição do pictorial do *Tratado Lógico Filosófico*. Mais tarde, o célebre pensador reconhece “*erros graves que escrevi no meu primeiro livro*” (p. 167), argumentando que “*os filósofos falam muito frequentemente de investigar, analisar, o sentido das palavras. Mas não nos esqueçamos de que uma palavra não tem um sentido que lhe tenha sido dado, por assim dizer, por um poder independente de nós (...). Uma palavra tem o sentido que lhe foi dado por alguém*” (p. 60-61) e, assim, “*é um erro afirmar que em filosofia consideramos uma linguagem ideal em contraste com a linguagem comum. Isto poderia levar-nos a crer que podíamos fazer coisa melhor do que a linguagem comum. Mas a linguagem comum é perfeita*” (p. 61). Wittgenstein, Ludwig. *O Livro Azul*. Tradução Jorge Mendes. Lisboa: Edições 70, 2008.

<sup>12</sup> Lassalle, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Tradução de Walter Stöner. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, p. 19-20; 46-47.

<sup>13</sup> Hesse, Konrad. *Op. Cit.*

<sup>14</sup> Müller, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad. 2000, p. 42; 53-66.

<sup>15</sup> Häberle, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis, 1997, p. 33-35.

Estado Democrático de Direito.<sup>16</sup> Eis aí a problematização que envolve a decisão jurisdicional constitucional: o equilíbrio das relações de interpenetração entre o ordenamento jurídico e os demais subsistemas. Em outras palavras: ponderar se o paradigma do julgamento por equidade é garantido pela justeza das normas ou pelas normas da justiça.

Com este questionamento preliminar levanta-se uma questão mais importante: a contraposição aporética entre a autonomia do Direito e sua identificação com a justiça, opondo-se a justeza das normas às normas da justiça (material) – em um Estado Democrático de Direito, marcado pelo paradigma do julgamento por equidade. Isto é, deve-se favorecer a autonomia do Direito, atendo-se às normas jurídicas em detrimento do ideal de justiça almejado pelo Estado Democrático de Direito; ou deve-se buscar incessantemente a justiça, sem que para isso haja identificação entre o ordenamento jurídico e o objetivo alcançado? Ao responsável pela jurisdição, como se perfaz a justiça: em respeitar estritamente as normas, mesmo quando estas sejam, ou lhe pareçam, injustas; ou em buscar um ideal de justiça, mesmo quando isto implica sobrepor critérios de justiça às normas?

## 2. O ORDENAMENTO JURÍDICO E A SOCIEDADE

Não sem determinada ironia, Hart inicia seu célebre ensaio sobre *O Conceito de Direito* afirmando que em nenhuma outra área do saber se discute tanto sobre a conceituação do próprio objeto quanto o fazem os juristas.<sup>17</sup> Mas esta é, de fato, a questão mais complexa e profunda a que são submetidos aqueles que dedicam seus olhares ao ordenamento jurídico, pois, em última análise, radica – em maior ou menor medida – na relação entre Direito e justiça. Precisar a identificação entre Direito e justiça é contrapor as normas do ordenamento jurídico a um ideal justiça material que nem sempre se encontra explicitado no sistema jurídico – em que pese um Estado Democrático de Direito deva sempre ter esta pretensão. Em outras palavras: quando se pensa na relação entre Direito e justiça, pensa-se em uma relação sistema-heterorreferência (ordenamento jurídico x ideal de justiça).

---

<sup>16</sup> O Judiciário não é, por óbvio, o único intérprete da Constituição (Häberle). Entretanto, no paradigma em que inseridos, não há como negar que em muitas das questões mais importantes quanto à concretização da norma jurídica – e do próprio Estado Democrático de Direito, por assim dizer – a última palavra competirá ao Judiciário.

<sup>17</sup> HART, Hebert. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2011, p. 5.

Neste estudo, não se cuida de definir o Direito ou procurar este ideal de justiça, antes pretende-se, apenas, determinar as fronteiras do Direito positivo para limitar a que ponto pode uma decisão judicativa buscar critérios heterorreferenciais. Isto é, demarcar as fronteiras do sistema jurídico e estabelecer a vinculação do julgador à justiça e ao Direito, concomitantemente. É mister não confundir os âmbitos. É também imperioso não olvidar que justiça e Direito seguem uma relação que reflete a outras problemáticas. Com efeito, ao se questionar se um magistrado deve buscar ideias de justiça ou ater-se estritamente ao ordenamento jurídico, surge o questionamento das divisões de funções estatais; quando se interroga se o constituinte dispõe de ampla discricionariedade na confecção da Lei Maior, se pondera sobre a relação entre Direito e moral; e, assim se segue na medida em que surgem em novos questionamentos referentes a modelos teóricos e materiais de sociedade e Estado Democrático de Direito.

Destarte, antecipando-se a problematização entre Direito positivado (sistema) e justiça material (heterorreferência), é imprescindível se determinar as fronteiras do ordenamento jurídico, na medida em que a ideia de sistema é dependente da separação do ambiente.<sup>18-19</sup> E esta concepção de ambiente – no quadro referencial em que estamos inseridos – remete à formulação de modelos de Estado Democrático de Direito e sociedade.

---

<sup>18</sup> LUHMANN, Niklas. *Complejidad y Mordenidade – De la unidad a la Diferencia*. Tradução Jostetxo Berian e José Maria Garcia Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 54-58, 71. Também nesse sentido: NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 59. E ainda: VILLAS BOAS FILHO, Orlando; GONÇALVES, Guilherme Leite. *Teoria dos Sistemas Sociais – Direito e Sociedade na Obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 43.

<sup>19</sup> Para clarificar: a teoria dos sistemas autopoieticos – que servirá de ponto de partida de algumas noções desenvolvidas aqui – ergue-se a partir da noção de paradoxos. Com efeito, “*a ciência almeja uma espécie de conhecimento totalizador e consistente: um conhecimento de toda a realidade, sistêmico e sem fissuras internas. No edifício teórico, uma asserção verdadeira não poderia negar outro igualmente verdadeira. Essa pretensão lança, porém, um instigante desafio.*” (CRUZ, Flávio Antônio da. *O Confronto entre o Concurso Formal de Crimes e o Concurso Aparente de Normas Penais no Direito Brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. Tese apresentada ao programa de Doutorado da Faculdade de Direito da UFPR. 2014. p. 114). Daí porque as ciências sempre abominaram os paradoxos. Estes não se desenvolvem por bases não contraditória ‘A = não A’, mas no sentido ‘A porque não A’. (VILLAS BÔAS FILHO, Orlando; GONÇALVES, Guilherme Leite. *Op. Cit.* 2013. p. 46). Essa questão da completude e inexistência de paradoxos é contornada quando se remete a outro nível epistemológico ou de linguagem, como fez B. Russel, ao interpretar o paradoxo dos conjuntos de Frege (CRUZ, Flávio Antônio da. *Op. Cit.* 2014. p. 114-115). Isto, entretanto, tem como consequência a incompletude do sistema. É exatamente esta a noção sobre a qual se ergue a teoria dos sistemas autopoieticos. Um lado se constrói com base no outro. O sistema (identidade) se estabelece com base no ambiente (diferença). O sistema não é a completude absoluta, pois necessita de um *intercâmbio* com o ambiente. Daí os sistemas *abertos-fechados*, ou autopoieticos. Nesse sentido ver: CRUZ, Flávio Antônio. *Op. Cit.* 2014. p. 113-116. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. GONÇALVES, Guilherme Leite. *Op. Cit.* 2013. p. 46-47. LUHMANN, Niklas. *Op. Cit.* 1998. p. 71-84.

## 2.1. A SOCIEDADE ENQUANTO SISTEMA-AMBIENTE

Não se supõe que haja objeção à assertiva de que a sociedade (pós-)moderna é marcada pela complexidade e pluralidade de suas relações. Ou, pelo menos, há de se admitir que a sociedade atual é muito mais complexa e plural do que em formas pretéritas.<sup>20</sup> Afinal, pluralidade e complexidade são marcas fundamentais da modernidade.<sup>21</sup>

E não há como tratar da relação Direito-heterorreferência – que em última análise implica na dialética ordenamento jurídico e justiça material – sem que se defina os limites sistêmicos e ambientais em que o Direito se insere.

Neste cenário, em que há uma infinita pluralidade de valores, interesses, expectativas – e, em última análise, elevada variação ambiental –, a linguagem, enquanto instância que permite a comunicação social, é elemento nuclear à compreensão social.<sup>22</sup> A linguagem permite que a diferença se estabilize, em torno de significações que reduzem a complexidade, constituindo assim uma unidade comunicacional que possibilita o funcionamento e o desenvolvimento da sociedade.<sup>23</sup> Em meio à pluralidade absoluta a linguagem é a primeira instância de redução da complexidade.

Contudo, este ambiente complexo e plural, mesmo quando estabilizado pela possibilidade comunicacional, permanece extremamente complexo e apresentando grande variação em seus elementos, pois forçosamente abriga todos os subsistemas

---

<sup>20</sup> LUHMANN, Niklas. *Op.Cit.*

<sup>21</sup> Não parece que seja adequado negar que a sociedade atual, concebida em um modelo de Estado Democrático de Direito, é muito mais complexa e plural do que uma sociedade pré-moderna, restrita ao privilégio de déspotas, nobres e clérigos, à liberdade formal dos comerciantes e à submissão dos trabalhadores. Não há como precisar se isto implicará, como consequência, no abandono da moral tradicional hierarquizada, como apontam alguns dos autores que serão base ao raciocínio desenvolvido – em que pese esta possibilidade apresente-se como sendo muito provável. Mas não parece que, seja qual for a perspectiva adotada quanto à universalização ou diferenciação da moral, haja objeção à afirmação de que a sociedade é em seu estado atual, mormente quando marcada por um Estado Democrático de Direito, muito mais complexa e plural do que uma sociedade pré-moderna. Ainda, é importante destacar que o objetivo deste trabalho não é o exame da caracterização da moral na sociedade, mas a análise de heterorreferência em decisões jurídicas.

<sup>22</sup> Mormente após o “giro linguístico” ocorrido na filosofia, a partir de Heidegger e Wittgenstein, muitos são aqueles que pretendem interpretar a sociedade – e todas as relações humanas – com base na linguagem. Neste sentido seguem as obras de Luhmann, Habermas, Gadamer, Arendt, Heidegger, Wittgenstein, e tantos outros.

<sup>23</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. Cit.* p. 28-30; 59.



sociais e suas respectivas complexidades.<sup>24</sup> Isto é, o sistema social comunicacional reduz a complexidade social em termos absolutos, mas servindo de ambiente aos mais diversos sistemas sociais – não sendo apenas horizonte ao Direito – permanece um ambiente complexo. Isto faz com que o processo de conformação e concretização das normas jurídicas não seja singelo ou isolado, mas em concomitância com a pretensão de realização fática de outros subsistemas. Neste âmbito as interpenetrações sistêmicas são consequência do compartilhamento simbiótico de vários subsistemas<sup>25</sup> – operativamente autopoieticos e funcionalmente diferenciados – na mesma quadra de moldura simbólica de referência à comunicação<sup>26</sup>.

Em outras palavras: o quadrante referencial comunicacional ainda se mantém excessivamente complexo, uma vez que forçosamente abarca diversos subsistemas sociais sob idêntico plano. Assim, em que pese reduza a complexidade em termos absolutos, não reduz suficientemente a variação ambiental, a qual os subsistemas ainda são expostos.

---

<sup>24</sup> Ibid. p. 59. Neste sentido o conceito de sociedade na obra de Niklas Luhmann: “*A sociedade é o sistema que engloba todas as comunicações, [...]*” (tradução nossa). [No original: “La sociedad es el sistema que engloba todas las comunicaciones, ...”].

