

A RELAÇÃO ENTRE MORAL E DIREITO: DO DIREITO PRUDENCIAL AO DIREITO CONTEMPORÂNEO.

THE RELATIONSHIP BETWEEN RIGHT AND MORAL: THE PRUDENTIAL RIGHT TO CONTEMPORARY LAW

Resumo

A relação entre o direito e a moral não pode ser esquecida, apesar de serem ramos diferentes das ciências humanas, eles não devem se distanciar tanto, sob pena do direito perder o seu maior sentido que é a justiça. Será demonstrada a relação entre o direito e a moral ao longo história, além de explicações sobre suas semelhanças e diferenças. Desenvolvendo-se a teoria do sistema do direito, culminando-se na discussão sobre a legitimidade do direito na contemporaneidade.

Palavras-Chaves: Moral; Direito; Sistema; Legitimidade.

Abstract

The relationship between law and morality can not be forgotten, even though they are different branches of the humanities, they should not move away either, under penalty of law lose its largest sense is justice. It will be demonstrated the relationship between law and morality throughout history, as well as explanations of their similarities and differences. Developing the theory of law system, culminating in the discussion about the legitimacy of law in contemporary days.

Keywords: Moral; Right; System; Legitimacy.

1 INTRODUÇÃO

A relação complementar entre moral e direito foi o cerne deste trabalho, mas, para se argumentar e fundamentar sobre esse tema foi necessário explicar as principais escolas do direito desenvolvidas ao longo da história.

No primeiro capítulo do desenvolvimento, escreve-se sobre a evolução do direito na sociedade, desde a antiguidade até a contemporaneidade, com o objetivo de demonstrar como ele se relacionava com a moral. Passar-se-á por um período de identificação entre direito e moral até a separação total entre eles.

Prosseguir-se-á com o desenvolvimento da teoria de Luhmann, demonstrando como se deu o distanciamento entre a ética e o direito, comprovado por um procedimentalismo dissociado dos conteúdos do direito e despreocupado com a legitimidade.

Após essas digressões, traçar-se-ão os aspectos relevantes para a teoria sistêmica do direito. Para tanto, será explicado como surge a idéia de sistema no direito e como ela se desenvolveu a partir da importação de uma teoria das ciências biológicas para as ciências humanas.

O último capítulo do desenvolvimento traz a preocupação com a legitimidade no direito. Discussão que está na “crista da onda” para a Filosofia do Direito e para os operadores dessa ciência social.

Busca-se, neste trabalho, demonstrar que o direito e a moral possuem uma relação de complementaridade, mas não se confundem, não existindo subordinação de um ao outro. Além disso, demonstra-se a importância de discutir na atualidade as idéias sobre a legitimidade do direito.

A problemática aqui enfrentada é de grande importância social e a sua discussão um grande desafio que se tenta instigar nesse artigo. Ademais, a legitimidade no direito tem sido bastante discutida em virtude do aumento excessivo da tecnicização do direito e um abandono do seu conteúdo. A relação da ética com o direito não pode ser esquecida, cumpre-se, dessa forma, um papel social ao trazer a baila este tema.

2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL

A moral e o direito possuem diferenças e semelhanças. O objetivo deste capítulo é trazer a evolução histórica da relação entre direito e moral, observar suas semelhanças e diferenças, bem como analisar a perspectiva de complementaridade entre moral e direito neste contexto. A relação entre direito e moral já foi tratada de diferentes formas ao longo da história, eles já foram

confundidos, foram afastados e agora se busca uma nova aproximação entre os dois, demonstrando a complementaridade entre a moral e o direito, embora ambos sejam independentes quanto a suas fundamentações.

O direito e a moral se completam na resolução dos conflitos sociais. Quando a moral não consegue alcançar o equilíbrio social, o direito tenta solucionar esse problema, podendo, inclusive, ocorrer o inverso, isto é, a moral, por si só, resolver o problema quando não há necessidade da coerção jurídica e nem da institucionalização, características próprias do direito. Todavia, nas sociedades complexas é difícil a resolução de conflitos sociais pela moral, o que era comum nas sociedades não complexas. Destarte, o direito passa a ser a principal forma de resolução de conflitos sociais da contemporaneidade, papel anteriormente exercido pela moral.

Machado Neto explica a tentativa de se separar a moral do direito: “a partir da norma indiferenciada dos primitivos, e daí até a situação atual, toda a evolução cultural vem se apurando no sentido de separar essas duas formas de regulamentação da vida humana, essas duas grandes manifestações do mundo ético – moral e direito”.¹ Todavia, essa tarefa de separação é difícil até mesmo na contemporaneidade.

Inegável é a relação entre o direito e a moral ao longo da história, desde a confusão entre os dois ocorrida na Idade Antiga, passando pelo desenvolvimento da *jurisprudencia*, bem como sua evolução na Idade Média, com maior profissionalismo e o surgimento da dogmática no Direito Romano dominado pela Igreja, até a Modernidade, quando há a tentativa de esvaziamento moral do direito, em virtude do aumento da sua tecnicização. E a atualidade, onde o direito e a moral se complementam, mas, ao mesmo tempo, são afastados, diferenciados e fundamentados em princípios diferentes.

Buscar-se-á traçar um breve perfil histórico do direito e sua relação com a moral ao longo da história, além de abordar o direito como sistema, nunca abrindo mão da crítica peculiar à ciência social. Será tratada neste tópico a evolução histórica da noção de sistema no direito, partindo do jusnaturalismo, passando pelo positivismo até chegar às visões contemporâneas do sistema no direito. Para alcançar este mister de forma concisa, traçar-se-á um sintético perfil do direito ao longo da história e discorrer-se-á sobre suas escolas de forma concisa, sempre relacionando com a moral.

¹ MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.90.

A ideia do conceito geral de sistema possui as qualidades da ordem e da unidade como características. Segundo Canaris, ordenação implica um “estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade”.² Já a unidade trata-se de fator que não permite uma “dispersão”, por evitar a agregação de “singularidades desconexas”.³ A partir dessas qualidades, Canaris trata da adequação valorativa e unidade interior da ordem jurídica como fundamentos do sistema jurídico. O desenvolvimento do conceito de sistema a partir das ideias de adequação valorativa e da unidade interior da ordem jurídica implica: no sistema como ordem axiológica ou teleológica (como escopo e valores) e no sistema como ordem de “princípios gerais do Direito”.

Entretanto, até o direito evoluir a este ponto de teoria do sistema, ele passou por diversos momentos históricos, onde se relacionou com a moral. Começa-se explicando essa relação na Idade Antiga, quando direito e moral se confundiam; passa-se pela Idade Média, onde começou sua dissociação, até a Idade Moderna, quando se separa o direito da moral e há a perda do caráter ético do direito.

