

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EMPRESARIAL E CIDADANIA**

FERNANDA ADAMS

**A MORALIDADE TRIBUTÁRIA A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS
DE NIKLAS LUHMANN**

**CURITIBA
2017**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EMPRESARIAL E CIDADANIA**

FERNANDA ADAMS

**A MORALIDADE TRIBUTÁRIA A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS
DE NIKLAS LUHMANN**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito Empresarial e Cidadania como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo Centro Universitário Curitiba.

Orientador: Prof. Dr. Demetrius Nichele Macei

**CURITIBA
2017**

FERNANANDA ADAMS

**A MORALIDADE TRIBUTÁRIA A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS
DE NIKLAS LUHMANN**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em
Direito, no Programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba, pela banca
examinadora formada pelos professores:

Prof. Dr. Demetrius Nichele Macei
Orientador

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr
Membro Interno

Prof. Dr. Luís Alexandre Carta Winter
Membro Externo

Curitiba, 27 de junho de 2017.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus por me permitir vivenciar essa experiência e ser a força e a energia que me move nesse processo de aprendizado não só acadêmico, mas de vida.

Agradeço à minha família, por estarem ao meu lado em todos os momentos. À minha mãe Sirlene Adams, que me ensinou a acreditar em mim mesma e a quem devo tudo o que tenho e que sou. Ao meu pai Fernando Schunig por ser meu maior exemplo de vida e meu orgulho, cujo apoio e carinho foram essenciais para concretização dessa etapa. Não existem palavras que transcrevam o quanto amo os dois e sou grata por estarem ao meu lado sempre. Às minhas irmãs e aos meus afilhados, que nunca me deixam esquecer que o que realmente importa na nossa vida é o amor.

Agradeço também ao Sergio Gomes de Oliveira Neto, meu companheiro e parceiro de vida, que esteve ao meu lado em todos os momentos, me ajudando e me apoiando, sendo a força que me move e o colo que me acalanta. Obrigada por toda a paciência e todo o incentivo. Nessa trajetória da vida, você soma, divide e compartilha comigo, vivenciando algo que nem todos experimentam: o amor. Agradeço também a sua família que nesses anos também se tornou a minha.

Gostaria de agradecer, carinhosamente, a Marcella Gomes de Oliveira, um presente que o mestrado me deu. Amiga, companheira, confidente, uma irmã de alma, cujo apoio, incentivo, carinho e amor são diariamente presentes, nunca me deixando esquecer que tudo é possível com amor e reciprocidade.

Por fim, e não menos importante, quero agradecer aos mestres que me ajudaram a chegar até aqui, me ensinando que o mundo é muito maior e que tudo é possível com dedicação. Ao meu orientador Prof. Dr. Demetrius Nichele Macei que faz da moralidade não só um princípio, mas uma prática de vida, foi um privilégio ser sua aluna e orientanda, obrigada por compartilhar comigo o seu brilhantismo e permitir que eu aprenda a desconstruir minhas verdades. Ao meu co-orientador Prof. Dr. Francisco Cardozo Oliveira por todo carinho e atenção dedicado, compartilhando comigo sua visão sobre direito e o mundo, faltam palavras para agradecer pelas suas correções e apoio sempre presente. Agradeço também ao Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr pelas críticas e soluções, e pelos constantes incentivos pelas lições da filosofia, foi um prazer ser sua aluna. Ao Prof. Dr. Luís Alexandre Carta Winter

com quem, mesmo em pouco tempo, aprendi muito e cujas observações, sempre brilhantes e pertinentes, permitiram o aperfeiçoamento deste trabalho. Agradeço ainda à Prof^a. Dr^a. Viviane Coêlho de Séllo-Knoerr que sabe conciliar como ninguém e mesmo dotada de tamanha genialidade sabe ser acessível e aberta a todos, a dureza e seriedade da Prof^a nos fazem ser aplicados, mas ao mesmo, se desmancham com toda a sua generosidade e carinho.

O ser humano não é ninguém sozinho, tudo o que somos e todo o potencial daquilo que podemos ser só faz sentido quando compartilhado com aqueles que amamos.

"A tentativa da Modernidade de fazer coincidir legalidade e legitimidade, buscando assegurar através do direito positivo a legitimidade de um poder, é, como fica claro pelo irrefreável processo de decadência em que as nossas instituições democráticas entraram, absolutamente insuficiente."

Giorgio Agambem

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo apresentar um aporte teórico e normativo para compreender a moralidade e sua aplicação no sistema jurídico tributário. Para tanto, parte-se das ideias de Niklas Luhmann de que todas as relações sociais ocorrem dentro dos sistemas sociais, e são eles os responsáveis pela comunicação entre os elementos formativos da sociedade. Dentre os sistemas sociais, destacam-se o direito, a economia e a política, que estão em constante troca de informação e evolução. A partir da conceituação e análise dos subsistemas sociais, buscar-se-á compreender a normatividade e sua relação com a moral, para então, abordar o sistema jurídico e sua organização pelo direito positivo, analisando a aplicação da moralidade na tributação.

Palavras chaves: Sistema social; Luhmann; direito; moral; tributação.

ABSTRACT

The following dissertation aims to show a theoretic and normative contribution to understand morality and its application in the tributary juridical system. According to Niklas Luhmann, all social relations occur inside the social systems, and they are responsible for the communication between the formative elements of society. Among said systems, highlights the law, the economy and politics, which are on a constant exchange of information and evolution. Starting on the concept and analysis of social subsystems, it will seek to comprehend the normativity and its connection to moral, so that, approaching the juridical system and its organization towards positive law, bringing such concepts to the tributary juridical system. Lastly, the morality planning will be analyzed and so it's application in the tributary system.

Key-words: Social system, Luhmann, law, moral, taxation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
2 O SISTEMA SOCIAL E OS SUBSISTEMAS POLÍTICO E ECONÔMICO	14
2.1. Os elementos formativos dos sistemas sociais	14
2.2. A Origem da Sociedade	26
2.3. A evolução do subsistema político	36
2.4. Fundamentos do subsistema econômico.....	45
3. O DIREITO, A MORAL E O SISTEMA SOCIAL	65
3.1. O Direito – a relação entre sistema jurídico e sistema social	66
3.2. A evolução da moral	86
3.3. O subsistema jurídico e a moral – os fundamentos da normatividade.....	95
4. A MORALIDADE TRIBUTÁRIA E O SUBSISTEMA JURÍDICO	107
4.1. O sistema jurídico constitucional brasileiro.....	107
4.2. O sistema constitucional tributário	109
4.3. Os princípios constitucionais e a atuação do Estado.....	117
4.4. O princípio da legalidade	120
4.5. O princípio da moralidade.....	124
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	135
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	142

INTRODUÇÃO

Compreender a relação entre o direito e a moral é uma das principais problemáticas envolvendo o campo jurídico. Tanto é assim, que na busca por cientificidade, vários doutrinadores optaram por expurgar a moral do direito, concebendo um sistema jurídico que não recebe interferências externas de outros sistemas.

Todavia, é sabido que vivenciamos um contexto no qual o direito interfere na economia, na política e nas relações sociais, assim como, também sofre interferência dos mesmos. Isso é comprovado pelo fato de que todas as evoluções sociais refletiram no contexto jurídico, econômico e político.

Em que pese o Estado não ser necessariamente a finalidade da sociedade e ter sido por muito tempo negado pelo mercado, o fato da política estar presente durante toda evolução social e econômica, demonstra a ligação direta da intervenção do Estado em relação à economia e ao desenvolvimento social, justificada pela necessidade de atender os anseios e necessidades da sociedade.

O processo de evolução econômica demonstra que, não obstante o capitalismo ter surgido como um sistema econômico liberal, garantindo direitos individuais, as constantes transformações sociais demandaram a criação de mecanismos que controlassem os efeitos do capital, de modo a resguardar não só direitos individuais, mas, sociais. Tais mecanismos vieram através de interferências do Estado e do direito.

Com efeito, na busca de uma análise da moral, no campo da tributação, voltada para a sistemática na qual todos os sistemas se influenciam nada mais adequado do que utilizarmos a teoria dos sistemas sociais, desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann.

De acordo com Luhmann todas as relações sociais ocorrem dentro dos sistemas sociais, são eles os responsáveis pela comunicação entre os elementos formativos da sociedade. Dentre os subsistemas sociais destacam-se o direito, a economia e a política. E neste contexto sistêmico, todos os subsistemas estão em constante troca de informação e evolução.

Assim, surge o questionamento: como a moral interfere no sistema jurídico, em especial, no campo da atuação do Estado e da tributação?

Pensando nisso surgiu a ideia de compreender a relação entre os sistemas político, econômico e jurídico, enquanto subsistemas integrantes do sistema social, e como estes se desenvolveram e se relacionaram com a moral, para verificar se a mesma pode ser uma forma de aproximar o sistema jurídico tributário das necessidades do sistema social.

Considerando o aspecto relevante no estudo e a sua aplicação imediata e futura, a questão proposta norteadora do problema de pesquisa é: **como se caracteriza a moralidade tributária de acordo com a teoria dos sistemas sociais?**

A hipótese formulada para o problema da pesquisa se consubstancia na premissa de que os diversos sistemas sociais se relacionam, assim, para que a comunicação entre o sistema jurídico tributário e o sistema social seja a mesma, ele precisa se vincular de alguma forma a moral presente nas formas de comunicação humana.

O objetivo geral da pesquisa é fazer uma análise multidisciplinar, pesquisando como a moral pode ser utilizada no sistema jurídico tributário para garantir que o sistema jurídico desenvolva plenamente sua função de conciliar todos os demais subsistemas sociais.

Como objetivos específicos, ficaram delimitados como propostas de estudo e desenvolvimento da pesquisa os seguintes: a) analisar a teoria do sistema social de Niklas Luhmann, b) analisar o desenvolvimento da sociedade, do Estado e do pensamento econômico c) analisar a construção do direito no pensamento luhmanniano, a partir de um viés normativo, bem como, a conceituação da moral e a relação existente entre ambos; d) analisar o sistema jurídico tributário, verificando como se caracterizaria a moral tributária sob a perspectiva da teoria dos sistemas sociais.

Para o desenvolvimento desta dissertação foi utilizada como orientação metodológica dialética, buscando contextualizar a pesquisa ao contexto social.

Trata-se de uma pesquisa inicialmente bibliográfica, que se refere ao levantamento, seleção e documentação de bibliografias já publicada sobre o assunto que está sendo pesquisado em livros, revistas, jornal, boletins, monografias, teses e

dissertações, com o objetivo de colocar o pesquisador em contato direto com o material escrito sobre o tema.

Didaticamente, a dissertação está organizada em Seções: Seção I, a qual apresenta uma introdução ao tema, relacionando a origem da temática de estudo, os objetivos, o problema de pesquisa, justificativa e procedimentos metodológicos; Seção II delimitou-se a noção de sistemas sociais e realizou-se um estudo acerca do desenvolvimento da sociedade, do Estado e do pensamento econômico; Seção III são analisados o direito a partir da teoria dos sistemas sociais e da teoria normativa e a moral, bem como, a relação existente entre sistemas jurídicos e moral; Seção IV se realizou um estudo sobre as características do sistema jurídico tributário e a utilização da moral; Seção V serão apresentados os resultados da pesquisa, sua utilização e proposta de estudos futuros.

Por fim, a presente dissertação foi confeccionada utilizando como referencial as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) para a elaboração de trabalhos científicos.

2 O SISTEMA SOCIAL E OS SUBSISTEMAS POLÍTICO E ECONÔMICO

2.1. Os elementos formativos dos sistemas sociais

Todas as relações sociais ocorrem dentro dos sistemas sociais, são eles os responsáveis pela comunicação entre os elementos formativos da sociedade. Dentre os subsistemas sociais destacam-se o direito, a economia e a política. E neste contexto sistêmico, todos os subsistemas estão em constante troca de informação e evolução.¹

Assim, para analisar a relação entre o direito e a moral, precisamos antes de tudo compreender como os sistemas sociais funcionam, se relacionam e evoluem.

A ideia de analisar a sociedade a partir da criação de sistemas foi aprimorada pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann que, buscando reformular os conceitos clássicos da sociologia, separou o homem e a sociedade, bem como, adotou um conceito de sociedade mundial autorreferencial, criando a teoria dos sistemas sociais².

De acordo com Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Vilas Bôas Filho:

Para Luhmann a capacidade heurística da teoria dos sistemas estaria ligada justamente à superação dessas premissas clássicas. Implicaria, assim, em um primeiro lugar, a separação da sociedade (sistema social, cuja autopoiése se opera com base na comunicação) e homem (sistema psíquico, cujo autopoiése tem por elemento a consciência que, nesse sentido, tomar-se-iam ambiente (umwelt) um para o outro. Em segundo lugar, a adoção de um conceito abrangente de sociedade, definida como “sociedade mundial” (Weltgesellschaft), que englobaria as diversas “sociedade regionais”, encaradas como simples diferenciações de condição de vida no âmbito de um sistema global. Em terceiro lugar, a rejeição da tese de que a “integração consensual” poderia ter um significado constitutivo da sociedade. Por fim, na assunção de uma perspectiva teórica segundo a qual a sociedade seria um sistema autorreferencial que descreve a si mesmo, de modo que a sociologia apareceria como uma autodescrição (uma operação autológica) da sociedade.³

¹ LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito, volumes I e II. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983

² GONÇALVES, Guilherme Leite. BÔAS FILHOS, Orlando Villas. Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 28

³ Idem.

Com efeito, para Luhmann os sistemas se caracterizam essencialmente pela autorreferência porque são “capazes de operar com base em suas próprias operações constituintes” e pela autopoiese, pois, autoreproduzem e produzem a si mesmos.⁴

Nesse contexto, a proposta de Luhmann para distinguir os sistemas é através do ambiente, afirmando que:

O ponto de partida de qualquer análise teórica sistêmica deve consistir da diferença entre sistema e ambiente. Hoje, aliás, neste ponto existe um consenso. Os sistemas são estruturalmente orientados pelo ambiente, e sem ele, não poderia existir: portanto, não é um contato ocasional, nem uma mera adaptação. Os sistemas são formados e mantidos mediante a criação e conservação da diferença com o ambiente, e os limites utilizados para regular a diferença. Sem a diferença para o meio ambiente não haveria autorreferência, pois a diferença é a premissa para a função de todas as operações autorreferenciais. Neste sentido, a conservação dos limites (manutenção limite) será a conservação do sistema⁵.

Explicando o pensamento luhmanniano, Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Vilas Bôas Filho destacam que:

Aplicando o cálculo do Spencer-Brown na Teoria Geral dos Sistemas, indicar sistemas significa, na verdade, distinguir um lado de outro: o ambiente. Esta operação estabelece o ponto de partida da teoria luhmanniana: a distinção sistema/ambiente. (...)
O que importa, sobretudo, ressaltar é que Luhmann, opondo-se a toda tradição filosófica e sociológica, funda sua teoria não na unidade, mas na diferença. Ele enfatiza que o paradigma da teoria dos sistemas está assentada sobre uma diferença específica, qual seja: aquela existente entre sistema e ambiente, que ele denomina diferença diretriz (Leitdifferenz).⁶

Dessa forma, sistema e ambiente se relacionam e a diferença entre eles será o elemento de autorreferência, levando a preservação e conservação do sistema.

⁴ RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. Niklas Luhmann: a sociedade como sistema. Porto Alegre: Edipucrs, 2012, p. 78

⁵ El punto de partida de cualquier análisis teórico-sistémico debe consistir en la diferencia entre sistema y entorno. Hoy en día, por cierto, existe sobre este punto un consenso específico. Los sistemas están estructuralmente orientados al entorno, y sin él, no podrían existir: por lo tanto, no se trata de un contacto ocasional ni tampoco de una mera adaptación. Los sistemas se constituyen y se mantienen mediante la creación y la conservación de la diferencia con el entorno, y utilizan sus límites para regular dicha diferencia. Sin diferencia con respecto al entorno no habría autorreferencia ya que la diferencia es la premisa para la función de todas las operaciones autorreferenciales. En este sentido, la conservación de los límites (boundary maintenance) es la conservación del sistema. LUHMANN, Niklas. Sociedad y sistema: la abstracción de la teoría. Barcelona: Paidós, 1990, p. 39

⁶ GONÇALVES, BÔAS FILHOS, 2013, p. 40

Luhmann acreditava que essa relação entre sistemas leva a evolução dos mesmos através de um aumento de complexidade, pois, os sistemas alteram a si mesmo a partir de suas próprias operações, servindo de ambiente um para o outro. Ilustrando o pensamento luhmanniano, Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Vilas Bôas Filho afirmam que:

O paradoxo segundo o qual aumento é redução de complexidade e redução de complexidade é a forma como Luhmann concebe a evolução. Não há certeza ou causalidade. Os sistemas evoluem às cegas e de maneira incontrolável: alteram a si mesmos a partir de suas próprias operações. As formas de evolução realizam-se por meio de processos de diferenciação entre variação/seleção/estabilização. Primeiramente, por meio da variação, indica-se a produção de elementos sociais, de distinções, de alternativas que, diante da contingência do futuro e da inexistência de certezas, se apresentam como novidade. Da multiplicidade de possibilidades impõem-se seleções, estruturas redutoras da complexidade a níveis capazes de proporcionar operações. Por fim, as escolhas realizadas e as inovações concebidas se estabilizam de modo a gerar uma identidade – e, por conseguinte, diferença capaz de resistir temporalmente.⁷

Quer dizer, Luhmann concebe os sistemas não como algo estático, mas sim, incertos e complexos que convivem em constantes mutações temporais e utilizam os demais sistemas para definir sua identidade.

Com base em tais premissas iniciais, ao analisar a sociedade contemporânea, Luhmann identifica a existência de três grandes sistemas, são eles: o sistema vivo, sistema psíquico e sistema social.⁸

Tais sistemas interagem de modo a se tornarem ambiente um para o outro, ou seja, para que não se confundam e constituam sua própria identidade dependem diretamente da manutenção das diferenças entre si, que se baseiam nas características das operações desenvolvidas em cada sistema.

Assim, os sistemas (vivo, psíquico e social) são ao mesmo tempo autônomos e dependentes entre si.⁹

No sistema vivo, a teoria luhmanniana compreende que a operação realizada é a vida, já no sistema psíquico será a consciência, enquanto que no sistema social será a comunicação.¹⁰

⁷ GONÇALVES, BÔAS FILHOS, 2013, p. 45

⁸ LUHMANN, Niklas. Introdução à Teoria dos Sistemas. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 22

⁹ Idem.

¹⁰ Idem

Neste contexto, os sistemas psíquicos e sociais serão sistemas basicamente de sentido, ou seja, permitem a criação seletiva de formas sociais e psíquicas.¹¹

Segundo Luhmann, o sentido será o valor fundamental para a construção das experiências, pois, quando o indivíduo experimenta um evento, conseqüentemente um conjunto de possibilidade é aberto, que antes era desconhecido, e só assim, poderão ser experimentados. Dessa forma, uma nova experiência projeta novas possibilidades, de modo que, o sentido será a permanente reprodução do atualizar e potencializar experiências.¹²

Com efeito, com a evolução, o sentido se tornou o fundamento da autorreferência dos sistemas psíquicos e sociais, determinando a capacidade de relação entre elementos que possibilitam a manutenção das operações dentro dos sistemas.¹³

Cabe destacar que para Luhmann “no sistema não há nenhuma representação do ambiente (assim como ele é)”, ou seja, o sistema não reproduz o ambiente fielmente¹⁴. Nesta dinâmica, o sistema pode ser irritado pelo ambiente, e será esse processo de irritação que irá permitir a sua autoprodução, ou seja, o ambiente irá permitir a autopoiese dos sistemas.

De acordo com o sociólogo “irritações se dão sempre e inicialmente a partir de diferenciações e comparações com estruturas (expectativas) internas aos sistemas, sendo, portanto, - do mesmo modo que informação – necessariamente produto do sistema”.¹⁵

Ainda, complementa Luhmann:

O ambiente não contribui para nenhuma operação do sistema, mas pode irritar ou perturbar (como diz Maturana) as operações do sistema somente quando os efeitos do ambiente aparecem no sistema como informação e podem ser processados nele como tal.¹⁶

Ou seja, há uma natural relação entre sistema e ambiente. Assim, a diferença entre ambos será uma condição da autorreferência, pois, não seria possível falar de um “si mesmo” se não existisse nada além dele. Da mesma forma, a irritação

¹¹ GONÇALVES, BÔAS FILHOS, 2013, p. 45-48

¹² GONÇALVES, BÔAS FILHOS, 2013, p. 45-48

¹³ Idem.

¹⁴ LUHMANN, 1997, p. 43

¹⁵ Ibidem, p. 68

¹⁶ Ibidem, p. 41

produzida pelo ambiente no sistema, será o elemento desencadeador da autopoiese.¹⁷

Partindo de tal ideia, o sistema social corresponde à sociedade e seus elementos de operação serão a comunicação, de modo que, tudo aquilo que não for comunicação será ambiente (inclusive o homem)¹⁸.

Vale destacar que por retirar o homem do centro da sociedade, Luhmann foi alvo de diversos críticos que acreditam que a sociologia não pode realizar tal separação. Todavia, tal classificação que retira o homem do sistema social, para Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Vilas Bôas Filho:

(...) não significa matar, eliminar ou descartar o ser humano, mas simplesmente coloca-lo em outro lugar no ambiente. Como dito anteriormente, o ambiente é muito mais complexo, rico em alternativas e possibilidades que o sistema. Não se encontra determinado por estruturas normativas, racionalidade ou instituições. Como ambiente, o homem está sujeito a viver e atuar em horizonte temporal ilimitado. Colocá-lo no ambiente, significa emancipá-lo; concebê-lo como produtor de suas próprias ações, como máquinas históricas autorreferenciais. Para a velha teoria europeia iluminista, quando o homem era o centro da sociedade, toda humanidade era tratada pelo conceito de sujeito, um ente abstrato que concentrava em si a totalidade das características humanas. Esta construção metafísica desconsiderava a diversidade empírica e eliminada as diferenças. Ao eliminar os homens, a ideia de sujeito trazia em si uma carga autoritária. Ao redescrivê-lo no ambiente, Luhmann busca resgatá-lo como horizonte de possibilidade. No ambiente, os homens não estão limitados por nenhum a priori ou por nenhuma norma. Esta é a condição da autonomia da consciência.

Além disso, não é correto afirmar que o homem não desempenha nenhum papel na teoria da sociedade de Luhmann; já foi explicado, de forma exaustiva, que o sistema não existe sem ambiente.¹⁹

Com efeito, é possível perceber que não obstante o homem não esteja no centro do sistema social, ele será o ambiente para desenvolvimento deste, pois, apenas com a comunicação é que o sistema social irá se operacionalizar.

Destaca-se que a comunicação sempre será interna ao sistema social e, em última análise à sociedade (sistema mundial), que por sua vez é formada por todos os sistemas sociais. Considerando que entre o sistema e o ambiente não existe comunicação, o sistema social não receberá diretamente as informações do

¹⁷ Ibidem, p. 42

¹⁸ LUHMANN, 1997, p. 42.

¹⁹ GONÇALVES, BÓAS FILHOS, 2013, p. 48;

ambiente, todavia, irá observá-lo, pois, no ambiente estará tudo aquilo que não é comunicação.²⁰

Luhmann afirma que a comunicação acontece quando informação, mensagem e compreensão são sintetizadas. Com efeito, a síntese da comunicação não é criada por nada que se encontre no ambiente, ela é produzida por si mesma através da comunicação.²¹

Acerca de tal processo de sintetização, destaca-se a explicação de Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Vilas Bôas Filho:

De que forma é produzida a comunicação? A comunicação não é criada por nada que se encontre no ambiente; é produzida, de forma recursiva, por si mesma: comunicação produz comunicação por meio de comunicação. O bloqueio desta circularidade recairia na forma de sistemas abertos que Luhmann sempre buscou evitar. A comunicação é operativamente fechada ou autopoietica. Desta forma, Luhmann transporta para a sociologia o conceito de autopoiese, criado pelos biólogos Maturana e Varela. Capacidade de reprodução autorreferencial, no entanto, não é sinônimo de solipsismo ou isolamento em relação ao ambiente. O sistema social depende do ambiente. Justamente por serem autônomos e diferenciados, são livres para constituírem relações entre si, formas recíprocas de irritação. Por causa da diferenciação, a abertura é incapaz de destruir a identidade. Para Luhmann, quanto mais autonomia entre sistema e ambiente, mais vínculos eles podem estabelecer. Quando este processo atinge um nível elevado de complexidade, criam-se formas de acoplamentos estruturais entre sistema e seu ambiente, outro conceito extraído da biologia de Maturana e Varela.²²

Portanto, o processo de criação da comunicação demonstra que o sistema depende do ambiente, conseqüentemente, o sistema social depende do homem, de modo que, eles estão diretamente vinculados.