<sup>25</sup> O vocábulo “sistemas”, é, aqui, utilizado na perspectiva luhmanniana. Não confundir a conceituação ora empregada (baseada nas ideias de Luhmann) com a concepção habermasiana de sistemas, em razão da utilização do conceito de “mundo da vida” na sequência. O conceito de sistema na obra de Luhmann é muito mais amplo do que nas lições de Habermas. Na teoria dos sistemas de Luhmann a sociedade é um sistema (!) de comunicação composto por diversos subsistemas autopoieticos – isto é, que se compõem por seus próprios elementos, remetendo, assim, ao fechamento operacional do sistema em concomitância com sua abertura cognitiva. O sistema é, pois, o elemento central da teoria. Tudo se dá em razão do sistema, é dele que tudo gravita em torno – isto inclusive é objeto de muitas críticas, cf., entre outros, BRONZE, Fernando José Pinto, *A Metodologia entre a semelhança e a diferença* (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico). Coimbra: 1994, p. 271-370. Neste sentido afirma Luhmann: “*A sociedade é o sistema que engloba todas as comunicações, que se reproduz autopoieticamente mediante o entrelaçamento recursivo de comunicações e produção de comunicações sempre novas e distintas.*” [tradução nossa] LUHMANN, Niklas. *Complejidad... Op. Cit.* 1998, 59. Na teoria do discurso de Habermas o conceito de sistema é muito mais restrito, uma vez que a sociedade não se baseia em sistemas, mas em uma moral pós-convencional (referente ao sexto estágio da moral de Kohlberg) consensual. Isto é, para Habermas o foco não está nas relações sistêmicas, mas na formação de um consenso, que se baseie em uma moral pós-convencional. O conceito de sistemas em Habermas é ligado – partindo da definição de Max Weber de agir instrumental e estratégico – a uma “*racionalidade-com-respeito-a-fins*”. Assim, “*o conceito habermasiano de sistema é restrito, limitando-se à economia e ao ‘poder administrativo’. A ciência, a religião, a arte, a educação e parcialmente o direito, assim como a política nas ‘formas democráticas de formação discursiva da vontade’ (poder comunicativo), não constituem sistemas, mas níveis reflexivos da reprodução simbólica do mundo da vida.*” NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e ... Op. Cit.* 2013, p. 74. Destarte, não sem receio de simplificar demasiadamente as conceituações, pode-se dizer que aquilo que Luhmann caracteriza como sendo o sistema social (a sociedade enquanto sistema) é, em certa medida, o que Habermas compreende como mundo da vida.

<sup>26</sup> O conceito de “*moldura simbólica de referência à comunicação*” pretende substituir o uso do conceito habermasiano de mundo da vida, conforme exposto na nota anterior. Neste sentido Marcelo Neves: “*Portanto, é possível no modelo habermasiano conceituar o mundo da vida como a moldura simbólica de referência da ação comunicativa*” e ainda “*[...] a concepção habermasiana do mundo da vida como ‘pano de fundo’ da ação comunicativa*”. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis... Op. Cit.* 2013. p. 69 e 73.

Daí que visando garantir unidade e ordem<sup>27</sup> os subsistemas sociais – inseridos no complexo ambiente/sistema comunicacional – são forçados a desenvolver maior rigor em suas relações com elementos que não lhe são inerentes. Com a evolução social, o abandono da estratificação social pré-moderna e o desenvolvimento de um sistema comunicacional complexo, os subsistemas sociais são forçados a evoluir.<sup>28</sup> Em resposta os subsistemas passam a desenvolver mecanismos mais seguros de seleção, reprodução, e estabilização.<sup>29</sup> Ou seja, a maior variação ambiental, enquanto consequência de uma sociedade plural e complexa, implica em maior pressão ambiental sobre os sistemas, que são forçados a manter-se atados a seus pressupostos, em oposição à tendência desintegradora e expansionista do ambiente. Daí que se faz imperiosa a diferenciação funcional de cada subsistema, porque “*a evolução da sociedade como sistema social mais abrangente vincula-se diretamente à evolução dos seus sistemas funcionais*”<sup>30</sup>. Neste sentido enuncia Luhmann, em *Complejidad y modernidad*:

“A principal função de um sistema global da sociedade, portanto, consiste em simultaneamente aumentar e reduzir (ou seja: prover um acesso pré-moldado e ordenado a) complexidade dos ambientes externos e internos, de maneira que os subsistemas menores encontrem subestruturas suficientes para apontar sua seletividade crescente e sua aumentada liberdade. Este processo continua em outro plano dos subsistemas. O mesmo mecanismo se repete e cria organizações altamente especialização e formas de interação. As vivências e ações que têm lugar em uma sociedade assim devem apoiar-se sempre sobre uma complexa rede de limites seletivos que reduzem as contingências abertas sem eliminá-las.” [tradução nossa]<sup>31</sup>

E, assim:

“A diferenciação funcional expõe os subsistemas a um ambiente altamente complexo. Atenua as crenças compartilhadas, reduzindo-as a ‘sentidos’ simbólicos altamente generalizados, localizando-as em situações específicas da vida diária que se alteram à medida em que fazem os interlocutores.” [tradução nossa]<sup>32</sup>

---

<sup>27</sup> CANARIS, Claus-Willhem. *Op. Cit.* 12; 18-23; 66-80.

<sup>28</sup> NEVES, Marcelo. *A institucionalização Simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 135.

<sup>29</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. Cit.* p. 29.

<sup>30</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis...Op. Cit.* 2013. p. 18.

<sup>31</sup> LUHMANN, 73-74. Na versão original: “*La principal función del sistema global de la sociedad, por tanto, consiste en un simultáneo aumentar e reducir (o sea: proveer un acceso premodelado y ordenado a) la complejidad de los entornos externos e internos, de tal manera que los subsistemas menores encuentren subestructura suficiente para apoyar su seletividad creciente o sus aumentadas libertades. Este proceso continúa en el plano de los subsistemas. El mismo mecanismo se repite y crea organizaciones altamente especializadas y formas de interacción. Las vivencias y acciones que tienen lugar en una sociedad así deben apoyarse siempre sobre una compleja red de límites selectivos, que reducen las contingencias abiertas sin elimina-las*”

<sup>32</sup> Ibid. p. 92. Na versão original: “*La diferenciación funcional expone a los subsistemas a un entorno interno altamente complejo. Atenúa las creencias compartidas, reduciéndolas a "sentidos" simbólicos altamente generalizados, e localizándolas en situaciones específicas de la vida diaria que cambian a medida que lo hacen los interlocutores.*

Nesta leitura, a sociedade moderna – quadrante referencial ao Estado Democrático de Direito e ao próprio ordenamento jurídico – caracteriza-se pela supercomplexidade de suas relações e diferenciação funcional de subsistemas autopoieticos.<sup>33</sup> E exige que seus subsistemas se organizem diferencialmente por intermédio de códigos binários, diferenciando sistema-ambiente.<sup>34</sup>

## 2.2. O DIREITO ENQUANTO SISTEMA

Posto este paradigma, o Direito não pode mais confundir-se com a política e com a religião – como acontecia na pré-modernidade europeia, em que virtualmente todos os subsistemas sociais ficaram à mercê de instituições eclesásticas e déspotas. Na modernidade, necessita antes ser autônomo (ou autopoietico, no dizer de Luhmann).

Com efeito, o Direito arcaico pré-moderno se não distingue claramente da moral, dos costumes, das convenções sociais, da religião, etc...<sup>35</sup> Entretanto, a partir da modernidade, vista a necessidade de diferenciação funcional – consequência da evolução social –, faz-se imperioso um método de distinção. Isto se manifesta na necessidade de constitucionalização-positivação<sup>36</sup> do ordenamento jurídico. É através

---

<sup>33</sup> Neste contexto teórico, Marcelo Neves ao enunciar a sociedade moderna: “(...) a sociedade moderna assentar-se-ia na hipercomplexificação social vinculada à diferenciação funcional dos âmbitos de comunicação Implicaria, portanto, o desaparecimento de uma moral tradicional, de conteúdo hierárquico, válida para todas as esferas de agir e de vivenciar, e o surgimento de sistemas sociais operativamente autônomos (autopiéticos), reproduzidos com base nos seus próprios códigos e critérios, embora condicionados e influenciados pelos seus ambientes respectivos.” NEVES, Marcelo. *Entre Temis... Op. Cit.* 2013. p. 124. Também neste sentido, Niklas Luhmann: “A evolução ou modernização da sociedade tem sido frequentemente descrita como um processo de crescente diferenciação sistêmica e pluaralização” [tradução nossa]. LUHMAN, Niklas. *Op. Cit.* 1998. p. 75.

<sup>34</sup> VILLAS BÓAS FILHO, Orlando. GONÇALVES, Guilherme Leite. *Op. Cit.* p. 63.

<sup>35</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis... Op. Cit.* p. 23.

<sup>36</sup> A este momento são imperiosas duas observações. A primeira diz respeito a alteração do conceito de positividade na obra de Luhmann. Inicialmente a positividade era caracterizada “em termos de decibilidade e alterabilidade do sistema jurídico. Isso deu ensejo à crítica de Habermas no sentido de caracterizar a concepção luhmanniana como decisionista. Porém, com o tempo, o aspecto de autonomia operacional do direito, especialmente em face da política, foi ganhando cada vez mais significado na teoria de Luhmann, de tal maneira que perdeu qualquer fundamentação reduzir a sua noção de positividade a uma fórmula decisionista”. Em sua maturidade, o conceito de positividade “ênfatiza que o aspecto da decibilidade fica subordinado à dimensão do fechamento ou autonomia operacional” (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis... Op. Cit.* 2013. p. 80-81). Ademais, embora partam de modelos distintos, e, em determinada medida opostos, Luhmann e Habermas convergem ao entender que a positividade do Direito é fundamental à realização do Estado Democrático de Direito na sociedade moderna. A segunda observação refere-se a outra crítica. Argumenta-se que, nos moldes em que proposta por Luhmann, a vinculação do Direito a diferenciação funcional dos sistemas reduz a capacidade normativa (regulativa) do sistema jurídico, na medida em que este é apenas mais um sistema social, que “impede que haja qualquer hierarquia entre os subsistemas” (VILLAS BOAS FILHO, Orlando; LEITE GONÇALVES, Guilherme. *Op. Cit.* 2013. p. 102). Esta crítica é contundente e parece ser procedente à formulação da diferenciação funcional do Direito conforme proposta por Luhmann. Entretanto, o modelo

deste procedimento que o Direito reage à necessidade de adoção de critérios mais rígidos de seletividade, estabilização e reprodução. E por intermédio dos procedimentos constituintes e legiferantes, primeiramente, marca sua vinculação com a diferenciação funcional que caracteriza a sociedade moderna.<sup>37</sup>

Isto ocorre porque o Direito mantém vinculação exclusiva com o binômio diferenciador *lícito-ilícito*. Ou seja, o sistema jurídico afirma sua diferenciação funcional e adequação às necessidades da sociedade moderna, por intermédio de um procedimento de controle de código-diferença que se vincula unicamente a este binômio.<sup>38</sup>

Este procedimento marca a diferenciação do ordenamento jurídico. Vinculando-se unicamente ao código diferenciador *lícito-ilícito*, seleciona-se politicamente quais das variações ambientais adentrarão no ordenamento jurídico, transformando projeções do ambiente em expectativas normativas.<sup>39</sup> Assim, resolve-se o problema de excessiva complexidade ambiente-sistema, finda-se a possibilidade de absorção de elementos ambientais incompatíveis com os subsistemas e, principalmente, se distingue normas jurídicas e sociais. A constitucionalização-positivação do Direito atua, assim, como momento diferenciador do ordenamento jurídico perante a sociedade.<sup>40</sup>

Ademais, “[...] a autodeterminação do direito fundamenta-se na distinção entre expectativas normativas e cognitivas”<sup>41</sup> pois, este procedimento ocorre, em

---

da teoria dos sistemas permite releituras em que o Direito não se resume a apenas mais um subsistema, mas, em razão de sua relação com o Estado de Direito – modelo estatal que conforma toda a sociedade –, ascende a importância superior. Não há, aqui, campo para se debater sobre a possibilidade de redução da força normativa do Direito na teoria dos sistemas – e este não é o objetivo deste trabalho. Sinteticamente, para não desprezar a contenda, cabe-nos apenas argumentar que (i) a crítica exposta parece procedente no que tange à forma com que Luhmann indica trabalhar a diferenciação funcional do Direito; (ii) o modelo da teoria dos sistemas permite releituras que contornam esta crítica que *a priori* é aparentemente procedente; (iii) aos objetivos deste trabalho a crítica exposta não resulta em uma mazela a ser superada, na medida em que não se objetiva um estudo quanto à normatividade do ordenamento jurídico; e (iv) à problemática da possibilidade de recondução do fundamento de racionalidade da decisão judicativa às normas do sistema jurídico, o modelo da teoria dos sistemas parece fornecer uma estratégia elucidativa aos objetivos, uma vez que respeita a autonomia (autopoiese) e a adequação social do Direito.