2.1 Idade Antiga

Nas sociedades primitivas, basicamente o “poder está dominado pelo elemento organizador, fundado primariamente no *principio do parentesco*”.⁴ Nesse momento histórico, isto é, na antiguidade clássica, a única ordem possível é a querida pela divindade. “Nessas sociedades primitivas, o nível de poder social e tecnológico era de natureza tal a transformar em questão suprema aquela que remete às ligações e relações com as forças naturais”.⁵ Destarte, não havia sentido uma diferenciação entre moral e direito, sendo ambos confundidos.

² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 12.

³ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 12-13.

⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, p. 29.

⁵ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito. Dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 33.

A partir do desenvolvimento da civilização grega, a *jurisprudencia* surgiu numa ordem jurídica. “Assim o direito, forma cultural sagrada, era o exercício de uma atividade ética, a prudência, virtude moral do equilíbrio e da ponderação nos atos de julgar”.⁶ Nesse momento histórico, o direito e a ética não se dissociam, havendo uma forte ligação entre os dois.

Na Grécia Antiga o direito era confundido com a moralidade, ambos faziam parte da justiça, não se buscava diferenciar o direito da moral, além disso, o natural era a fonte das normas para o comportamento humano decorrerem de uma ordem sagrada. Na Grécia não existe uma palavra própria para se afirmar o direito, porque lá o direito se fundia no conceito universal de *justo*; o direito na Grécia ou depende da retórica ou da moral, dessa forma, não se diferencia o jurista do filósofo ou do homem de Estado.⁷

Já na *jurisprudencia*, a ordem jurídica se resumia a esquemas práticos de ação para resolução de processos, que eram conduzidos pelo pretor, mas julgados por leigos. Dessa forma, não havia uma profissionalização da teoria jurídica com juízes especialistas. E o pretor, no momento em que confeccionava o seu edito – onde estava contido o direito pretoriano –, levava em consideração aspectos filosóficos e morais.

A partir da especialização do profissional, com a criação do jurisconsulto, poderia ter começado uma possível distinção do direito e da moral, entretanto, não havia essa preocupação naquela época. Além disso, eram necessários especialização e desenvolvimento maior da sociedade e do direito para se exigir distinção entre moral e direito.

O método dialético foi introduzido no desenvolvimento do pensamento prudencial, para se buscar a verdade, por meio da erradicação progressiva das equivocidades, conduzindo os romanos, desta forma, a um saber considerado de natureza prática, que levou o pensamento prudencial a manifestar-se como um poder de argumentar e de provar.⁸

Além da utilização do método dialético na resolução dos conflitos jurídicos, os estóicos trouxeram para Roma uma nova visão ética do mundo, expressa num sistema de princípios.⁹

⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, p.32.

⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 626.

⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, pp.34-35.

⁹ “O método dialético consistia, antes de tudo, na classificação dos dados da realidade empírica pelo duplo processo de distinção e do relacionamento, o qual conduzia ao estabelecimento de gêneros e espécies, ou seja, à formulação de conceitos”. (COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 117).

Neste citado sistema de princípios sempre deveria haver uma correspondência entre a justiça e os deveres morais.

Todavia, entre os gregos e os romanos há uma grande evolução do direito, senão observe-se:

Enquanto a prudência grega, em Aristóteles, por exemplo, era uma promessa de orientação para a ação no sentido de descobrir o certo e o justo, a jurisprudência romana era, antes, uma confirmação, ou seja, um *fundamento* do certo e do justo. Com isso, a jurisprudência tornou-se entre os romanos um dos instrumentos mais efetivos de preservação de sua continuidade, quer no sentido de um instrumento de autoridade, quer no sentido de uma integração social ampla. De certo modo, graças à tríade religião/autoridade/tradição, a jurisprudência efetivamente deu ao direito uma generalização que a filosofia prática dos gregos não conseguira.¹⁰

Com efeito, infere-se a partir dessa evolução uma disseminação do direito como conhecimento universal, já que era possível se fundamentar para se alcançar uma decisão certa e justa, mais próxima da verdade. Apesar desse aprimoramento, a moral e o direito continuavam associados e confundidos.

Comparato conclui do escritos do jurista Ulpiano sobre o direito, no qual ele afirma que a palavra direito provém de justiça, o seguinte: “o direito autêntico nada mais é do que a realização da justiça; e a finalidade da lei consiste em formular, publicamente, as regras práticas da moralidade”.¹¹

Segundo Reale, Ulpiano apenas trasladou a definição estoica da filosofia para o campo do direito, já que a filosofia era definida pelas mesmas palavras utilizadas no seu conceito dado à jurisprudência, sendo assim, não houve a elaboração de um direito autônomo.¹²

Essa confusão entre direito e moral, baseada no justo e no honesto como essencial na vida social, contradiz-se com o pensamento moderno, já que na modernidade “tudo aquilo que se pode fazer para conseguir um resultado prático, o homem moderno considera valiosos e importante em si mesmo”.¹³

¹⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, p.35

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 119.

¹² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 633-634.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 117.

A visão romana do direito se fundamentava na natureza – unindo o divino ao humano –, entretanto, na idade média, o cristianismo influencia diretamente nas ciências. Em virtude da força e do poder da Igreja Católica, o homem afastou-se do divino, ao qual passa a ser subordinado. Nesse panorama é que se desenvolve o direito na Idade Média.

2.2 Idade Média

Embora o direito passasse a ser visto como dogma, nascendo como ciência na Bolonha no século XI, sendo considerado, a partir deste momento, mais que simples retórica, passou a ter uma subordinação a Deus, devido a grande força da Igreja.

Surgia, assim, um novo saber prudencial, destinado a conhecer e a interpretar a lei e a ordem de forma peculiar; pois, enquanto para os romanos, o direito era um saber das coisas divinas e humanas, para a Idade Média, os saberes eram distintos, ainda que guardassem uma relação de subordinação.¹⁴

Na Idade Média destaca-se a ideia de um direito natural e teológico. Santo Agostinho desenvolveu uma filosofia confundida com a teologia, já que uma filosofia afastada de Deus levaria o homem à ilusão de que o uso do poder da razão seria aproveitado apenas para o bem, todavia, isso não poderia ocorrer, tendo em vista as forças paralelas do bem e do mal, coexistentes no homem.¹⁵

Nesse sentido, embora visto como ciência autônoma, o direito sofre uma grande subordinação a Deus e, por consequência, à moral. “Se partirmos da hipótese de que Deus é o Ser supremo, cuja vontade é o fundamento de toda a norma moral, a filosofia moral não existe como disciplina independente: depende inteiramente da teologia.”¹⁶ Nessa forma abordada por Perelman é que se desenvolve o direito e a moral na Idade Média, isto é, com uma dependência entre a filosofia e a teologia, como afirmado logo acima.