Com a finalidade de demonstrar didaticamente tal afirmação, Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Vilas Bôas Filho afirmam que:

É possível identificar este fenômeno entre sistema comunicativo e sistema psíquico. Eles encontram-se acoplados por meio da linguagem. Isto não significa que os conteúdos psíquicos são conteúdos comunicativos ou que os pensamentos são elementos de comunicação. Os acoplamentos estruturais são formas de abertura cognitiva e, como tal, se constituem em conformidade ao fechamento operativo. Nesses termos a linguagem é o mecanismo que, ao mesmo tempo, sensibiliza um sistema ao outro e possibilita que cada um traduza a sensibilização de acordo com a sua autorreferenciabilidade. As palavras, frases, aquilo que é dito não são nem pensamento nem comunicação: o pensamento e a comunicação atribuirão

²⁰ LUHMANN, 1997, p. 43-47;

²¹ TORRES NAFARRATE, Javier. Galáxias de comunicação: o legado teórico de Luhmann, p. 144-161;

²² GONÇALVES, BÔAS FILHOS, 2013, p. 51

significados diferentes para a linguagem. De forma paradoxal, irritação transforma-se em autoirritação: os estímulos do ambiente adquirem sentido quando compreendidos pelo sistema. Aquilo que foi compreendido é que irrita o sistema. Este é o modo como a sociedade abre-se e fecha-se para o ser humano.²³

Dessa forma, a compreensão do homem pelo sistema social servirá como estímulo para a criação da identidade do mesmo e a comunicação operação essencial para a autopoiese do sistema.

Compondo o sistema social, existem os subsistemas sociais que, por serem sistemas, também são autopoieticos e se produzem pela comunicação geral.

De acordo com Guilherme Leite Gonçalves e Orlando Vilas Bôas Filho, “os subsistemas podem sentir, ser irritados, estimulados pelo ambiente à medida que se autodeterminam, conforme adquirem autonomia”, lembrando que, por ambiente entendem-se todos os sistemas psíquico, vivo e demais subsistemas, ou seja, tudo aquilo que não é o próprio sistema.²⁴

A teoria luhmannian defende que cada “subsistema será dotado de um código comunicativo próprio, cuja utilização primária é vedada ao outro”. Todavia, é possível a abertura cognitiva entre subsistemas que ocorre de forma mais ou menos complexa. Será mais complexa quando houver penetrações recíprocas e interdependentes entre os subsistemas, e menos complexa quando houver apenas o processo de irritação cotidiana pelo ambiente.²⁵

Com a finalidade de ilustrar tal processo de interação e funcionamento dos subsistemas, Luhmann recorre a um jogo de sinuca. Isto porque, se analisarmos o contexto da sinuca, existem várias bolas que de forma isolada, não farão qualquer sentido no jogo, do mesmo modo que se as bolas não se baterem ou chocarem, ou ainda, se forem lançadas fora da mesa, não haverá jogo. Para que o jogo funcione corretamente, é preciso que existam várias bolas diferentes que estão se batem/chocam (relacionando) sem se confundirem. Da mesma forma funcionam os subsistemas sociais que se operacionalizam pela comunicação e se relacionam de formas mais ou menos complexas.²⁶

²³ Ibidem, p. 52

²⁴ GONÇALVES, BÔAS FILHOS, 2013, p. 52

²⁵ Ibidem, p. 53

²⁶ LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKI, Gustavo (Orgs.). Il futuro della costituzione. Torino: Einaudi, 1996, p. 83-128

Com efeito, o intercâmbio de comunicações define os aspectos que envolvem a vida em sociedade, situação pela qual ocorrem os subsistemas sociais. Neste contexto, a economia e a política são identificadas como sistemas integrantes do sistema social, de modo que cada evolução alcançada pela sociedade veio acompanhada de um desenvolvimento político e econômico.²⁷

Os subsistemas sociais se originam da vida em sociedade e são formados a partir da comunicação entre atos, que por sua vez, são frutos da relação entre o sistema social e o ambiente, no caso o homem e a ação humana – de modo que tal relação nada mais é do que a vontade posta em prática pelo indivíduo.²⁸

Assim, todos os subsistemas sociais surgem do sistema social e têm sua origem e movimentação baseada na compreensão do ambiente, ou seja, da ação dos seres humanos.²⁹

É cediço que assim como a política e a economia, o direito surge da sociedade e para a sociedade, integrando assim, um dos subsistemas sociais responsáveis por promover a ordem social.³⁰

No intuito de compreendermos a relação entre tais subsistemas, devemos partir da premissa de que existe uma comunicação, interna e externa, entre os elementos integrantes de cada subsistema. É esta comunicação, que só existe por conta da vontade do agente e do processo que o mesmo passa para o exercício de sua faculdade de agir, que irá movimentar a relação interna e externa entre os subsistemas sociais.³¹

Conseqüentemente, é necessário verificar o que movimenta a ação humana e influi nos subsistemas sociais, dentre eles o sistema jurídico.

O indivíduo, por ser dotado de uma consciência sobre si, não só em relação ao seu eu individual, mas à necessidade de vivência coletiva irá pautar sua ação com base em um sistema de valoração.³²

É sabido que o indivíduo, enquanto mecanismo formador dos atos integrantes do sistema sempre terá sua atuação pautada em um aspecto volitivo de ponderação de valores. Ou seja, um indivíduo só age de uma determinada maneira, pois,

²⁷ CARVALHO, Cristiano. Teoria do Sistema Jurídico – direito, economia, tributação. São Paulo: Quartie Latin, 2005, p. 15-21

²⁸ LUHMANN, 1997, p. 50-65

²⁹ Ibidem, p. 50-65

³⁰ CARVALHO, 2005, p. 15-21

³¹ Idem.

³² Idem

exercitou sua faculdade de agir através de um procedimento interno movimentado por seu juízo valorativo.³³

Neste contexto, Cristiano Carvalho sustenta que “o agente humano, ao perseguir seus fins, sempre se coloca diante de uma escolha: satisfazer uma necessidade em detrimento de outra”. Quer dizer, toda escolha irá depender intrinsecamente do juízo valorativo realizado pelo sujeito, que tende a optar por aqui que lhe é mais valoroso.³⁴

Assim, de acordo com o referido autor:

(...) a escolha pode surgir de algo como tomar o desjejum matutino ou renunciar a ele com o fim de chegar cedo no trabalho, ou mesmo salvar a própria vida ou colocar-se no caminho de uma bala para poupar um ente querido. Seja qual for a alternativa que se apresente ao agente, ele escolhe a ação a ser realizada com base num código de valores. O agente optará por agir de uma maneira por considerar que o fim pretendido lhe é mais valoroso que a alternativa.³⁵

Dessa forma, é a valoração de uma ação que vai levar o sujeito a praticá-la ou não, situação esta que torna o valor um elemento essencial para a constituição dos subsistemas sociais. Isto porque, é o valor individual que irá condicionar a ação humana (inclusive a de viver em sociedade) e conseqüentemente impulsionar os subsistemas sociais.³⁶

Com efeito, os valores, por não serem dissociados do indivíduo, são o cerne dos subsistemas sociais, sendo, portanto, imprescindível compreendermos o seu conceito e alcance.³⁷

Na busca de um conceito adequado de valor, Miguel Reale se volta para as características ontológicas afirmando que “valores, enquanto tais possuem realidade que é também aespacial e atemporal – ou seja, apresentam um modo de “ser” que não se subordina ao espaço e ao tempo”.³⁸

³³ Idem.

³⁴ CARVALHO, 2005, p. 27

³⁵ Ibidem, p.18

³⁶ Ibidem, p. 15-21

³⁷ Idem.

³⁸ REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 187

Assim, para Reale, não se define um conceito, pois, é impossível definir o valor de acordo com as exigências lógico-formais, o valor é o que vale, assim como o ser é o que é.³⁹

Explicando mais detalhadamente, Miguel Reale sustenta que:

Nesse sentido, legítimo que fosse o propósito de uma definição rigorosa, diríamos com Lotze que do valor se pode dizer apenas que vale. O seu “ser” é o valor. Da mesma forma que dizemos que “ser é o que é”, temos que dizer que o “valor é o que vale”. Por que isto? Porque ser e valer são duas categorias fundamentais, duas posições primordiais do espírito perante a realidade. Ou vemos as coisas enquanto elas são ou as vemos enquanto vale; e, porque valem, devem ser. Não existe terceira posição equivalente. Todas as demais colocações possíveis são redutíveis àquelas duas, ou por elas se ordenam. Quando dizemos, por exemplo, que as coisas “evoluem” ou “evoluir” não é senão um desdobramento ou modalidade de “ser” – é o ser desenrolando no tempo. Costumamos dizer, recorrendo a metáfora, que *ser* e *dever ser* são como o olho esquerdo e olho direito que, em conjunto, nos permitem “ver” a realidade, discriminando-a em suas regiões e estruturas, explicáveis segundo dois princípios fundamentais, que são o de causalidade e o de finalidade.⁴⁰

Portanto, assim como o ser, o valor é uma característica intrínseca dos sujeitos que o auxiliam a enxergar a realidade. Mas esse valor não é meramente uma construção individual.

Segundo Miguel Reale, os valores representam uma forma de integração do ser e do dever ser, fruto de um processo individual pautado na composição social. Assim, para explicar tal afirmação, o autor recorre à individualização das características do valor.⁴¹

Como primeira característica, Reale aponta a bipolaridade, afirmando que um valor sempre irá se contrapor a um desvalor, ou seja, ao belo se contrapõe o feio, o bom ao mau e assim por diante, criando um processo dialético que se desenvolve entre o conflito de valores positivos e negativos.⁴²

Nesse ponto, vale destacar que o direito, como um elemento axiológico, demonstra claramente tal processo, na medida em que há o “lícito” e o “ilícito”, sendo que é a dialética que irá movimentar o sistema jurídico através dos valores que a informam. Consequentemente, o direito estará tutelando valores concebidos

³⁹ Idem.

⁴⁰ REALE, 1996, p. 187-188

⁴¹ Idem.

⁴² Idem.

pela sociedade como positivos, ou seja, essenciais à convivência, impedindo a realização de atos negativos ou violadores destes.⁴³

Na sequência, Miguel Reale identifica a característica da implicação recíproca, assim a definindo:

Há uma força expansiva e absorvente nos valores, visto como cada homem, que se dedica a dado valor, é levado a querer impor aos outros os próprios esquemas de estimativa. O mundo da cultura é sempre um mundo *solidário*, no sentido da coexistência pacífica de interesse, que é um ideal a ser atingido. A solidariedade ética, que a justiça objetiva alcançar, implica antes uma tensão viva nos quadrantes da História, sendo o direito uma força decisiva na sempre almejada composição social de valores.⁴⁴

Ou seja, a implicação recíproca faz com que nenhum valor social se realize sem influenciar, direta ou indiretamente, na realização dos demais.

Além disso, o autor ainda afirma que os valores estão submetidos à característica de referibilidade, que consiste na necessidade de sentido, ou seja, uma finalidade. Dentro dessa característica, desponta mais uma, a preferibilidade, que por sua vez consiste na motivação da conduta (teoria dos fins, aquilo que leva a escolha). A preferibilidade enseja em outra característica do valor, a graduação hierárquica, que significa que os valores, embora não possam ser medidos uns com os outros, podem ser ordenados de forma hierárquica, de acordo com a motivação final da conduta do agente.⁴⁵

Vale destacar que Miguel Reale esclarece que:

É possível haver uma ordenação do valioso, não de forma absoluta, mas nos ciclos culturais que representam a história humana, sendo certo, outrossim, que existe algo de *constante* no mundo das estimativas, algo que condiciona o processo histórico como categoria axiológica fundamental, que é o homem mesmo visto como valor ou fonte espiritual de toda a experiência axiológica.⁴⁶

Portanto, o juízo valorativo é um processo interno individual, construído com referência em um entendimento social coletivo, presente na evolução da história humana que impulsiona o indivíduo e seus atos.⁴⁷

⁴³ Idem.

⁴⁴ REALE, 1996, p. 198-190

⁴⁵ Ibidem, p. 187-188

⁴⁶ Ibidem, p. 191

⁴⁷ Idem

Por conta disso, todos os subsistemas sociais são impulsionados pela ação humana, que por sua vez, é fruto de um processo interno de escolha do indivíduo que busca valorar seu comportamento através da ponderação de benefícios, levando-se em conta os padrões comuns dentro de uma sociedade.⁴⁸

Dessa forma, são valores que fazem com que o homem viva em sociedade, conseqüentemente, movimentando todos os aspectos que envolvem a vida social, como direito, política e economia.

Cada sociedade possui seus padrões que irão influenciar no processo de escolha dos indivíduos e conseqüentemente, irão formar os atos que compõem os subsistemas sociais.⁴⁹

Todavia, os padrões não são uniformes, aquilo que era valorado em determinada época ou sociedade, pode não ser em outra, pois, todas as construções axiológicas acabam sofrendo interferência do contexto vivenciado pelo sujeito e pela sociedade.⁵⁰

Dentre os elementos que mais interferem na formação dos valores estão o direito, o Estado e a economia que se destacam como importantes subsistemas sociais. A relevância dos mesmos decorre do fato de que estes nascem diretamente da sociedade e para a sociedade, refletindo as necessidades da ordem social.

Portanto, a vida em sociedade é regida pela relação entre os subsistemas sociais que possuem a mesma origem (ação humana e sociedade) e se relacionam entre si, ora complementando e ora validando uns aos outros em constante evolução.

Neste contexto, os valores por refletirem a ação humana são a fonte propulsora da relação e manutenção de todos os subsistemas sociais. Isto porque, se o indivíduo não realizasse o juízo valorativo acerca da conveniência de se viver em sociedade, provavelmente não possuiríamos as construções jurídicas, políticas e econômicas que vivenciamos.

Retomando a ideia de Luhmann, o ser humano enquanto ambiente irá irritar os subsistemas utilizando de seus valores, da mesma forma, os demais subsistemas servirão de ambiente para os outros sistemas também os irritando, fazendo com que

⁴⁸ Idem

⁴⁹ REALE, 1996, p. 191

⁵⁰ Idem

os mesmos passem pelos processos de autorreferência e autopoiese, os levando a evolução.

Nesse processo, de acordo com Luhmann, “na medida em que comunicam, todos os sistemas sociais participam da sociedade”, ou seja, a sociedade é formada única e exclusivamente por toda a comunicação que ocorre no mundo.⁵¹

Com efeito, para entender a relação entre o direito e a moral, enquanto subsistemas é preciso compreender como o sistema social e seus subsistemas surgiram, se comunicaram e evoluíram.

2.2. A Origem da Sociedade

De acordo com a teoria luhmanniana, a evolução da sociedade é consequência de um processo incessante de variação, seleção e estabilização de possibilidade. Assim, Luhmann acredita que é possível separar a sociedade em quadro primados de diferenciação social, são eles: três primados pré-modernos e um moderno.⁵²

O primeiro primado pré-moderno, ou seja, o primeiro estágio, a sociedade teria se apresentado de forma diferenciada e segmentária (a comunicação foi organizada de acordo com critérios naturais de gênero, família, idade, etc.). Já no seguinte primado, os critérios de diferenciação eram geográficos ou territoriais (cidadão/estrangeiro, campo/cidade, etc.), enquanto que no terceiro primado pré-moderno tais critérios baseavam-se na estratificação (nobre/servo, inferior/superior, etc.). Quando a sociedade chegou ao primado moderno, a comunicação passou a atender aos critérios funcionais, a partir do qual a sociedade irá se dividir em subsistemas que irão assumir uma função específica na reprodução da sociedade e do seu meio.⁵³

Como se pode observar, a teoria luhmannian apresenta uma descrição da sociedade a partir da totalidade das comunicações dentro do sistema social. Dessa forma, sem comunicação não há sociedade e sem sociedade não há comunicação (a comunicação é o elemento de operação do sistema social). Com efeito, a

⁵¹LUHMANN, Niklas. La sociedad mundial. *Estudios Sociológicos*, v. 24, n. 72, p. 510

⁵²LUHMANN, Niklas. Globalization or World society: How to conceive of modern society? *International Review of Sociology*, v. 7, n. 1, p. 67–79, 1997b

⁵³ LUHMANN, 1997b

comunicação será o limite da sociedade, limite este que Luhmann defende que varia historicamente.⁵⁴

Partindo das ideias de Luhmann de que a sociedade atua como um sistema e deve ser observada através da distinção sistema / meio, bem como, do pressuposto que os subsistemas sociais evoluem com base na comunicação e necessitam um dos outro e do ambiente para sua evolução, é necessário compreendermos como a sociedade se originou e quais foram às bases que levaram os indivíduos a abandonarem a liberdade irrestrita do estado de natureza e se submeterem a ordem social.⁵⁵

A sociedade é formada por um conjunto de indivíduos que optam por se agregarem e reconhecerem a obrigatoriedade de determinadas condutas, essenciais para manutenção do coletivo, estabelecendo um verdadeiro sistema de cooperação mútua.⁵⁶

Não se sabe exatamente quando o homem abandonou o estado natural e optou por associar-se, mas um fato é certo, a organização social foi essencial à evolução da raça humana.

É sabido que por conta da diversidade inerente às formações sociais, há inúmeras similaridades e conflitos em relação aos interesses individuais, pois, muitas vezes aquilo considerado ideal para um, pode não ser para outro. Então como explicamos o fato do indivíduo continuar vivendo em sociedade?

De acordo com Aristóteles, a associação entre indivíduos é algo intrínseco à natureza humana, decorrente do fato de que o homem é naturalmente um animal político. Para o filósofo, o fato de o homem ser o único animal dotado de racionalidade e sentimentos, faz com que a associação entre indivíduos seja algo instintivo, de modo que, apenas um indivíduo de natureza vil ou alguém superior ao homem, optaria por viver isoladamente.⁵⁷

Neste contexto, a criação de uma cidade é algo natural, decorrente da associação instintiva entre seres humanos. Segundo afirma Aristóteles:

(...) o homem é por natureza uma animal social, e que é por natureza e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria desprezível ou estaria acima da humanidade [...] Agora é evidente que o homem, muito

⁵⁴ Idem

⁵⁵ REALE, 1996, p. 191

⁵⁶ RAWLS, John. Uma teoria de Justiça. São Paulo: Martins Fontes: 2008, p. 8

⁵⁷ ARISTÓTELES. A política. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

mais que a abelha ou outro animal gregário, é um animal social. Como costumamos dizer, a natureza não faz nada sem um propósito, e o homem é o único entre os animais que tem o dom da fala. Na verdade, a simples voz pode indicar a dor e o prazer, os outros animais a possuem (sua natureza foi desenvolvida somente até o ponto de ter sensações do que é doloroso ou agradável e externá-las entre si), mas a fala tem a finalidade de indicar o conveniente e o nocivo, e portanto também o justo e o injusto; a característica específica do homem em comparação com os outros animais é que somente ele tem o sentimento do bem e do mal, do justo e do injusto e de outras qualidades morais, e é a comunidade de seres com tal sentimento que constitui a família e a cidade.⁵⁸

Portanto, para Aristóteles o homem é ontologicamente um ser social, desde sua constituição física até suas manifestações psicológicas demonstram que o ser humano foi programado para conviver com outros seres de sua espécie. Assim, existe um instinto natural que leva o homem a se associar para a consecução dos fins de sua existência.

Seguindo tal pensamento, Paulo Nader afirma que:

A prole, decorrência natural da união, passa a atuar como fator de organização e estabilidade do núcleo familiar. O pequeno grupo, formado não apenas pelo interesse material, mas pelos sentimentos de afeto, tende a propagar-se em cadeia, com a formação de outros pequenos núcleos, até se chegar à formação de um grupo social.⁵⁹

Ou seja, a associação entre indivíduos de uma mesma espécie é consequência natural das condições biológicas, físicas e psicológicas dos seres humanos.

No mesmo sentido, Dalmo de Abreu Dallari sustenta que a necessidade de cooperação entre seres humanos vai além da ordem material (busca de bens materiais suficientes à sobrevivência), fazendo parte do aspecto volitivo individual. Dessa forma, para o autor, “a sociedade é o produto da conjugação de um simples impulso associativo natural e da cooperação da vontade humana”.⁶⁰

Opondo-se a tal ideia, o filósofo contratualista Thomas Hobbes afirma que o homem instintivamente está fadado a uma vida solitária, ou seja, inexistente impulso natural associativo. Todavia, em decorrência da busca pela segurança, os homens

⁵⁸ Ibidem, 2002, p. 15

⁵⁹ NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 23

⁶⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11

renunciam sua liberdade (seu direito a todas as coisas) e se submetem a vida em sociedade, criando o Estado para garantir a ordem social.⁶¹

De acordo com Hobbes, naturalmente o homem têm direito a tudo, assim, cada ser humano pode usar o seu direito a fim de preservar a sua própria natureza. Dessa forma, o homem é livre, sendo a liberdade, de acordo com o autor, um direito natural que deve ser compreendido como ausência de impedimentos externos. Vejamos o que afirma o autor:

A natureza deu a cada um o direito a tudo; isso quer dizer que, num estado puramente natural, ou seja, antes que os homens se comprometessem por meio de convenções ou obrigações, era lícito cada um fazer o que quisesse, e contra quem julgasse cabível e por tanto possuir, usar e desfrutar tudo que quisesse ou pudesse obter. Ora, como basta um homem querer uma coisa qualquer para que ela já lhe pareça boa, e o fato dele a desejar já indica que ela contribui, ou pelo menos lhe parece contribuir, para sua conservação [...], de tudo isso então decorre que, no estado de natureza, para todos é legal ter tudo e tudo cometer. E é este o significado daquele dito comum, “a natureza deu tudo a todos”, do qual portanto o entendemos que, no estado de natureza a medida do direito esta na vantagem que for obtida.⁶²

Assim, em um estado primitivo, os indivíduos dotados de uma igualdade natural, são capazes de todas as coisas para alcançar seus objetivos, travando uma verdadeira guerra de indivíduos contra indivíduos.

De acordo com Hobbes:

Na guerra, a força e a fraude são as duas virtudes cardeais. A justiça e a injustiça não fazem parte das faculdades do corpo ou do espírito. Se assim fosse, poderiam existir num homem que estivesse sozinho no mundo, do mesmo modo que seus sentidos e paixões. São qualidades que pertencem aos homens em sociedade, não na solidão. Outra conseqüência da mesma condição é que não há propriedade, nem domínio, nem distinção entre o meu e o teu; só pertence a cada homem aquilo que ele é capaz de conseguir, e apenas enquanto for capaz de conservá-lo. É, pois esta a miserável condição em que o homem realmente se encontra, por obra da simples natureza. Embora com uma possibilidade de escapar a ela, que em parte reside nas paixões, e em parte em sua razão. As paixões que fazem os homens tender para a paz são o medo da morte, o desejo daquelas coisas que são necessárias para uma vida confortável, e a esperança de consegui-las através do trabalho. E a razão sugere adequadas normas de paz, em torno das quais os homens podem chegar a acordo.⁶³

⁶¹ HOBBS, Thomas. Os Elementos da Lei Natural e Política. Tradução Fernando D. Andrade. São Paulo: Ícone, 2002

⁶² HOBBS, 2002, p. 32

⁶³ Ibidem, p. 77

Portanto, é a consciência da insegurança do estado de natureza e dos princípios que deve seguir para superá-lo, que faz com que os indivíduos busquem estabelecer o “estado social”.⁶⁴

Quer dizer, para Hobbes, ao contrário do que sustenta Aristóteles, não há prazer nenhuma na associação entre humanos, mas sim, a busca por uma segurança individual que faz com que o homem renuncie o seu direito à liberdade e se submeta a vida em sociedade.⁶⁵

No mesmo sentido, o filósofo Rosseau afirma que o homem selvagem é um ser solitário. No entanto, diverge de Hobbes ao afirmar que o homem em estado natural não conhece a maldade, uma vez que está entregue unicamente aos seus instintos, utilizando a violência apenas na disputa por alimento.⁶⁶

Assim, como os demais animais, instintivamente o homem não é mal, mas é individualista, pois, se basta para sobreviver. No entanto, de acordo com o autor, o que irá diferenciar o homem dos demais animais, propiciando as interações sociais, são duas condições essenciais: a liberdade e a faculdade de aperfeiçoar-se. A partir do exercício da liberdade, o homem pode renunciar as leis da natureza, mesmo que isso acabe não lhe trazendo vantagens. Enquanto que, a faculdade de aperfeiçoar-se faz com que o ser humano esteja em crescente desenvolvimento⁶⁷.