<sup>37</sup> VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. GONÇALVES, Guilherme Leite. *Op. Cit.* 2013. p. 101

<sup>38</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis...Op. Cit.* 2013. p. 81.

<sup>39</sup> Neste aspecto, quanto a *seleção política das variações ambientais*, lembrar das noções de paradoxo sobre as quais se constrói a teoria dos sistemas autopoéticos, cf. nota 19.

<sup>40</sup> NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização*. *Op. Cit.* p. 64-74. VILAS BOAS FILHO, Orlando; GONÇALVES, Guilherme Leite. *Teoria... Op. Cit.* 97-103.

<sup>41</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis...Op. Cit.* 2013. p. 81.

primeira instância, na absorção do dissenso<sup>42</sup> social no âmbito das expectativas. Com efeito, no paradigma aqui proposto para fins metodológicos, o subsistema jurídico orienta-se à absorção do dissenso material em torno de um consenso procedimental, viabilizando a abertura sistêmica de maneira que não se isole da variância ambiental e, concomitantemente, se afirme procedimentos rígidos de diferenciação funcional.

Em síntese, a constitucionalização representa a *autodeterminabilidade* do sistema jurídico, na medida em que a validação do Direito sempre regressará à reflexividade da norma jurídica.

É assim que decorrente da constitucionalização ocorrem dois fenômenos distintos e, aparentemente, opostos. O primeiro é o fechamento operacional do Direito; o segundo a abertura cognitiva.<sup>43</sup> O fechamento operacional indica a capacidade do sistema de desenvolver sem a necessidade de recorrer a elementos externos; a abertura cognitiva é a possibilidade de que elementos *a priori* alheios ao sistema possam integrá-lo, desde que atendido o procedimento de positivação, pautado no binômio *lícito-ilícito*, que garante o fechamento operacional do Direito. O fechamento operacional implica a autonomia do Direito, em razão de que o sistema possui fundamento de validade em seus próprios elementos; a abertura cognitiva garante a adequação social, na medida em que, por procedimentos demarcados, o sistema se mantém aberto ao ambiente.<sup>44</sup>

Daí a razão para se afirmar que o Direito se reproduz em bases autopoieticas. Explica-se: a validade do subsistema está expressa na própria Constituição, uma vez que este é fruto da filtragem política já realizada pelo binômio identificador do subsistema (*lícito-ilícito*); mas é também através da Constituição que se abre a porta para que elementos *a priori* alheios ao ordenamento jurídico manifestem-se, podendo – através

---

<sup>42</sup> Dentre outras, esta é uma das diferenças fundamentais entre as obras de Luhmann e Habermas. Com efeito, em que pese ambos estabeleçam seus modelos de sociedade moderna partindo da linguagem, Habermas caracteriza a sociedade moderna pela formação de um consenso – de uma moral pós-convencional (tradicional). Luhmann opõe-se a esta idealização do consenso apontando antes a um dissenso material, contornado por um consenso procedimental. Isto é, não se estabelecendo consenso quanto ao conteúdo das normas, mas antes se apontando a uma pluralidade de expectativas de condutas normativas, sendo harmônica apenas a percepção do procedimento (ritos de constitucionalização e legiferenda, no caso do Direito).

<sup>43</sup> Novamente, remete-se à noção de paradoxo e completude. (cf. nota 19). O fechamento operacional é marcado pela delimitação do sistema, isto é, pela construção da identidade. Entretanto, esta identidade sustenta-se na diferença (ambiente). Daí a abertura cognitiva. A abertura evita a aporia e o solipsismo sistêmico. Por esta razão é imprescindível a noção de paradoxo na teoria dos sistemas autopoieticos.

<sup>44</sup> NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização... Op. Cit.* p. 135-140.

dos processos de variação do ambiente, seleção da posituação e (re)estabilização do subsistema (aceitação da nova norma) – adentrar no subsistema.<sup>45</sup>

É neste sentido que é conceituada a autopoiese<sup>46</sup> do sistema jurídico. Com efeito, as teorias sobre autopoiese tiveram início na biologia, através das formulações de Humberto Maturana e Francisco Varela, e posteriormente foram incorporadas às teorias sociais por intermédio de Niklas Luhmann. O professor de Bielefeld caracteriza a autopoiese dos sistemas sociais como a possibilidade do sistema compor-se e reproduzir-se por seus próprios elementos, mas sem que isto implique em radical separação entre sistema e ambiente.<sup>47</sup> Em outras palavras: o fechamento operacional de um sistema autopoietico não implica em isolamento das possibilidades extra-sistêmicas de *re-entry* ou em solipsismo sistêmico, mas em abertura cognitiva e adequação social.<sup>48</sup>

“O conceito de autopoiese traz consigo, necessariamente, o dificultoso e frequentemente mal interpretado conceito de sistema operativamente fechado. Referindo-se com isto a reprodução, é evidente que não se pode significar isolamento causal, nem autarquia, nem solipsismo cognitivo, como seus contraditores frequentes supõe. Este conceito é uma consequência de melhoria forçosa de maneira trivial (conceitualmente tautológica) de que nenhum sistema pode operar fora de seus limites.” [tradução nossa]<sup>49</sup>

Daí que, por intermédio do procedimento de constitucionalização, o ordenamento jurídico não mais necessita recorrer a elementos externos ao sistema para legitimar-se. Não mais precisa recorrer à autoridade eclesiástica ou despótica para fazer-se normativo, na medida em que se estrutura – ao menos em plano de legitimidade positiva – em seus próprios elementos. Isto significa o fechamento operacional do Direito, mas não seu isolamento cognitivo ou solipsismo sistêmico, pois mantém sua

---

<sup>45</sup> Ibid. p. 70-71

<sup>46</sup> “A palavra deriva etimologicamente do grego *autós* (‘por si só’) e *poiésis* (‘criação’ ‘reprodução’).” Ibid. p. 127.

<sup>47</sup> “Entretanto, ao se conceber o direito como subsistema autorreferencial e autopoietico da sociedade moderna, funcionalmente diferenciada, um dos problemas cruciais que precisam ser enfrentados pela teoria dos sistemas consiste em como promover suas inter-relações como os demais subsistemas autorreferenciais que compõem a sociedade e que, tal como o direito, são operativamente fechados. Isto é, trata-se de analisar como é possível inter-relacionar subsistemas autorreferenciais sem que isso implique em ingerência de um subsistema sobre o outro”. VILLA BOAS FILHO, Orlando. GONÇALVES, Guilherme Leite. *Op. Cit.* 2013. p. 69-70.

<sup>48</sup> Luhmann trabalha a autopoiese dos sistemas sociais diferentemente daquilo que Maturana e Varela propõe na biologia, mormente em referência a separação do ambiente. Cf. NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização... Op. Cit.* p. 128-132.

<sup>49</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. Cit.* 1998. p. 55.

capacidade de abertura na medida em que, através de procedimentos de seleção pré-determinados pelo sistema, mantém sua abertura cognitiva.

Assim, uma norma social, ou qualquer outro elemento que *a priori*, pertence ao ambiente, pode, futuramente, ingressar ao ordenamento jurídico, desde que respeitadas as normas de seleção pré-estabelecidas e observado o binômio identificador do sistema (*lícito-ilícito*).

Neste paradigma, Luhmann opõe-se à tradição sistêmica, pautada apenas em relações de *input-output*<sup>50</sup>, definindo o ordenamento jurídico como autopoietico – na medida em que este pode basear-se exclusivamente em seus elementos para reproduzir-se, mas também se mantém cognitivamente aberto a influências heterorreferenciais.

É nesta relação entre a autorreferência e a heterorreferência que apresenta-se o paradigma da autopoiese-alopoiese<sup>51</sup> do ordenamento jurídico. Isto é, a dialética entre a autonomia e a *necessidade* de remissão a elementos heterorreferenciais.

A alopoiese é, pois, oposta à autopoiese, uma vez que aponta a busca de elementos extra-sistêmicos para reprodução do sistema. Não é a simples, influência heterorreferencial, pautada no binômio *lícito-ilícito* – como admitido pela autopoiese –, mas uma iniciativa de corrupção sistêmica através da sobreposição de elementos alheios ao Direito e pautados em outros critérios diverso das normas legais.<sup>52</sup>

Eis a problemática central deste trabalho: a oposição entre as necessidades de autorreferência e heterorreferência, na medida em que confrontam-se à justeza do ordenamento jurídico e um ideal de justiça material; a justiça com ou sem normas; a vinculação estrita ao sistema jurídico ou a liberdade da decisão moral, ética, política<sup>53</sup>, econômica, diplomática, etc...; o Estado Democrático de Direito caracterizado mais fortemente por Hermes ou por Salomão.

---

<sup>50</sup> CRUZ, Flávio António da. *Op. Cit.* p. 138-139.

<sup>51</sup> NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização...* *Op. Cit.* p. 135-148.

<sup>52</sup> Neste sentido é mister uma advertência. A teoria sistêmica da autopoiese não é uma tentativa de neopositivismo, pretendendo reduzir toda a complexidade mundana ao texto. Não se trata de recuperar o ideal de racionalidade em busca de um espelhamento do mundo no texto, ou a construção de um sistema no qual os limites de sua linguagem (código) significam o limite do mundo, em paráfrase a Wittgenstein. Afirmar o caráter autopoietico do Direito não aponta a uma pretensão de pureza, não significa pretender isolá-lo de outras ordenações, mas apenas reafirmar que o critério identificador do Direito deve a todo momento ser respeitado e evitar a corrupção sistêmica, impedindo a submissão do Direito a outros subsistemas sociais.

<sup>53</sup> Neste caso referimo-nos à política “pura”, simplesmente baseada em critérios de *poder-não-poder*, não à política enquanto subsistema político de um Estado Democrático de Direito, que é baseada, também, em um segundo plano, no critério *lícito-ilícito*. Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis...* *Op. Cit.* p. 160-161.

### 2.3. A CONSTITUIÇÃO ENQUANTO ACOMPLAMENTO ESTRUTURAL ENTRE DIREITO E POLÍTICA

Antes de avançar diretamente à questão da heterorreferência, é imperioso salientar outra problemática. Sem esta ressalva preliminar, não se apresenta com clareza à diferenciação entre a heterorreferência legítima, nos moldes da abertura cognitiva, e a alopoiese, que indica a corrupção sistêmica.

Trazendo ao Direito, é dizer que – tendo em vista que a abertura cognitiva permite que elementos, *a priori*, externos ao ordenamento jurídico, possam nele ingressar, uma vez que atendidos os procedimentos de seleção, estabilização e reprodução, em primeira instância indicados politicamente pela atividade constituinte – faz-se imprescindível uma análise da relação que a Constituição estrutura entre Direito e política.

Neste aspecto a *constitucionalização* assume relevância superior àquela proposta pelo liberalismo clássico<sup>54</sup>, não se restringindo a uma “antítese do governo autoritário” ou “a forma jurídica de limitação do governo”, mas atuando, também, como elemento que permite a diferenciação funcional do ordenamento jurídico. Não se trata de negar que as sociedades pré-modernas possuíam constituições – como bem ensina Lassalle, toda sociedade possui uma constituição (real)<sup>55</sup> –, mas de possibilitar uma releitura da Constituição moderna, compatível a uma sociedade plural e supercomplexa.<sup>56</sup>

Esta releitura do conceito de Constituição expressa a ideia de acoplamento estrutural entre os sistemas autopoieticos jurídico e político. Com efeito, a abertura cognitiva possibilita o reingresso (*re-entry*) da diferença no sistema jurídico, orientando-se politicamente – mas, sempre, com vinculação ao critério *lícito-ilícito*.<sup>57</sup> Em termos mais exatos, orienta-se politicamente o dissenso material, na possibilidade de aprendizado do sistema, na medida em que possibilita que aquilo que outrora não era

---

<sup>54</sup> Em referência àqueles que em suas obras opunham-se ao Estado absolutista, em defesa do Estado de Direito (Montesquieu, Locke, Tocqueville, etc...). Mister não confundir com o liberalismo econômico de Smith, Hayek, Friedman, etc... ou com o (neo)liberalismo político de Rawls, Dworkin, Raz, etc...