¹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, p.38.

¹⁵ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito. Dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 69.

¹⁶ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 288.

Além das ideias de Santo Agostinho, São Tomás de Aquino também se destaca como grande mente da Idade Média, desenvolvendo, com base nas ideias de Aristóteles, princípios éticos, que não distinguem moral, direito e religião, e, destarte, ele também não separa o direito da justiça.¹⁷

Reale destaca o elemento de ápice da filosofia jurídico-moral de São Tomás de Aquino:

O elemento mais alto da Filosofia jurídico-moral tomista é a *lex aeterna*, expressão mesma da razão divina, inseparável dela, que governa todo o universo, como um fim ao qual o universo tende. A idéia de *lex aeterna* não deve ser confundida com a de *lex divina* ou revelada, a qual é uma expressão da primeira, a mais alta forma de sua 'participação' aos homens, porque dada por Deus, como exemplo das Sagradas Escrituras.¹⁸

Ambos os filósofos cristãos desenvolveram teorias sobre a filosofia moral, mas nunca afastando as suas ideias da teologia. Esse período também se destaca pela soberania do rei e pelo problema jurídico da legitimidade, que era decorrente da força de Deus. “Desde a Idade Média, pode-se, pois, dizer, o pensamento jurídico se fez essencialmente em torno do *poder real*. E a recuperação do direito romano serviu-lhe como instrumento de organização”.¹⁹

Com efeito, o caráter sagrado ainda estava presente, o poder político ainda estava com fontes e limites em Deus. “O sistema do direito centrado no soberano vê o poder como relação direta soberano/súdito, num sentido bastante concreto, baseado no mecanismo de apossamento da terra”.²⁰

Em virtude do caráter teológico existente nas concepções de direito na idade medieval, não havia um clima propício para se distinguir moral e direito. Todavia, a partir daí o desenvolvimento do jurista aumenta, este não se satisfaz com os recursos prudenciais e busca princípios e regras para harmonizar os casos. O tecnicismo jurídico se desenvolve e passa a ser um instrumento político, começa-se a Idade Moderna.

¹⁷ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, pp. 143-146.

¹⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 640.

¹⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, p.40.

²⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, p.41.

2.3 Idade Moderna e a perda do caráter ético do direito

Diante do aumento da tecnicização do saber jurídico e da dessacralização, o direito perde seu caráter ético e, a partir do renascimento, perde progressivamente seu caráter sagrado.²¹ A partir desse momento, o direito passa a ser influenciado pela ciência moderna, buscando um formalismo que lhe garanta neutralidade.

O homem passa a ser o centro do universo, a razão é o farol que ilumina o conhecimento e orienta a humanidade. Nesse contexto, surge o *contratualismo*, que envolve a origem da sociedade e do Estado, começa-se, assim, a distinção entre direito, fundado no contrato social, e moral, anterior ao contrato positivo.²²

A tecnicidade se desenvolve na era moderna:

Assim, se o problema antigo era o de uma adequação à ordem natural, o moderno será, antes como dominar tecnicamente a natureza ameaçadora. [...] Daí, conseqüentemente, o desenvolvimento de um pensamento jurídico capaz de certa neutralidade, como exigem as questões técnicas, conduzindo a uma racionalidade e formalização do direito. Tal formalização é que vai ligar o pensamento jurídico ao chamado *pensamento sistemático*.²³

Em busca dessa racionalidade e neutralidade, o conceito de sistema, que já se cunhava na filosofia em geral, foi transposto para o direito.

O sistema perfeito não é nem uma hipótese nem uma ordenação com finalidade didática, mas a conformação definitiva da verdade. A esse conceito de sistema subjaz a missão filosófica de fundamentação da unidade do conhecimento a partir da unidade da realidade. “Sistematicidade” deixava então de ser entendida como “ordenação” e passava a tomar a acepção de demonstrabilidade a partir de princípios evidentes.²⁴

Expôs-se um novo conceito de sistema, no qual mais do que um agregado de verdades, trata-se o sistema, sobretudo, *nexus veritatum*, pressupondo a correção e a perfeição formal da

²¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, p.41.

²² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 647.

²³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, p.42.

²⁴ BRAGA, Felipe Fritz. **Introdução histórica ao conceito de sistema nas ciências jurídicas**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 02 de maio de 2012.

dedução.²⁵ A dedução lógica da decisão jurídica se dá a partir de princípios superiores, o que forjou aspectos vitais da ciência jurídica.

Estava configurado, pois, um dos caminhos para uma ciência no estilo moderno, isto é, como um procedimento empírico-analítico. Não, é verdade, com o mesmo rigor de Descartes ou o sucesso de Galileo, mas num sentido que podemos chamar de pragmático, em que os modelos de direito natural são entendidos não como hipóteses científicas a verificar, mas como um exemplo, paradigma que se toma como viável na experiência.²⁶

Tudo isso se dá a partir da revolução que sofreu o direito durante toda sua história. A partir da unidade sistemática, supera-se a historicidade decorrente do direito romano.

A reconstrução racional do direito, que passa a ser entendido como um conjunto, um sistema de enunciados respaldados na razão, adquirindo validade por meio de uma posição divina, põe-se a serviço de um processo de conexão entre *dominium e societas*, a unidade do Estado e a sociedade, que ocorre entre os séculos XVI e XVII. Referimo-nos à centralização e à burocratização do domínio nos modernos aparelhos estatais.²⁷

Machado Neto aduz: “malgrado a antiguidade de sua imponente tradição, a teoria do direito natural jamais pôde proporcionar um fundamento suficiente à ciência do direito”.²⁸ O direito da teoria jusnaturalista reconstruído racionalmente, de forma cartesiana, não reproduz a experiência concreta do direito na sociedade, criando uma distância entre teoria e práxis.²⁹ O “direito natural tem origem na própria ‘natureza das coisas’, na ordem cósmica, do universo; e daí vem a expressão direito natural, isto é, buscado na natureza”.³⁰ Com efeito, tem-se o direito natural baseado numa preexistência, isto é, ele decorre de algo anterior ao homem, decorre de Deus.

A partir do século XIX, a positivação do direito se dá e, com isso, aumenta a segurança pelo fato do direito tornar-se escrito. Todavia, a mutabilidade do direito passa a ser regra, sendo

²⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, p.42.

²⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, p.45.

²⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, p.46.

²⁸ MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 18.

²⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, p.47.

³⁰ LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** 11ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984, p. 24.

isto característica da positivação do direito, segundo Luhmann. Ganha forma a ideia de se existir apenas um direito, isto é, o direito positivo.