Partindo de tal concepção de homem, Rosseau sustenta que uma série de eventos naturais acarretou a aproximação entre indivíduos. Quer dizer, provavelmente o homem, com intuito de sobreviver a adversidades, renunciou a seus instintos primitivos e começou a se associar em bandos. Como fruto de sua faculdade de aperfeiçoar-se, o homem, agora em bando, começou a desenvolver técnicas de sobrevivência, que ensejaram no surgimento de armas e das primeiras noções de propriedade e de sociedade civil.⁶⁸

Com o advento das associações e da noção de propriedade, o homem começou a desenvolver valores que não existiam em vida selvagem, se tornando um ser competitivo. Em decorrência disso, a busca de um melhor *status* faz com que os indivíduos iniciem uma batalha “de todos contra todos”. Assim, no intuito de reaver

⁶⁴HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução Rosina D’Angina, 3ª ed. São Paulo: Ícone, 2014, p. 94-119.

⁶⁵HOBBS, 2014, p. 94-119

⁶⁶ROSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social: princípios do direito político*. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 2ª ed., 2015, p. 11-19;

⁶⁷Ibidem, p. 19-22

⁶⁸Ibidem, p. 24-27

sua liberdade perdida, os homens chegam a um acordo, um contrato social, que irá garantir não só a liberdade, mas a igualdade entre seres humanos.⁶⁹

De acordo com Rousseau:

Ora, como os homens não podem engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir aquelas que existem, não lhes resta outro meio, para se conservar, senão formando por agregação uma soma de forças que possa levá-los à resistência, colocá-los em movimento por um único móvel e fazê-los agir de comum acordo⁷⁰.

Ainda, segundo o autor:

Enquanto o povo é obrigado a obedecer e obedece, faz bem; tão logo possa sacudir o jugo e o sacode, faz ainda melhor, porque, recuperando sua liberdade por meio do mesmo direito com o qual foi arrebatada dele, ou esse lhe serve de base para retomá-la ou não se prestava em absoluto para tirá-la dele.⁷¹

Portanto, o homem renuncia sua liberdade natural (direito ilimitado a tudo que possa adquirir) e se submete a uma vontade geral para reaver uma liberdade perdida, que retorna ao indivíduo como a liberdade civil, que ao contrário da natural é limitada pela vontade geral e pela propriedade⁷².

Seguindo o pensamento rousseauiano, em especial a noção de propriedade como um elo social, o filósofo inglês John Locke afirma que a razão de existência de uma sociedade é o poder legislativo. Na obra “segundo tratado sobre o governo”, Locke afirma que no estado de natureza, que precede intelectualmente o Estado organizado, o indivíduo estaria submetido à lei natural, de modo que, inexistiria uma autoridade centralizada e reconhecida que aplique os seus preceitos.⁷³

A ideia de Locke parte de um estado natural em que há uma paz relativa. Como jusnaturalista, afirma que mesmo nessa sociedade há um direito intrínseco ao ser humano – a propriedade. Com efeito, o objetivo fundamental do ingresso do homem na sociedade civil é proteger a sua propriedade, de modo que, se faz necessário o estabelecimento de leis que cumpram este objetivo e, portanto, “a

⁶⁹ Ibidem, p. 24-25

⁷⁰ Ibidem, p. 22

⁷¹ ROUSSEAU, 2015, p. 10

⁷² Ibidem, p. 20

⁷³ LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo Civil e Outros Escritos: Ensaio sobre a Origem, os Limites e os Fins Verdadeiros do Governo Civil. Traduzido por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 328

primeira lei positiva e fundamental de todas as comunidades consiste em estabelecer o poder legislativo (...)"⁷⁴

De acordo com John Locke:

Esse poder legislativo não é somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade uma vez colocou; nem pode qualquer eito de quem quer que seja, concebido por qualquer maneira ou apoiado por qualquer poder que seja, ter força e a obrigação da lei se não tiver a sanção do legislativo escolhido e nomeado pelo público; porque sem isto a lei não teria o que é absolutamente necessário à sua natureza de lei: o consentimento da sociedade sobre a qual ninguém tem o poder de fazer leis senão por seu próprio consentimento e pela autoridade recebida.⁷⁵

Assim, o poder legislativo é tido como um poder soberano por ser o único poder que possui vinculação direta da sociedade, é o consentimento desta que dá legitimidade ao mesmo para elaborar as leis.

Portanto, há uma vinculação direta entre a vontade da sociedade (entendida como moral coletiva) e a lei.

Complementando as teorias contratualistas, o filósofo norte-americano John Rawls sustenta que a sociedade é um sistema de cooperação que busca um benefício mútuo. No entanto, está marcada por um conflito, uma identidade de interesses. Assim, “na sociedade justa, as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais”.⁷⁶

Neste contexto, o papel das instituições sociais é assegurar que não ocorra uma incongruência em relação às atribuições de direitos e deveres básicos, a cada indivíduo integrante da sociedade, estabelecendo regras que busquem um equilíbrio entre os interesses sociais.

Esta organização da sociedade em um sistema único de cooperação é o objeto primeiro dos princípios da justiça.

Os princípios de justiça são uma exteriorização dos juízos sobre o correto e justo, aceitáveis por todos os membros da sociedade. São uma espécie de

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ LOCKE, 1994, p. 328

⁷⁶ RAWLS, John. Uma teoria de Justiça. São Paulo: Martins Fontes: 2008, p. 4;

premissas gerais, que uma vez aceitas, também deverão ser aceitos os seus resultados.⁷⁷

A partir de um procedimento de premissas gerais e juízos ponderados, é possível encontrar dois princípios, o primeiro é chamado de princípio da liberdade igual; o segundo pode ser dividido em princípio da diferença e princípio da igualdade equitativa de oportunidades. Vejamos a definição:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posição e cargos acessíveis a todos.⁷⁸

Tais princípios são aplicados na posição original, regendo as atribuições de direito e deveres, bem como, regulando a distribuição das vantagens sociais e econômicas. Cabe destacar que tais princípios pressupõem a existências de duas partes distintas da estrutura social.⁷⁹

Nota-se que o primeiro princípio diz respeito às liberdades, nele se inclui: liberdade política, liberdade de expressão, direito à propriedade, liberdade individual e etc.. Já o segundo pode ser entendido com a igualdade, sendo aplicado em relação à distribuição de renda e riqueza e à estruturação de organizações.⁸⁰

Cabe destacar que Rawls apresenta quatro possibilidades para se compreender o princípio da diferença. Após analisar temas como a “eficiência” e a “equidade”, o autor defende que cada indivíduo, na posição original, temendo não ter bens, por um juízo ponderado iria defender a distribuição igualitária. Todavia, em um segundo momento, por conta das diferenças intrínsecas à sociedade, os indivíduos poderiam exercitar direito de veto às situações que implicariam seus prejuízos. Assim, o segundo princípio passaria a seguinte redação:

Segundo princípio

As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo:

⁷⁷ Ibidem, p. 101

⁷⁸ RAWLS, 2008, p. 73

⁷⁹ Ibidem, p. 101

⁸⁰ Ibidem, p. 74

- a) Tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa,
- b) Sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Primeira regra de prioridade (A prioridade da liberdade)

Os princípios da justiça devem ser classificados em ordem lexical e portanto as liberdades básicas só podem ser restringidas em nome da liberdade.

Existem dois casos:

- a) Uma redução da liberdade deve fortalecer o sistema total das liberdades partilhadas por todos;
- b) Uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm liberdade menor.

Segunda regra de prioridade (A prioridade da Justiça sobre a eficiência e sobre o Bem-estar)

O segundo princípio da justiça é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades é anterior ao princípio da diferença.

Existem dois casos:

- a) Uma desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm uma oportunidade menor;
- b) Uma taxa excessiva de poupança deve, avaliados todos os fatores, tudo somado, mitigar as dificuldades dos que carregam esse fardo.⁸¹

A teoria desenvolvida defende que ambos os princípios devem ser aplicados em uma ordem serial, de modo que, o primeiro seja prioritário de segundo. A referida ordem serial, enseja no fato de que as violações ao princípio da liberdade não podem ser justificadas por maiores vantagens sociais e econômicas. No entanto, isto, não significa que a liberdade é absoluta, pois, de acordo com Rawls, os princípios da liberdade podem ser limitados, desde que, em prol de outro princípio de liberdade.⁸²

Dessa forma, é possível concluir que a justiça tem o objetivo de assegurar a cada individuo uma inviolabilidade que nem a maioria ou o bem-estar da sociedade pode violar.

Neste contexto, os princípios de justiça serão um elo para a escolha individual, atribuindo direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade, bem como, definindo a distribuição apropriada dos benefícios e dos encargos em uma sociedade de cooperação.⁸³

Portanto, a partir desta sintética abordagem filosófica da origem da sociedade, é possível notar que a construção da organização social decorre

⁸¹RAWLS, 2008, p. 333

⁸²Ibidem, p. 74

⁸³Ibidem, p. 75

diretamente da necessidade de resguardar direitos e interesses compartilhados por todos os indivíduos, não fugindo da noção coletiva de justiça.⁸⁴

Assim, independente de se crer que a criação da sociedade é instintiva ou fruto da razão humana, um fato é certo, a compensação de valores e o comportamento do indivíduo o levam a viver em sociedade.

Portanto, a sociedade nada mais é do que fruto da vontade individual, mas, formada com base em valores compartilhados por indivíduos, ou seja, valores coletivos que permitem a convivência harmônica entre todos. É a vontade de ter seus direitos individuais respeitados que leva ao homem a renunciar sua liberdade irrestrita do estado natural e se submeter à vontade coletiva, que por sua vez, é assegurada pela formação do Estado.

Nota-se como a ação humana e o juízo valorativo da busca da segurança e da ordem levaram o indivíduo a associar-se com seus semelhantes e criar mecanismo para assegurar tais elementos. Assim, o sistema social e todos os demais sistemas que se formaram como consequência da vida em sociedade tem como base o juízo valorativo dos indivíduos, ou seja, sua formação decorre de um exercício axiológico dos sujeitos.

Segundo Luhmann, nas sociedades pré-modernas a consciência do sujeito concebia o mundo como uma coisa, um agregado de pessoas, um ser vivo que contém todos os demais, uma multiplicidade de povos, impérios territorialmente estabelecidos, ou ainda, a partir de uma ideia de criação divina, um mundo concebido como um objeto de admiração.⁸⁵

Já na sociedade moderna, o mundo passa a se apresentar como um horizonte de possibilidades dotadas de uma indeterminação, a partir da qual os objetos não serão tomados como algo dado ao sujeito, mas sim, como sentido, de modo que, os sujeitos são capazes de apreender esse sentido e de atuar nele e a partir dele.⁸⁶

Vale destacar que na sociedade moderna, de acordo com o sociólogo, não existem mais barreiras territoriais, assim, a comunicação irá ocorrer em todo o mundo, independentemente de tempo ou lugar. Assim, sem a existência de limites

⁸⁴ Ibidem, p. 78

⁸⁵ LUHMANN, 2006, p. 547-549

⁸⁶ Ibidem, p. 550

territoriais, a comunicação não irá mais encontrar fronteiras ou ser direcionada a grupos sociais, ela é presente para todos os seres humanos.⁸⁷

Neste contexto que se desenvolve a sociedade mundial, que, de acordo com Luhmann, não obstante existam diferenças de código, programas e limites aos subsistemas sociais, como os avanços da econômica, mercado e do acesso à justiça, todos os sistemas sociais irão apresentar o mesmo modo de operação: a comunicação.⁸⁸

Portanto, o sistema social evoluiu historicamente através das irritações provadas pelo ambiente (ser humano) e pelos demais subsistemas, de modo que, foi a comunicação entre estes que permitiu a construção das nossas bases sociais atuais.

Assim, para entender o funcionamento do nosso sistema social, precisamos analisar a construção dos principais subsistemas sociais: o subsistema político e o econômico.

2.3. A evolução do subsistema político

No contexto da sociedade moderna, o Estado aparece como um elemento essencial que atua não só para regulamentar a vida em sociedade, mas também, como um instrumento viabilizador da coexistência entre indivíduos.⁸⁹

É sabido que a existência de uma sociedade não necessariamente enseja na criação de um Estado, contudo, este foi criado como a finalidade de permitir a ordem e a harmonia social.⁹⁰

A primeira concepção de Estado que surge é a Cidade. De acordo com Paulo Bonavides:

Da cidade se irradiam as dominações, as formas expansivas de poder e força. De tal sorte que, ordinariamente, ela é a cabeça dos Impérios, das hegemonias, dos grandes reinos formados ao redor da boa fortuna com que as armas da conquista se fizeram triunfantes. Ninive. Babilônia, Tebas, Persépolis, Esparta, Atenas, Roma, e tantas outras, são a imagem eloqüente do Estado Antigo com sua geografia política urbana, sua concentração personificada de poder, sua forma de autoridade secular e

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Ibidem, p. 551

⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. Teoria Geral do Estado. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.33-34

⁹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 56-57

divina expressa na vontade de um titular único – o faraó, o rei, o imperador -, de quem cada ente humano, cada súdito, é tributário”.⁹¹

Nota-se que na época a política e religião se misturavam, imperando um direito consuetudinário, responsáveis por formar o Estado Antigo.

Segundo afirma François Châtelet “Entre os produtos marcantes do que é chamado de “milagre grego” (...), o mais característico é essa forma política original que é a Pólis, a Cidade”. De acordo Châtelet, a Cidade se constituiu durante o século VI a.C. ocasião na qual a organização político-social era formada de realezas feudais, grandes famílias que exerciam a autoridade política, religiosa, jurídica e econômica. Assim, existiam na época vastos impérios comandados por déspotas que impunham a dominação absoluta.⁹²

Por conta de diversos e violentos conflitos envolvendo essas grandes famílias e as populações do campo e da cidade, vários territórios concordaram em recorrer a um sábio para que este fixasse as regras de convívio. Foi o que ocorreu em Atenas em 660 a.C., onde Dracon e Sólon foram encarregados de determinar os princípios que regeriam a relação os membros da sociedade – surge então a noção de sociedade regida pela lei.⁹³

Châtelet afirma que:

A Lei como princípio de organização político social concebida como texto elaborado por um ou mais homens guiados pela reflexão, aceita pelos que serão objeto de sua aplicação, alvo de um respeito que não exclui modificações minuciosamente controladas: essa é provavelmente a invenção política mais notória da Grécia Clássica; é ela que empresta sua alma à Cidade quer essa seja democrática, oligárquica ou “monárquica”.⁹⁴

Como se pode observar, na época a Lei era a base do sistema político e da organização da ordem social.

Partindo da mesma base, a sociedade antiga se desenvolveu até o crescimento do Império Romano que transportou todos os ideais políticos gregos para construir suas instituições. Analisando o desenvolvimento de tais ideias, Châtelet afirma que “os enunciados jurídicos e as legitimações filosóficas intervêm

⁹¹ BONAVIDES, 2012, p.33-34

⁹² CHÂTELET, François. História das Ideias Políticas. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahas Ed., 2009, p. 13

⁹³ Ibidem, p. 14

⁹⁴ Idem

como quadro, como marca e como perpetuação da ação fundadora da comunidade cívica”.⁹⁵

Com o avanço do Império Romano e o crescimento territorial, mais suscetível o mesmo se tornava a invasões e rebeliões de povos recém-conquistados. Tal situação levou a uma dispersão do povo romano e um enfraquecimento do Império.⁹⁶

Na época o cristianismo e o islamismo se desenvolveram e afirmaram “a preeminência absoluta de um Deus único, pessoal e criados, senhor da Lei, e a queda do homem, que se perdeu por causa dos seus pecados, bem como a possibilidade de redenção oferecida por deus em sua bondade aos homens”.⁹⁷

Tal pensamento contribuiu para a queda do Império Romano, que levou consigo não só a decadência do Estado Antigo, mas também de toda noção de Estado. Iniciava-se aí, a Idade Média, e uma reorganização social.⁹⁸

Durante tal período, é extremamente difícil encontrar elementos para caracterização de um Estado. No entanto, foi nesta época que alguns elementos formadores do Estado Moderno como, a noção de soberania, universalidade, a formação de um Império com unidade política, a necessidade de uma liderança para combater as invasões bárbaras, etc, começaram a se desenvolver.⁹⁹

Analisando tal período, Luis Alexandre Carta Winter e Marcos Wachowicz afirmam que:

Há um deslocamento conceitual entre o papel exercido pelo soberano, pelo rei, da Idade Média, com o aparecimento da teoria da soberania. Livrando-se da sombra do Imperador e do Papa, quando consolidado o poder real, no dizer de Bobbio, o “mais importante entre os iura do rei, por ser aquele que o tornava justamente rei, consistia em administrar a justiça com base nas leis consuetudinárias do país”. Introduzida a ideia de Soberania, “o novo rei é soberano na medida em que faz a lei e, conseqüentemente, não é por ela limitado, encontra-se supra legem

Com o crescimento do comércio, fortalecimento das cidades, surge uma nova classe, que, embora demorasse ainda séculos para se impor ao poder, tinha o interesse de uma estabilidade para seus negócios: os burgueses. Para ela e para os demais, a estabilidade somente poderia existir com uma burocracia mais estável, e, principalmente, na prerrogativa do rei em aplicar a justiça, através de seus tribunais”.¹⁰⁰

⁹⁵ Ibidem, p. 22

⁹⁶ Ibidem, p. 26

⁹⁷ CHÂTELET, 2009, p. 27

⁹⁸ BONAVIDES, 2012, p. 35

⁹⁹ Idem

¹⁰⁰ WINTER, Luis Alexandre Carta. WACHOWICZ, Marcos. Estado: Construção de uma identidade. In: Anais do XV Congresso Nacional do Conpedi. Manaus: Conpedi, 2006, p. 885

Com efeito, a partir da ascensão da burguesia e o crescimento do mercado, surgiu a necessidade de uma unificação territorial.

Foi nessa época que se iniciou a revolução iluminista, colocando um fim ao regime feudal.¹⁰¹

Cabe destacar que a unificação territorial teve como base a soberania. Para Paulo Bonavides “foi a soberania, por sem dúvida, o grande princípio que inaugurou o Estado Moderno”.¹⁰²

Inicialmente, a noção de Estado Moderno estava atrelada a Igreja e a monarquia, mais especificadamente, a figura de um príncipe governante, visto como uma divindade temporal e terrena, cujo poder soberano emanava de Deus. Vivia-se um tempo de absolutismo em que o Estado detinha o poder de manter a ordem recebendo em contrapartida, a renúncia da liberdade dos indivíduos. Inicia-se a partir daí, uma época em que a sociedade foi privada de seu poder político.¹⁰³

Para ilustrar tal momento político que Châtelet chama de “o príncipe-Estado”, o autor recorre ao pensamento de Maquiavel e afirma que:

Quaisquer que sejam as continuidades (ou filiações) ideais entre a Antiguidade e a Idade Média, por um lado, e os tempos modernos, por outro, o “secretario florentino” introduziu uma ruptura decisiva; contra as teorias da sociabilidade natural, contra os ensinamentos da Revelação e da teologia, ele afirma – porque constata – que, no que se refere às atividades coletivas o que é o Estado. Foi ele quem deu a esse último termo sua significação de poder central soberano legiferante e capaz de decidir, sem compartilhar esse poder com ninguém, sobre as questões tanto exteriores quanto internas de uma coletividade, ou seja, de poder que realiza a laicização da plenitude potestatis.¹⁰⁴

Como se pode imaginar, para essa organização política as leis não eram mais construções sociais e sim imposições do soberano. A medida que o modelo se desenvolvia, o soberano utilizava das leis para imposições, o que fez com que ocorresse um descontentamento social que foi cenário para o desenvolvimento das ideias liberais.¹⁰⁵

¹⁰¹ BONAVIDES, 2012, p. 35

¹⁰² Ibidem, p. 35

¹⁰³ BONAVIDES, 2012, p. 35

¹⁰⁴ CHÂTELET, 2009, p. 37

¹⁰⁵ BONAVIDES, 2012, p. 40

Com a Revolução Francesa, o Estado absolutista chega ao fim, dando início ao Estado Liberal de Direito, ou para Châtelet o Estado-Nação, onde o liberalismo é premissa máxima, e o poder já não é mais de um soberano, mas sim de leis que irão reger o ordenamento social e político.¹⁰⁶

Lenio Streck e José Luiz Bolsan Moraes afirmam que:

Pensamos poder situar o liberalismo como uma doutrina que foi-se forjando nas marchas contra o absolutismo onde se situa o crescimento do individualismo que se formula desde os embates pela liberdade de consciência (religiosa). Todavia, isso avança nas doutrinas dos direitos e do constitucionalismo, este como garantia(s) contra o poder arbitrário, da mesma forma que contra o exercício arbitrário do poder legal.¹⁰⁷

Como se pode observar, as ideias liberais e o Estado de Direito surgem em oposição ao Estado Absolutista, sempre atrelando o poder do Estado à liberdade individual e a legalidade, concebida como a vontade da sociedade. No Estado de Direito, a atuação estatal visa assegurar a ordem pública, interferindo o mínimo possível na vida de cada indivíduo e, por consequência, no sistema econômico.¹⁰⁸

Neste contexto, ao direito cabia garantir a liberdade individual de todos os cidadãos, impedindo que o Estado atuasse sem autorização legal. Vale ressaltar que a construção da ideia de separação de poderes foi adotada nesta ocasião como um dos elementos essenciais para a consolidação dos Estados Democráticos de Direito.

A construção da separação de poderes, através da concepção de pesos e contrapesos surgiu com o Barão de Montesquieu (político, filósofo e escritor francês), cujo pensamento foi de fundamental importância, pois, influenciou a formação dos Estados modernos, consagrando a existência de três poderes distintos, com funções próprias a cada um, e que devem agir harmonicamente para assegurar a liberdade política.

Montesquieu sustenta que em todos os Estados existem três poderes distintos entre si: o poder legislativo, o "poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes" e o "poder executivo daquelas que dependem do direito civil".

109

¹⁰⁶ CHÂTELET, 2009, p. 80-107

¹⁰⁷ STRECK; MORAIS, 2001, p. 50

¹⁰⁸ STRECK; MORAIS, 2001, p. 50

¹⁰⁹ MONTESQUIEU. Charles Louis de Secondat, Baron de la. O Espírito das Leis. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 75

Assim, chegamos à moderna tripartição de poderes: o legislativo, o executivo e o "de julgar", ou judicial.

Já na época, Montesquieu exteriorizava sua preocupação em assegurar a independência dos poderes, afirmando que:

Quando em uma pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois, se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois, o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo então estaria pedido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse os três poderes: o de criar as leis, de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes e as querelas particulares.

Esse pensamento foi de fundamental importância, pois, influenciou a formação dos Estados modernos, consagrando a existência de três poderes distintos, com funções próprias a cada um, e que devem agir harmonicamente para assegurar a liberdade política.

Quando se fala em Estado Democrático, a primeira Constituição escrita, a formalizar tal modelo político foi a Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787, que serviu como modelo para os demais países, incorporando ao patrimônio político da humanidade alguns princípios e normas fundamentais, que hoje se encontram presentes em todos os sistemas políticos democráticos que visam à dignidade e os direitos da pessoa humana como valores fundamentais.¹¹⁰

Tal constituição, tomando como base toda a construção do mecanismo de separação de poderes, em decorrência da consagração dos princípios inerentes à democracia, assegura a predominância da vontade do povo, da cidadania.¹¹¹

Dessa forma, visando efetivar a supremacia popular obstando a formação de governos que não consistam na expressão dessa vontade e que concentrassem em suas mãos excesso de poder, foram implantados pela Constituição americana e adotados pelos demais países democráticos, alguns mecanismos políticos, que

¹¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 23.

¹¹¹ Idem.

desde então passaram a ser considerados como exigências para configuração de um estado democrático de direito.¹¹²

Assim, para garantia a supremacia da vontade do povo, determinou-se que os governantes fossem obrigatoriamente escolhidos pelo povo, o único detentor do poder originário.¹¹³

Neste contexto, em decorrência da natureza das atribuições foi instituído o sistema de três poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes para a tomada de decisões e reciprocamente independentes, não se admitindo que um interfira nas decisões do outro.¹¹⁴

Portanto, o Estado Democrático de Direito se fundou na soberania do poder popular, prevendo poderes, independentes entre si, e originados da vontade do povo.¹¹⁵

François Châtelet sintetizou as ideias políticas do Estado-Nação afirmando que:

No século XIX, o Estado-Nação se constitui mais ou menos por toda parte na ordem interna, como Estado Liberal: o liberalismo político é sua filosofia dominante. As concepções liberais dominantes pretendem resolver principalmente a “questão política”, entendida essencialmente como o problema das relações entre o indivíduo e o Estado. Qualquer que seja a diversidade dessas doutrinas “de acordo com a época, o país, as tendências numa mesma época e num mesmo” (cf. Jean Touchard, *Histoire des idées politiques*, 2, PUF, 1959), pode-se perceber uma dupla preocupação essencial: o indivíduo deve ser protegido, ao mesmo tempo, contra o Estado e contra as massas; por conseguinte, é preciso encontrar os mecanismos institucionais destinados a impedir esse duplo perigo.¹¹⁶

Para proteger o indivíduo do Estado, a lei surge como premissa máxima. O cenário liberal e legalista criado pelo Estado de Direito deu azo para que o mercado e a economia se desenvolvessem livremente. Na época as estruturas sociais, econômicas e jurídicas passaram por constantes modificações.¹¹⁷

Contudo, o desenvolvimento pleno do mercado, trouxe como ele algumas repercussões negativas na sociedade.