<sup>55</sup> LASSALLE, Ferdinand. *Op. Cit.* p. 29-32.

<sup>56</sup> NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização... Op. Cit.* 2013. p. 64-65

<sup>57</sup> É imperioso perceber que a Constituição, enquanto subsistema do sistema jurídico, mas como pedra fundante deste, desempenha papel de limite cognitivo a abertura do sistema, impondo limitações a capacidade de aprendizado do ordenamento jurídico. Cf. NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização... Op. Cit.* p. 67-68.



aceito pelo sistema – sendo restrito ao plano das expectativas cognitivas – adentre ao plano normativo.<sup>58</sup>

O Direito e a política expressam através da Constituição uma ligação única. Assim já observa Stuart Mill ao descrever que “*as preferências e aversões da sociedade, ou de alguma porção poderosa dela, constituem pois a coisa principal que tem determinado na prática as regras estabelecidas para cumprimento geral, sob punição da lei ou da opinião.*”<sup>59</sup> E com maior audácia, Friedrich Müller ao afirmar que a Constituição faz com que “*Política’ e ‘direito’ são [sejam] dois (de mais) lados da mesma moeda; são dois subsistemas relativamente independentes*”<sup>60</sup>.

A Constituição é, pois, o canal de comunicação entre Direito e política. É o mecanismo de interpenetração dos subsistemas jurídico e político.<sup>61</sup>

[...] a Constituição como ‘acoplamento estrutural’ entre política e direito. Nessa perspectiva, a Constituição em sentido especificamente moderno apresenta-se como uma via de ‘prestações’ recíprocas e, sobretudo, como mecanismo de interpenetração (ou mesmo de interferência) entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito, na medida em que ela ‘possibilita uma solução jurídica do problema de auto-referência do sistema

---

<sup>58</sup> Neste sentido: “*A função da variação apresenta-se como uma ‘comunicação inesperada, surpreendente’.* Não se encontra, portanto, no plano das expectativas normativas, mas em estado anterior. A variação identifica-se com a multiplicidade de comportamentos sociais, os quais, dada a sua pretensão contrafática, são assimilados pelo direito, que, em segundo momento, os transformará, ou não, em expectativas normativas. Para Luhmann, tais comportamentos variáveis são projeções de expectativas normativas, interesses individuais, incapazes de se autogeneralizar, pois, no momento da variação, parecem inadequados à estrutura do sistema. Em princípio, aparecem, portanto, como condutas desviantes que frustram as expectativas contrafáticas reinantes. Por esta razão, estimulam conflitos e exigem decisões. No âmbito da resolução desses conflitos, tornar-se-ão expectativas normativas aqueles comportamentos desviantes que se repetirem e se difundirem nas operações do sistema jurídico, isto é, que se apresentarem de modo redundante à seleção.

A principal finalidade da seleção é transformar projeções em expectativas normativas. É, nesse sentido, fator de institucionalização, vale dizer, de escolhas que generalizam socialmente papéis, ações e comunicações. A seleção é responsável pelo tratamento de dois problemas produzidos pela variação, o excesso e as incongruências de possibilidades. Não é possível generalizar todos os comportamentos, sob pena de se alçar ao plano normativo a colisão desestruturada de interesses, o que bloqueia a diferenciação do direito. A seleção é o mecanismo de reação a tal risco, pois constrói instrumento para rejeição de interesses alheios ao sistema jurídico. Responde, portanto, pelo fechamento do sistema: ao impor escolher, reduz complexidade e distingue expectativas jurídicas da pluralidade de comportamentos do ambiente.” VILLAS BÔAS FILHO, Orlando e GONÇALVES, Guilherme Leite. *Op. Cit.* 2013. p. 99-100. Ainda quanto a esta temática, Hesse adverte que uma Lei Maior que se pretende duradoura deve incorporar elementos que representem ao dissenso material em direção contrária: “*Finalmente, a Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral, se quiser preservar sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária.*” HESSE, Konrad. *Op. Cit.* p. 21.

<sup>59</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução de Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2014, p. 17.

<sup>60</sup> MÜLLER, Friedrich. *Metódica Jurídica e Sistema Político* – Elementos de Teoria Constitucional II. Tradução de Michael Kosubek. Joinville: Bildung, 2014, p. 30. Mais adiante Müller afirma ainda que “*Direito constitucional é direito político intensificado*” (f. 34).

<sup>61</sup> NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização...* *Op. Cit.* 2013. p. 64-67.

político e, ao mesmo tempo, uma solução política do problema da auto-referência do sistema jurídico.”<sup>62</sup>

“Através da Constituição como acoplamento estrutural, as ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas e vice-versa. A autonomia de ambos sistemas é condição e resultado da existência desse ‘acoplamento estrutural’. Entretanto, por meio dela, cresce imensamente a influência recíproca e condensam-se as ‘chances de aprendizado’ (abertura cognitiva) para os sistemas participantes.”<sup>63</sup>

Destarte, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico positivo advém inicialmente do subsistema político, mas não se confunde com este, em razão da diferenciação funcional que marca toda a sociedade moderna e inviabiliza a sobreposição de critérios codificadores. Isto porque o acoplamento estrutural não é a representação da alopoiese sistêmica, mas o garante da autopoiese, conquanto, no quadro do Estado Democrático de Direito organizado, ambos (Direito e política) estruturam-se a partir da Constituição<sup>64</sup>.

Ampliando-se: entendido o acoplamento estrutural, pode-se concluir que, se por um lado as normas jurídicas estão nesta condição em razão de opções políticas, na exata medida em que política está conformada às normas jurídicas; por outro, a norma jurídica ambiciona determinar as diretrizes do subsistema político, em resposta contrafactual à sua relação com o subsistema político.<sup>65</sup> Estas ingerências conflituosas entre os subsistemas são mediatizadas pela Constituição, vista como acoplamento estrutural entre os subsistemas.

Há, pois, por intermédio da Constituição, uma relação de dupla-contingência entre política e Direito, uma vez que *alter* depende de *ego*, ao mesmo tempo que em

---

<sup>62</sup> Ibid. p. 65.

<sup>63</sup> Ibid. p. 65-66.

<sup>64</sup> Neste sentido veja-se que no Estado Democrático de Direito o binômio *lícito-ilícito*, que caracteriza o Direito, atua como segundo código da política, pois o *poder-não-poder* que lhe define não é suficiente para afirmar sua legitimidade (jurídica). Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis... Op. Cit.* p. 143.

<sup>65</sup> MÜLLER, Friedrich. *Metódica... Op. Cit.* 2014. p. 29: “Essas afirmações sobrepõem as questões conhecidas do debate geral a respeito de ‘direito e política’, se os dois são ‘essencialmente’ diferentes por um lado; se ambos são a mesma coisa por outro; ou se o direito, enquanto sistema de ação ‘mutuamente referido’ não haveria de ser contido ‘pela’ política, restando-lhe uma autonomia relativa. O germe dessa discussão lembra a de ‘ser e dever-ser’. Essa última, com suas categorias intermediadoras, já deixou que se lhe impusesse o questionamento equivocado. Os conteúdos atribuídos à ordem jurídica, os quais ela há de realizar, de estabelecer e manter não têm sido decididos e realizados ‘juridicamente’, mas ‘politicamente’, isto é, com os meios da luta política. Esses conteúdos atualmente normativos, mas novamente modificáveis ‘politicamente’, ficam sujeitos à disposição política; no entanto, permanecem por ora determinantes para o ‘sistema de ação’, a ordem jurídica, que é especificamente formalizado e dependente de força vinculativa crescente.”

busca contê-lo – sendo a recíproca igualmente verdadeira.<sup>66</sup> É desta forma que se possibilita *uma resposta política ao problema de autorreferência jurídica e uma resposta jurídica à autopoiese do subsistema político.*<sup>67</sup>

Daí que é inevitável a reciprocidade de relações entre o ordenamento jurídico e os demais subsistemas sociais, pois quando da constitucionalização do Direito não há como se negar os efeitos da realidade política, econômica, social, histórica, moral, etc... Mas isto não necessariamente implica em alopoiese, corrupção sistêmica, *desdiferenciação* ou *colonização do mundo da vida*<sup>68</sup>, antes pode indicar a heterorreferência legítima enquanto consequência da abertura cognitiva. Isto é, afirmar que “*o mecanismo do acoplamento estrutural é responsável pela integridade do direito, e, obviamente, também dos demais subsistemas sociais*”<sup>69</sup>.

Em síntese, faz-se *mister* perceber que a Constituição exerce, concomitantemente, ao menos quatro funções imprescindíveis para a determinação da relação entre Direito e sociedade. (i) Primeiramente, garante a diferenciação funcional do Direito, uma vez que através do processo de seleção, reprodução e re-estabilização, pautados no código *lítico-ilícito*, diferencia normas jurídicas e sociais (ambientais); (ii) permitindo, assim, o fechamento operacional do ordenamento jurídico, que não precisará recorrer a elementos extra sistêmicos para legitimar-se; (iii) entretanto, concomitantemente, permite-se a abertura cognitiva do ordenamento jurídico, uma vez que elementos *a priori* externos ainda podem adentrar ao sistema, por intermédio dos procedimentos de diferenciação funcional supracitados. E assim, vista a abertura cognitiva e o fechamento operacional do Direito, (iv) garante a autopoiese do sistema jurídico.

### 3. ORDENAMENTO JURÍDICO E HETERORREFERÊNCIA

A tentativa de dominação do Outro, mediatizada por relações de poder e subsunção, é dos mais controversos temas do saber. De Cain e Abel, da tradição bíblica, ao Yin e Yang, do Taoísmo oriental, as relações dualistas de *alter* e *ego* estão presentes em virtualmente toda civilização. Não parece ser diferente com o Direito.

---

<sup>66</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 9-11; 126.

<sup>67</sup> NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização...* Op. Cit. p. 64.

<sup>68</sup> Vista a utilização do conceito habermasiano, remete-se à nota 25, quanto à diferenciação do conceito de sistemas na teoria do agir comunicativo e na teoria sistêmica luhmanniana.

<sup>69</sup> VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. GONÇALVES, Guilherme Leite. Op. Cit. 2013. p. 139.

Constantemente as relações de interpenetração entre o ordenamento jurídico e os demais subsistemas sociais (política, moral, economia, etc...), expõem problemáticas em que cada um dos subsistemas envolvidos na(s) relação(ões) pretende sobrepôr seus critérios de maneira sobressaliente.

A este momento parece inquestionável que, em maior ou menor medida, o Direito refletirá problemáticas de outros subsistemas sociais – em especial política e moral. Isto porque o Direito é inseparável de outros subsistemas, mormente se pretende elevada normatividade.<sup>70</sup> Mas de Radbruch a Schmitt há abissal diferença, em que pese ambos possam concordar que o Direito não se separa de outros subsistemas – no caso de Radbruch a moral, em Schmitt a política. Assim, afirmar que o Direito possui relações com outros subsistemas sociais pouco contribui à questão que anima este estudo, sendo antes, no âmbito posto, uma indicação de tautologia<sup>71</sup>. Cuida-se, então, de examinar a qual limite a heterorreferência é legítima. Retomando-se a problemática que anima este trabalho: o paradigma da justiça por equidade, marco do Estado Democrático de Direito, é garantido na justeza das normas ou nas normas da justiça?

Esta questão reflete tanto na atividade legiferante como na jurisdicional. Vamos nos centrar nas problemáticas da função jurisdicional. Pressupostos critérios normativos e excluída a possibilidade de arbitrariedade ou discricionariedade, em atenção ao princípio da legalidade e a democracia, como exigências do Estado Democrático de Direito, qual deve ser a atuação jurisdicional em face da heterorreferência?