Enquanto os filósofos racionalistas do século XVIII procuravam extrair noções jurídicas concretas de uma verdade ética, como expressão máxima e superior do direito, a Teoria Pura do Direito esvazia a norma fundamental, para ela o princípio regulador da juridicidade de qualquer sentido moral ou a legitimação material, conferindo-lhe função de simples postulado do conhecimento, que atende à exigência de plenitude do sistema.³¹

O positivismo do direito busca na ordem legal a sua fundamentação, sendo as normas o próprio direito. Neste sentido, observe-se o que afirma Kelsen:

Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas - particularmente contra condutas humanas indesejáveis - com um ato de coação, isto é, com um mal - como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros -, um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física - coativamente, portanto. Dizer-se que, com o ato coativo que funciona como sanção, se aplica um mal ao destinatário, significa que este ato é normalmente recebido pelo destinatário como um mal. Pode excepcionalmente suceder, no entanto, que não seja este o caso.³²

Infere-se do trecho acima que o direito positivo confunde-se com a própria norma. E em busca de uma teoria pura do direito, Kelsen tenta afastar qualquer outro objeto da ciência jurídica que não seja o próprio direito. Destarte, ao analisar as ideias acima, vislumbra-se que Kelsen traz a coação como característica do direito, mas afasta a moral deste conceito.

Sobre os pontos de distinção entre jusnaturalismo e o juspositivismo, afirma Lyra Filho:

O positivismo, de qualquer sorte, é uma redução do Direito à ordem estabelecida; o iurisnaturalismo é, ao contrário, um desdobramento em dois planos: o que se apresenta nas normas e o que nelas deve apresentar-se para que sejam consideradas boas, válidas e legítimas. Em que medida o jusnaturalismo cria, não a superação do positivismo, porém antinomia (contradição insolúvel entre dois princípios), entre a ordem justa e a ordem estabelecida, e, por outro lado, se ele consegue, ou não, fundamentar, convincentemente, o plano jurídico superior, que serve de estalão para medir as normas jurídicas encontradas na vida social [...].³³

³¹ MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoiético. In: BOUCAULT, Carlos Rodrigues de Abreu; RODRIGUEZ, José Roberto. **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, pp. 103-125, 2002, p. 106.

³² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 35-36.

³³ LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** 11ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984, p. 17-18.

Percebe-se que esses dois modelos básicos implicaram no surgimento de diversas escolas que melhoraram a ideia de seus precursores, como, por exemplo, o Ecológico. A teoria ecológica do direito, fundada por Carlos Cossio na Argentina e seguida por Machado Neto no Brasil, tem o direito como conduta, não é só norma, trata-se de objeto cultural. Cossio faz a seguinte conclusão: se as determinações criadas pelo legislador fossem o direito positivo, bastaria se proibir o homicídio para acabar com ele.³⁴ Afasta-se a visão de Kelsen do dever ser de forma isolada. No direito o método dogmático dá a liga e estrutura o conjunto de métodos. A teoria ecológica leva em consideração a conduta no momento.

O direito, por inexistir, no caso, um objeto físico que lhe constitua o suporte, é um objeto ecológico, por consistir em conduta, conduta humana em interferência intersubjetiva, que é o que o distingue da moral, segundo a famosa distinção de DEL VECCHIO, que Cossio transporta do plano lógico para o ontológico.³⁵

Dessa forma, percebe-se que Cossio dá um novo viés ao positivismo kelseniano, na formulação ecológica, tanto a prestação como a sanção assumem caráter essencial na relação jurídica e na lógica da estrutura, isto numa estrutura disjuntiva. Dessa forma, a relação entre norma e conduta é de conceito e objeto, isto é, a norma é o conceito que pensa a conduta em sua liberdade.

Para Cossio, sete valores formam o plexo axiológico jurídico, todavia, o direito não se norteia por eles, por ser cultural, o direito em alguma de suas manifestações pode ser: a realização de alguma ordem, segurança, poder, paz, cooperação, solidariedade ou justiça. Nesse sentido, para a teoria ecológica, envolve o direito certa valoração, que explica o fato de algumas leis “não pegarem” ou entrarem em desuso, pela perda de seu conteúdo axiológico, já que o direito é conduta e não norma.³⁶

A partir da Revolução Francesa, o direito passa a ser concebido como *poiesis*, isto é, como uma forma de se alcançar um resultado, que se exige um *know-how*, ou como dizem os franceses, exige-se *savoir a faire*, e, logo, uma técnica. Dessa forma, aqui se encontra o núcleo social da positividade do direito.

³⁴ COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954, p. 77-78.

³⁵ MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.51.

³⁶ MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.52-58.

Com Savigny, sendo o seu maior representante, surge a Escola Histórica do direito, esta substitui a razão pelo fenômeno histórico, que teve sucesso em virtude das construções dogmáticas, aumentando ainda mais o abismo entre a teoria e a prática. Essa escola observava o tratamento sistemático de forma que não significava dedução lógica a partir de proposições superiores. “Sistema para eles seria uma descrição do encaixe das normas jurídicas na ordem objetiva das coisas”.³⁷

É preciso evitar lacunas, tratando-se de um sistema fechado com exigência de acabamento. A ideia de sistema como um método, como instrumento metódico do pensamento dogmático no direito ocorreu desde o século XVI e continuou no desenvolvimento da ciência dogmática nos séculos seguintes.

A partir do século XX, o direito aumenta sua força como forma de resolução de conflitos sociais através de aplicação da norma ao caso concreto. “O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente”³⁸. Dessa forma, o direito e moral começam a se distanciar na sua relação.

3 O DISTANCIAMENTO ENTRE DIREITO E A FUNDAMENTAÇÃO MORAL: A VISÃO DE LUHMANN

A partir do final do século XVIII e início do século XIX, pode-se falar em sistema social, a relação entre a sociedade e o direito concebe-se de forma mais concreta, a sociedade começa a ficar complexa e as relações sociais passam a ser vistas como relações de direito.³⁹ A complexidade social implica na evolução do direito, estruturado em um sistema independente, mas que importa conceitos dos subsistemas e os transforma, mantendo internamente apenas o que interessa a ele.

³⁷ BRAGA, Felipe Fritz. **Introdução histórica ao conceito de sistema nas ciências jurídicas**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 02 de maio de 2012.

³⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011, p.57.

³⁹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983, pp. 20-21.

Fazendo-se uma analogia ao corpo humano: o direito seria o corpo que interage com o seu exterior, ao se respirar ingere-se ar com diversas impurezas, mas o objetivo é reter o oxigênio e o restante é devolvido ao exterior. Da mesma forma é o direito ao se relacionar com outros subsistemas, como a ética, a religião e a economia, que possuem linguagens específicas: o direito internaliza alguns elementos e os transforma, devolvendo o excedente e mantendo o que lhe interessa.