Ao analisar tal contexto, Châtelet afirma que:

¹¹² PEREIRA, Guilherme Bollorini. A experiência Constitucional Norte-Americana. in: *Revista da EMERJ*. V.5, n.17, 2002, p. 179-180

¹¹³ DALLARI, 1996, p. 24

¹¹⁴ Idem

¹¹⁵ DALLARI, 1996, p. 24

¹¹⁶ CHÂTELET, 2009, p. 98

¹¹⁷ DALLARI, 1996, p. 25

É certo que, em final do século XIX, os liberais parecem dispostos a considerar o “mercado livre” como uma instituição sócia e a pôr fim à oposição sistemática entre econômico e político. O Estado torna-se menos suspeito, a concepção da liberdade menos negativa. Entre certas tendências do liberalismo e do socialismo (em particular, a Fabiana), a fronteira é muito tênue. Produz-se uma espécie de osmose: a segurança e a estabilidade são também condições da liberdade e a competição entra em acordo com a previsão (planned society); não se renuncia ao individualismo, mas esse é racionalizado.¹¹⁸

Quer dizer, os anseios da sociedade tornaram necessário racionalizar o individualismo e controlar o liberalismo do Estado.

O autor continua seu pensamento, afirmando que:

Essa evolução impõe ao abando do termo “liberalismo”, a não ser que lhe seja conservado o estrito sentido que tem na luta eleitoral, para distinguir das posições conservadoras ou socialista; ou a não ser, ainda que lhe permita monopolizar sob sua sigla o conjunto das concepções democráticas as quais aderem outras correntes, particularmente socialistas. Mas, nesse caso, para evitar qualquer confusão é melhor falar em gerência. (...) A gerência implica, ao mesmo tempo, a obrigação para o que gere de estar a serviço de seu mandante – o corpo de cidadãos, na maioria dos casos – e a precariedade essencial do mandato, fixado pelas regras do jogo político em vigor. Todavia, cada ato do gerente é marcado pelo timbre da potência soberana. O Estado-Gerente é um ser duplo, limitado pela obrigação de serviço para o qual foi instituído e levado a usar uma potência que multiplique seu título de legitimidade.¹¹⁹

Com efeito, surge um novo modelo de Estado, o Estado-Gerente cuja função é servir aos cidadãos e ao seu próprio poder político.

Com o surgimento das grandes indústrias, o aumento da procura de mão-de-obra, fez com que os indivíduos deixassem o campo em busca de oportunidade nos centros urbanos. Todavia, a cidade não estava preparada para o grande fluxo de pessoas, situação esta que somada aos baixos salários e ausência de controle de produtividade, fizeram com que os indivíduos se vissem desamparados de suas necessidades primordiais.¹²⁰

A economia se desenvolveu voltada para o mercado e no acúmulo de riquezas, esquecendo a sociedade. Assim, surgiram as reivindicações ao direito de

¹¹⁸ CHÂTELET, 2009, p. 150

¹¹⁹ CHÂTELET, 2009, p. 151

¹²⁰ DALLARI, 1996, p. 27

igualdade social, e, o Estado que assistia o desenvolvimento econômico como mero expectador, é chamado a agir impedindo a ocorrência de abusos.¹²¹

Em tal época, as ideias socialistas se desenvolveram, e o direito não era só responsável pela garantia da liberdade, mas também, da promoção da igualdade social. De acordo com José Antonio Silva, é “um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana”.¹²²

O contexto atual denota um Estado de Direito fundado em direitos fundamentais que asseguram a cada indivíduo sua liberdade política, econômica e social, bem como, buscam efetivar a igualdade social.

Portanto, através da construção do modelo político, é possível notar que quando se fala em evolução social, é impossível não relacioná-las ao desenvolvimento econômico, pois, a economia evoluiu de acordo com o desenvolvimento social.

De acordo com Cristiano Carvalho “uma sucessão de acontecimentos históricos possibilitou o surgimento de sistemas sociais altamente complexos, como os que temos hoje, em maior ou menor escala”.¹²³

A comprovação de tal afirmação se nota no fato de que as práticas comerciais ficaram mais intensas e o sistema econômico foi se adequando aos anseios e necessidades do contexto social que estava inserido. De uma economia feudal e um Estado absolutista, passamos pela construção do liberalismo e do Estado-Nação, pela revolução industrial e do Estado-Gerente, até chegarmos ao modelo vigente, que, segundo Luis Alexandre Carta Winter e Marcos Wachowicz “pauta-se em sua importante função social. Associar-se e enfrentar os desafios do capitalismo moderno parece ser o caminho”.¹²⁴

Vale notar que o desenvolvimento histórico do subsistema político só comprova o pensamento luhmanniano.

É possível notar que a interação entre o subsistema político e econômico ficou cada vez mais complexa, levando o subsistema político a evoluir com sua

¹²¹ Idem

¹²² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 155

¹²³ CARVALHO, 2005, p. 246

¹²⁴ WINTER. WACHOWICZ, 2006, p. 896

própria identidade, mas irritado pelas interferências do homem e da economia (ambientes).

2.4. Fundamentos do subsistema econômico

A partir da reconstrução da evolução histórica do Estado Moderno, nos deparamos com uma interdependência entre o sistema moral, político, econômico e jurídico, que busca ao mesmo tempo liberdade e democracia a fim de manter a ordem social.¹²⁵

Nessa busca da harmonia entre os indivíduos, a economia desempenha um papel de fundamental importância, na medida em que será o sistema econômico que regerá aspectos da vida individual, e dependerá do Estado e conseqüentemente do sistema jurídico para se manter.¹²⁶

Para entendermos a relação entre o sistema econômico e os demais, se faz necessário compreendermos a evolução do pensamento econômico e os elementos que levaram a construção do sistema vigente e demandaram uma atuação estatal mais ativa na economia.

As doutrinas econômicas começaram a eclodir em meio ao século XVII, em um contexto de revolução científica, no qual se rompeu com a ideia de que a ordem social era determinada por Deus. No entanto, a noção de mercado e economia surgiu muito tempo antes.¹²⁷

Desde o início da humanidade, o homem utiliza da natureza e da sua força de trabalho para produzir bens necessários a sua subsistência. Logo no início, a sociedade era essencialmente extrativista. No entanto, com a evolução social, os indivíduos começaram a produzir bens e trocar aqueles que possuíam em excesso.¹²⁸

Já no Estado Antigo, as práticas comerciais cresceram e começaram a fazer parte do contexto social. Todavia, com a decadência do Império Romano, iniciou-se um novo período de organização social: o feudalismo.¹²⁹

¹²⁵ CARVALHO, 2005, p. 246

¹²⁶ CARVALHO, 2005, p. 246

¹²⁷ BELL, John F. História do pensamento econômico. Rio de Janeiro: Zathar editores, 1976;

¹²⁸ Idem

¹²⁹ Idem

Originado das instituições romanas e germânicas, o feudalismo tem como unidade de produção econômica o feudo. O feudo surge a partir do êxodo dos grandes senhores romanos, que deixaram as cidades romanas em busca de segurança em suas propriedades rurais. Em troca de terra e segurança, os romanos menos abastados procuravam estes grandes senhores e se comprometiam a entregar a eles parte de sua produção, nasce aí a figura do colonato e o regime de servidão.¹³⁰

O contexto da época, em que as cidades eram pouco desenvolvidas e os indivíduos necessitavam de proteção contra as invasões bárbaras, fez com que a sociedade se organizasse em comunidades agropastoris subordinadas a um reino. Como se pode imaginar, a economia na época era rudimentar, baseada no escambo (troca de mercadorias), enquanto que, a organização política era descentralizada.¹³¹

Ocorre que, o desenvolvimento populacional e a baixa na produtividade agrária, ensejaram no declínio do sistema feudal entra em declínio.

No mesmo período, fora dos feudos a concentração populacional aumentava e o comércio prosperava, dando início a um verdadeiro renascimento comercial e urbano.¹³²

Ao redor das terras dos senhores feudais se desenvolviam corporações, ofícios, comércio de artesanatos, e etc., formando os chamados burgos. Ocorre a quebra nos paradigmas sociais propiciou a ascensão de uma nova classe social, denominada burgueses, a criação da moeda e a remuneração da mão-de-obra, elementos essenciais para configuração de uma nova economia, fundamentada no lucro e no livre comércio de bens. Assim, no século XVI as atividades comerciais se intensificaram, colocando fim ao feudalismo e iniciando um novo sistema econômico, o mercantilismo.¹³³

Como já demonstrado no capítulo anterior, a mudança social e econômica fez com que o poder dos senhores feudais se enfraquecesse, dando margem ao surgimento dos Estados Nacionais, nos quais o soberano (rei) era o único detentor do poder central.

¹³⁰ Idem

¹³¹ BELL, 1976

¹³² Idem

¹³³ Idem

Com o desenvolvimento econômico, os bens que outrora eram valorados pelo uso, passaram a estar atrelados ao seu valor de troca (custo e os lucros foram convertidos em moeda) – inicia-se então um processo de monetização.¹³⁴

Com efeito, a finalidade do comércio não é mais fornecer bens úteis, mas sim a obter lucros e acumular capitais. Surge então, a necessidade de novos mercados e a expansão do comércio.¹³⁵

Como se pode observar, o mercantilismo desenvolveu uma série de práticas comerciais que permitiram a acumulação primitiva de capitais.¹³⁶

A intensificação dos Estados Nacionais e a busca na intensificação do comércio através de novos mercados ensejaram na acumulação de dinheiro, bens de consumo, máquina e etc., processo esse que propiciou o desenvolvimento do sistema capitalista.¹³⁷

Com o fim dos feudos, ocorreu uma ampliação do trabalho assalariado e a formação de um mercado a nível mundial. O desenvolvimento das economias nacionais e as grandes navegações deram margem a disputas comerciais de mercado, nas quais, os Estados na busca de lucros e fortalecimento econômico interferiam diretamente na Economia regulando as importações e exportações, na busca incessante pela acumulação de metais preciosos (evitando assim a perda monetária).¹³⁸

A necessidade de novos mercados criou a demanda pelas grandes navegações, sendo que, os Estados Nacionais se tornaram os maiores incentivadores da descoberta de novos mercados, bem como da colonização e exploração econômica de novos continentes (América e África).¹³⁹

A escola mercantilista surgiu conjuntamente ao desenvolvimento do comércio marítimo inglês. Na época, o pensamento econômico estava restrito a preocupações com a demanda efetiva, incentivando as exportações e o uso de recursos para equilibrar a balança comercial.¹⁴⁰

O Estado Absolutista, neste contexto, interferia diretamente na econômica, impondo pesadas taxas alfandegárias, fato este que foi objeto de oposição dos

¹³⁴ Idem

¹³⁵ EATWELL, John. ROBINSON, Joan. Introdução à economia. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e científicos 1978;

¹³⁶ Idem

¹³⁷ BELL, 1976

¹³⁸ Idem

¹³⁹ Idem

¹⁴⁰ Idem

mercantilistas que acreditavam que a tributação exagerada impediria o livre comércio.¹⁴¹

Buscando fazer frente ao absolutismo e implementar uma autonomia da economia perante o Estado, fomentou-se o pensamento iluminista que ensejou em diversas revoluções liberais, das quais destaca-se a Revolução Francesa.¹⁴²

Neste momento histórico, surge na França o pensamento fisiocrata, que, fundamentado nas idéias de François de Quesnay e Jacques Turgot, defendia a ordem natural, o *laissez-faire*, o desenvolvimento da agricultura e a tributação voltada aos proprietários de terra.¹⁴³

O pensamento fisiocrata defende uma atuação do Estado voltada para a agricultura, através da criação de um imposto único que incida sobre a classe proprietária e proporcione condições para a produção agrícola. Por se aterem tanto à agricultura e a terra, Galbraith afirma que:

Sempre se perguntou como os membros desta escola de pensamento deveriam ser chamados. Eles próprios se denominavam Les économistes, uma referência admiravelmente moderna, pois os economistas só seriam assim designados universalmente depois de Alfred Marshall, no final do século XIX. Adam Smith, que visitou Paris, Versalhes e os principais genitores da escola em 1765, refere-se às suas idéias como o Sistema Agrícola. Os historiadores do pensamento econômico, por sua vez, optaram pelas menos apropriadas designações, Fisiocratas –grosso modo, aqueles que afirmam o domínio da natureza.¹⁴⁴

Contudo, o crescimento das indústrias retirou a essencialidade da agricultura na economia, de modo que, a visão fisiocrata se tornou obsoleta.¹⁴⁵

Com o advento das máquinas e da produção em massa, a agricultura perdeu importância. O foco do pensamento econômico voltou-se às indústrias e a sociedade, que agora migrou do campo, superlotando o espaço urbano.¹⁴⁶

Neste período ocorreu uma verdadeira revolução no pensamento econômico, dando surgimento à teoria econômica clássica, influenciada pela Revolução

¹⁴¹ EATWELL. ROBINSON, 1978

¹⁴² Idem

¹⁴³ Idem

¹⁴⁴ GALBRAITH, J. K. O pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica. São Paulo: Pioneira; USP, 1989, p. 44

¹⁴⁵ Idem

¹⁴⁶ EATWELL. ROBINSON, 1978

Científica (responsável pela visão do universo como algo estático) e a Revolução Industrial.¹⁴⁷

A teoria econômica clássica buscou descobrir as leis do movimento da economia capitalista, analisando a dinâmica voltada para acumulação e ao emprego.¹⁴⁸

Pela primeira vez a economia foi concebida como algo natural, intrínseco a dinâmica social.¹⁴⁹

Na época despontaram como principais pensadores Adam Smith, Thomas Malthus, David Ricardo e Jean Baptiste Say, desenvolvendo ideias que foram base para o desenvolvimento pleno da economia capitalista.

Adam Smith é considerado o fundador da escola clássica econômica. Através do livro “A Riqueza das Nações”, o autor identificou os fatores que levaram as nações a acumularem riquezas, de modo a desenvolverem uma economia baseada no capitalismo. Sinteticamente, seu pensamento é baseado em defender a livre concorrência, a divisão do trabalho e o liberalismo econômico como fatores de promoção de enriquecimento das nações.¹⁵⁰

Para Adam Smith o sistema econômico funciona através de uma ordem natural, a par da moralidade, sendo que, as ações individuais, apesar de heterogêneas, são organizadas por essa ordem. De acordo com Smith, os indivíduos agem egoisticamente na busca de seus interesses privados, no entanto, são guiados pela racionalidade instrumental (uso adequado de meios para a obtenção de fins), que faz com que a busca individual se reverta em prol do interesse social. Vejamos:

(...) já que cada indivíduo procura, na medida do possível, empregar o seu capital em fomentar a atividade (...) e dirigir de tal maneira essa atividade que seu produto tenha o máximo valor possível, cada indivíduo necessariamente se esforça por aumentar ao máximo possível a renda anual da sociedade. Geralmente, na realidade, ele não tenciona promover o interesse público nem sabe até que ponto o está promovendo (...) [Ao empregar o seu capital] ele tem em vista apenas sua própria segurança; ao orientar sua atividade de tal maneira que sua produção possa ser de maior valor, visa apenas o seu próprio ganho e, neste, como em muitos outros casos, é levado como que por uma mão invisível a promover um objetivo que não fazia parte de suas intenções. Aliás, nem sempre é pior para a sociedade que esse objetivo não faça parte das intenções do indivíduo. Ao

¹⁴⁷ Ibidem

¹⁴⁸ Idem

¹⁴⁹ Idem

¹⁵⁰ EATWELL. ROBINSON, 1978

perseguir seus próprios objetivos, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quanto tenciona realmente promovê-lo.¹⁵¹

O sucessor de Adams Smith foi David Ricardo, cujo pensamento serviu como fundamento para manutenção das práticas econômicas liberais.¹⁵²

A principal preocupação da teoria ricardiana foi a variação do valor de um bem que, de acordo com o economista, era proporcional ao volume de trabalho incorporado e a tecnologia empregada. Segundo Ricardo “possuindo utilidade, as mercadorias derivam seu valor de troca de duas fontes básicas: de sua escassez e da quantidade de trabalho necessária para obtê-las”.¹⁵³

Em sua obra, Ricardo buscou analisar o processo de formação da riqueza nacional e a sua distribuição entre os membros da sociedade (capitalistas, trabalhadores e proprietários de terra), afirmando que o problema social era causado pelo fato da agricultura ser incapaz de produzir alimentos em escala e preço suficientes para consumo de todos os trabalhadores. Assim, diante de tal insuficiência, os salários nominais aumentavam, interferindo no processo de produção.¹⁵⁴

Como se pode observar, o processo de produção desenvolvido pela teoria “ricardiana” apresenta um diferença em relação ao modelo de Smith, na medida em que relaciona o volume de produção com a produtividade marginal relacionada à agricultura. Ricardo demonstra que, uma vez que a utilização progressiva da terra a torna cada vez mais infértil, quando se trata de cultivo, o mesmo volume de capital e de trabalho obtém uma quantidade menor do produto. Assim, há um rendimento decrescente, que por sua vez, ensejará no aumento do custo dos alimentos e da taxa de salário, afetando diretamente os lucros, fazendo com que a produção caia tanto que os lucros seriam mínimos e a acumulação de capital simplesmente cessaria, prejudicando o desenvolvimento econômico.¹⁵⁵

Neste cenário, a distribuição do produto social seria revertida apenas em favor dos proprietários de terra, onerando os trabalhadores e os capitalistas. A fim

¹⁵¹ SMITH, Adam. A riqueza das nações - investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 379

¹⁵² EATWELL. ROBINSON, 1978

¹⁵³ RICARDO, David. Princípios de economia política e tributação. Coleção os economistas. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 24

¹⁵⁴ EATWELL. ROBINSON, 1978

¹⁵⁵ Idem

de evitar tal processo, a acumulação de capital se torna um elemento essencial no desenvolvimento econômico.¹⁵⁶

Os capitalistas são, portanto, responsáveis por darem início ao desenvolvimento econômico, tendo a função de buscar oportunidades para que o capital renda, igualando a taxa de juros sobre a indústria e a agricultura, promovendo a acumulação de capital.¹⁵⁷

O acúmulo de riquezas para a teoria ricardiana é essencial à economia, na medida em que quanto maior o ritmo da acumulação de capital, tanto maior será a demanda de trabalho e mais altos serão os salários nominais de mercado. No equilíbrio de longo prazo, igualam-se a demanda e a oferta de trabalho.¹⁵⁸

Assim como seu antecessor, Ricardo acreditava que a dinâmica do próprio mercado era suficiente para manutenção do sistema econômico.¹⁵⁹

Em contraposição a tais ideias, Thomas Malthus desenvolve sua teoria analisando a Revolução Industrial e o crescimento demográfico.¹⁶⁰

Ao contrário de que pregavam Smith e Ricardo, Malthus defende que o aumento populacional não significa um aumento no crescimento econômico, isto porque, quando não controlada, a população aumenta em uma progressão geométrica, enquanto que, os meios de subsistência aumentariam na melhor das hipóteses em progressão aritmética, argumentação que foi rebatida por David Ricardo invocando a chamada “Lei de Say”.¹⁶¹

De acordo com John Bell, a lei de Say foi desenvolvida por Jean Baptiste Say, um seguidor de Adam Smith que acreditava que o valor de um bem era composto pelos custos de sua produção (trabalho, custos de salário, capital, etc.), defendendo que a oferta era responsável pela criação da própria demanda, de modo que as fases de recessão econômicas eram originadas pela insuficiência na produção.¹⁶²

Independente das considerações acerca da oferta e demanda, é certo que o pensamento clássico econômico se desenvolveu pautado no incentivo ao acúmulo

¹⁵⁶ Idem

¹⁵⁷ Idem

¹⁵⁸ EATWELL, ROBINSON, 1978

¹⁵⁹ Idem

¹⁶⁰ Idem

¹⁶¹ BELL, 1976, p. 154;

¹⁶² Idem

de capital, como forma de desenvolvimento econômico. Acumulo este que, de acordo com o pensamento clássico, é intrínseca a ordem natural.¹⁶³

Esse processo de evolução política, social e econômica, iniciado com o renascimento comercial e reforçado com a Revolução Francesa e posteriormente pela Revolução Industrial foi o campo de deflagração do modo de produção capitalista.¹⁶⁴

O conceito “modo de produção” foi desenvolvido por Marx e Engels como uma forma de designar a maneira pela qual uma sociedade se organiza, buscando assegurar a produção de suas necessidades materiais em congruência com o nível de desenvolvimento de suas forças produtivas. Tal conceito despontou como base do materialismo histórico por se opor às ideias antecedentes e exprimir uma nova concepção geral do homem e da história. Para os autores “cada novo estágio na divisão de trabalho determina igualmente as relações entre os indivíduos no que toca à matéria, aos instrumentos e aos produtos do trabalho”.¹⁶⁵

De acordo com Marx, é importante conhecermos a organização da humanidade em relação à divisão de trabalho e produção, ou seja, compreender as relações específicas que são postas em movimento pelos seres humanos, numa dada sociedade, com a intenção de produzir e reproduzir sua vida material. Isto porque, as relações sociais de produção consubstanciam uma etapa de desenvolvimento das forças produtivas.¹⁶⁶

Portanto, as relações sociais não só pautam, mas também se desenvolvem de acordo com as relações produtivas.¹⁶⁷

Cabe destacar que, ambas as relações estão diretamente vinculadas a estruturas econômicas, jurídicas, políticas e ideológicas, que não só derivam delas, mas mantêm com as mesmas interações recíprocas.¹⁶⁸

Com efeito, as relações de produção e sociais sempre irão ocorrer dentro destas estruturas, entendidas como: forma de Estado, sistema jurídico, leis, aparelhos repressivos, etc., que irão desempenhar o papel de legitimar e fornecer

¹⁶³ Idem

¹⁶⁴ Idem

¹⁶⁵ MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. O Manifesto Comunista. 3ª edição, São Paulo, Global, 1988, p. 45

¹⁶⁶ MARX, Karl. O Capital. 3 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 19

¹⁶⁷ EATWELL. ROBINSON, 1978

¹⁶⁸ MARX, 1988, p. 23

garantias à manutenção e reprodução do modo de produção, assegurando sua continuidade.¹⁶⁹

Em termos gerais, a partir da relação entre as estruturas econômicas, jurídicas, políticas e ideológicas que reproduzem as relações sociais e de produção é que se organiza o modo de produção.¹⁷⁰

Assim, para se definir um modo de produção, se faz necessário verificarmos a forma de organização de tais estruturas e as relações que estas reproduzem.

Cabe salientar que não existe um conceito puro, até porque é possível notar a coexistência de modos de produção diversos. Todavia, apesar da inexistência de um conceito formal e puro, em todas as teorias que buscaram conceituar os diversos modos de produção, verificamos a existência de elementos semelhantes, são eles: trabalhadores, meios de produção e relação de propriedade.¹⁷¹

Portanto, o modo de produção de uma determinada sociedade é concebido com base nas relações de produção e nas forças produtivas existentes.