Desta questão decorrem muitas outras, mas, radicalmente, todas comungam de idêntico substrato – que fundamentalmente aponta a identificação entre as normas da justiça e a justeza das normas. Vamos nos focar em apenas duas delas: Os julgadores podem ter atuação política? Critérios econômicos podem, por si, fundamentar uma decisão? A primeira aponta para a relação do Direito e com a política; a segunda, com a economia. Mas, conforme exposto, ao fundo, ambas as questões vão recortar a

---

<sup>70</sup> HESSE, Konrad. *Op. Cit.* p. 18. “*Se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se*”.

<sup>71</sup> Em termos lógicos, Wittgenstein define a tautologia: “*Entre os grupos possíveis de condições de verdade há dois casos extremos. Num deles a proposição é verdadeira para todas as possibilidades de verdade das proposições elementares. Dizemos que as condições de verdade são tautológicas. (...) A tautologia não tem quaisquer condições de verdade, pois é verdade sem condições; (...)*” WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado... Op. Cit.* p. 77-78.

problemática entre Direito e justiça e a formulações sobre Estado Democrático de Direito.

A opção por uma análise entre a relação entre Direito e política é decorrente da proximidade única entre estes dois subsistemas. Vista a Constituição como acoplamento estrutural, é seguro afirmar que estes subsistemas vivem uma relação conflituosa, na sociedade moderna, contrapondo-se para firmar sua autonomia. A aproximação única entre estes dois subsistemas merece atenção especial.

Por sua vez, a análise da relação entre Direito e economia advém da tendência expansionista que o subsistema econômico apresenta desde a globalização.<sup>72</sup> Não há campo para uma profunda análise das razões pelas quais a economia vem cada vez mais *colonizando o mundo da vida*<sup>73</sup>, mas não parece ser excessivamente audacioso afirmar que, na sociedade em que estamos inseridos, aspectos econômicos assumem protagonismo em muitas relações.<sup>74</sup>

### 3.1. HETERORREFERÊNCIA POLÍTICA E DECISÃO JURÍDICA – OS LIMITES DO JULGAMENTO POLÍTICO NO DIREITO

“*O Tribunal teve uma atuação política*”. Quem nunca ouviu esta afirmação – ou alguma de suas variações? Verdadeira ou não, a frase indica a preocupação com a heterorreferência da decisão jurídica. O anseio não é infundado, pois a vinculação jurisdicional à legalidade é pedra fundante do Estado de Direito e essencial a segurança

---

<sup>72</sup> Sabe-se que, *a priori*, a afirmação é ousada, mas, espera-se, que ao longo da abordagem se demonstrem, ao menos sinteticamente, as razões pelas quais se afirma que na *era da globalização* – para usarmos a expressão de Dussel – a economia possui função hipertrófica em face dos demais subsistemas. Cf. DUSSEL, Enrique. *A Ética da Libertação*. 2. Ed. Tradução de Ephaim Ferreira Alves, Jaimes A. Classen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.

<sup>73</sup> Novamente, em razão da utilização do conceito habermasiano de *colonização do mundo da vida*, se salienta a diferenciação das ideias de *sistemas* ora expostas e daquelas sustentadas por Habermas. Trata-se, assim, de uma releitura do conceito habermasiano, visando sua adaptabilidade ao modelo ora exposto.

<sup>74</sup> HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica à Razão Utopica*. Tradução de Álvaro Cunha. São Paulo: Edições Paulinas, 1986. p. 86-92. DUSSEL, Enrique. *Op. Cit.* SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra?* Os Limites morais do mercado. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. SANDEL, Michael. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 99-128. SANDEL, Michael. *What Money Can't Buy? The Moral Limits of Markets*. In *The Tanner lectures on human values*. Oxford: Oxford University Press, 1998. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis... Op. Cit.* p. 215-221; 269. NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização...Op. Cit.* p. 190-200; entre muitos outros.

jurídica. Daí o receio e a vigilância sobre *decisões políticas* – ou *dezision política*<sup>75</sup>, como trataria Friedrich Müller.

Entretanto, nunca se deixa de argumentar que a Constituição deve ser o fundamento radical da decisão jurídica. Mesmo as decisões mais claramente marcadas por critérios políticos sobre normas jurídicas, argumentarão que, em verdade, são fundadas na Constituição. Assim, o que implica discordância não é propriamente a necessidade de vinculação à legalidade, mas a maneira pela qual se firma esta relação. Aqueles que argumentam em favor da atuação política jurisdicional não deixam de visualizar a legalidade como (suposto) fundamento judicativo – e tampouco o fazem os que a eles se opõem. O debate cerca-se na questão de *quando ou a qual limite* se estabelece a ligação entre *critérios políticos* – não se restringindo o conceito apenas a *opções políticas*, mas também a conceitos de justiça, ideal de vida boa, papel do Estado na sociedade, os valores dos direitos e das liberdades, garantias processuais, etc... – e a legalidade.

É importante salientar essa concepção de heterorreferência política. A atuação política na jurisdição não se esgota quando há indicação de *opções políticas*<sup>76</sup> na decisão – mesmo quando estas possuem pretensão fundamento na legalidade. Igualmente aponta a heterorreferência judicativa uma decisão que marcada excessivamente por qualquer *critério político*<sup>77</sup> – neste sentido veja a concepção ampla. Um julgador que submetido a critérios normativos válidos, que manifestam critérios políticos contrários aos que acredita, não pode refugiar-se em concepções políticas próprias para defender solução pretensamente legal em contrário ao critério normativo. Exemplifiquemos: um juiz politicamente liberal não pode decidir em contrário a uma norma constitucional que manifesta critério político comunitarista argumentando que não se pode nunca admitir

---

<sup>75</sup> MÜLLER, Friedrich. *Metódica... Op. Cit.* 2014. p. 35-48.

<sup>76</sup> Por opção política se entende a questão que se vincula primordialmente ao subsistema político, não sendo, em primeira linha, submetida ao Direito – em que pese, em um Estado Democrático de Direito, sempre haja vinculação da política ao binômio *lícito-ilícito*. É a questão, por exemplo, de saber se se deve construir um hospital ou uma escola; ou se é prioritária a construção de uma ciclovia ou de uma praça. São questões de opções políticas. São concepções que implicam em se decidir no que aumentará o bem-estar da população. É o que Dworkin caracterizará como *argumentos de procedimento político*. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 6.

<sup>77</sup> Por critério político se qualquer fundamento que se manifeste com base fundamental no sistema político. Pode se tratar de uma opção política, ou pode se tratar de um argumento político com implicância em outros subsistemas. Assim, argumentos de critério político seria gênero do qual a opção política é espécie. Por exemplo: o argumento político liberal se expande a diversos outros subsistemas, dentre os quais econômico, moral e jurídico. Critérios políticos correspondem tanto ao que Dworkin caracteriza como argumentos de princípios político como de procedimento político. Idem.

que se coloque a comunidade em posição privilegiada ao indivíduo; ou, igualmente, um juiz comunitarista não pode se opor a uma norma constitucional liberal, com a inversão deste argumento. Em situações mais concretas: um juiz liberal político radical, que se opõe politicamente a qualquer espécie de dever cívico comunitário, não pode, em que pese seus critérios políticos, deixar de aplicar o art. 143, da CRFB<sup>78</sup>, nos casos de seu âmbito normativo<sup>79</sup>; igualmente, um juiz comunitarista radical, que politicamente acredita que os indivíduos não devem objetar aquilo que é melhor à comunidade, não pode se escusar da aplicação das normas constitucionais que defendem os direitos de minorias – como, por exemplo, várias daquelas contidas no art. 5º da Lei Maior brasileira. Daí que quando se argumenta sobre a heterorreferência política em decisões jurídicas não se restringe a opções políticas, mas a quaisquer critérios que sejam eminentemente políticos – englobando, assim, ideais de justiça, vida boa, análise do papel do Estado na sociedade, ou qualquer outro critério marcadamente que nestes moldes se enquadre.

Ronald Dworkin tenta escapar desta problemática argumentando que “*o debate [da atuação política dos juízes] negligencia uma distinção importante entre dois tipos de argumentos políticos dos quais os juízes podem valer-se ao tomar suas decisões. É a distinção (que tentei explicar e defender alhures) entre argumentos de princípio político, que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público. A visão correta, creio, é a de que os juízes se baseiam e devam basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político. Minha visão, portanto, é mais restritiva que a visão norte-americana progressista, mas menos restritiva que a britânica oficial.*”<sup>80</sup>. Em outras palavras: Dworkin considera que há duas espécies de argumentos políticos que podem ser utilizados. O primeiro baseia-se em *princípios políticos*, que se enquadram na definição de critérios políticos; o segundo em *procedimentos políticos*, que aponta a opções políticas. O célebre jusfilósofo considera que é legítimo que a decisão jurisdicional se baseie em critérios

---

<sup>78</sup> Esta norma constitucional prevê o serviço militar obrigatório no Brasil, nos termos da Lei.

<sup>79</sup> MÜLLER, Friedrich. *Métodos...* Op. Cit. 52-63.

<sup>80</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão* Op. Cit. p. 6.

políticos, pois os direitos dos cidadãos não se findam no texto legal, mas há um substrato de *direitos morais* que deve guiar o julgador.<sup>81</sup>

Assim, considera-se que “*num caso controverso, [o juiz deve] estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras.*”<sup>82</sup>.

Em síntese, neste paradigma, a inferência política na jurisdição – ou a atuação política dos juízes, como caracteriza Dworkin – é permitida, na medida em que, nos “*casos controversos*”, o julgador *ascende* ao “*nível adequado de abstração*”, formula um princípio<sup>83</sup> e o reconduz à legislação sem que isto contradiga outro fundamento legal. Em outras palavras: avança-se a um nível nomeadamente marcado pela moral e neste plano busca-se um fundamento que seja reconduzível ao Direito, sem que isto implique em contradições.<sup>84</sup> Dworkin tenta garantir que este exercício de estruturação do princípio no *nível adequado de abstração* não seja uma atividade solipsista ou arbitrária. Isto porque o *nível adequado de abstração* não aponta às convicções do julgador, mas à *moral compartilhada pela sociedade*.<sup>85</sup> É através da *moral compartilhada*, enquanto alicerce ao *nível adequado de abstração*, que será possível desenvolver um princípio político que seja reconduzível à legislação, nos moldes propostos. Assim, Dworkin afasta-se da discricionariedade solipsista, pois, em sua visão, pouco importam as convicções políticas do julgador, mas antes as expostas na *moral compartilhada* e histórico-culturalmente determinada.

---

<sup>81</sup> Ibid. p. 13-16.

<sup>82</sup> Ibid. p. 15.

<sup>83</sup> Pretendendo clarificar a caracterização de princípios na obra de Ronald Dworkin: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23-125. E ainda: DWORKIN, Ronald. *The Model of Rules*. Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1967.

<sup>84</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão... Op. Cit.* 2005. p. 3-39.

<sup>85</sup> Neste sentido a definição de David Dyzenhaus ao descrever a relação entre o Juiz Hércules de Dworkin e o *nível adequado de abstração* marcado pela *moral compartilhada*: “Dworkin alega que esta é uma caracterização equívoca. Seu juiz, a quem chama de Hércules em razão de seu ‘poder super-humano de aprendizado, paciência e perspicácia’ não ‘impõe suas convicções sobre as convicções da sociedade’. Ao contrário, o juiz acata o fórum comunitário da moral tradicional para ser ‘capturado em toda a institucionalização do procedimento de interpretação’.” [tradução nossa] DYZENHAUS, David. *The Rule of Law as the Rule of Liberal Principle*. in Ronald Dworkin. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 66.



Entretanto, esta concepção parece, ainda assim, apresentar algumas problemáticas. Muitos criticam o modo com que Dworkin trabalha a relação entre Direito e moral; outros opõem-se ao liberalismo político que marca o pensamento do jus-filósofo; e há alguns que argumentam contra a forma com que é vista a atividade jurisdicional. Enfim, em razão da grandiosidade teórica, há diversas críticas às ideias. Mas, retornando à problemática deste trabalho: a ideia de que é legítima a heterorreferência política, quando estruturada com base em princípios – como defende Dworkin – apresenta também alguns problemas.