O direito passa a ser visto como o principal sistema social de resolução de conflitos, tendo uma posição central no desenvolvimento da sociedade. “Concede-se ao direito uma posição central no desenvolvimento social – não como uma causa impulsionadora ou planejada no sentido político do desenvolvimento, mas como forma e expressão da situação social correspondente.”⁴⁰

Pouco a pouco, porém, o desenvolvimento social de sistemas de complexidade mais elevada, e principalmente o aumento do volume quantitativo e das interdependências da economia, força, no sentido de uma maior mobilização das relações jurídicas, de uma dissolução de convenções demasiadamente compactas, transmitidas por tradição, de validade apenas local, e ainda no sentido de dispensar condições sócio-estruturais não mais necessárias para a distribuição corrente de direitos e deveres.⁴¹

A *hipercomplexificação* da sociedade implicaria no desaparecimento da moral de conteúdo hierárquico, isto é, válida para todas as conexões de comunicação, surgiriam, assim, sistemas sociais operacionalmente autônomos, com critérios próprios, mas condicionados aos ambientes respectivos.⁴²

Segundo Marília Muricy, essa “hipercomplexidade do mundo em que se produz o pensamento luhmanniano explica o desprezo para com fundamentos de ordem ética, tido como desestabilizadores da função seletiva do direito e sua capacidade de generalizar expectativas”.⁴³ Muricy ainda observa que, apesar de Luhmann não desconhecer o sentido ético da noção de justiça, ele tem ciência do processo de *juridificação de normas morais*.

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983, p. 22.

⁴¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983, p. 25.

⁴² NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. Lua Nova: revista de cultura e política. Ed. 37, pp. 93-106. CEDEC: São Paulo, 1996, disponível na internet: <www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>, acessado em 19 de agosto de 2013, p. 94.

⁴³ MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoiético. In: BOUCAULT, Carlos Rodrigues de Abreu; RODRIGUEZ, José Roberto. **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, pp. 103-125, 2002, p. 121.

Com efeito, devido à evolução e a complexidade social, Luhmann afirma que houve um distanciamento necessário do direito em relação a sua fundamentação moral. O direito passa a ser o depósito de esperança da sociedade. Destarte, seu fundamento não pode mais ser constituído de princípios materiais, isto é, estabelecidos em conteúdos éticos, mas sim em princípios formais de *praticabilidade processual ótima*.⁴⁴

Percebe-se, dessa forma, o procedimentalismo na teoria sociológica do direito de Luhmann, que acarreta o esvaziamento ético do direito. “Além do mais, haveria uma amoralização social, tendo em vista que o código moral ‘respeito/desprezo’ se reproduziria difusa e fragmentariamente, não se construindo a partir dele generalização congruente de expectativas”.⁴⁵

Esse esvaziamento ético do direito ocorre para se evitar vinculações a costume e concepções de moral, próprias de pequenos grupos e transmitidas por tradição. Com isso, amplia-se a perspectiva de segurança jurídica, calculada na forma confiável, possibilitando a organização de cadeias ramificadas, todavia, seguras contra falhas de seus elos individuais.

Segundo Luhmann, o indivíduo precisa ter possibilidade de calcular abstratamente os seus riscos numa sociedade complexa e isto se dá por um direito procedimental, livre de conteúdo ético.

Apenas no caso de um direito reestruturado desta forma torna-se possível introduzir-lhe finalidades secundárias de bem-estar, cujo preenchimento, como se pode observar nitidamente na atualidade, é pressuposto da previsibilidade da máquina administrativa legalmente programada.⁴⁶

O procedimento é o responsável por haver maior segurança, o conteúdo não importa. Luhmann explica: a complexidade implica em uma seleção forçada, ao passo que a contingência significa a necessidade de assumir riscos e a expectativa sobre a expectativa é a ideia de imperativo categórico importada de Kant. As expectativas sobre as expectativas de outros

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983, p. 27/28.

⁴⁵ NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. Lua Nova: revista de cultura e política. Ed. 37, pp. 93-106. CEDEC: São Paulo, 1996, disponível na internet: <www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>, acessado em 19 de agosto de 2013, p. 94.

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983, p. 28.

acarreta a possibilidade de redução de desapontamentos a quem as tem, desta forma, ele pode, abstratamente, superar a complexidade e a contingência mais elevadas.⁴⁷

Esse esvaziamento da ética implica na tutela da moral pelo direito, o que se dá com a institucionalização jurídica da ética. Nesse panorama, Luhmann desenvolve a teoria autopoietica do direito, na qual o direito é subsistema fechado, mas que, ao mesmo tempo, abre-se para se comunicar com os outros subsistemas, como a religião, a economia e a ética.

4 O DIREITO COMO SISTEMA

A ideia utilizada no direito como sistema na década de 70 foi a do sistema autopoietico. A ideia de autopoiese foi criada na década de 70 para a Biologia por Varela e Maturana, queria dizer que os seres vivos seriam autopoieticos, isto é, uma rede fechada de produções moleculares, onde moléculas produzidas geram com suas interações a mesma rede de moléculas que as produziu, tratava-se de uma ideia de autorregulação do organismo como sistema.

Essa ideia foi importada para a sociologia e para o direito por Luhmann, o qual afirmava ser a teoria autopoietica complexa, todavia, poderia ser utilizada como fundamento de sistemas sociais. “Tais sistemas, diferentemente dos biológicos, são capazes de auto-observar-se, referindo-se, a um só tempo, a si mesmo e a seu entorno, para integrar seu próprio conjunto de operações, a diferença entre sistema e meio ambiente”.⁴⁸

Leonel Rocha adota essa ideia luhmanniana de autopoiese para fundamentar o direito como sistema autopoietico, para ele o conceito de norma não deve ser tão limitado, bem como acredita que deve haver uma complementação pela interpretação social. O que seria, então, sistema autopoietico? “O sistema autopoietico é aquele que é simultaneamente fechado e aberto,

⁴⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983, p. 48.

⁴⁸ MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos Rodrigues de Abreu; RODRIGUEZ, José Roberto. **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, pp. 103-125, 2002, p. 111.

ou seja, é um sistema que tem repetição e diferença, tendo que equacionar no seu interior esse paradoxo, que os operadores do Direito vão usar como critério para tomar decisões”.⁴⁹

Assim como todo sistema autopoiético, o direito segue dependendo do que acontece a sua volta, apesar de ser um sistema fechado e completamente autônomo em termos de operacionalidade. Destarte, o direito pode determinar o que é legal ou ilegal e, ao decidir esta questão, deve-se referir sempre a resultados de sua própria operacionalidade e as consequências que tem para as futuras operações do sistema.⁵⁰

Sendo assim, o direito não sofre uma atuação externa, todavia, “harmonizados pela auto-observação, fechamento operativo e abertura cognitiva garantem aos sistemas sociais autopoiéticos sua necessária autonomia, sem que isso signifique o isolamento absoluto quanto a outros sistemas”⁵¹.