Se buscarmos uma conceituação mais restrita, o sistema capitalista é caracterizado pelo fato das relações de produção estarem voltadas para a propriedade privada dos bens em geral, especialmente os bens de produção, na liberdade ampla, principalmente de iniciativa e de concorrência e, assim, na livre contratação de mão-de-obra.¹⁷²

Na verdade, é a chamada economia de mercado (em que as próprias condições do mercado irão determinar o seu funcionamento) - mão invisível de Adam Smith.¹⁷³

Conforme observado anteriormente, a Economia Clássica deu lastro ao pleno desenvolvimento do sistema capitalista. Ocorre que, a Revolução Industrial trouxe uma nova fase econômica. Seus efeitos afetaram diretamente a sociedade, provocando uma mudança no modo de vida das classes baixas e a ascensão e consolidação dos capitalistas.¹⁷⁴

O progresso tecnológico, em consonância com o lucro, iniciou um processo desenfreado pela busca de produção através de baixo custo. Neste cenário, a mão-

¹⁶⁹ Ibidem, p. 35

¹⁷⁰ Idem

¹⁷¹ BALIBAR, Etienne. Os conceitos fundamentais do materialismo histórico. In: ALTUSSES Louis, BALIBAR, Etienne, ESTABLET, Roger. Para ler o capital. Vol. 02. Rio de Janeiro. Zahar, 1980, p. 170

¹⁷² EATWELL. ROBINSON, 1978

¹⁷³ Idem

¹⁷⁴ Idem

de-obra passou a ser cada vez mais explorada pelos grandes monopólios industriais.¹⁷⁵

Nota-se em tal período, uma concentração social nas cidades, que infladas não tinham estrutura para atender a demanda de todos que ali residiam. Surgiram então inúmeras revoltas sociais e movimentos contra o sistema.¹⁷⁶

Insta destacar que no final do século XIX o foco do conflito social não era mais entre trabalhadores e os donos da terra, mas sim trabalhadores e capitalistas. Essa mudança política e social tornou as idéias clássicas insuficientes para explicar o contexto econômico e os questionamentos, acerca da eficácia do sistema capitalista, dando início a uma nova fase no pensamento econômico – a teoria neoclássica e a crítica.¹⁷⁷

Para a teoria neoclássica era fundamental analisar o indivíduo, os padrões de julgamento e o seu comportamento no mercado. Enquanto os economistas clássicos se ocuparam com a acumulação, os neoclássicos buscaram um equilíbrio de mercado, enfatizando a tomada de decisões e a determinação das variações na margem.¹⁷⁸

Um dos principais expoentes da economia neoclássica é Alfred Marshall, cujas principais contribuições estão consubstanciadas em identificar o papel da demanda na formação dos preços, afirmando que o aumento do consumo de um bem era proporcional a redução do preço, isto porque, diminuiria a sua utilidade.¹⁷⁹

Com o desenvolvimento das teorias neoclássicas, não faltaram opositores. Dentre as teorias revolucionárias opositoras ao sistema, destaca-se o Socialismo Científico de Karl Marx e Engels.¹⁸⁰

Na obra “O capital”, Marx defende que o capitalismo é fruto de condições históricas e econômicas. De acordo com Marx, o capitalismo se consolidou a partir do século XVIII, em meio a Revolução Industrial. A partir da Inglaterra, o sistema se propagou para diversos países.¹⁸¹

A essência do capitalismo, de acordo com Marx, é a busca pelo capital, objeto de concentração de poder da burguesia (capitalistas). O autor parte do pressuposto

¹⁷⁵ Idem

¹⁷⁶ Idem

¹⁷⁷ EATWELL. ROBINSON, 1978

¹⁷⁸ Idem

¹⁷⁹ BELL, 1976, p. 112

¹⁸⁰ Idem

¹⁸¹ MARX, 1988, p. 160-165

de que a sociedade é estruturada a partir da organização dos indivíduos para produção de bens. Essas relações de produção são responsáveis por opor aqueles que detinham os meios de produção (capitalistas, burguesia) e aqueles que possuíam apenas a sua força de trabalho (proletariado).¹⁸²

Para Marx, o processo de produção se inicia a partir do emprego de quantia de dinheiro (D), pelo capitalista, para aquisição de mercadoria (M) que pretende produzir (máquinas, ferramentas, matéria-prima, etc.), ocorre aqui um processo de aquisição de meios de produção. Após, é necessário adquirir a força de trabalho, responsável por impulsionar a produção, por fim, a mercadoria produzida deverá ser vendida por um valor superior àquele investido para aquisição dos meios de produção e da força de trabalho (D'), ensejando assim o lucro desejado.¹⁸³

Neste contexto, o valor investido nos meios de produção de força de trabalho, necessários para acarretar lucro, é denominado capital. De acordo como autor “a primeira distinção que notamos entre dinheiro que é apenas dinheiro e dinheiro que é capital está na sua forma de circulação”.¹⁸⁴

Nota-se aí um processo de transformação de dinheiro em mercadoria e mercadoria em dinheiro.

Ao analisar a produção e a mercadoria, Marx defende que o produto não possui valor em si, mas com base no trabalho despendido. Ou seja, o trabalho quantifica a mercadoria.¹⁸⁵

Dessa forma, para trabalhos diferentes, existem diferentes valores de uso. Marx ressalta que a equiparação de mercadorias diferentes nada mais é do que a equiparação do trabalho humano. Vejamos:

Ao equiparar seus produtos de diferentes espécies na troca, como valores, equiparam seus diferentes trabalhos como trabalho humano. [...] O que somente vale para esta forma particular de produção, a produção de mercadorias, a saber, o caráter especificamente social dos trabalhos privados, independentes entre si, consiste na sua igualdade como trabalho humano [...].¹⁸⁶

O processo de produção faz com que o homem se aliene, tornando-se mais uma peça de engrenagem produtiva. Isto porque, o indivíduo não é mais dono dos

¹⁸² Idem

¹⁸³ MARX, 1988, p. 160-165

¹⁸⁴ Ibidem, p. 164

¹⁸⁵ Ibidem, p. 160-165

¹⁸⁶ Ibidem, p. 172

seus instrumentos laborais, não determina seu ritmo de produtividade e tampouco domina o processo produtivo, ou seja, a divisão do trabalho.¹⁸⁷

Assim, esse sistema econômico não teria nenhum impedimento político, moral ou ético para expropriar o trabalhador de todos os seus atributos humanos, fazendo com que o trabalhador não se reconheça no bem que produziu, perdendo a sua identidade enquanto sujeito.¹⁸⁸

Karl Marx identifica, ainda, uma disparidade existente entre o salário pago e o bem produzido, a qual denominou mais-valia. De acordo com o autor, o processo de extração da mais-valia é a essência do modo de produção capitalista, ditando sua lógica de funcionamento.¹⁸⁹

Não haveria capitalismo se não existisse a exploração do trabalho, isto porque, por melhor que seja o salário do empregado, nunca será igual ao valor dos bens que produziu. Segundo afirma o autor:

(...) o capital tem um único impulso vital, a tendência para criar valor e mais-valor, para fazer sua parte constante, os meios de produção, absorver a maior quantidade de mais-trabalho possível. O capital é trabalho morto que, como vampiro, vive apenas de sugar trabalho vivo, e vive tanto mais quanto mais trabalho suga.¹⁹⁰

Tal circunstância cria uma desigualdade inerente à sociedade capitalista, responsável por sua própria destruição. A eliminação de tais desigualdades ensejaria no sistema comunista.¹⁹¹

Em oposição à ideia marxista de que a busca do lucro é o elemento de desigualdade do sistema, Max Weber defende a existência de um espírito capitalista.

De acordo com Weber, o capitalismo não é uma criação moderna, mas está presente desde os tempos antigos, quando surgiram as primeiras relações de compra e venda de mercadorias. Ou seja, o início do comércio, a troca de mercadoria por dinheiro, e, até a relação entre suserano e vassalo, foram elemento para a origem do capitalismo. Para Weber, a acumulação de riquezas não é fruto do capitalismo, mas sim, uma característica da própria sociedade. O impulso para o

¹⁸⁷ Idem

¹⁸⁸ Idem

¹⁸⁹ MARX, 1988, p. 200

¹⁹⁰ Ibidem, p. 257

¹⁹¹ Idem

ganho e o lucro sempre existiu, não tendo em si mesmo nenhuma origem no capitalismo. De acordo com o autor:

A forma de organização (do antigo capitalismo) era, em todos os aspectos, capitalistas; a atividade do empreendedor era de caráter puramente comercial; o uso de capital, em giro, no negócio era indispensável; e finalmente, o aspecto objetivo do processo econômico, a contabilidade, era racional. Era, todavia, se se considerar o espírito que animava o empreendedor, um negócio de cunho tradicionalista: o modo de vida tradicional, a taxa tradicional de lucro, a quantidade tradicional do trabalho, a maneira tradicional de regular as relações com o trabalho, o círculo essencialmente tradicional de fregueses e a maneira de atrair novos. Tudo isso dominava a orientação do negócio, coloca-se, pode-se dizer, na base do ethos deste grupo de homens de negócio.¹⁹²

No sistema capitalista o empreendedor maximiza uma conduta religiosa de vida regrada e trabalho. Tal ação é fruto de um espírito capitalista e uma ética protestante.

Cabe destacar que, a ética protestante sobre a qual Weber se refere diz respeito à ideia de que a busca pelo lucro não é algo condenável, mas sim deve ser buscado pelo homem através do trabalho regrado – a máxima “o trabalho dignifica o homem”. O que deve ser condenada é a soberba, o gasto desnecessário.¹⁹³

Ao analisar os problemas enfrentados pelo capitalismo, Weber defende que não decorrem da acumulação, mas sim do distanciamento do sistema da finalidade religiosa e metódica. Vejamos:

Uma economia racional é uma organização funcional orientada para os preços monetários que se originam nas lutas de interesses dos homens no mercado. (...) Quanto mais o mundo da economia capitalista moderna segue suas próprias leis imanentes, tanto menos acessível é a qualquer relação imaginável com uma ética religiosa de fraternidade. Quanto mais racional, e, portanto impessoal, se torna o capitalismo, tanto mais ocorre isso.¹⁹⁴

Através das observações de Karl Marx e Max Weber é possível notar que o capitalismo não é só o acúmulo de riquezas, mas sim, reúne diversos elementos, dentre eles: a) as relações de produção estão voltadas para a propriedade privada dos bens em geral, especialmente os bens de produção; b) liberdade ampla,

¹⁹² WEBER, Max. A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo. São Paulo: Pioneira, 1987, p. 43–44;

¹⁹³ Ibidem, p.379-380

¹⁹⁴ Idem

principalmente de iniciativa e de concorrência e, assim, na livre contratação de mão-de-obra; c) e pelo fato de os trabalhadores não se apropriarem do produto do seu trabalho.¹⁹⁵

Com efeito, a evolução do pensamento econômico e do Estado demonstrou que o capitalismo se desenvolveu com a industrialização da sociedade. Na ocasião, para o pleno desenvolvimento da atividade econômica, pregou-se uma doutrina do liberalismo e repulsa a intervenção estatal, ou seja, o Estado deveria permitir o livre desenvolvimento do mercado, sem interferir no sistema econômico. Provavelmente, tal pensamento decorreu das dificuldades enfrentadas na relação entre os agentes econômicos e o Estado, que por muitos anos adotou uma postura autoritarista e contrária à acumulação de riqueza por particulares.

Todavia, ultrapassado o modelo de Estado absolutista, com a ascensão da burguesia e do Estado democrático de direito, o capitalismo se consolidou sem que houvesse qualquer controle estatal, motivado pela determinação à acumulação de lucros.

Durante muito tempo, as premissas liberais regeram o desenvolvimento do capitalismo. Mesmo após a Revolução Industrial, o capitalismo encontrou um campo amplo para evoluir. No final do século XIX, os capitalistas não viam só na indústria e no produto um lucro, mas o capital em si se tornou uma forma de acumular riqueza.¹⁹⁶

Os valores monetários começaram a ser objeto de especulações financeiras em torno de ações de empresas, juros, e outras formas de crédito passíveis e se tornarem mercadoria. Houve um crescimento das instituições financeiras, que se tornam as principais financiadoras da atividade empresarial.¹⁹⁷

O capital então não enseja só a produção, mas todo um sistema financeiro remuneratório, fundado em especulações acerca de um futuro lucro.

Na época, se acreditava que o desemprego nunca seria uma preocupação do capitalismo, uma vez que caso ele viesse a ocorrer seria um fenômeno temporário, que seria eliminado pelas próprias forças do mercado. Da mesma forma, nunca

¹⁹⁵ EATWELL. ROBINSON, 1978

¹⁹⁶ EATWELL. ROBINSON, 1978

¹⁹⁷ Idem

haveria uma superprodução, pois, através da dinâmica do livre mercado, tudo o que fosse produzido seria consumido.¹⁹⁸

Não obstante, com a crise de 30, as concepções dos economistas clássicos foram colocadas à prova, e o capitalismo, que até então era fundamentado principalmente no *laissez-faire*, no liberalismo, na auto regulamentação e na “mão invisível” que regulava o mercado, precisou ser revisto, sob o risco de sofrer um colapso, que poderia significar o fim do modelo econômico. Na ocasião, o capitalismo desenfreado deu azo a uma superprodução, que por sua vez ensejou em um excesso de oferta, que fez com que os preços caíssem, afetando diretamente na renda e no emprego. Na ocasião, ficou claro a inaplicabilidade da Lei de Say e insuficiência do mercado em se regulamentar.¹⁹⁹

Sem regulamentação da economia, a busca pelo acúmulo de lucros, ensejou no aumento do desemprego, afetando diretamente no consumo e conseqüentemente no desestímulo a atividade empresarial.²⁰⁰

Neste contexto, a taxa de retorno de um produto se tornou inferior à taxa de juros, fazendo com que o acúmulo de ativos líquidos na poupança, fosse mais rentável do que investir na expectativa de lucro dos ativos ilíquidos. Parou de se investir em equipamento e na produção, e focou-se nos ativos fixos.²⁰¹

Ocorre que, sem investimento na produção, não se investe em emprego, não se permite a distribuição de renda, o que inviabiliza o consumo e conseqüentemente a própria atividade dos agentes econômicos. Com efeito, a dinâmica do capitalismo levaria o sistema fracasso do sistema.²⁰²

Assim, diante da insuficiência, o economista John Maynard Keynes, apontou como solução para enfrentar não só o problema do pleno emprego, mas também a desigualdade na distribuição de renda, a necessidade de uma intervenção do Estado na economia a partir de políticas monetárias e fiscais, de modo a equilibrar os interesses dos agentes econômicos e da sociedade.

De acordo com o pensamento “keynesiano”, o modelo econômico capitalista funciona de acordo com ciclos econômicos, em um momento teremos uma expansão da produção, da renda e do emprego, enquanto que, em outro uma

¹⁹⁸ Idem

¹⁹⁹ EATWELL. ROBINSON, 1978

²⁰⁰ Idem

²⁰¹ Idem

²⁰² Idem

contração. Assim, o Estado se faz necessário para manutenção desse sistema, intervindo em ambas as fases, ora para evitar a inflação, ora para evitar o desemprego, de modo a estabilizar as variáveis macroeconômicas.²⁰³

Galbraith ilustra as soluções apontadas por Keynes afirmando que:

A deflação e o desemprego exigem mais gastos públicos e menos impostos, ambas medidas politicamente muito agradáveis. A inflação dos preços, por outro lado, exige a redução dos gastos públicos e o aumento dos impostos, coisas pouquíssimo agradáveis politicamente.²⁰⁴

Vários países adotaram o pensamento Keynes, fazendo com que crise da década 30 fosse superada e o capitalismo continuasse a ser o sistema econômico dominante.²⁰⁵

Keynes inaugurou uma nova fase para o capitalismo, em que os valores liberais são mitigados e se passa a permitir uma intervenção maior do Estado nas práticas econômicas. Esse processo de intervenção em prol da manutenção da economia deu ao Estado o papel de ente socializador, cuja função é manipular as crises e problemas sociais, em prol da manutenção do regime democrático.²⁰⁶

Ocorre que, nem todos veem a intervenção do Estado na economia de modo positivo.

Jurgen Habermas afirma que as intervenções políticas estão deturpando o sistema econômico. Para o autor, estamos vivenciando uma fase de capitalismo tardio caracterizado pela repolitização das relações de produção e despolitização das massas, tendo como instrumento de dominação a técnica e a ciência. De acordo com Habermas:

Desde o último quarto do século XIX, fazem-se notar nos países capitalistas avançados duas tendências evolutivas: 1) um incremento da atividade intervencionista do Estado, que deve assegurar a estabilidade do sistema e, 2) uma crescente interdependência de investigação técnica, que transformou as ciências na primeira força produtiva.²⁰⁷

²⁰³ KEYNES, John Maynard. A teoria geral do emprego, do juro e da moeda. in Os economistas. Nova Cultural: São Paulo, 1996, p. 293-397

²⁰⁴ GALBRAITH, 1989, p. 240

²⁰⁵ GALBRAITH, 1989, p. 240

²⁰⁶ Idem.

²⁰⁷ HABERMAS, Jurgen. Técnica e ciência como “ideologia”. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 68

Habermas sustenta que vivenciamos um conflito entre capitalismo e democracia, no qual o Estado manipula o sistema econômico, através do sistema jurídico, provendo as necessidades residuais individuais, de modo a criar uma espécie de dominação política sobre a sociedade.²⁰⁸

A sociedade, alienada ao processo de democracia, culpa o sistema capitalista pela desigualdade decorrente do acúmulo de riquezas, esquecendo que é o Estado quem gerencia o modelo econômico, e o faz de modo a obter o apoio individual dos cidadãos.²⁰⁹

Tal cenário passa uma imagem de que o capitalismo é o grande vilão da modernidade, sendo que, se a economia se desenvolvesse sem a interferência política e o Estado se ocupasse de sua função de assegurar a ordem social, fornecendo a oportunidade de participação igual de todos no processo econômico, as desigualdades poderiam ser enfrentadas.²¹⁰

A par da atuação econômica do Estado ser ou não necessária, a evolução do pensamento econômico demonstra que sociedade, Estado, direito e economia caminham lado a lado, um não se dissocia do outro, comprovando que os mesmos são sistemas que estão em constante relação.

As práticas sociais fizeram com que a economia evoluiu-se, e conseqüentemente, com que o Estado e o direito passassem a se preocupar com o sistema econômico.

A economia reflete diretamente no contexto social e individual, sendo um dos principais reflexos da vivência em sociedade. Para tanto, visando o desenvolvimento econômico é preciso mais do que nunca reforçar o pacto social e os elementos de promoção da ordem e harmonia social, como a segurança que é diretamente garantida pelo sistema jurídico.

Nessa relação sistêmica, portanto, o direito desponta como um importante sistema, capaz de relacionar e validar os demais subsistemas, impondo e uniformizando as práticas sociais.

2.5. O subsistema jurídico – direito como um sistema comunicacional e a relação com os demais subsistemas

²⁰⁸ Idem

²⁰⁹ Ibidem, 75-90

²¹⁰ HABERMAS, 2009, p. 90-150

De acordo com a teoria do sistema social de Luhmann visto anteriormente, o direito é um sistema comunicacional complexo e especializado, sendo que sua complexidade foi aumentada na medida em que interagiu com o ambiente (os demais subsistemas sociais).

É sabido que a organizações do sistema jurídico variam de Estado-Nação para Estado-Nação, contudo, um elemento é presente em todos os ordenamentos jurídicos: o código imperativo e prescritivo que, de acordo com Cristiano Carvalho “é a característica principal que diferencia o direito dos demais sistemas comunicacionais”.²¹¹

A partir da concepção do direito como um sistema comunicacional, o sistema jurídico “assume a feição de emissor e receptor de mensagens: envia mensagens prescritivas aos demais subsistemas e ao grande sistema social e recebe respostas desses domínios”.²¹²

Utilizando de concepções de linguística e da ideia de comunicação pelo direito, Paulo de Barros Carvalho explica o processo de interpretação jurídica através de um corte epistemológico no processo comunicacional. De acordo com o autor, só é possível existir um enunciado com sentido, de modo que, enunciado sem sentido é uma impossibilidade. Para ilustrar seu pensamento, Paulo de Barros Carvalho afirma que s’ seria o sistema do plano de expressão, s” o sistema dos sentidos produzidos pelo receptor das mensagens (plano de conteúdo) e o s''' seria o sistema de normas jurídicas – o único no quanto o sentido dos enunciados será articulado em uma proposição lógico-implicacional.²¹³

Assim, para o autor, o receptor do enunciado irá processar a mensagem enviada pelo sistema jurídico, construir o seu sentido prescritivo e sua implicação: “se ultrapassei o limite permitido de velocidade, então devo pagar a respectiva multa”.²¹⁴

Neste contexto, Cristiano Carvalho conclui que:

A norma jurídica é a informação produzida pelo receptor da mensagem jurídica. Norma jurídica, é, portanto, sentido articulado numa proposição

²¹¹ CARVALHO, 2005, p. 135

²¹² CARVALHO, 2005, p. 142

²¹³ CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 57-84

²¹⁴ Ibidem, p. 38

implicacional ou condicional. Por isso é uma impropriedade falar-se em interpretação da norma-jurídica. O que se interpreta, e interpretação significa processamento da mensagem e produção do seu sentido, são os textos jurídicos. Num segundo momento, o de harmonizar essa norma construída com o sistema jurídico como um todo, é que se poderá falar em interpretação conjunta das normas (interpretação sistemática), com o fim de verificar outros aspectos dessa comunicação singular (ela consagra ou viola os valores consagrados pelo ordenamento? Obedeceu às regras de produção normativa? É antinômica em relação a outras normas? E assim por diante.²¹⁵

Portanto, será o receptor que dará significação à norma e esta só alcançara a sua finalidade quando o mesmo compreender a sua significação de modo a assimilar que a prática de determinado ato ensejará em uma consequência.

Neste processo comunicacional, Cristiano Carvalho destaca que:

Como cada receptor processa as informações de acordo com os seus critérios de apropriação (apesar do código convencionado entre as partes), as controvérsias em relação ao sentido da mensagem sempre ocorrerão. Mesmo juristas de altos predicados fatalmente irão divergir sobre o sentido dos textos normativos. Caberá então ao próprio sistema definir a interpretação válida em termos positivos; dentro de um sistema jurídico que persiga os valores do estado de direito, restará ao Judiciário, quando provocado, após o devido processo, dizer qual interpretação deve ser dada a determinado texto legal, i.e., qual é o seu sentido, qual norma se constrói daí.²¹⁶

Portanto, mesmo dentro de um sistema comunicacional, o próprio sistema oferecerá formas de estabilizar a significação do enunciado.

Além das comunicações internas, os subsistemas sociais estão em um constante processo de intercâmbio de comunicações. De acordo com o Cristiano Carvalho “um sistema social eficiente será aquele que se mantiver sempre aberto cognitivamente aos demais sistemas sociais. É a única forma de manter a autopoiese do sistema comunicacional”.²¹⁷

Tal afirmação encontra amparo na teoria luhmanniana que defende que é a interação entre sistema e ambiente que irá irritar o sistema levando ele à evolução. Tal fato é mais intenso ainda em relação ao direito, o subsistema responsável por manter o equilíbrio dentro de todos os demais sistemas integrantes do sistema social.

Segundo afirma Lourival Vilanova:

²¹⁵ CARVALHO, C., 2005, p. 144

²¹⁶ CARVALHO, 2005, p. 145

²¹⁷ Ibidem, p. 241

O direito é um dos sistemas, interiormente compondo-se de relações e, exteriormente funcionando como sistema relacionador do sistema social em seu todo. Um dos subsistemas que interliga os demais subsistemas do sistema social global é o subsistema do direito.²¹⁸

Dessa forma, o direito desempenha um importante papel dentro da organização sistêmica social funcionando como um verdadeiro mecanismo gerador da ordem.

Um exemplo claro disso é a relação entre o subsistema jurídico, político e o econômico.

Nesse sentido, destaca-se a lição de Paulo Ricardo Opuska e Marcella Gomes de Oliveira:

A estrutura normativo-constitucional construída historicamente, tendo como síntese a Constituição Federal de 1988 apresenta uma relação entre Direito e a atividade econômica a partir de vínculo intrínseco verificado pela influência recíproca que um sofre do outro e sobre o outro, exprimindo na figura do poder, especificamente aquele que a intervenção estatal exerce na sociedade por meio da economia. A referida intervenção, acima de tudo política dada a escolha da vontade constituinte, mantém suas raízes no Direito, através das normas jurídicas que incorporam a referida função, realizando aquilo que a doutrina ocidental denominou força normativa da Constituição.²¹⁹

Ou seja, há uma influencia clara entre os subsistemas, interferência esta que não deturpa a autorreferência, mas permite a evolução do sistema jurídico.

²¹⁸ VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 66

²¹⁹ OPUSKA, Paulo Ricardo. OLIVEIRA, Marcella Gomes. Direito e atividade econômica – uma análise interdisciplinar sobre a intervenção estatal. *In* Revista Jurídica Unicuritiba. V.2, n.35, p.445

3. O DIREITO, A MORAL E O SISTEMA SOCIAL

Como já observado anteriormente, o direito é um instrumento intrínseco a organização social, e durante toda a evolução histórica da sociedade e do Estado acompanhou os subsistemas político e econômico.