Em sua legitimidade, desconsidera-se que a norma jurídica apresenta uma concepção política que lhe é inerente e já indica critérios em *nível de abstração* – ou seja, já se vincula, em maior ou menor escala, a uma ou mais, concepções morais de política. Isto é, olvida-se que a norma pressupõe critérios de justiça em sua formulação e como consequência deste esquecimento desequilibra-se a relação de *alter* e *ego* mantida entre as atividades judicativas e legiferantes.<sup>86</sup>

Quando da decisão jurisdicional, o legislador já ascendeu ao “*nível adequado de abstração*”, realizou uma filtragem das expectativas cognitivas da sociedade em termos de abstração – absorvendo o dissenso conteudístico que circunscreve o consenso procedimental – e expressou este critério no programa normativo. Ou seja, aquilo que Dworkin argumenta que deve ser realizado no ambiente jurisdicional já foi realizado anteriormente. E o ambiente jurisdicional é, portanto, limitado pela já realizada *opção de critérios políticos*. Não pode o julgador arrogar-se na possibilidade de *refazer* esta opção já expressa no ordenamento jurídico. Ou, para usar as expressões de Dworkin, tendo em vista a existência de critérios normativos pressupostos, não pode o julgador “*estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso.*”<sup>87</sup>. Isto é, o sistema jurídico já demonstra uma concepção de justiça interna. Os marcos morais e políticos já estão postos quando da decisão jurisdicional e animam uma concepção interna de justiça já demarcada pelo sistema.<sup>88</sup> E a vinculação da atividade jurisdicional a esta concepção interna é fundamento imperioso do Estado Democrático de Direito, não apenas em sua dimensão de legalidade, mas também em sua demarcação democrática.

---

<sup>86</sup> Ibid. p. 9-11; 126-127.

<sup>87</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão... Op. Cit.* p. 15.

<sup>88</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra... Op. Cit.* p. 224.

Possibilitar que o julgador *estruture, em um nível de abstração, um princípio*, para daí – após formulado o princípio em um nível moral – *o reconduzir ao Direito* é excessivamente aberto. Ainda mais diante de uma Constituição exauriente, que não raras vezes apresenta dispositivos que apontam a ideais políticos-morais totalmente diversos – basta observar o art. 170 da CRFB.

Destarte, se não se quer afirmar que *o juiz é o verdadeiro legislador*, há de se reconhecer que o julgador está subordinado à norma jurídica, que já apresenta um critério político ao qual a decisão está submetida. Conferir ao julgador a possibilidade de uma *interpretação construtivista* que lhe permite, em um *caso controverso*, ascender ao *nível adequado de abstração* anteriormente a consideração dos critérios políticos-morais delineados na norma jurídica, é apostar exclusivamente em uma *moral compartilhada* que sobrepuja opções legislativas. Assim, não se trata de animar a discussão entre interpretativista e não-interpretativista, para utilizarmos uma polêmica da terra de Dworkin<sup>89</sup>, mas afirmar a relação de dupla contingência entre as atividades jurisdicionais e legislativas e garantir a autonomia do Direito.

Entretanto, não se pode negar ao julgador a possibilidade de realizar uma verificação da justeza de suas decisões. Assim, ainda continuamos a tratar de heterorreferência política, na medida em que, em muitas hipóteses, a verificação da justeza da decisão passará pelo exame de critérios de política ou moral – como, por exemplo, um ideal de justiça ou a importância das liberdades individuais na sociedade. Assim, a dupla contingência entre as atividades legislativas e jurisdicionais não implica na total impossibilidade do julgador no exame da opção política expressa nas normas.

Isto é, *“a dupla contingência implica que ego conta com possibilidade de que a ação de alter seja diversa da que ele projetou – e vice-versa”*<sup>90</sup>, ou seja, radica em reconhecer que o legislador adentra ao *nível adequado de abstração* e expressa um ideal político-moral no texto de uma norma jurídica, mas deixa a interpretação a cargo do julgador que pode ter outra percepção sobre o conteúdo político-moral expresso na atividade legiferante.<sup>91</sup> Assim, não se trata de radicalmente afirmar que ao juiz não compete a interpretação heterorreferencial do Direito, mas afirmar que a possibilidade do julgador ponderar a justeza da decisão é previamente condicionada pela opção

---

<sup>89</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão... Op. Cit.* 2005. p. 41-103; 251-266.

<sup>90</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra... Op. Cit.* 2014. p. 9.

<sup>91</sup> *Ibid.* 126-127; 224-226.

política da norma jurídica. Isto é, o exame jurisdicional da questão não deve ser posto na razão de “a decisão é justa diante de critérios políticos-morais e de justiça?”, mas “a decisão é justa em face aos critérios políticos-morais e de justiça que se depreendem do ordenamento jurídico?”. A concepção de heterorreferência legítima da decisão jurisdicional é, pois, condicionada pela opção política do legislador, quando da confecção da norma jurídica.

Ademais, há ainda uma preocupante questão empírica. Vamos passar apenas rapidamente pela questão, não apenas porque ela é um reflexo da crítica de legitimidade, mas também porque acredita-se que a primeira crítica, em que pese sua brevidade, tenha demonstrado pontos que são suficientemente custosos à posição de Dworkin quanto à possibilidade de heterorreferência política em decisões judiciais – por óbvio, as oposições não pretendem macular a genial obra do jusfilósofo estadunidense, antes apenas apresentar uma oposição pontual. A objeção empírica<sup>92</sup> revela-se nas próprias concepções de *nível adequado de abstração e moral compartilhada*.

Isto é, adentrar a discussão sobre a efetiva existência de controle no *nível adequado de abstração*, analisando a (in)existência e a (im)parcialidade<sup>93</sup> da *moral compartilhada*, que fundamenta o controle pretendido por Dworkin. Este exercício exigiria um nível maior de abstração e recortaria questões mais profundas que não são objeto deste trabalho. Em síntese a questão gravitaria em torno da possibilidade de se afirmar que ainda hoje, em uma sociedade plural e complexa, há um conjunto de valores, crenças e pensamentos histórico-culturalmente determinados que permitem se argumentar a existência de uma *moral socialmente compartilhada*. Entretanto, não há campo para visitarmos esta problemática. Resumimo-nos a objetar três pontos de maneira sintética: (i) não parece convincente que – em uma sociedade complexa e plural, na qual é extremamente difícil se determinar qualquer ponto em que se condense

---

<sup>92</sup> Tratando-se da possibilidade empírica de desenvolvimento de conceitos elaborados pelas ciências humanas é imperiosa a lembrança a Franz Hinkelammert ao formular o *princípio da factibilidade* dos conhecimentos (também trabalhado por Dussel, em sua *Ética da Libertação*). HINKELAMMERT, Franz J. *Op. Cit.*

<sup>93</sup> Lembra-se que o pensamento de Dworkin é marcado pelo liberalismo político e muitos de seus conceitos irão radicar nessa doutrina. O próprio Juiz Hércules (ideal regulativo desenvolvido para a solução de casos difíceis – cf. *Levando... Op. Cit.* p. 164-203.) expõe a pretensão de universalismo liberal (político) de Dworkin. Não que o liberalismo político não seja uma instigante doutrina política, ao contrário. Mas a crença em uma *moral compartilhada* que pretende universalizar valores que não necessariamente serão universalizáveis. Não se trata da pretensão da universalização em termos absolutos (kantianos), mas em uma comunidade determinada – marcada por esta, dita, *moral compartilhada*.

uma *concepção compartilhada* – a menção a uma *moral socialmente compartilhada determinada histórico e culturalmente* seja efetiva para vincular aquele que ascende ao *nível adequado de abstração*; (ii) a própria concepção de “*nível adequado de abstração*” pode suscitar problemas, afinal, não haveria demarcado como se limita ou o que pertence a este plano, na medida em que a ideia já indica, por si, um ideal *adequado* que pode ser controverso; (iii) a possibilidade de que o julgador ascenda ao *nível adequado de abstração*<sup>94</sup>, vinculando-se ali à *moral compartilhada*, sem que se vincule a seus próprios juízos e concepções, parece extremamente improvável – em que pese Dworkin alegue que o Juiz Hércules é capaz de fazê-lo, mas não se olvide que se trata de um ideal regultivo.

Pretendendo sintetizar as críticas, pode-se argumentar que parece problemático centra-se na possibilidade de que, em um *caso controverso*, o julgador ascenda ao *nível adequado de abstração* – em busca da formação de um princípio – anteriormente a consideração do critério normativo expresso na própria opção legislativa. Assim, a oposição se fixa na possibilidade de, em um *caso difícil*, primeiramente encontrar um princípio, em um *nível adequado de abstração*, para depois reconduzi-lo a legislação.

Procurou-se demonstrar que este procedimento, quando defendido nestas condições, possui vícios de legitimidade, na medida em que quebra a relação de dupla contingência entre as atividades legiferantes e judicativas, e empíricos, ao passo que não há indicativos concretos da factibilidade das idealizações propostas.

Podemos, assim, afirmar que “*o julgamento político, além de se confrontar com o princípio democrático que se aplica às instituições jurídicas, fomenta a corrupção do próprio código jurídico*”<sup>95</sup>, na medida em que aponta a corrupção sistêmica – indicada pela alopoiese jurídica – ao pretender sobrepor opções e critérios políticos sobre as normas jurídicas, que já demarcam uma concepção interna de critérios políticos. Em outras palavras: a pretensão de recorrer a critérios políticos em decisões judicativas deve sempre ser mediatizada pela opção política já apresentada na norma jurídica. Só, assim, se garante a heterorreferência legítima na decisão jurídica.<sup>96</sup> Assim, não se trata de alegar que o julgador não deve fazer qualquer análise política quando de

---

<sup>94</sup> Jamais se pretendeu uma análise exauriente da obra do grande pensador que foi Ronald Dworkin. Algumas polêmicas que são fundamentalmente ligadas a questões pertinentes a objeção desenvolvida tiveram de ficar de fora.

<sup>95</sup> BENVINDO, Juliano Z. *Julgar por princípios: uma crítica ao julgamento político e econômico*. p. 4.

<sup>96</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra... Op. Cit.* p. 224.

sua decisão – as pretensões de *isolar* o Direito dos demais subsistemas sociais se mostraram, ao longo da história, falhas e indesejáveis<sup>97</sup> –, mas afirmar a autopoiese do sistema jurídico, garantindo o fechamento operacional do Direito, na medida em que a procura por justiça ocorre nos ditames políticos já expostos na norma jurídica, e a abertura cognitiva do ordenamento jurídico, pois ainda assim se permite refletir sobre a justiça e a adequação social da decisão – desde que respeitada a opção política já caracterizada na norma jurídica.

Sintetizando o raciocínio apresentado, pode-se concluir que o limite do julgamento jurisdicional político será sempre mediatizado pela norma jurídica e pela concepção interna de justiça que anima o Direito, não havendo possibilidade de o julgador se desprender das já enraizadas concepções políticas presentes no ordenamento jurídico.

### 3.2. HETERORREFERÊNCIA ECONÔMICA E DECISÃO JURÍDICA – OS LIMITES DO JULGAMENTO ECONÔMICO NO DIREITO

O que o dinheiro não compra, nos perguntaria Sandel, quando ele mesmo responderia que, hoje, “*infelizmente, cada vez menos coisas*”<sup>98</sup>. De celas luxuosas em um estabelecimento prisional ao “*direito*” de atraso para buscar seu filho na escola, tudo está a venda<sup>99</sup>. Não por outra razão – mas, exatamente, por esta aparente compatibilidade com a realidade pragmática – expandiu-se muito a ideia que pretende examinar todos os aspectos da vida com fundamento em termos econômicos. Florescida no neoliberalismo econômico – com Friedman e Hayek –, a pretensão de entender a sociedade com base em critérios econômicos se desenvolveu rapidamente em torno dessa “*idolatria do mercado*”<sup>100</sup>. Inicialmente ancorada em pressupostos econômicos – como, por exemplo, o modelo de *concorrência perfeita de Hayek* –, a pretensão de análises econômicas propugna uma revisão da sociedade e da própria ideia de razão. Isto é, pretende que toda a sociedade seja caracterizada por um novo critério de

---

<sup>97</sup> Neste sentido é preciso Juliano Z. Benvindo: “*Evidentemente, no discurso jurídico, entram elementos valorativos, políticos, econômicos – seria ingênuo negar sua presença – porém, é grave, ao menos na perspectiva democrática, pensar no ingresso desses elementos no mesmo patamar de normas jurídicas, que foram histórica e institucionalmente consagradas por intermédio de um processo de legitimação pelo próprio direito.*” BENVINDO, Juliano Z. *Op. Cit.* p. 4.