Dessa forma, “[...] o sistema do Direito é autopoiético, isto é, reproduz de forma condicional os seus elementos diferenciando-se de suas consequências cognitivas. O sistema do Direito é constituído por uma lógica que articula a repetição e a diferença”.⁵² Ademais, “[...] a autopoiese é essencialmente uma problemática da *continuação (kontinuirung)*, *no tempo, na efetuação (Vollzug)*, *operação* após operação ou acontecimento após acontecimento, de um sistema, ou seja, de uma performance funcional que se tornou *autolimitante*”.⁵³

Segundo Neves: “nesse contexto, o sistema jurídico assimila seletivamente, de acordo com os seus próprios critérios, os fatores do meio ambiente, não sendo diretamente influenciado por esses fatores.”⁵⁴ Destarte, percebe-se que a autopoiese parte da observação de determinado objeto, neste caso o direito, pela interação de seus elementos, o que leva a construção de um

⁴⁹ ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 38.

⁵⁰ LUHMANN, Niklas. El Derecho como sistema social. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). **Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación**. Granada: Editorial Comares, 2005, pp.69-85, pp. 72-73.

⁵¹ MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoiético. In: BOUCAULT, Carlos Rodrigues de Abreu; RODRIGUEZ, José Roberto. **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, pp. 103-125, 2002, p 111.

⁵² ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 47.

⁵³ ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, pp. 102-103.

⁵⁴ NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. Lua Nova: revista de cultura e política. Ed. 37, pp. 93-106. CEDEC: São Paulo, 1996, disponível na internet: <www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>, acessado em 19 de agosto de 2013, p. 96.

arcabouço científico fundamentado nas relações entre os elementos e as funções exercidas no todo comunicativo dos sistemas.

Neves observa a seguinte consequência da teoria de Luhmann:

A vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por posições científicas, eis que depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico.⁵⁵

O direito processa de uma maneira ímpar as expectativas normativas capazes de se manter a si mesmas em situações de conflito. Dessa forma, o direito não pode garantir que estas expectativas não sejam frustradas. Todavia, pode-se garantir, mesmo se forem frustradas, que essas podem ser conhecidas previamente. Do ponto de vista sociológico, o regulamento é a estabilidade contrafactual, que liberta da obrigação de aprender com as frustrações e adapta-se a isso. Pela lei se mantém uma perspectiva para se resolver conflitos.⁵⁶

Tratando da semelhança entre a teoria pura do direito e a teoria do direito autopoietico, Marília Muricy adverte:

Enquanto o funcionamento do sistema jurídico reside, segundo Kelsen, na estruturação hierárquica de normas, tendo por pressuposto de completude e unidade o postulado gnoseológico da norma fundamental, em Luhmann não encontramos qualquer critério lógico que venha a servir à unidade do sistema, sendo ele mesmo, por suas próprias operações, responsável pelo estabelecimento de seus limites.⁵⁷

Habermas aduz sobre a ideia de sistema derivada da sociologia do direito desenvolvida por Luhmann, concluindo o seguinte:

As pesquisas realizadas no campo da sociologia do direito também tirara proveito do novo paradigma. O sistema jurídico - ou as estruturas que subjazem nele - reconquistam uma parte de sua autonomia que, por assim dizer, fora perdida na crítica da ideologia. O direito deixa de ser considerado um epifenómeno, reconquistando um sentido próprio. Entretanto, numa sociedade descentrada em sua totalidade, ele consegue apenas uma posição periférica, formando um sistema ou um discurso em meio a uma variedade

⁵⁵ NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. Lua Nova: revista de cultura e política. Ed. 37, pp. 93-106. CEDEC: São Paulo, 1996, disponível na internet: <www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>, acessado em 19 de agosto de 2013, p. 96.

⁵⁶ LUHMANN, Niklas. El Derecho como sistema social. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). **Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación**. Granada: Editorial Comares, 2005, pp.69-85, p. 73.

⁵⁷ MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos Rodrigues de Abreu; RODRIGUEZ, José Roberto. **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, pp. 103-125, 2002, p. 112.

subordinada de sistemas e de discursos. Os respectivos juridicamente, são descritos numa linguagem que passa ao largo da autocompreensão dos atores, sem procurar nem encontrar um engate no saber intuitivo dos participantes. Sob os olhares artificialmente alienados do observador do sistema, que se interpreta a si mesmo como sistema num mundo circundante, ou do etnólogo, que observa as práticas e jogos de linguagem autóctones assumindo a atitude de um estranho nao-iniciado, qualquer contexto vital social se cristaliza na forma de uma segunda natureza, inacessível hermeneuticamente, sobre a qual se coleciona o saber "contra-intuitivo" das ciências naturais.⁵⁸

A teoria sistêmica de Luhmann sofre críticas de Habermas, que traz três consequências sobre o conceito sistêmico de direito: *primus*, o sistema jurídico, simplesmente aberto e fechado, é desatrelado de todos os demais sistemas de ação, esse sistema jurídico não alcança a troca direta com os mundos ao seu redor e não consegue influir neles de forma regulatória; a segunda consequência é a extinção de todos os vestígios que a autocompreensão normativa do sistema jurídico abandonara nas teorias clássicas da sociedade, destarte, o direito foi reduzido à função da sua aplicação jurídica; a consequência final decorre do sistema autopoietico de direito, em decorrência disso, o direito marginalizado só resolve problemas próprios, não conseguindo elaborar problemas que oneram o sistema da sociedade como um todo.⁵⁹

Analisando a crítica de Habermas à Luhmann, Muricy explica que este último desveste o caráter obrigatório da norma jurídica, tendo a validade como mera operação do sistema, e a define como expectativa cognitiva, cuja natureza contrafática a torna imune à aprendizagem.⁶⁰

Sobre a teoria do sistema conclui Habermas:

No final de um longo processo de desencantamento das ciências sociais, a teoria do sistema acabou com os derradeiros vestígios de normativismo do direito racional. Do ângulo sociológico alienante, o direito, que se retirou para um sistema autopoietico, é despido de todas as conotações normativas, que se referiam, em última instância, à auto-organização de uma comunidade de direito. Sob a descrição de um sistema autopoietico, o direito marginalizado narcisisticamente só pode reagir a problemas próprios, que podem, quando muito, ser provocados a partir de fora. Por isso, ele não pode levar a serio nem elaborar problemas que oneram o sistema da sociedade *como um todo*. Ao mesmo tempo, ele precisa, de acordo com sua constituição autopoietica, desempenhar todas as tarefas, servindo-se de fontes produzidas por ele mesmo.⁶¹

⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. vol.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 71-72.

⁵⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. vol.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 73-76.

⁶⁰ MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos Rodrigues de Abreu; RODRIGUEZ, José Roberto. **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, pp. 103-125, 2002, p. 113.