Toda convivência humana é direta ou indiretamente cunhada pelo direito. Como no caso do saber, o direito é um fato social que em tudo se insinua, e do qual é impossível se abstrair. Sem o direito, nenhuma esfera da vida encontra um ordenamento social duradouro; nem a família ou a comunidade religiosa, nem a pesquisa científica ou a organização partidária de orientações políticas. A convivência social sempre está pré-sujeitada a regras normativas que excluem outros possíveis ordenamentos, e que pretendem ser impositivos, de forma suficientemente efetiva. Sempre é imprescindível um mínimo de orientação através do direito, que possam variar o grau de explicitação das normas de direito, e a sua efetividade em termos de determinação comportamental.²²⁰

Em uma sociedade aberta, o direito terá a função primordial de solucionar conflitos, interferindo nos demais sistemas sociais. Assim, é essencial que os valores jurídicos estejam em congruência com os valores sociais, pois, só se mantém a eficácia dos instrumentos de coesão social se estes fazem sentido ao indivíduo e a sociedade.

²²⁰ LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 7

Assim, a fim de compreendermos a relação estabelecida entre o sistema jurídico e a moral devemos entender como surgiu a relação existente entre sistema social, o direito e a moral.

3.1. O Direito – a relação entre sistema jurídico e sistema social

Para qualquer homem comum se lhe for perguntado o que é o direito, provavelmente a resposta mais comum será: são as leis, os códigos, enfim, determinações expressas que regulam a conduta dos homens.

Contudo, o direito não se restringe às leis, o direito é mais do que um instrumento do Estado para impor ordem à sociedade, ele surge da sociedade e para a sociedade, se relacionando com os diversos sistemas sociais, buscando não só ordená-los, mas também, validade.

Como observamos no capítulo anterior, sociedade e Estado evoluíram acompanhando em desenvolvimento econômico. Isto porque, são os atos econômicos que propulsionam a sociedade em busca de suas necessidades.

Por conta de tal fato, diversos autores vinculam direito e a noção de justiça, à liberdade econômica.

Do extrativismo para subsistência à economia de mercado, o Estado acompanhou a sociedade passo a passo o sistema econômico, ora totalmente absoluto, ora mero expectador social. E nessa reconstrução política, para atender aos anseios da sociedade e as necessidades econômicas, o direito foi elemento essencial para a manutenção da ordem e das práticas econômicas. Afinal, o que seria do mercado sem o direito regulamentando?

Nesse ponto vale destacar que não estamos falando só do direito emanado do Estado. É sabido que o direito, não obstante o entendimento dos teóricos monistas, não surge só do Estado. O direito surge da sociedade, das práticas e necessidades sociais.

Um claro exemplo disso é a *lex mercatoria*, que muito antes de possuir uma regulamentação de ordenamentos jurídicos, já consolidava as práticas do comércio internacional.

Segundo Erick Vidigal as práticas comerciais “consagradas pela comunidade mercantil internacional, constituem o fenômeno chamado *lex mercatoria*, verdadeiro direito dos comerciantes ou de profissionais, desvinculado das normas estatais”.²²¹

Da mesma forma, para José Carlos Magalhães e Agostinho Tofolli Tavoraro:

Tais regras, nascidas da prática contratual, por vezes codificadas por organismos privados, foram caracterizadas como verdadeira *lex mercatoria* um direito dos comerciais ou de profissionais desvinculados das normas legais do Estado.²²²

Portanto, o direito surge de uma realidade e de uma necessidade social, independente do Estado, sendo uma engrenagem fundamental no sistema de organização social, pois, o mesmo servirá para manter a ordem, seja ela social política ou econômica.

Com base em tal premissa, Luhmann afirma que é necessário ver e pesquisar o direito como estrutura da sociedade, como um sistema em uma relação de interdependência recíproca. Essa relação possui também um aspecto temporal, além do material, levando, portanto, a uma teoria evolucionista da sociedade e do direito.²²³

Para o sociólogo, a referência a esse teorema qualifica conceitos, teoria e pesquisas empíricas como jurídico-sociológicos.²²⁴

A fim de demonstrar seu posicionamento, Luhmann aborda a evolução da relação sociologia e direito. De acordo com o sociólogo, a sociologia do direito surge na metade do século XIX trazendo uma abordagem diferenciada da tradição europeia sobre a relação direito e sociedade.²²⁵

A tradição anterior concebia a relação entre direito e sociedade de uma forma mais concreta, sendo que o direito era tido como algo intrínseco às associações humanas, imanente e indissociável a natureza e aos traços característicos da sociedade. Assim, de acordo com Luhmann:

²²¹ VIDIGAL, Erick. A *Lex mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional e sua aplicação no Brasil. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 47 n. 186 abr/jun. 2010, p. 172

²²² MAGALHÃES, José Carlos. TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 58

²²³ LUHMANN, 1983, p, 15

²²⁴ Idem.

²²⁵ Ibidem, p. 20

Somente à predeterminação natural-verdadeira do que seja direito possibilitava a liberdade concreta em instituições políticas – e não ao contrário, como no sentido de que o problema, com relação ao direito tão só teria que ser criado através de uma liberdade abstrata e indeterminada. Para o pensamento em termos de direito natural o convívio da sociedade humana não delineava apenas uma normatividade abstrata como forma do dever-ser de conteúdos indiscriminadamente engendráveis, ou seja não apenas a pura e simples imprescindibilidade funcional das normas, mas traçava, além disso, normas determináveis em sua substância, que podiam reivindicar para si um surgimento e uma verdade por assim dizer naturais. Desta forma não se tinha qualquer dúvida ao afirmar-se que a sociedade seria uma relação de direito, ou até mesmo um contrato – uma formulação que nenhuma sociólogo teria coragem de repetir, apesar de toda valorização da função e da imprescindibilidade de um ordenamento jurídico.²²⁶

Com efeito, a interpretação sociológica do direito buscava no contrato uma interpretação racional do direito natural, análise esta na qual para Luhmann “o homem é abstraído como sujeito e o contrato torna-se a categoria através da qual a dimensão social da vida humana pode ser pensada como disponível e como contingente em qualquer das suas configurações”.²²⁷

Neste contexto, o sociólogo afirma que a sociedade se torna viável pelo direito, fazendo com que restasse à sociologia apenas a possibilidade de ampliar “a tese do contrato como único mecanismo de redução, no sentido de sociedade como sistema social”.²²⁸

Para se opor a tal concepção tradicional, Luhmann defende que:

O direito surge, então, como uma construção social em princípio indispensável, mas sempre contingente em cada efetuação. Essa contingência, esse condicionamento da opção por outras possibilidades, torna-se o tema da sociologia do direito. A primeira vista isso pode parecer mera debilitação, uma versão mais abstrata da visão europeia tradicional. Com essa abstração, porém, conquista-se a redenção do direito natural, a liberação com relação à predominância de certas normas de direito de validade genérica, e com isso, uma perspectiva mais distanciada para com o próprio direito. A pura existência da sociedade não mais permite a dedução direta da vigência de determinadas normas, pelo contrário, direito e sociedade têm que ser abarcados integralmente, como variáveis empiricamente pesquisáveis, que se interpermeiam de forma determinada.²²⁹

Quer dizer, o direito não pode estar atrelado a normas de validade genérica, mas sim a sociedades e a fatores variáveis. Segundo o sociólogo:

²²⁶ LUHMANN, 1983, p. 20-21

²²⁷ LUHMANN, 1983,, p. 21

²²⁸ Idem

²²⁹ Idem

Para poder avaliar sem preconceitos, quais sociedades podem possuir que tipo de ordenamentos jurídicos, torna-se necessário abdicar da premissa de que todas as sociedades tenham que reconhecer um determinado direito. Por isso à sociologia não se sente obrigada, e sequer autorizada, a compartilhar com a orientação normativa da vida em sociedade, e a procurar a base de sua vigência em normas superiores e princípios indubitáveis, pois desta forma, como Emile Durkheim observou quase ironicamente, ela identificaria não a realidade da moral de determinadas sociedades, mas apenas o modo como moralista concebe a moral.²³⁰

Ou seja, para a compreensão do direito e da moral da sociedade, é preciso se desatrelar de normas superiores e de princípios indubitáveis.

A partir de tal raciocínio, Luhmann identifica três premissas comuns à sociologia clássica do direito, que a diferencia do direito natural, são elas:

1) O direito é diferenciado como estrutura normativa da sociedade, como um conjunto fático de vida e de ação. (O direito não mais é a sociedade) 2) Direito e sociedade são concebidos como duas variáveis dependentes entre si, e correlação em sua variação é concebida em termos evolucionistas – no século XIX geralmente como progresso regular da civilização 3) Sob tais condições podem ser estabelecidas hipóteses sobre a relação entre direito e sociedade, as quais são empiricamente controláveis e verificáveis através da observação da correlação, em suas variações.²³¹

Dessa forma, direito não é mais sociedade, mas sim um subsistema variável e dependente do sistema social.

Para comprovar sua teoria, Luhmann aborda o pensamento marxista, afirmando que:

A teoria da sociedade de Karl Marx reage a um traço fundamental do recente desenvolvimento social: a transição do primado sobre a determinação de sentido à sociedade, deslocando-o da política para a economia. Ela interpreta o primado da economia, na medida em que este relaciona o econômico com a materialidade das necessidades humanas, como uma verdade antropológica e trans-histórica, formulando nesse contexto uma teoria natural-dialética do desenvolvimento social. A propulsão do desenvolvimento se dá a partir de alterações nas forças produtivas e nas condições de produção que intermedeiam a satisfação de necessidade materiais ou, em termos mais precisos: de contradições sociais que resultam no decorrer do desenvolvimento da produção e da satisfação de necessidades.²³²

²³⁰ Ibidem, p. 21

²³¹ LUHMANN, 1983, p. 23

²³² Idem

Neste contexto, o direito configuraria um importante instrumento para fixação das contradições, que atribuiria individualmente chances especiais e desiguais, concedente e protegendo a propriedade.²³³

Com efeito, na propriedade o direito estaria fundindo as chances de satisfazer as necessidades com os interesses familiares relacionamentos ao patrimônio. Desta forma, “se a totalidade do direito está moldada aos interesses dos proprietários, e por eles é administrada, essa modificação do direito apenas poderá ocorrer na forma de revolução”.²³⁴

Assim, para Luhmann, a evolução social acarretaria a socialização da propriedade, separando a satisfação das necessidades e das decisões na produção, de modo a substituir o direito objetivo (vinculado diretamente aos interesses de uma classe) pela racionalidade.²³⁵

A partir de tal constatação, o autor sustenta que:

Pode-se então interpretar a doutrina marxista da sociedade e do direito sob o aspecto de uma dissolução em entrelaçamentos, subjetivos e locais, entre a satisfação de necessidade e o processo decisório (se bem que esse raciocínio não transparece nas exposições oficiais do marxismo nem na literatura secundária nelas inspiradas). Desta forma chega-se a compreensão correta, que também ressalta a unilateralidade da sociologia do direito de cunho marxista. Em última análise ela está voltada para um grau máximo de variabilidade estrutural consentido, pelo qual o direito é responsabilizado: distribuição e planejamento da produção têm que poder variar independente de constelações concretas de interesses, tornando-se assim passíveis de racionalização.²³⁶

Quer dizer, o que Luhmann pretende ao trazer a doutrina marxista, é demonstrar que é possível obter uma estrutura jurídica compatível com a complexidade e variabilidade da sociedade. Todavia, o autor destaca que o sentido marxista não é o único no qual o direito está condicionado à complexidade sistêmica social. Para o sociólogo:

O direito não é determinado por si próprio ou a partir de norma ou princípios superiores, mas por sua referência à sociedade. Essa referência não é interpretada no sentido tradicional de uma hierarquia de fontes do direito – isto é, a sociedade não substituiu o direito natural, se bem que jurista Ehrlich aproxima-se perigosamente desse raciocínio – mas é compreendida

²³³ Idem

²³⁴ Idem

²³⁵ LUHMANN, 1983, p. 24

²³⁶ Ibidem, p. 23

como uma correlação sujeita a modificações evolutivas, e que pode ser verificada empiricamente como uma relação de causa e efeito.

A evolução é sempre concebida como elevação da complexidade social (ou pelo menos suposta não explicitamente), podendo acentuar aqui o papel de dissolução das comunidades tribais e a passagem para a diferenciação funcional, da complexidade do moderno processo econômico, ou das condições de comportamento objetivo-racional em escala mundial. O direito surge então como elemento codeterminante e codetermina desse processo de desenvolvimento. Ele o fomenta ao adaptar-se a suas necessidades.²³⁷

Portanto, em síntese, Luhmann defende que o direito faz parte da sociedade, contudo, não é intrínseco a ela. O ponto principal da teoria luhmanniana é focar no direito, não como algo própria que evolui com bases em princípios próprios, mas sim, como algo que evolui como referência à sociedade.

Segundo o autor “a sociedade torna-se mais rica em possibilidade; com isso seu direito tem que ser estruturalmente compatível com um número maior de possíveis situações e eventos”.²³⁸

Vale destacar que, assim como ocorre com o Estado, não se pode afirmar que direito nasceu simultaneamente à sociedade, mas um fato é certo, o mesmo evoluiu junto com as organizações sociais, colaborando com a manutenção da ordem.

No intuito de desenvolver todas as faculdades do ser, o homem acaba se condicionando às leis da natureza e a necessidade de construção do seu mundo cultural. Tais condicionantes são essenciais para o seu desenvolvimento, gerando inúmeras necessidades que são atendidas pelo homem através de processos de adaptação.²³⁹

Paulo Nader sustenta que é por conta desse processo de adaptação que o homem é capaz de viver em sociedade “desfrutar de justiça e segurança, de conquistar, enfim, o seu mundo cultural”²⁴⁰, sendo que, as adaptações humanas se dão em dois processos distintos de forma interna e externa.

A adaptação interna, ou ainda, denominada orgânica ocorre através do próprio corpo humano, sem que haja qualquer interferência do elemento volitivo. De acordo com Nader:

²³⁷ Ibidem, p. 33 – 34

²³⁸ LUHMANN, 1983, 34

²³⁹ NADER, Paulo. Introdução ao Direito. 38ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 17

²⁴⁰ Idem.

Tal processo não constitui privilégio do homem, mas um mecanismo comum a todos os seres vivos da escala animal e vegetal. Os órgãos, em seu ininterrupto trabalho, desenvolvendo funções de vida, superam situações físicas adversas, algumas transitórias e outras permanentes, mediante transformações operadas na área atingida ou no todo orgânico. A perda de um rim promove ativo trabalho de adaptação orgânica às novas condições, com o órgão solitário passando a desenvolver uma atividade mais intensa. Pessoas que se locomovem para regiões de maior altitude sentem-se afetadas pela menor pressão atmosférica, o que provoca o início imediato de um processo de adaptação, no qual várias modificações são realizadas, salientando-se a multiplicação dos glóbulos vermelhos no sangue.²⁴¹

Quer dizer, o corpo humano se adapta internamente para permitir o desenvolvimento da vida humana.

Mas não é só isso. As necessidades do homem não são supridas diretamente pela natureza, de modo que, o mesmo se vê obrigado a competir e desenvolver esforços para buscar recursos essenciais a sua subsistência.²⁴²

Paulo Nader afirma que em consequência desse esforço “surge o chamado mundo da cultura, composto de tudo aquilo que ele (homem) constrói, visando sua adaptação externa: a cadeira, o metrô, uma canção, as crenças, os códigos, etc.”²⁴³

Assim, o homem se adapta não só internamente, mas externamente, buscando soluções aos obstáculos da natureza e as suas carências.²⁴⁴

Dentre as soluções existentes de adaptação externa, destaca-se o direito que cria um processo de adaptação social ajustando-se às condições do meio, e, ainda, impõe padrões de convivência, para adaptação de toda a sociedade.²⁴⁵

O direito age na sociedade como um instrumento de efetivação das necessidades sociais de paz, ordem e bem comum, representando não uma exteriorização das vontades individuais, mas uma identificação das carências sociais.²⁴⁶

Dessa forma, o direito atua não como um fim, mas como um meio de criação e manutenção de uma convivência social fundada em harmonia e ordem social.²⁴⁷

Partindo do pressuposto que a sociedade só existe a partir de uma convivência harmônica e organizada, o direito atua de modo a estabilizar as relações

²⁴¹ Ibidem, p. 18

²⁴² NADER, 2016, p. 16

²⁴³ Idem.

²⁴⁴ Idem

²⁴⁵ Idem

²⁴⁶ Idem

²⁴⁷ Idem

sociais, exprimindo a vontade social de modo a assimilar os valores positivos que a sociedade vive.²⁴⁸

Neste contexto, Paulo Nader sustenta que “se o homem em sociedade não está propenso a acatar os valores do bem comum, de vivê-los em suas ações, o Direito será inócuo, impotente para realizar a sua missão”²⁴⁹.

Por consubstanciar uma relação intrínseca a sociedade, as instituições do direito variam de acordo com o tempo e o espaço, assim, o direito passa por um processo constante de mudanças e adaptações em face da mobilidade social.²⁵⁰

Paulo Nader destaca que “não basta, portanto, o *ser* do Direito na sociedade, é indispensável o *ser atuante*, o *ser atualizado*. Os processos de adaptação devem se renovar, pois, somente assim o Direito será um instrumento eficaz na garantia do equilíbrio e da harmonia social”²⁵¹.

As adaptações do direito se dão através da criação das normas jurídicas, que por sua vez, são modelos de comportamento coletivos. A característica coletiva decorre do fato de que os fatos sociais ocorrem de formas infinitas, ou seja, com múltiplas variações, de modo que, o legislador não pode se ater a singularidades, absorvendo todas as manifestações humanas, mas sim, focar na forma coletiva, voltada ao bem comum.²⁵²

De acordo com Paulo Nader:

A sociedade cria o Direito e, ao mesmo tempo, se submete aos seus efeitos. O novo Direito impõe, em primeiro lugar, um processo de assimilação e, posteriormente, de adequação de atitudes. O conhecimento do ordenamento jurídico estabelecido não é a preocupação exclusiva de seus destinatários. O mundo jurídico passa a se empenhar na exegese do verdadeiro sentido e alcance das regras introduzidas no meio social. (...) As condições ambientais favoráveis à interação social não são obtidas com a pura criação do Direito. É indispensável que a lei promulgada ganhe efetividade, isto é, que os comandos por ela estabelecidos sejam vividos e aplicados nos diferentes níveis de relacionamento humano. O conteúdo da justiça da lei e o sentimento de respeito ao homem pelo bem comum devem ser a motivação maior dos processos de adaptação à nova lei.²⁵³

²⁴⁸ Ibidem, p. 18

²⁴⁹ Ibidem, p. 19

²⁵⁰ Idem

²⁵¹ NADER, 2016, p. 19-20

²⁵² Idem

²⁵³ Ibidem, p. 21

Portanto, o Direito é fruto da adaptação social, responsável por estabelecer regras de conduta, cuja incidência e adesão são condições de toda sociedade.²⁵⁴

De acordo com Paolo Grossi o direito não pertence ao mundo dos signos sensíveis, consistindo em um elemento imaterial, uma “dimensão misteriosa para o homem comum”.²⁵⁵

Tal posicionamento é defendido por Luhmann que afirma que:

O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através do seu organismo. Desta forma, o mundo apresenta ao homem uma multiplicada de possíveis experiências e ações em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidade do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas. Ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado).²⁵⁶

Quer dizer, a complexidade nada mais é do que uma seleção forçada, enquanto que a contingência consiste em um perigo de desapontamento e na necessidade dos riscos serem assumidos pelo indivíduo.

De acordo com Luhmann, será sobre essas situações existenciais que se desenvolvem as “estruturas correspondentes de assimilação da experiência, que absorvem e controlam o duplo problema da complexidade e da contingência”.²⁵⁷

Segundo afirma o sociólogo:

Na experimentação a complexidade e a contingência de outras possibilidades aparecem estruturalmente imobilizadas como “o mundo”, e as formas comprovadas de seleção relativamente imune a desapontamentos aparecem como o sentido, cuja identidade pode ser apreendida – por exemplo, como coisas, homens, eventos, símbolos, palavras, conceitos, normas. Nessas se ancoram as expectativas. Neste mundo complexo, contingente, mas mesmo assim, estruturalmente conjecturável, existem, além dos demais sentidos possíveis, outros homens que se inserem no campo de minha visão como um “alter ego”, como fontes eu-idênticas da experimentação e da ação originais. Partir daí introduz-se no mundo um elemento de perturbação, e é tão-somente assim que se constitui plenamente a complexidade e a contingência. As possibilidades

²⁵⁴ Idem.

²⁵⁵ GROSSI, Paolo. Primeira lição sobre direito. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 2.

²⁵⁶ LUHMANN, 1983, p. 45-46

²⁵⁷ Ibidem, p. 46

atualizadas por outros homens também se apresentam a mim, também são minhas possibilidades. A propriedade, por exemplo, só tem sentido como defesa nesse contexto.²⁵⁸

Assim, as possibilidades são apresentadas ao sujeito na medida em que outros as podem experimentar. Com isso, o indivíduo adquire a chance de absorver as perspectivas alheias ou utilizá-las no lugar de suas próprias, olhando através dos olhos de outros, ampliando seu horizonte de expectativas e chegando no que Luhmann denomina de seletividade imediata da percepção.²⁵⁹

Luhmann afirma que:

Reconhecer e absorver as perspectivas de um outro como minhas próprias só é possível se reconheço o outro como um outro eu. Essa é a garantia da propriedade da nossa experiência. Com isso, porém, tenho que conceder que o outro possui igualmente a liberdade de variar seu comportamento, da mesma forma que eu. Também para ele o mundo é complexo e contingente. Ele pode errar, enganar-se, enganar-me. Sua intenção pode significar minha decepção.²⁶⁰

Dessa forma, o processo de absorver as perspectivas alheias nada mais é do que um processo de inconfiabilidade. Neste contexto, é necessário que se possa ter expectativas não só sobre o comportamento do outro, mas também, sobre as próprias expectativas dele.²⁶¹

Assim, para o controle das interações sociais, não se faz necessário apenas que os indivíduos experimentem, “mas que cada um possa ter uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele”.²⁶²

Dentro de tal contexto, Niklas Luhmann defende que:

Sob as condições da dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio, em relação à expectativa do outro. Na área de integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função do normativo – e assim também do direito.²⁶³

²⁵⁸ Ibidem, p. 46

²⁵⁹ Idem

²⁶⁰ LUHMANN, 1983

²⁶¹ Ibidem, p. 46-48

²⁶² Ibidem, p. 48

²⁶³ Ibidem, p. 46

Dessa forma, serão tais ajustamentos entre expectativas que determinarão a convivência social, caracterizando um indivíduo como membro de um certo grupo social.²⁶⁴

Os sistemas sociais utilizam um outro estilo de redução. Eles estabilizam expectativas objetivas vigentes, pelas quais “as” pessoas se orientam. As expectativas podem ser verbalizadas na forma do dever ser, mas também podem estar acopladas a determinações qualitativas, delimitações da ação, regras de cuidado, etc. O importante é que se consiga uma simplificação através da redução generalizante.²⁶⁵

O direito, neste contexto, seria o responsável por estabilizar as expectativas objetivas vigentes, orientando as pessoas socialmente.²⁶⁶

Segundo afirma Luhmann:

Nesse caso a regra pode ser novamente retrocedida ao nível de uma adequação concreta em termos de expectativa e o entendimento mútuo fornece a base para um comportamento que altere, modifique ou transgrida a norma. A flexibilidade da estrutura normativa simples de pequenos sistemas sociais reside essencialmente nessa possibilidade de estabelecer concordância casuísticas e divergências em comum. A vigência de normas fundamenta-se na impossibilidade fática de realizar isso em todos os momentos e para todas as expectativas de todas as pessoas. Dessa forma, a vigência de normas reside em última análise na complexidade e na contingência do campo da experimentação, onde as reduções exercem sua função.²⁶⁷

Assim, a norma jurídica está diretamente vinculada a complexidade e contingência do campo da experimentação do indivíduo, consistindo, portanto, nas expectativas. Ao direito, por sua vez, caberá manter estável tais expectativas, mesmo que elas sejam eventualmente violadas.²⁶⁸

Nesse ponto, cabe destacar que o direito, enquanto sistema social, irá se operacionalizar através da comunicação, de modo que, sua diferenciação com o ambiente ocorrerão pela definição de lícito/ilícito (controle do código de preferência).²⁶⁹

Será o referido código que permitirá a autopoiese do direito, servindo como um modelo de orientação e classificação da comunicação do subsistema. Todavia,

²⁶⁴ Idem

²⁶⁵ Ibidem, p. 52

²⁶⁶ LUHMANN, 1983, p. 52

²⁶⁷ Ibidem, p. 53

²⁶⁸ Ibidem, p. 55

²⁶⁹ Ibidem, p. 68

para que ele seja definido, Luhmann defende ser necessária a existência de programas e critérios básicos que expressem normatividade (Constituição, jurisprudência, atos legislativos e administrativos, inclusive sentença como ato normativo individual).²⁷⁰