<sup>98</sup> SANDEL, Michael J. *What... Op. Cit.* p. 90.

<sup>99</sup> SANDEL, Michael J. *O que... Op. Cit.*

<sup>100</sup> HINKELAMMERT, Franz J. *Op. Cit.* p. 74.

racionalidade, *a razão do mercado*,<sup>101</sup> e objetiva reconduzir todos os valores da sociedade a valores monetários, na medida em que tudo radica no dinheiro.<sup>102-103</sup> Neste paradigma, é preciso Hinkelammert ao afirmar que “*não apenas todo o intervencionismo econômico, mas também as próprias funções do Estado referentes à legislação, à função de polícia e a militar são agora imaginados em termos de normas do mercado.*”<sup>104</sup>

Vista a evidente relação entre Direito e economia – mormente marcada na vinculação entre Estado e economia e Estado e Direito – não tardou para que expressões deste pensamento alcançassem o subsistema jurídico. Daí a escola da Análise Econômica do Direito – difundida especialmente por Richard Posner e Guido Calabresi. Os defensores da Análise Econômica do Direito argumentam que os julgadores devem decidir “*os casos controversos, em geral, para maximizar a riqueza social*”<sup>105</sup> distribuindo os bens a que lhes dê maior valor – e o valor a que se referem é monetário, medido em dinheiro.

Assim, se A possui um objeto X que venderia por um preço Y e B pretende o objeto X estando disposto a pagar um preço superior a Y, a decisão deve ser no sentido de distribuir a riqueza a quem lhe dá maior valor.<sup>106</sup>

Por óbvio, a situação parece inapropriada a qualquer um que esteja preocupado com a justiça e com a integridade do ordenamento jurídico, porque se observa claramente que o fundamento primordial da decisão é a *maximização da riqueza social em termos econômicos* – e não exatamente a justiça (em seus aspectos morais, políticos, culturais, históricos, sociais, etc...). Ao contrário, é claramente posta a subversão do

---

<sup>101</sup> Idem.

<sup>102</sup> Por óbvio, esta análise poderia ser muito mais longa e densa. Entretanto, não há campo para se contrapor ideias e desenvolver critérios referentes a evolução econômica da sociedade ocidental. Resume-se a um acompanhamento do desenvolvimento da tendência expansionista do subsistema econômico em face de todo o sistema social.

<sup>103</sup> Até mesmo, por esta pretensão de monovalência, pode ser feita uma leitura positivista dos postulados daqueles que uma análise econômica da sociedade. Não sem receio de simplificar demasiadamente complexa questão, pode-se afirmar que a pretensão de se entender toda a sociedade com base em critérios econômicos é uma extensão dos postulados positivistas na busca de uma razão monofactorial. Fundada no paradigma racionalista, iniciado com René Descartes e sua *dúvida metódica*, a epistemologia positivista busca razões monovalentes à explicação de suas problemáticas – pois fruto do credo racionalista. Assim, aqueles que tentam interpretar todos os acontecimentos sociais com razões econômicas não fazem nada mais do que resgatar a tradição de um ideal monofactorial objetivado pela epistemologia positivista (veja-se como exemplo a criminologia positivista, que pretendia reduzir as razões ao cometimento de crimes a apenas uma explicação monofactual).

<sup>104</sup> HINKELAMMERT, Franz J. *Op. Cit.* p. 87.

<sup>105</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão...* *Op. Cit.* p. 351

<sup>106</sup> Ibid. p. 359-362

critério de justiça do Direito ao subsistema econômico. E isto é inquietante a todos que acreditam não apenas no Estado Democrático de Direito, mas também em ideais de justiça material pautados na equidade. Por esta razão, destacam-se duas críticas que parecem deslegitimar qualquer pretensão da Análise Econômica do Direito no campo da teoria da decisão. Em verdade, as críticas são, em certa medida, complementares, na razão em que a primeira radica na segunda.

A primeira crítica refere-se ao fato de que a Análise Econômica do Direito parece esvaziada de questões de justiça.<sup>107</sup> Com efeito, se por um lado, a AED não apresenta, em sua defesa, nenhum substrato de justiça material, tampouco algum ideal político que lhe sustente; por outro, igualmente, não demonstra claramente nenhuma indicação normativa de que a ideia de justiça interna que anima o sistema jurídico é correspondente aquela defendida pela AED.

Isto é, por um lado, não parece seguro afirmar que a *maximização da riqueza social em termos econômicos* é o ideal de justiça sistêmico que anima o Direito, pois não há seguros indicativos normativos que fundamentem esta posição. Ao contrário, não apenas é muito difícil afirmar um único ideal de justiça (interna) que fundamente um ordenamento jurídico amplo e complexo, razão pela qual não parece haver indicativos consistentes que embasem os postulados da AED, há, ainda, alguns critérios normativos que indicam precisamente o contrário, na medida em que se ocupam muito mais com a socialidade, a busca da justiça material e a formação de um Estado Social, do que propriamente com a maximização da riqueza social. Assim, parece inapropriado afirmar que o fundamento de justiça da AED está radicado em uma ideia inerente ao sistema jurídico.

Por outro lado, nenhuma teoria de justiça material parece fornecer alicerces à AED. Em sua obra, Dworkin examina a compatibilidade da AED com diversas teorias políticas-morais de justiça, concluindo que as ideias expostas por aqueles que pretendem vincular Direito e economia, objetivando um pragmatismo social, não se apoiam em nenhuma concepção de justiça, senão no solipsismo de maximização de

---

<sup>107</sup> Neste sentido é precisa a lição de Dworkin: “Portanto, não se pode afirmar, a favor da análise econômica, que ela indica qual é, independentemente, a resposta certa, segundo fundamentos morais. Pelo contrário, afirmar que a resposta certa é certa apenas porque a resposta promove a riqueza social.” Ibid. p. 374-375.

riqueza em termos monetários.<sup>108</sup> Não há campo para examinarmos a fundo todo o argumento dworkiniano. Vamos nos centrar, apenas, naquela teoria político-moral de justiça material que confere maior chance de adaptabilidade à AED. Pelos indicativos de sua pretensão – que postula *maximizar a riqueza social em termos monetários* – parece coerente afirmar que os ideais defendidos pela AED aproximam-se de fundamentos utilitaristas.

Entretanto, em que pese a similaridade na pretensão de *maximização* de seus objetos, a AED não encontra substrato de justiça nas concepções utilitaristas clássicas – como de Stuart Mill ou Bentham. Primeiramente, porque os objetos são não raras vezes desconexos. Isto é, os objetivos pretendidos no raciocínio utilitarista clássico não será correspondente aos defendidos pela AED. É pensar no caso em que a maximização do bem-estar social seja oposta a maximização da riqueza social em termos monetários. Por óbvio imaginar esta situação não é difícil. Daí que se conclui que *“é altamente indeterminado, ex ante, qual nível cardeal de utilidade média, qual coeficiente de desigualdade e qual correlação de riqueza e mérito (em qualquer definição não tautológica de mérito) serão produzidos por um programa de maximização da riqueza. Também é altamente indeterminado qual combinação desses desiderata putativos seria obtida mediante qualquer conciliação com a maximização da riqueza. Portanto, é implausível que exista uma combinação específica que seja ao mesmo tempo preferível independentemente, segundo fundamentos morais, a outras possibilidades, e que também tenha, de antemão, mais probabilidade de ser assegurada pela maximização de riqueza do que por conciliações distintas”*<sup>109</sup>.

Assim, parece evidente que a primeira crítica é acertada ao demonstrar que a AED se encontra desamparada de qualquer fundamento de justiça. Ante o exposto, conclui-se que, de fato, não há elementos normativos que indiquem seguramente que o ideal de justiça (política-moral) interno do sistema jurídico fornece subsídios à AED;

---

<sup>108</sup> Ibid. p. 356-398. Em especial: 391-393. STRECK, Lênio Luiz. *O que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 55-56. Neste sentido: *“Na esteira dessas questões, Richard Posner, corifeu da Law and Economics e professor da Universidade de Chicago, também professa um elevado teor de subjetivismo e solipsismo decisional.”*

<sup>109</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão...Op. Cit.* p. 385. Ao referir-se que não é possível afirmar que há *“mais probabilidade de ser assegurada pela maximização de riqueza do que por conciliações distintas”*, Dworkin pretende apresentar, ainda, mais uma crítica que será manifestada na razão de que *“a teoria utilitarista-instrumental [referindo-se a tentativa da AED de se associar ao utilitarismo-instrumental] parece depender de algum julgamento de que o legislativo atuará em cooperação com os tribunais na redistribuição, de modo que produza mais utilidade a partir da riqueza que o tribunal provê.”* (p. 391).



igualmente, com Dworkin, pode-se afirmar que a AED não possui alicerces em nenhuma teoria de justiça material política-moral.

Assim, a única saída para argumentar que a AED está fundada em qualquer ideal de justiça é afirmar que ela própria é, por si, um conceito material de justiça. Pretende-se, nesta linha, esboçar um utilitarismo distorcido em que a riqueza e o dinheiro são, por si, valores (morais) de justiça. “*Essa sugestão em seu âmbito mais amplo, supõe que uma sociedade que busca a maximização de riqueza chegará mais perto dos ideais de justiça distributiva do que uma sociedade que não persiga exclusivamente esse objetivo*”<sup>110</sup>, mas, como bem demonstra Dworkin, é difícil imaginar que a riqueza seja em si um valor social.<sup>111</sup> E, nesta linha, é preciso Amartya Sen:

é sem dúvida inadequado adotar como nosso objetivo básico apenas a maximização de renda ou riqueza, que é, como observou Aristóteles, “meramente útil e em proveito de alguma outra coisa”. Pela mesma razão, o crescimento econômico não pode ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos.<sup>112</sup>

Ao se afastar esta identificação entre dinheiro, valor e justiça, se finda a problemática da AED, entretanto, não se atenta a um problema sociológico maior, que ameaça não apenas o sistema jurídico, mas o Estado Democrático de Direito em sua plenitude.

Eis a segunda crítica à AED: a representação hipertrófica da heterorreferência (alopoiética) econômica sobre o Direito. Essa objeção não se limita, em verdade, à AED, mas a toda a pretensão de *análise econômica da vida*, na medida em que

---

<sup>110</sup> Ibid. 381.

<sup>111</sup> Ibid. p. 356-365. Não há campo aqui para seguirmos o raciocínio dworkiniano em sua plenitude. Por outro lado, não parece adequado simplesmente se utilizar da autoridade de Dworkin para afastarmos o argumento. Assim, conciliando as possibilidades, resumimo-nos a alegar, aqui, que: em síntese, Dworkin, através de exemplos, demonstra que a riqueza material não é um valor social, em si, porque não necessariamente uma sociedade mais rica será a melhor. E, igualmente, nem sempre a decisão que maximize a riqueza será a melhor. Argumenta que é preferível uma concepção de justiça que se fundamente em direitos, deixando aos cidadãos a possibilidade de maximizarem riquezas (uma vez que garantidos os direitos). O argumento de Dworkin parece acertado em todas as suas dimensões. Não apenas porque não há como se afirmar que haja uma relação direta em utilidade social e maximização de riqueza monetária, mas também porque parece preferível, mais justa e mais adequada uma concepção de justiça que se fundamenta, primeiramente, em garantir a direitos.

<sup>112</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras. 2010, p. 29.

consequência da abordagem sociológica de hipertrofia do subsistema econômico em face de todos os outros subsistemas sociais. Foquemo-nos no Direito, no entanto.

Enquadrada neste paradigma de hipertrofia do subsistema econômico e corrupção sistêmica do Direito, da política, e da moral, a AED não se vincula a nenhuma concepção clássica de justiça material, mas pretende, de maneira solipsista, ser, em si, uma concepção de justiça. E a pretensão é fortalecida pela globalização enquanto fenômeno que internacionaliza o sistema econômico.