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. vol.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 76.

Percebe-se na crítica habermasiana o desprezo de Luhmann pelos problemas de legitimidade material do direito, bem como a desvinculação do sentido ético do direito. Na visão de Habermas, não se sustenta uma indiferença do sistema jurídico em relação aos outros sistemas funcionais da sociedade. Necessário haver uma comunicação entre os diversos sistemas interligados da sociedade.

Essa circulação comunicacional é interrompida quando se depara com o dinheiro e o poder administrativo, devendo o direito funcionar como transformador. As mensagens normativas só circularão em toda a sociedade por meio da linguagem do direito, já que as mensagens da linguagem coloquial não conseguem ultrapassar a fronteira do dinheiro e do poder administrativo.⁶²

Nesse embate entre Habermas e Luhmann, percebem-se dissensos e consensos. Ambos são procedimentalistas e acreditam na autonomia do sistema jurídico. Entretanto, enquanto Luhmann defende que a positividade do direito implica numa neutralização moral do sistema jurídico, Habermas reconhece a existência de fronteiras entre direito e moral, todavia, defende, por outro lado, uma fundamentação ética do direito, já que a positividade não significa a eliminação da problemática da fundamentação.⁶³ Dessa forma, a moral não pode condicionar o direito, entretanto, isto não impede a relação complementar entre os dois.

Embora Habermas acredite na autonomia do sistema jurídico, baseada na imparcialidade advinda do procedimento discursivo, ele mantém o entendimento de que há uma relação complementar entre o direito e a moral, contudo, sem deixar de advogar a impossibilidade de autonomia do direito sem a democracia real.

5 O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

⁶² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. vol.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 82.

⁶³ NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. Lua Nova: revista de cultura e política. Ed. 37, pp. 93-106. CEDEC: São Paulo, 1996, disponível na internet: <www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>, acessado em 19 de agosto de 2013, p. 96.

O Estado moderno dispõe do monopólio da força, é estruturado pela burocracia e pelo formalismo jurídico, caracterizado por ser laico, todavia, não se pode designar uma ordem sem preocupação com critérios de justiça, destarte, cabe ao ordenamento jurídico prescrever condutas, mas, ao mesmo tempo, resolver os problemas de integração social de forma justa.⁶⁴

Na ordem jurídica e estatal, a legitimidade deve ser entendida como consentimento e como obediência a princípios de justiça, não se prescindindo do Estado coercitivo nem da vinculação a princípios de justiça. “Dessa maneira, o caráter de juridicidade significa que embora prescreva condutas, o Direito torna-se mais legítimo na medida em que essas prescrições abram-se à revogabilidade toda vez que não puderem justificar-se”.⁶⁵ Infere-se desta ideia, a impossibilidade de haver uma ordem jurídica absolutamente legítima, isto é, um sistema incontestável de princípios de justiça, com cumprimento por parte dos cidadãos e consentimento unânime.

Os ordenamentos jurídicos contemporâneos têm como característica a positivação das normas, o que implica num direito codificado e obrigatório, que regulamenta o poder político. Esse ordenamento jurídico é formado por direitos subjetivos, no qual se inclui os direitos fundamentais. Na visão de Habermas, os direitos subjetivos reservam espaços legais abertos para atuação orientada pelas preferências dos sujeitos de direito, dessa forma, as pessoas são desobrigadas aos mandamentos morais.⁶⁶ Percebe-se, então, um minimalismo da ética em prol da razão. Todavia, os conteúdos éticos são importantes no momento de legitimação para o direito, não bastam meros procedimentos formais para legitimá-lo.

Daí a importância prática de os direitos fundamentais terem ou não fulcro na moral. Esses direitos não são meros mandamentos morais, mas direitos intersubjetivos, dotados da coerção e da legitimidade próprias do direito. “Enquanto direitos morais derivam de deveres recíprocos, as obrigações jurídicas derivam da limitação legal de liberdades subjetivas.”⁶⁷

Segundo Ferraz Júnior,

⁶⁴ Cf. MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe. Introdução. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 10-17, São Paulo: Landy, 2003, p. 10.

⁶⁵ MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe. Introdução. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 10-17, São Paulo: Landy, 2003, p. 11.

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. Tradução de Claudio Molz. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 67-82, São Paulo: Landy, 2003, p. 68.

⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. Tradução de Claudio Molz. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 67-82, São Paulo: Landy, 2003, p. 68.

O fundamento da legitimidade é sempre momento de força, *que procura justificar*, estando, pois, pelo menos implicitamente, referido a uma fundamentabilidade discursiva, isto é, possibilidade de que a posição normativa (definição da relação como autoridade/sujeito) seja justificável e defensável quando criticada, devendo-se notar, porém, que essa referência implícita, por sua vez, não é consequência de si própria, mas de uma cosmovisão garantidora da dominação, numa palavra, ideologia.⁶⁸

Destarte, percebe-se a busca pela força da autoridade de cunho interno e não externo, isto é, não seja a força reduzida a sanção, mas, no nível de relato das normas. Assim, o discurso normativo não se fundaria na força, já que o uso justificado ideologicamente desta faria parte dele, como relato, sob a forma de sanção, ou seja, o discurso normativo legítimo tem o poder de violência referenciado implicitamente na cosmovisão ideológica.⁶⁹

O procedimentalismo habermasiano implica num direito válido pela facticidade de promulgação deste direito pelo Estado, bem como pela legitimidade da posituação jurídica que se dá pelo procedimento racional. A vinculação do direito à moral não tem como se sustentar nas sociedades pluralistas, já que nelas houve um esvaziamento da ética.

A comunicação é a base de toda a teoria habermasiana e nela se funda a legitimidade por meio da institucionalização jurídica da comunicação, senão observe-se:

A pressuposição de resultados legítimos precisa apoiar-se, em última instância, em um arranjo comunicativo, sendo, pois, tais discursos (e negociações) o lugar em que se pode formar uma vontade política racional. Por sua vez, como são necessárias para construir de modo racional a vontade do legislador político, a fim de que se possa garantir legitimidade, as formas de comunicação devem ser institucionalizadas juridicamente.⁷⁰

A legitimidade do direito é hoje um dos temas mais discutidos no meio acadêmico jurídico-filosófico, busca-se alcançá-las por meio do próprio direito, evitando-se uma dependência dele com a moral. Nesse contexto, o procedimentalismo implica num conjunto de regras democráticas para se alcançar imparcialidade. Dessa forma, a racionalidade do discurso depende de regras exigidas pela situação comunicativa, isto se dá pelo compromisso de toda a comunicação, que se expressa na regra do dever de provar.⁷¹

⁶⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 288-297, São Paulo: Landy, 2003, p. 295.