No subsistema jurídico existem duas formas de programa os condicionais (determinam o código) e os finalistas (buscam um determinado fim específico e sofrem influência política, como é o caso da Constituição Federal) que fornecerão o conteúdo para utilização dos códigos.²⁷¹

Assim, no direito, o código lícito será a expectativa normativa congruente generalizada (satisfação pretendida) e a ilicitude será a expectativa não pretendida, sendo que a definição da expectativa dependerá do programa.²⁷²

Neste contexto, o código implicará no fechamento do sistema jurídico, mas o programa (definição da expectativa) dependerá do ambiente. Dessa forma, o direito será um sistema fechado do ponto de vista normativo, uma vez que possui o controle dos códigos, mas, simultaneamente, será aberto, pois, dependerá dos programas afetados pelo ambiente.²⁷³

Vale destacar que Luhmann acredita que o sistema jurídico, não obstante ser normativo contempla a possibilidade de existirem desvios, situação essa que o sociólogo caracteriza como corrupção sistêmica. A corrupção sistêmica, não obstante prever a possibilidade de interferência do ambiente no sistema jurídico, não quebra a autopoiese do mesmo, uma vez que o próprio sistema a contempla.²⁷⁴

Quer dizer, pelo fato do sistema jurídico prever a interferência de outros sistemas (ambiente), essa interferência não irá obstar a autopoiese, pois, o direito irá definir por si só seus conceitos facilitando a alteridade, elemento responsável pelo atendimento as demandas sociais externas.²⁷⁵

Luhmann defende que o direito é “a congruente generalização de expectativas normativas” que, por sua vez, possui os planos pessoal, temporal e material. Com base nisso, o direito irá atender a diversas pessoas, em inúmeras

²⁷⁰ Idem

²⁷¹ Ibidem, p. 66-77

²⁷² LUHMANN, 1983, p. 67

²⁷³ Idem

²⁷⁴ Ibidem, 66-77

²⁷⁵ Ibidem, p. 74

matérias, de modo que, a validade da norma será tida a partir da congruência – do consenso.²⁷⁶

Quer dizer, os indivíduos não precisam aceitar a norma, mas precisam ter a noção mínima dos códigos lícito e ilícito e que se agirem contrariamente terão uma reação contrária. Com efeito, o direito irá estabilizar as expectativas normativas dentro da sociedade, generalizadas a partir da normatização (dimensão temporal: busca acabar com as frustrações posteriores através da sanção), institucionalização (dimensão social: suposição do consenso social que ocorre mesmo sem aceitação individual) e identificação de sentido (dimensão material: os agentes são capazes de compreender o sentido do ato).²⁷⁷

Luhmann acredita que quando a generalização ocorrer nas três dimensões, o direito terá cumprido sua função dentro do sistema social garantindo as expectativas normativas, a vigência social e regulando as condutas.²⁷⁸

Por esta razão, a fim de compreender o direito como um sistema normativo, se destacam as lições de Norberto Bobbio, que parte do pressuposto que o direito é uma experiência normativa, pois, segundo o autor “a melhor maneira de se aproximar da experiência jurídica e compreender seus traços característicos é considerar o direito como um conjunto de normas, ou regras de conduta”.²⁷⁹

É certo que na sociedade moderna, nossa vida se desenvolve em mundo normativo, no entanto, conforme destaca Bobbio “acreditamos ser livres, mas na verdade estamos envoltos numa densa rede de regras de conduta, que desde o nascimento até a morte dirigem nossas ações nesta ou naquela direção”.²⁸⁰

O que autor pretende afirmar, é que durante toda a formação de um indivíduo, o mesmo passa por um processo educativo no qual aprende quais condutas são certas e erradas, obrigatórias e facultativas. O desenvolvimento do indivíduo é formado por prescrições comportamentais que são a base de formação do direito.²⁸¹

Assim, para Bobbio “o direito constitui parte notável, e talvez também a parte visível da nossa experiência normativa. E por isso um dos primeiros resultados do

²⁷⁶ Idem

²⁷⁷ LUHMANN, 1983, p. 77-93

²⁷⁸ Ibidem, p. 109-110

²⁷⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria Geral do Direito; tradução Denise Agostinetti; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite – 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 15

²⁸⁰ BOBBIO, 2010, p. 15-16

²⁸¹ Idem

estudo do direito é de nos tornar conscientes da importância do normativo em nossa existência individual e social”²⁸².

Inclusive, se nos distanciarmos do indivíduo e focarmos apenas na sociedade, notamos pelo desenvolvimento histórico que há um ponto de vista normativo no desenvolvimento social. De acordo com o autor:

Há sem dúvida um ponto de vista normativo no estudo e na compreensão da história humana: é o ponto de vista segundo o qual as civilizações se caracterizam por ordenamentos de regras que contêm as ações dos homens que delas participaram. A história apresenta-se, então, como um conjunto de ordenamentos normativos que sucedem, se sobrepõem, se contrapõem, se integram.²⁸³

Assim, para compreendermos o direito é necessário o concebemos como um sistema normativo, mas isso não significa restrito às normas jurídicas.

Ao observamos o mundo normativo, é possível notar que o mesmo não é limitado, mas sim se apresenta de forma variada e múltipla, assim, Bobbio sustenta que:

Além de normas jurídicas, existem preceitos religiosos, regras morais, regras sociais, regras de costume, regras daquela ética menor que é a etiqueta, regras da boa educação e assim por diante. Além das normas sociais que regulam a vida do indivíduo enquanto coexiste com outros indivíduos, existem normas que regulam as relações do homem com a divindade ou do homem consigo mesmo. Cada indivíduo pertence a diferentes grupos sociais: igreja, Estado, família, associações com fins econômicos, culturais, políticos ou simplesmente recreativos: cada uma dessas associações se constitui e se desenvolve por meio de um conjunto ordenado de regras de conduta. Além disso, cada indivíduo fora da sociedade que é parte, formula para a conduta da própria vida programas individuais de ação: esses programas também são conjuntos de regras.²⁸⁴

Portanto, o direito no ponto de vista normativo não são apenas normas jurídicas, mas sim todas as normas que regem a vida do indivíduo, seja com ele mesmo, com sua família, ou ainda, em relação a toda sociedade.

Dessa forma, é forçoso reconhecer que o direito é um fenômeno social, pois, surge junto com a sociedade, regulamentando a mesma, de modo que, a

²⁸² Ibidem, p. 16

²⁸³ BOBBIO, 2010, p. 17

²⁸⁴ Idem

normatividade é condição necessária e suficiente para a formação de um ordenamento jurídico.²⁸⁵

Todavia, mesmo sabendo que o direito é um fenômeno social, como então compreendemos os critérios de justiça, validade e eficácia de uma norma, em uma sociedade composta de diversos valores, inclusive antagônicos?

Quando falamos em justiça, para Bobbio, “o problema é o da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram determinado ordenamento jurídico”.²⁸⁶

Como vimos na segunda seção, ao se buscar a origem da sociedade, os contratualistas criam um cenário hipotético no qual os indivíduos renunciam seu direito a liberdade irrestrita (inclusive, as concepções individuais), para então eleger valores máximos compartilhados dentro de uma sociedade (propriedade, justiça, equidade, etc.). Tais valores irão pautar os demais, condicionando assim a noção de justiça.

Ou seja, existem valores supremos, intrínsecos ao próprio homem (compartilhados por todos), assim, “questionar se uma norma é justa ou injusta significa perguntar se ela está apta ou não para realizar esses valores”.²⁸⁷

Assim, por mais que não se creia em valores ontológicos ao indivíduo, um fato é certo, o justo será aquilo capaz de refletir, mas especificadamente “realizar os valores históricos que inspiram aquele ordenamento jurídico concreto e historicamente determinado”.²⁸⁸

Um exemplo disso é o fato do ordenamento jurídico na ocasião da Revolução Francesa refletir as premissas liberais, tornando a lei a premissa máxima de regulação do Estado e da sociedade, assim como, quando ocorreu a Revolução Industrial houve uma mudança no ordenamento jurídico, permitindo ao Estado uma atuação mais ativa no sistema econômico, conforme pudemos observar no capítulo segundo.²⁸⁹

Com efeito, de acordo com Bobbio:

O problema de saber se uma norma é ou não justa é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o dever ser e o que é:

²⁸⁵ Ibidem, p. 36

²⁸⁶ Ibidem, p.37

²⁸⁷ BOBBIO, 2010, p. 38

²⁸⁸ Idem

²⁸⁹ Idem

norma justa é aquilo que deve ser; norma injusta é aquilo que não deveria ser. Colocar-se o problema da justiça ou não de uma norma equivale a se colocar o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal. Por isso, costuma-se chamar o problema da justiça de problema deontológico do direito.²⁹⁰

Ou seja, há um processo de juízo de valor sobre a norma, a fim de determinar sua relação com a justiça.

Por sua vez, o problema da validade refere-se à existência da norma, ou seja, independe de um juízo valorativo. Segundo afirma Norberto Bobbio:

Validade jurídica da norma equivale à existência daquela norma enquanto regra jurídica. Se para julgar a justiça de uma norma é preciso compará-la a um valor ideal, para julgar a sua validade é preciso realizar pesquisas de tipo empírico-racional, aquelas pesquisas efetuadas para determinar a importância e o alcance de um evento. Em particular, para decidir se a norma é válida (ou seja, se existe como regra jurídica pertencente a um determinado sistema), geralmente é preciso realizar três operações: 1) verificar se a autoridade que a emanou tinha o poder de emanar normas jurídicas, ou seja, normas obrigatórias naquele determinado ordenamento jurídico (...); 2) verificar se não foi ab-rogada (...); 3) verificar se não é incompatível com outras normas do sistema (...).²⁹¹

Portanto, validade está diretamente vinculada à observância dos aspectos formais na elaboração da norma, se ela atende ou não as determinações procedimentais do sistema.

Por fim, a eficácia de uma norma está diretamente vinculada ao fato desta ser ou não seguida pelos indivíduos a que se destina (destinatários da norma jurídica).

Conforme explica Bobbio “o fato de uma norma existir enquanto norma jurídica não implica que ela também seja constantemente seguida”²⁹². No campo das normas jurídicas, existem aquelas que são seguidas universalmente, outras que são seguidas por causa da coação e o medo da aplicação de sanção, enquanto que existem ainda aquelas que não são seguidas, apesar da coação e da ameaça de sanção. Assim, Bobbio defende que:

A pesquisa para verificar a eficácia ou a ineficácia de uma norma é uma pesquisa histórico-sociológico, que se destina ao estudo do comportamento dos membros de um determinado grupo social, e que se diferencia tanto da pesquisa mais tipicamente filosófica em torno da justiça quanto da pesquisa mais tipicamente jurídica em torno da validade. Também aqui, para usar a

²⁹⁰ Idem

²⁹¹ BOBBIO, 2010, p. 38-39

²⁹² Ibidem, p. 39

terminologia científica embora em sentido diferente do costumeiro, pode-se dizer que o problema da eficácia das regras jurídicas é o problema fenomenológico do direito.²⁹³

Ou seja, uma norma jurídica se depara com diversas constantes filosóficas, jurídicas e fenomenológicas. Nesse sentido, um elemento não anula o outro, de modo que, todos os critérios são independentes entre si.²⁹⁴

Para estudar tal situação, Norberto Bobbio formula seis proposições, demonstrando as varias relações de independência, são elas:

1. *Uma norma justa sem ser válida.* Para dar um exemplo clássico, os teóricos do direito natural formulavam em seus tratados um sistema de normas extraídas de princípios universais. Quem formulava essas normas as julgava justas, por considera-las correspondentes a princípios universais de justiça. Mas essas normas, por serem apenas escritas num tratado de direito natural, não eram válidas. Só se tornavam válidas na medida em que eram acolhidas em um sistema de direito positivo. O direito natural pretende ser o direito justo por excelência; mas apenas pelo fato de ser justo não significa que também seja válido.

2. *Uma norma pode ser válida sem ser justa.* Nesse caso não é preciso ir tão longe para buscar exemplos. Nenhum ordenamento jurídico é perfeito: entre o ideal de justiça e a realidade do direito há sempre uma distância, mais ou menos grande, conforme os regimes. Sem dúvida, o direito que em todos os regimes de um certo período histórico e em alguns regimes atuais que consideramos culturalmente atrasados admitia a escravidão não era justo, mas nem por isso deixava de ser válido (...)

3. *Uma norma pode ser válida sem ser eficaz.* O caso mais clamoroso continua a ser o das leis sobre a proibição das bebidas alcóolicas nos Estados Unidos, que vigoraram por cerca de vinte anos no período entre as duas guerras. Constatou-se que o consumo de bebidas alcóolicas durante o regime proibicionista não era inferior ao consumo do período imediatamente posterior, quando a proibição foi suprimida. Sem dúvida tratava-se de leis “válidas”, no sentido de que haviam sido emanadas pelos órgãos competentes para emanar normas jurídicas, mas não eram eficazes (...)

4. *Uma norma pode ser eficaz sem ser válida.* Existem muitas normas sociais seguidas espontaneamente ou pelo menos habitualmente, ou seja, eficazes, como num determinado círculo de pessoas, as regras de boa educação. Essas regras, pelo simples fato de serem seguidas, não se tornam por isso mesmo regras pertencentes a um sistema jurídico, ou seja, não adquirem validade jurídica. (...)

5. *Uma norma pode ser justa sem ser eficaz.* Vimos que uma norma pode ser justa sem ser válida. Não devemos hesitar em acrescentar que pode ser justa sem ser eficaz. Quando a sabedoria popular diz que “não há justiça neste mundo”, refere-se ao dato de que muito exaltam a justiça como palavra, poucos a colocam em prática. Em geral, para ser eficaz, uma norma também deve ser válida. Se é verdade que muitas normas de justiça não são válidas, a maior parte sequer é eficaz.

6. *Uma norma ser eficaz sem ser justa.* O fato de uma norma ser universalmente seguida não é prova de sua justiça, assim como, de reto, o fato de não ser seguida absolutamente não pode ser considerado como prova de sua injustiça. A derivação da justiça a partir da eficácia poderia ser

²⁹³ Ibidem, p. 40

²⁹⁴ Idem

comparado a um dos argumentos que costumava ser discutido entre os jusnaturalistas, o chamado argumento dos *consensus humani generis*, ou mais simplesmente, do *consensus omnium*. Perguntavam-se os jusnaturalistas: deve-se considerar máxima de direito natural aquela que é aceita por todos os povos (alguns diziam “por todos os povos civilizados”)? A resposta dos jusnaturalistas mais intransigentes era quase sempre negativa. E com razão: o fato de a escravidão, por exemplo, ser praticada por todos os povos civilizados num certo período histórico não a transformava numa instituição conforme à justiça. A justiça é independente da validade, mas é também independente da eficácia.²⁹⁵

Portanto, para Bobbio, a norma só será justa se compartilhar dos ideais sociais de justiça, só será válida se observar a procedimento previsto pela sociedade (mesmo que através do Estado), sendo que só será eficaz se de fato atingir corretamente seus destinatários.

Dessa forma, podemos observar que justiça, validade e eficácia, não obstante serem elementos das normas jurídicas, não necessariamente dependem um do outro, mas servem para delimitar o campo jurídico.

Após analisar os três elementos, Bobbio conclui que para uma compreensão da experiência jurídica, diante de seus vários aspectos, devemos “levar em conta que ela é aquela parte da experiência humana cujos elementos constitutivos são ideais de justiça a realizar, instituições normativas para realiza-los, ações e reações dos homens diante desses ideais e dessas instituições”.²⁹⁶

Portanto, o direito não necessariamente é a norma jurídica, mas, enquanto ordenamento jurídico, para atender a seus fins, se perfaz na busca da justiça, validade e eficácia da norma jurídica.

Nesse ponto, vale destacar que Luhmann diverge de Bobbio em relação à justiça, pois, de acordo com a teoria luhmanniana a justiça será uma referência sem qualquer valor operativo, na medida em que não se transforma em programa.²⁹⁷

Neste contexto, emerge a dúvida: como então conciliar todos esses elementos?

Para compreendermos tal processo, nos remetemos às lições de Paolo Grossi que parte da ideia de que o direito é uma dimensão misteriosa para o indivíduo, afirmando que:

²⁹⁵ BOBBIO, 2010, p. 40-47

²⁹⁶ BOBBIO, 2010, p. 45

²⁹⁷ LUHMAHNN, 1983, p. 112

(...)ao homem comum de hoje o direito aparece sob dois aspectos que não contribuem propriamente para transformá-lo em algo bem aceito: vem-lhe do alto e de longe, como se fosse uma telha que cai de um teto sobre a cabeça de um passante; mostra-se a ele como poder, como comando, como comando autoritário, evocando imediatamente a imagem desagradabilíssima do juiz e do funcionário de polícia com ulterior possibilidade de sanções e coerções. Tudo isso transforma o direito para o homem comum numa realidade hostil, e, em todo caso, numa realidade estranha, que ele sente como enormemente distante de si e de sua via.²⁹⁸

Quer dizer, relacionando os elementos da norma e a afirmação de Grossi, notamos que quando a norma jurídica se distancia de seus elementos, ela acaba se tornando uma realidade estranha ao seu destinatário.

Esse distanciamento, segundo Grossi, decorre de uma serie de fatores, um deles é o fator histórico. Para o autor:

O poder político, transformado cada vez mais – no curso da era moderna - num Estado, isto é, numa entidade totalizante tendente a controlar toda manifestação do social, mostrou um crescente interesse pelo direito, nele reconhecendo com extrema lucidez um precioso cimento da sua própria estrutura; interesse tão crescente a ponto de se chegar ao fim do século XVIII, em uma forte negação à secular situação conservada até o desenlace do antigo regime, à plena monopolização da dimensão jurídica. De fato, é exatamente naqueles anos que, em meio a muitas mitologias laicas inauguradas pela Revolução de 1789, destaca-se claríssima a legislativa: a lei, isto é, a expressão da vontade do poder soberano, é axiomáticamente identificada na expressão da vontade geral, transformando-a dessa forma no único instrumento produtor do direito merecedor de respeito e de obséquio, objeto de culto enquanto lei e não pela respeitabilidade de seu conteúdo. Identificada a vontade geral na lei, isso torna possível a identificação do direito na lei e possibilitava sua completa estatização²⁹⁹

Como já demonstramos na seção anterior, de fato o direito se adequou á evolução política e econômica da sociedade.

Assim, para se opor ao absolutismo, à sociedade demandou um direito expresso, uma formalização do sistema jurídico, conseqüentemente o restringindo à lei, lei esta emanada de um poder superior aos demais: o legislativo.

Para explicar a relação direta entre sociedade e poder legislativo (lei), destacamos os ensinamento de John Locke:

Esse poder legislativo não é somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade uma vez

²⁹⁸ GROSSI, 2006, p. 2

²⁹⁹ GROSSI, 2006, p. 3-4

colocou; nem pode qualquer eito de quem quer que seja, concebido por qualquer maneira ou apoiado por qualquer poder que seja, ter força e a obrigação da lei se não tiver a sanção do legislativo escolhido e nomeado pelo público; porque sem isto a lei não teria o que é absolutamente necessário à sua natureza de lei: o consentimento da sociedade sobre a qual ninguém tem o poder de fazer leis senão por seu próprio consentimento e pela autoridade recebida.³⁰⁰

Dessa forma, o poder legislativo não apenas seria aquele que é estabelecido pela primeira lei positiva, mas também se substanciaria no poder supremo dentre os demais, de modo que, todos os outros poderes (executivo e federativo) estão subordinados ao legislativo, por ser o fruto direto da vontade social.

Ocorre que, a lógica de que o Estado, ou ainda, o poder legislativo, estariam diretamente vinculado à vontade social é uma falácia. O Estado é um aparato de poder que não necessariamente engloba a vontade da maioria.

Como observado anteriormente, o direito pode ser utilizado pelo Estado favoravelmente ou negativamente, como um instrumento de manutenção do poder político ou de interesses econômicos.

Dessa forma, o direito acaba várias vezes não refletindo os valores sociais, mas sim, a vontade de uma minoria que detém o poder político e econômico. Dessa forma, não são raras às vezes em que os indivíduos não se veem refletidos na norma jurídica.

De acordo com Paolo Grossi:

O processo de involução do direito foi inarredável: a lei é um comando, um comando de autoridade e autoritário, um comando geral, um comando indiscutível, com sua vocação essencial de ser silenciosamente obedecido; a partir daqui, a sua propensão é a de se consolidar em um texto, a encerrar-se num texto escrito em que qualquer um possa lê-lo para depois obedecê-lo, em um texto que é pela sua natureza fechado e imóvel, que logo se tornará empoeirado e, com relação à vida que continua a fluir rapidamente em volta, também envelhecido. Mas o poder persistirá em se fazer forte aquele texto, com o auxílio dos juristas servís que persistirão na sua liturgia sobre o texto. (...)

O jurista munido culturalmente, todavia, se dá conta de que nesses dois séculos o direito foi submetido a uma operação profundamente reductiva, substancialmente foi-lhe feita violência, deslocando forçadamente sua posição na sociedade, com o resultado negativo de deformar a sua imagem na consciência coletiva.

Uma realidade de comandos imperativos está foda da cultura circulante e arrisca a ser um corpo estranho, não só para o pobre homem comum, mas para a inteira sociedade, porque está fora da história, do penoso mas incessante devir cotidiano de todos.³⁰¹

³⁰⁰ LOCKE, 1993, p. 328

³⁰¹ GROSSI, 2006, p. 5-6

Ao observarmos a evolução histórica do Estado Moderno, notamos que foram necessidades justificadas na vontade social que mudaram o sistema jurídico. Não obstante, as constantes modificações distanciaram o direito de sua origem social, o tornando uma expressão do Estado.

Neste contexto, precisamos ter em vista que o direito depende da sociedade, assim, é ela que servirá como parâmetro para a generalização e congruência.³⁰²

Um elemento leva a outro, e como destaca por Grossi “o ponto de referência necessário do direito é somente a sociedade, a sociedade como realidade complexa, articuladíssima, com a possibilidade de que cada uma das suas articulações produza direito, inclusive a fila diante da repartição pública”.³⁰³

Dessa forma, o direito tem que estar refletido no indivíduo, enquanto consciente do seu status de sujeito de direito, na necessidade de se assegurar a sua individualidade e ainda, refletida no seu status de ser social, consubstancia no entendimento do código.³⁰⁴

Em outras palavras, o indivíduo precisa vislumbrar na norma jurídica, um elemento subjetivo (voltado para suas expectativas individuais) e objetivo (voltado para a compreensão do código), para que o ordenamento jurídico cumpra sua função.³⁰⁵

Partindo da ideia de que será no próprio indivíduo, enquanto compartilhador da consciência coletiva, que buscaremos os elementos da norma jurídica, precisamos nos remeter ao sistema, dentre todos os subsistemas sociais, mais próximo da formação das vertentes axiológicas individuais – o subsistema moral.

3.2. A evolução da moral

A análise comparativa entre sistema jurídico e a moral é um dos paradigmas existentes na Ciência Jurídica, que na busca de cientificidade acabou por expurgar do campo jurídico aspectos morais.³⁰⁶

³⁰² LUHMANN, 1983

³⁰³ LUHMANN, 1983, p. 11

³⁰⁴ Idem

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ LIMA, José Edmilson. LIMA, Sandra Mara Maciel. Contornos do conhecimento jurídico: a cientificidade do campo em questão. *In* Revista Jurídica Unicuritiba. V.2, n.35, 2014

Para compreendermos a relação entre direito e moral, se faz necessário, antes de qualquer coisa, entender o que é a moral e como ela se desenvolveu na sociedade moderna.

Sabemos, previamente, que o conceito de moral depende muito do contexto em que ela está inserida, inexistindo uma única definição correta.³⁰⁷

Um exemplo disso é ilustrado pelo filósofo e neurocientista norte-americano Sam Harris através de uma tradição albanesa, o Kanun. De acordo com o Harris, a Albânia a referida tradição é um conjunto de leis orais que dentre outras coisas, determinam que se um homem cometer um homicídio, os familiares da vítima poderão obter vingança matando qualquer outro homem da família do assassino. Por conta disso, diversos meninos que tiveram o infortúnio de ser irmão ou filho de um assassinado, passam seus dias praticamente aprisionados em casa, com medo de represálias.³⁰⁸

Para quem vive em uma sociedade como a brasileira, em que vivenciamos um Estado de Direito e de proteção social que valoriza a vida, tal prática aparece como um grande absurdo. Mas, poderíamos afirmar que os albaneses estão moralmente errados por terem estruturado a sua sociedade dessa forma? Que os seus valores são inferiores aos nossos?³⁰⁹

Quando falamos de práticas tradicionais, mais especificadamente, da moral de uma sociedade, nos deparamos com conceitos muito difíceis de serem determinados.³¹⁰

Talvez, pelo juízo valorativo embasado no ordenamento jurídico pátrio e dos valores da sociedade brasileira, o Kanun é uma prática bárbara, mas para a sociedade albanesa é uma forma de exercer uma coação para impedir um crime, e ao mesmo tempo, obter a retribuição à família da vítima, é uma forma de justiça.