Com efeito, a globalização subsidia a hipertrofia do código econômico em detrimento do Direito, da política, da moral – e, tal como concebido na modernidade, do próprio Estado Democrático de Direito<sup>113</sup> –, pois enquanto os sistemas político e jurídico – que servem de alicerce a formação do Estado de Direito – são territorialmente limitados<sup>114</sup>, o sistema econômico passa a ter expansão mundial. Consequentemente, há flagrante pretensão expansionista do código econômico sob a Constituição, na medida em que a variação ambiental a que o ordenamento jurídico é exposto é inflacionada pela hipertrofia da heterorreferência do subsistema econômico.<sup>115</sup>

Isto é, a partir da globalização, o subsistema econômico começou a *colonizar o mundo da vida* – ou, para continuarmos no paradigma teórico que estamos trabalhando: em sua expansão heterorreferencial, passou a impor alopoiese a outros subsistemas. Assim, “*não se trata simplesmente de autopoiese da economia em face da política e do direito, antes de hipertrofia do código econômico em prejuízo dos códigos jurídico e político*”<sup>116</sup>.

Se os liberais clássicos temiam o Leviatã, hoje, em muitas situações, ele parece impotente em face da expansão de critérios econômicos.<sup>117</sup> A AED é a *representante jurídica* dessa impotência, na medida em que se vincula à heterorreferência ilegítima, apontando não ao Direito, mas à economia. É a representante da corrupção sistêmica

---

<sup>113</sup> DUSSEL, Enrique. *Op. Cit.* NEVES, Marcelo. *Entre Têmis... Op. Cit.* p. 219. NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização... Op. Cit.* p. 191-192

<sup>114</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. Cit.* p. 89.

<sup>115</sup> Alguns fenômenos práticos podem nos ajudar compreender esta ideia de hipertrofia do sistema econômico em face dos sistemas político e jurídico – e por conseguinte da Constituição. Veja-se a financeirização das campanhas políticas, “*a dificuldade de se impor políticas e normas jurídicas*” (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis...Op. Cit.* 2013. p. 218) a instituições econômicas transnacionais, os escândalos envolvendo a corrupção de agentes públicos em licitações, o favorecimento de determinados setores em decisões políticas, etc... tudo isto é reflexo do expansionismo econômico em face dos sistemas político e jurídico.

<sup>116</sup> *Ibid.* p. 219.

<sup>117</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Temis... Op. Cit.* p. 215-226.

jurídica, consequência da hipertrofia econômica. É a alopoiese jurídica em face do expansionismo heterorreferencial do código *ter – não-ter*.

Assim, parece seguro afirmar que a AED não se relaciona a justiça, enquanto dimensão da moral-política, institucionalizada no Direito. E não se associa aos ideais exigidos pelo subsistema jurídico de um Estado Democrático de Direito.

Neste paradigma, enquanto distorção dos critérios de justiça – transferindo o materialismo da moral-política à economia – e inserida em um contexto de expansionismo do subsistema econômico frente a Constituição, a AED não representa uma associação legítima entre Direito, justiça e Estado Democrático de Direito, conquanto represente a alopoiese do sistema jurídico em face as inferências econômicas que não são mediatizadas pelas concepções de justiça político-moral expressas nas normas jurídicas.

Por óbvio, há inúmeras problemáticas que poderiam ser mais elaboradas, seja na questão da globalização, da hipertrofia do sistema econômico, das relações entre os sistemas, dos conceitos de corrupção sistêmica e colonização do mundo da vida, mas, enquanto síntese de um pensamento complexo, reflexo de uma construção teórica que pretende a explicação de toda a sociedade, pode-se resumir que a AED não é legítima, no âmbito da teoria da decisão, na medida em que aponta a ideias opostas à autopoiese jurídica e às concepções de justiça que permeiam o ordenamento jurídico e o Estado de Direito.

É imperiosa, por fim, uma última advertência. Igualmente ao que ocorre no julgamento político, opor-se à AED e argumentar que é indevida a possibilidade irrestrita de heterorreferência econômica na decisão judicativa, não implica em impedir que o julgador possa realizar uma verificação dos efeitos econômicos da decisão. O que se pretende não é inviabilizar o julgador de ponderar sobre as consequências econômicas das decisões judicativas, mas, apenas, impedir que critérios econômicos se sobreponham aos ideais de justiça expressos nas normas jurídicas. Assim, se permite uma avaliação das implicâncias econômicas das decisões jurídicas, desde que essa ponderação seja mediatizada pelo substrato de justiça interna do Direito.

#### 4. CONCLUSÃO – ENTRE HERMES E SALOMÃO

É inerente ao Direito, enquanto instrumento de institucionalização da justiça, uma relação dialética com sua matriz. Isto é, a existência de um ordenamento normativo invariavelmente implica em uma relação com ideias de justiça material que o subsidiam. E como a plenitude fática do pensamento idealizado é impossível<sup>118</sup>, não se concebe uma absoluta identificação entre a justiça interna do Direito e uma justiça material que se almeja. É neste paradigma da justeza das normas em face as normas da justiça, caracterizada pela necessidade e impossibilidade de absoluta identificação, que se encontra a problemática da heterorreferência da decisão jurídica.

O julgador deve pretender a justiça material sem se afastar da justeza das normas. Deve-se almejar um ideal de justiça material (político-moral) dentro das possibilidades conferidas pela concepção de justiça já exposta na norma jurídica, conquanto não torne o sistema solipsista em seu fechamento operacional, mas não descaracterize os marcos de diferenciação funcional, auto-reflexividade e as ordenações de justiça interna.

Expostas algumas considerações sobre a possibilidade de heterorreferência em decisões judicativas, retoma-se a metáfora inicial, nas figuras de Hermes e Salomão.

Seguindo à tradição bíblica, Salomão não se detém a qualquer fundamento legal, senão a justiça material. Sua perspectiva aproxima a realidade jurídica de ideias de justiça político-morais, histórico e culturalmente determinados. Assim como no caso da criança com duas mães<sup>119</sup>, o jurista Salomão se fundamenta nas normas de justiça, em detrimento da justeza das normas, para decidir. Isto implica em sobrepor critérios de justiça heterorreferentes à concretude do ordenamento jurídico, mas possibilita maior adequação social ao Direito. A atitude de Salomão é positiva na medida em que, em sua perspectiva, a decisão será sempre justiça. Nesse sentido, Salomão aproxima-se um pouco do rei filósofo de Platão, na medida em que com sua autoridade *dá a cada um o que é seu*. Entretanto, a postura de Salomão é negativa e perigosa, pois desconsidera os critérios de justiça inerentes às normas jurídicas. Isto é, Salomão despreza a concepção de justiça interna do ordenamento jurídico. E por esta razão, abre-se a porta à discricionariedade e à hipertrofia jurisdicional.

---

<sup>118</sup> HINKELAMMERT, Franz. *Op. Cit.* p. 18; 255-258.

<sup>119</sup> Célebre história de Salomão retratada na Bíblia em REIS 1, Capítulo 4.

Hermes, por outro lado, restringe-se à transmissão de desígnios superiores, não ponderando a justeza das normas diante das normas da justiça. Limitando-se à função de transmissor de fundamentos normativos a realidade jurídica, o jurista Hermes não balanceia as circunstâncias da realidade diante de ideias de justiça material, mas se contém na possibilidade de aplicar as normas do ordenamento jurídico. Isto implica em não sobrepor critérios heterorreferenciais sobre a concepção de justiça interna que anima a norma jurídica, mas engessa a possibilidade de adequação social do Direito, na medida em que não se pondera sobre as situações que a justeza da norma implica em exclusão da justiça material, que o ordenamento jurídico almeja. Nesse sentido, Hermes parece apenas um burocrata. Não percebe que a complexidade mundana não se restringe ao ordenamento jurídico, mas necessita – em limites coerentes – da heterorreferência jurídica. A atitude de Hermes é positiva ao não permitir a sobreposição de critérios heterorreferenciais sobre as concepções expressas no ordenamento jurídico, impedindo, em grande medida, a possibilidade de alopoiese jurídica. Entretanto, a atitude é negativa em não se preocupar com a justiça (material) das decisões, restringindo-se à justeza das normas.

É de se concluir que nenhum dos dois modelos de jurista representa um ideal regulativo. Se Salomão peca em permitir a heterorreferência sem que se restrinja sua noção de justiça material nas proposições de justeza das normas; Hermes é falho ao distanciar-se excessivamente dos ideais de justiça material almejados pelo Estado Democrático de Direito. Se Salomão não garante o fechamento operacional do Direito em sua plenitude, dando azo a alopoiese jurídica; Hermes não se atenta à abertura cognitiva do sistema jurídico e distancia-se da adequação social. A contraposição dos modelos é clarividente, assim como são os vícios e virtudes que os caracterizam.

Parece, então, prudente se pensar em uma fusão dos modelos. Não em suas dimensões de acesso privilegiado à verdade (Salomão) ou em sua conformação relativista (Hermes), mas em um equilíbrio de critérios de justiça material em seus limites já expressos no sistema. Uma dialética que permita se ponderar as normas da justiça e a justeza das normas, na relação do ideal de justiça material almejado pelo Estado Democrático de Direito e da justiça interna que anima o ordenamento jurídico. Também uma concepção atenta aos limites que esta dialética heterorreferencial encontra nas opções políticas-morais já manifestadas pelo legislador, na medida em que a avaliação de justiça heterorreferencial seja sempre mediatizada pela norma jurídica.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BENVINDO, Juliano Z. *Julgar por princípios: uma crítica ao julgamento político e econômico*.

BRONZE, Fernando José Pinto, *A Metodonomologia entre a semelhança e a diferença* (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico). Coimbra: 1994.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 5. ed. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Atual da Autonomia do Direito*. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012.

CRUZ, Flávio Antônio da. *O Confronto entre o Concurso Formal de Crimes e o Concurso Aparente de Normas Penais no Direito Brasileiro: revisão crítica sob os influxos de uma hermenêutica emancipatória*. Tese apresentada ao programa de Doutorado da Faculdade de Direito da UFPR. 2014.

DUSSEL, Enrique. *A Ética da Libertação*. 2. Ed. Tradução de Ephaim Ferreira Alves, Jaimes A. Classen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *The Model of Rules*. Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1967.

DYZENHAUS, David. *The Rule of Law as the Rule of Liberal Principle*. in *Ronald Dworkin*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis, 1997.

HART, Hebert. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2011.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis, 1991.

HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica à Razão Utópica*. Tradução de Álvaro Cunha. São Paulo: Edições Paulinas, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIRCHMANN, Julius Hermann Von. *La jurisprudência no es ciência*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Tradução de Walter Stöner. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LUHMANN, Niklas. *Complejidad y Mordenidade – De la unidad a la Diferencia*. Tradução Josexo Berian e José Maria Garcia Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MILL, John Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução de Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2014.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad. 2000.

\_\_\_\_\_. *Metódica Jurídica e Sistema Político – Elementos de Teoria Constitucional II*. Tradução de Michael Kosubek. Joinville: Bildung, 2014.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização Simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_. *Entre Têmis e Leviatã: Uma Relação Difícil – O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

\_\_\_\_\_. *Entre Hidra e Hércules*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e Seus Inimigos*. 3. ed. Tradução de Milton Amado. São Paulo: Editora Itatiaia Ltda., 1998.

TOMÁZ DE OLIVEIRA, Rafael. *A política e o Direito para além das meras relações de poder*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-dez-06/diario-classe-politica-direito-alem-meras-relacoes-poder> >.

SANDEL, Michael. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

\_\_\_\_\_. *O que o dinheiro não compra? Os Limites morais do mercado*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

\_\_\_\_\_. *What Money Can't Buy? The Moral Limits of Markets*. In *The tanner lectures on human values*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras. 2010, p. 29.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é Isto – Decidido Conforme Minha Consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VILAS BOAS FILHO, Orlando; GONÇALVES, Guilherme Leite. *Teoria dos Sistemas Sociais – Direito e Sociedade na Obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013.

WITTGEINSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico filosófico \* Investigações Filosóficas*. 3. ed. Tradução M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbekian. 2002.

\_\_\_\_\_. *O Livro Azul*. Tradução Jorge Mendes. Lisboa: Edições 70, 2008.