⁶⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 288-297, São Paulo: Landy, 2003, p. 295.

⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. Tradução de Claudio Molz. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 67-82, São Paulo: Landy, 2003, p. 71.

⁷¹ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 288-297, São Paulo: Landy, 2003, pp. 289- 290.

Segundo Ferraz Júnior:

Isto explica a possibilidade de estruturas dialógicas, onde o comportamento questionador do ouvinte é ilimitadamente garantido e, ao mesmo tempo, para que a relação comunicativa não se rompa, é limitado pelas regras que asseguram o estabelecimento das ações linguísticas primárias, aquelas que, em virtude de um diálogo preliminar (que pode ser explícito ou implícito) foram admitidas como inatacáveis.⁷²

Na teoria do discurso de Habermas, essas regras não implicam em exaurimento da dimensão de validade, tendo em vista que “o Direito seria uma instituição que dançaria entre a facticidade dos procedimentos, normas e decisões jurídicas e a idealidade presente em sua pretensão de aceitabilidade pelos sujeitos de Direito, co-autores livres e iguais do ordenamento jurídico”.⁷³

Essa legitimidade pelo procedimento provoca a autoridade das instituições jurídicas, que, embora sem conteúdo, gera uma aceitabilidade por parte da sociedade, isto é, uma aceitabilidade do direito e o cumprimento de suas normas. Na visão habermasiana, para haver legitimação é essencial a *cooriginariedade* entre os direitos individuais fundamentais e os direitos políticos fundamentais.⁷⁴

Entretantes,

a única forma de garantia da legitimidade do Direito assenta-se em um princípio da democracia que integre a autonomia pública e privada dos sujeitos e a forma do Direito mediatizadas pelo princípio do discurso, que é o que pode garantir, em uma relação de complementaridade, iguais liberdades de ação subjetivas (autonomia privada) e o processo legislativo racional democrático-discursivo de formação intersubjetiva da opinião e da vontade (autonomia pública legítima).⁷⁵

Conclui-se, com Habermas, pela relação complementar entre moral e direito, bem como pela relação necessária entre o princípio do discurso e o princípio da democracia, sendo essencial a juridificação da liberdade comunicativa para se legitimar o direito.

⁷² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 288-297, São Paulo: Landy, 2003, p. 290.

⁷³ MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe. Introdução. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 10-17, São Paulo: Landy, 2003, p. 10.

⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. Tradução de Claudio Molz. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 67-82, São Paulo: Landy, 2003, p. 72.

⁷⁵ COSTA, Reginaldo da. Discurso, Direito e Democracia em Habermas. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 37-52, São Paulo: Landy, 2003, pp. 51-52.

Destarte, o direito se condensa num ordenamento normativo, do qual todos os cidadãos livres e iguais podem participar do seu processo de construção, tendo suas normas baseadas no reconhecimento racional de suas prescrições, respeitando-se o direito não só por temor à lei, mas também em virtude da sua legitimação racional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação entre o direito e a moral existiu desde os primórdios, na Idade Antiga havia total confusão entre direito e moral; na Idade Média inicia-se o processo de dissociação entre os dois; na Idade Moderna separa-se o direito da moral. Contemporaneamente, busca-se a reaproximação entre a moral e o direito, tendo em vista que uma das falhas do positivismo foi a dissociação total entre direito e moral.

O desenvolvimento do jurista começa a se aguçar da Idade Moderna, o tecnicismo jurídico busca recursos próprios para resolver os problemas sociais, a prudência não é mais suficiente. A partir do século XX, o direito aumenta sua força como forma de resolução de conflitos sociais através de aplicação da norma ao caso concreto. Nesse diapasão, o direito e moral começam a se distanciar na sua relação.

Na modernidade, o conceito de direito como sistema desenvolve-se. Nesse momento, Luhmann desenvolve a teoria autopoietica do direito, na qual o direito é subsistema fechado, mas que, ao mesmo tempo, abre-se para se comunicar com os outros subsistemas, como a religião, a economia e a ética.

Embora Habermas acredite na autonomia do sistema jurídico, baseada na imparcialidade advinda do procedimento discursivo, ele mantém o entendimento de que há uma relação complementar entre o direito e a moral, contudo, sem deixar de advogar a impossibilidade de autonomia do direito sem a democracia real.

Destarte, o direito se condensa num ordenamento normativo, do qual todos os cidadãos livres e iguais podem participar do seu processo de construção, tendo suas normas baseadas no reconhecimento racional de suas prescrições, respeitando-se o direito não só por temor à lei, mas também em virtude da sua legitimação racional.

Acredita-se que o procedimento não é suficiente para a legitimidade do direito se não houver o mínimo de preocupação com os seus conteúdos. Sendo o conteúdo ético de grande importância para aplicação do direito na atualidade. Não se pode apenas confiar na técnica, deve-se buscar a associação entre o direito e amoral, já que o direito não faz o menor sentido dissociado da idéia de justiça.

Destarte, ao analisar a relação entre a moral e o direito até se chegar à idéia de legitimidade, percebe-se que ainda há um longo caminho a ser percorrido. Por derradeiro, caso se tenha despertado o interesse para a temática e contribuído para a percepção e problematização da relação entre o direito e a moral, alcançou-se o objetivo deste singelo artigo.

REFERÊNCIAS:

BRAGA, Felipe Fritz. **Introdução histórica ao conceito de sistema nas ciências jurídicas**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 02 de maio de 2012.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3ª ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSSIO, Carlos. **La valoración jurídica y la ciencia del derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954.

COSTA, Reginaldo da. Discurso, Direito e Democracia em Habermas. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 37-52, São Paulo: Landy, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A legitimidade pragmática dos sistemas normativos. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 288-297, São Paulo: Landy, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 6 ed. São Paulo: Atlas 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. vol.I Tradução de Flávio Beno Siebeneichler; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. Tradução de Claudio Molz. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 67-82, São Paulo: Landy, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** 11^a ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984.

LUHMANN, Niklas. El Derecho como sistema social. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (ed.). **Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación**. Granada: Editorial Comares, 2005, pp.69-85.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Edições Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe. Introdução. In MOREIRA, Luiz e MERLE, Jean-Christophe (org.). **Direito e Legitimidade**, pp. 10-17, São Paulo: Landy, 2003.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito. Dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOUCAULT, Carlos Rodrigues de Abreu; RODRIGUEZ, José Roberto. **Hermenêutica Plural**. São Paulo: Martins Fontes, pp. 103-125, 2002.

NEVES, Marcelo. **Luhmann, Habermas e o Estado de Direito**. Lua Nova: revista de cultura e política. Ed. 37, pp. 93-106. CEDEC: São Paulo, 1996, disponível na internet: <www.scielo.br/pdf/ln/n37/a06n37.pdf>, acessado em 19 de agosto de 2013.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.