Na Albânia o Kanun é aceito e praticado há mais de 500 (quinhentos) anos. Assim, se o direito surge para resguardar a sociedade, não seria o kanun uma forma de lei diretamente ligada à tradição moral? E não só isso, uma lei efetiva, pois válida e entendida por seus destinatários como um meio justo?

³⁰⁷ VAZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Tradução João Dell'Anna. 30 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008

³⁰⁸ HARRIS, 2012, p. 3

³⁰⁹ Idem

³¹⁰ Idem

Destaca-se que não pretendemos estudar o Kanun, o que se busca com tais indagações é demonstrar que a moral não é um consenso único e uniforme, mas sim, uma construção que depende do contexto histórico e social no qual esteja inserida. Tal fato é observado por Adolfo Vazquez que, ao analisar a moral e a ética afirmou que:

(...) a consciência moral, na forma em que a conhecemos já em tempos históricos (isto é, transformada numa voz interior ou juiz interior de nossos atos), é o produto de um longo processo de desenvolvimento da humanidade. Desde as suas origens, pois, tem um caráter social e não biológico. E conserva atualmente e sempre conservará este caráter social, porque na interioridade de sua consciência o sujeito não escuta apenas a sua própria voz, mas também, através dela, a da sociedade que lhe proporciona os princípios e as normas morais conforme as quais julga e avalia. De acordo com o tipo das relações dominantes, cada época imprime a sua própria marca na consciência moral, visto que mudam os princípios e as normas morais e muda também o tipo de relação entre indivíduo e comunidade.³¹¹

Desta feita, a moral está em constante mutação e no curso da história conseguimos vislumbrar como se deu sua formação.

Desde a antiguidade, a moral tem sido um importante objeto de estudo, por constituir um instrumento que atua como um meio de determinar os comportamentos individuais perante o grupo social.³¹²

O termo moral é frequentemente utilizado em nosso cotidiano, no entanto, poucos se preocupam com o seu real significado, muitas vezes o concebendo como um sinônimo de ética ou ainda, um adjetivo referente aquele sujeito que está com a estima elevada.³¹³

Assim, por conta de sua ampla utilização, a palavra moral acaba por aglutinar diversas significações, que de acordo com Adela Cortina e Emílio Martinez, podem ser: a) um modelo de conduta socialmente estabelecido em uma sociedade vigente; b) um conjunto de convicções morais e pessoais; c) tratados sistemáticos sobre as questões morais (doutrinas morais concretas ou teorias éticas); disposição de espírito produzida pelo caráter e por atitudes adquiridos por uma pessoa ou grupo

³¹¹ VAZQUEZ, Adolfo Sánchez. Ética. Tradução João Dell'Anna. 30 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 188

³¹² Idem

³¹³ Idem

(“estar com moral alto” ou; d) dimensão da vida humana pela qual nos vemos obrigados a tomar uma decisão e a explica-las (“a moral”).³¹⁴

Oriundo do latim “mos” ou “moris”, a palavra moral significa costumes, ou seja algo que não é intrínseco a uma construção individual, mas, adquirido por um hábito, uma construção advinda das práticas sociais.³¹⁵

Como já observado no capítulo anterior, o homem é um ser social e como tal precisa se relacionar com os demais indivíduos. Neste contexto, a moral revela-se com um importante instrumento social, pois, atua como um meio de determinar o comportamento dos indivíduos perante o grupo social no qual estão inseridos.

Como a moral evolui conjuntamente com a sociedade, podemos notar no curso da história diversas percepções acerca do seu conceito.

Na Grécia, a filosofia antiga concebia moral como uma busca da felicidade, assim, ser moral era sinônimo de utilizar a razão moral como uma faculdade que auxilia na busca dos meios mais adequados para alcançar a vida plena e satisfatória.³¹⁶

Não obstante, durante os séculos foi sendo criada uma outra perspectiva de moral, consubstanciada em um sistema ético fundado em noções de dever.³¹⁷

Na antiguidade, iniciou-se um processo de entrelace da moral com o dever. Uma das primeiras civilizações a se atrelar moral e lei natural foram os estóicos que, de acordo com Adela Cortina e Emilio Martinez:

[...] situaram o conceito de “lei natural” como centro da experiência moral: entendiam que a moralidade consiste basicamente em um ajustamento da própria intenção e da própria conduta aos preceitos universais da razão, concebida por eles como uma capacidade igual que a natureza proporcionou a todos os homens para que alcancem o objetivo que ela mesma previu para eles.³¹⁸

Ou seja, na sociedade estóica já se observava que as experiências morais começaram a servir como base da lei natural. Tal fato foi se reforçando com o desenvolvimento da sociedade medieval, onde a lei natural passou a adquirir mais relevância para a concepção de moralidade.³¹⁹

³¹⁴ CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emílio. *Ética*. Espanha: Ediciones Akal, 2001, p.13-16

³¹⁵ *Ibidem*, p. 16

³¹⁶ CORTINA, MARTINEZ, 2001, p. 25

³¹⁷ *Ibidem*, p. 30

³¹⁸ *Ibidem*, p. 35

³¹⁹ *Idem*

A visão teocêntrica da sociedade da época, fez com que os valores religiosos como bem e mal, ou ainda, esperança de vida após a morte, fossem a base das concepções morais.³²⁰

A partir desse entendimento, os valores morais foram considerados transcendentais, uma vez que resultam de uma vontade divina, identificando o homem moral como aquele que teme a Deus.³²¹

No entanto, com a revolução Francesa e a disseminação do iluminismo, há um distanciamento entre indivíduo e Igreja, e a moral, por sua vez, se tornam laica. Com efeito, não é mais Deus que ditará o comportamento moral, mas os homens.³²²

Insta salientar, o iluminismo se centra do indivíduo e na valorização da razão, assim, a moral vai buscar seu fundamento na lei natural (jusnaturalismo), no interesse social (empirismo) e na própria razão.³²³

Neste contexto, a moral encontra sua perfeita expressão no imperativo categórico kantiano, que reflete a busca individual pela felicidade, e os limites que nossa razão nos impõe a ter em relação aos outros.³²⁴

Para Kant, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Assim o imperativo prático será: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.³²⁵

Com efeito, a moral reside em agir humanamente, seguindo a lei que se impõe a si mesmo.

Segundo Adela Cortina e Emilio Martinez:

O âmbito moral é aqui o da realização da autonomia humana, o da realizada da humanidade; A grandeza do homem não consiste em ser capaz de conhecimento, como pensava o aristotelismo, mas em ser capaz de vida moral, ou seja, em ser capaz de se comportar de tal modo que alguém se torne digno de ser feliz, mesmo que não chegue a tê-lo nesta vida; porque o sentido da existência humana já não seria o de alcançar a felicidade (embora cada um procure alcançá-la segundo a própria noção que dela

³²⁰ Ibidem, p. 40

³²¹ Idem.

³²² Ibidem, p. 49

³²³ CORTINA, MARTINEZ, 2001, p 49

³²⁴ Ibidem, p. 51

³²⁵ KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. São Paulo: Martin Claret: 2004, p. 59

tiver), mas o da conservação e da promoção do absolutamente valioso: a vida de todas as pessoas e de cada uma delas.³²⁶

Como se pode observar, Kant rejeita as concepções de que ação moral visa à felicidade ou o interesse. Para Kant, a moral encontra seu fundamento na razão, de modo que, a lei moral que a razão descobre é universal, pois não se trata de descoberta subjetiva, mas sim do homem enquanto ser racional.

Não obstante o entendimento de Kant, com a evolução econômica, a sociedade passa por diversas transformações que refletiram diretamente no conceito de moral.³²⁷

O advento da Revolução Industrial e das crescentes crises no modelo econômico vigente ensejou na necessidade de superar o individualismo moderno, desprovido de solidariedade e característico das sociedades de consumo. Por consequência, para combater as sequelas da sociedade pós-industrial, se impôs uma superação da visão de que moral está restrita ao âmbito individual.³²⁸

Partindo do pressuposto de que o homem é um ser social, é possível notar que o processo de construção individual está atrelado ao meio em que o ser humano se desenvolve. Assim, o ser humano só se identifica como pertencente a um determinado meio social, quando desenvolve em si, os valores compartilhados pelo grupo.³²⁹

Com efeito, a moralidade não é um dever, mas sim, uma excelência advinda do esforço social em transportar para o indivíduo o sentimento de pertencimento ao compartilhar os mesmo valores alcançando solidariamente uma vida social plena.³³⁰

Assim, a moral é um reconhecimento recíproco, que impõe que o homem além de ser capaz de estabelecer leis sobre si mesmo, também precisa colocar a moral como um instrumento de diálogo – algo reconhecido no âmbito social.

Portanto, a moral passa a ser vista como uma construção não mais individual, mas coletiva, vista sob a ótica das exigências da sociedade para com as ações individuais.

Tal situação pode ser ilustrada com a construção rawlsiana. A partir de uma remodelação do contrato social, John Rawls criou uma situação hipotética, na qual,

³²⁶ CORTINA, MARTINEZ, 2010, p. 36

³²⁷ Ibidem, p. 56

³²⁸ CORTINA, MARTINEZ, 2001, p. 56

³²⁹ Idem

³³⁰ Idem

indivíduos que desconhecem seus aspectos econômicos, políticos e pessoais, elaborariam um contrato social que daria lastro a princípios fundamentais para ordem e justiça social. Princípios estes que consubstanciarão a moral social. Ou seja, a moral seria construída racionalmente pelos indivíduos que elegeriam os valores que entendem ser justos para organizar a vida em sociedade.³³¹

Completando tal ideia, Jürgen Habermas afirma que as normas morais são uma forma de integração geral e refletem, por igual, o interesse de todos.³³²

Habermas funda sua concepção de moral na ideia de que as estruturas normativas (valores, ideias morais, normas) estão em constante mutação, por conta de processos histórico-culturais e processos de aprendizagem.³³³

Em tal contexto, os processos de aprendizagem se consubstanciam em respostas aos desafios encontrados nos processos histórico-culturais (fato ilustrado acima mencionando a necessidade social de ultrapassar a visão individualista de moral), resultando em formas de interação individuais e sociais cada vez mais amadurecidas.³³⁴

Para Habermas, a fim de compreender a sociedade e a moral é necessário abordar tanto a evolução do técnico-organizativo, quanto a evolução do saber prático-moral, isto porque, a consciência moral é fruto das interações.³³⁵

Pela teoria habermasiana, o desenvolvimento individual ocorre numa perspectiva sociológica, assim, para o autor “os conceitos-base psicológicos e sociológicos podem se articular porque as perspectivas do Eu autônomo e da sociedade emancipada neles esboçadas se corrigem e se implicam reciprocamente”.³³⁶

Quer dizer, Habermas estabelece que o processo de construção do aprendizado individual e social só pode ser desenvolvido a partir do momento em que o indivíduo domina as estruturas de racionalidade presentes em seus grupos sociais, assimilando as ideias morais e as estruturas que determinam a justiça e a verdade.³³⁷

³³¹ RAWLS, 2008

³³² HABERMAS, Jürgen. Para a reconstrução do materialismo histórico. Desenvolvimento da moral e identidade do eu (Texto original de 1974-6). São Paulo: Editora Brasiliense, 1990, p. 49-73.

³³³ HABERMAS, 1990, p. 49-73

³³⁴ Idem

³³⁵ Idem

³³⁶ Ibidem, p. 50-51

³³⁷ Ibidem, p. 49-73

Portanto, a partir da evolução da moral é possível verificar que o ser humano, como um ser social, constitui sua personalidade e pauta suas ações a partir do sentimento de pertencimento a um determinado grupo, que por sua vez, irá ser responsável por exigir de cada indivíduo a ele vinculado, virtudes que entende ser universais e essenciais para a harmonia e plenitude da sociedade.

Dessa forma, a moral, independente da construção teórica adotada, ultrapassa o âmbito de um mero dever, constituindo uma virtude solidária, que regerá a vida do indivíduo enquanto integrante de uma estrutura social, interferindo nos seus juízos e valores os pautando aos interesses coletivos compartilhados.

Tal posicionamento é ilustrado por Sam Harris, em seu estudo sobre a possibilidade da ciência determinar os valores humanos, ao concluir que:

(...) o bem estar depende da interação entre eventos em nossos cérebros e eventos do mundo, e há melhores e piores meios de fazê-lo, então algumas culturas tenderão a produzir estilos de vida que valem mais a pena viver que outros, algumas persuasões serão mais contempladas que outras, e alguns pontos de vista do mundo serão mal interpretados, como forma de causar a humanidade miséria desnecessária. Se entendermos ou não o significado, moralidade e valores em prática, eu tentei demonstrar que há algo que se deve saber deles em prática. E estou convencida que simplesmente admitindo isso transformará a forma que nós pensamos sobre felicidade e o bem comum.³³⁸

Portanto, por mais difícil que seja determinar a moral, um fato é certo, ela surge das experiências comuns individuais, sendo que seu objetivo central é refletir e resguardar o interesse coletivo na busca do bem comum.

Opondo-se de certa forma aos pensamentos anteriores, na teoria do sistema social, Luhmann defende que:

(...) moral é um processo de codificação com a função específica de dirigir a comunicação entre estima pelas vias das condições de estima e, com isso, controlar a nivelação das sínteses ego/ater. Não se trata de um imperativo categórico nem de uma lei que prescreva como a moral ocorre, mas sim, trata-se do problema que isso implica. Por isso, falamos preferencial de "moralização" de temas, símbolos, estruturas, opiniões e expectativas, para

³³⁸ I four well-being depends upon the interaction between events in our brains and events in the world, and the are better and worse ways to secure it, then some cultures will tend to produce lives that are more Worth living than others, some political persuasions will be more enlightnede than others, and some world views will be mistaken in ways tha cause needlees human misery. Whether or not we never undestand meaning, morality, and values in practice, I have attempted to show that there must be something to know about them in principle. And I am convinced that merely admitting this will transform the way we think about human happiness and the public good. HARRIS, 2010, p. 191

indicar com que extensão são empregados estes conteúdos de sentido para a comunicação ou metacomunicação das condições da estima ou falta de estima.³³⁹

Para ilustrar sua concepção, Luhmann diferencia a moral na teoria do sistema social da tradição humanista.³⁴⁰

De acordo com o sociólogo, para a tradição humanista o homem é o centro e o elemento formador da sociedade, situação esta que resultaria em uma teoria moralista, na medida em que moral se restringiria a capacidade mental humana e ao consenso, enquanto que, para a teoria dos sistemas, o homem não é reduzido à sua faculdade mental, mas considerado na sua integralidade (biológica, psíquica, física, mental e social), de modo que, a sociedade não será formada pela mente humana, mas sim pelas comunicações entre seres humanos (comunicação é a operação do sistema social).

Ademais, para Luhmann, na tradição humanista a moral é tida como uma cultura do bem, construída empiricamente, enquanto que pela teoria dos sistemas a história humanidade é concebida como uma evolução, um processo de adaptação e aprendizagem das condições sociais de convivência, assim, “uma teoria dos sistemas buscará distinguir, no sistema da sociedade, estruturas de êxito, funcionais ou não funcionais, relativamente avançadas ou atrasadas e tratará de discriminar as correspondentes metas de aprendizagem”.³⁴¹

Por fim, como último elemento diferenciador, Luhmann trata da autorreferência. Segundo o autor, na tradição humanista a moral é concebida como um elemento de consciência, ou seja, algo subjetivo que tem em si mesmo sua origem e justificação (um princípio moral será um princípio moral e ponto). Já na teoria dos sistemas, a moral é um elemento reflexivo que não se encerra em si mesmo, de modo que, a cada nova comunicação informações serão agregadas a ela.³⁴²

³³⁹ (...) moral es un proceso de codificación con la función específica de dirigir la comunicación entre estima por las vías de las condiciones de estima y, con ello, controlar la nivelación de las síntesis ego / ater. No se trata de un imperativo categórico ni de una ley que prescribe como la moral ocurre, sino que se trata del problema que ello implica. Por eso, hablamos preferentemente de "moralización" de temas, símbolos, estructuras, opiniones y expectativas, para indicar con qué extensión se emplean estos contenidos de sentido para la comunicación o metacomunicación de las condiciones de la estima o falta de estimación

LUHMANN, Niklas. La moral de la sociedad. Madrid: Trotta, 2013, p. 103

³⁴⁰ LUHMANN, 2013, p. 87

³⁴¹ Ibidem, 2013, p. 89

³⁴² Ibidem, p. 92

Com base em tais diferenciações, Luhmann afirma que a moral não será uma característica, uma questão inerente ao ser humano ou, ainda, vinculada ao cumprimento de determinadas normas, mas sim, será fruto de comunicação humana. Moral, portanto, será uma comunicação funcionalmente diferenciada.³⁴³

Vale destacar que enquanto comunicação, a moral não será um sistema parcial da sociedade, como ocorre com o direito, a política e a economia, pois, é uma função da sociedade, uma diferença dinâmica que possuiu uma amplitude tal que a confunde com a própria sociedade na medida em que existe a moralização individual, a interativa (reciprocidade), a referente às regras, bem como, a moralização da ação e sua consequência.³⁴⁴

A diferenciação dinâmica será para Luhmann o elemento que irá explicar que nem toda a função formará um sistema. De acordo com o autor, a moral irá integrar as relações intersubjetivas (ou seja, o sistema psíquico), e ao mesmo tempo, as organizações e o sistema da sociedade. Com efeito, ao mesmo tempo em que existe a consciência moral e o livre arbítrio, existem também, a moral das organizações, a moral política, econômica, jurídica, científica e artística.³⁴⁵

Assim, a moral será concebida por ser a comunicação sobre a estima e o menosprezo funcionalmente diferenciada que se expressa pelos códigos bem/mal e bom/mau, criando suas próprias premissas através das diferenciações dinâmicas relativas à imputação, valoração, estima, autoestima e menosprezo diversos de subjetividade.³⁴⁶

Portanto, pela teoria luhmanniana a moral não é uma construção subjetiva, mas uma forma de comunicação existente dentro dos subsistemas sociais, criada de forma dinâmica e de acordo com a construção autorreferencial de cada um dos sistemas.

3.3. O subsistema jurídico e a moral – os fundamentos da normatividade

Dentre todos os subsistemas sociais, o que mais se aproxima da moral e do comportamento humano é o sistema jurídico, na medida em que tanto a moral quanto o direito estão sujeitos a normas que regem a relação entre os indivíduos.

³⁴³ Ibidem, p. 92-93

³⁴⁴ LUHMANN, 2013, p. 92-93

³⁴⁵ Ibidem, p. 100-130

³⁴⁶ Ibidem, p. 110-130

A evolução do conceito de moral demonstrou que a mesma é um elemento que varia de acordo com o tempo e o espaço. Assim, é impossível utilizarmos uma fórmula exata para defini-la ou determina-la universalmente.

Por conta de tal fato, na busca pela cientificidade, os estudiosos da ciência do direito buscaram transportar para o campo jurídico metodologias, que muitas vezes aproximaram o direito de uma ciência exata, expurgando aspectos sociais e éticos do objeto de análise.³⁴⁷

Todavia, o direito e a moral são fenômenos sociais que não se excluem mutuamente e que precisam se relacionar na busca da promoção do bem estar social.³⁴⁸

A importância de tal relação é destacada por Paulo Nader que traça um paralelo entre sistema jurídico e a moral afirmando que:

Embora cada qual tenha seu objetivo próprio, é indispensável que a análise cuidadosa do assunto mostre a ação conjunta desses processos, evitando-se colocar um abismo entre o Direito e a Moral. Seria um grave erro, portanto, pretender-se a separação ou o isolamento de ambos como se fossem sistemas absolutamente autônomos, sem qualquer comunicação, estranhos entre si. O Direito, malgrado distinguir-se cientificamente da Moral, é grandemente influenciado por esta, de quem recebe valiosa substância.³⁴⁹

Ou seja, direito e moral não obstante se distinguirem, nunca se separarem.

Como demonstrado anteriormente, diversos doutrinários defendem que a concepção de moral evoluiu pautada na busca do bem, seja em relação ao indivíduo e sua felicidade, ou indivíduo e o bem estar social.

Neste contexto, a moral despontou como um conjunto de princípios e ideais éticos que pautam a vida em uma sociedade. São conceitos compartilhados pelos indivíduos que permeiam as condutas individuais enquanto inseridas em um determinado contexto social.

Da mesma forma, o direito é um conjunto de regras que irá disciplinar a vida em sociedade, buscando, assim como a moral, a ordem e o bem estar de todos.

Assim, por basicamente possuírem o mesmo objeto e a mesma origem, direito e o moral estão muito próximos.

³⁴⁷ LIMA. LIMA, 2014, p.9-10

³⁴⁸ LUHMANN, 2013

³⁴⁹ NADER, 2016, p. 35

De acordo com Adolfo Vázquez “moral e direito têm em comum uma série de características essenciais, e ao mesmo tempo, diferenciam-se por outros traços específicos”.³⁵⁰

Na busca de distinguir direito e moral, Alessandro Groppali³⁵¹ os separa entre os aspectos formais e de conteúdo. Seguindo a metodologia de Groppali, Paulo Nader assim distingue formalmente os referidos sistemas:

- a) *A determinação do Direito e a Forma não Concreta da Moral* – Enquanto o Direito se manifesta mediante conjunto de regras que definem a dimensão da conduta exigida ou fórmula de agir, a Moral, em suas três esferas, estabelece uma diretiva mais geral, sem particularizações.
- b) *A Bilateralidade do Direito e a Unilateralidade da Moral* – As normas jurídicas possuem uma estrutura imperativo-atributiva, isto é, ao mesmo tempo em que impõem um dever jurídico à alguém, atribuem um poder ou direito subjetivo a outrem. Daí se dizer que *cada direito corresponde um dever*. Se o trabalhador possui direitos, o empregador possui deveres. A Moral apresenta uma estrutura mais simples, pois impõe deveres apenas. Perante ela, ninguém tem o poder de exigir uma conduta de outrem, Fica-se apenas na expectativa de o *próximo* aderir às normas. Assim, enquanto o Direito é bilateral, a Moral é unilateral. Chamamos a atenção ao fato de que este critério diferenciado não se baseia na existência ou não de vínculo social. Se assim fosse, seria um critério ineficaz, pois tanto a Moral quanto o Direito dispõem sobre a convivência. A esta qualidade vinculativa, que ambos possuem, utilizamos a denominação alteridade, de alter, outro (...).
- c) *Exterioridade do Direito e Interioridade da Moral* – A partir de Tomásio surgiu o presente critério, desenvolvido por Kant, posteriormente, e conduzido ao extremo por Fichte. Afirma-se que o Direito se caracteriza pela exterioridade, enquanto a Moral, pela interioridade. Com isto se quer dizer, modernamente, que os dois campos seguem linhas diferente. Enquanto a Moral se preocupa pela vida interior das pessoas, como a consciência, julgando os atos exteriores apenas como meio de aferir a intencionalidade, o Direito cuida das ações humanas em primeiro plano e, em função destas, quando necessário, investiga animus do agente (...)
- d) *Autonomia e Heteronomia* - (...) Em relação ao Direito, este possui heteronomia, que significa sujeição ao querer alheio. As regras jurídicas são impostas independentemente da vontade de seus destinatários. O indivíduo não cria o *dever ser*, como acontece coma Moral autônoma. A regra jurídica não nasce da consciência individual, mas no seio da sociedade. A adesão espontânea às leis não descaracteriza a heteronomia do Direito.
- e) *Coercibilidade do Direito e Incoercibilidade da Moral* - Uma das notas fundamentais do Direito é coercibilidade. Entre os processos que regem a conduta social, apenas o Direito é coercível, ou seja, capaz de adicionar a força organizada do Estado, para garantir o respeito de seus preceitos (...). A Moral, por seu lado, carece de elemento coativo. É incoercível. Nem por isso as normas da Moral social deixam de exercer uma certa intimidação. Consistindo em uma ordem valiosa para a sociedade, é natural que a inobservância de seus princípios provoque uma reação por parte dos membros que integram o corpo social. Essa reação, que se manifesta de forma variada e com intensidade relativa, assume caráter não apenas

³⁵⁰ VAZQUEZ, 1008, p. 97

³⁵¹ GROPPALI, Alessandro. Introdução ao Estudo do Direito. Coimbra: editora Ltda, 1968, p. 75

punitivo, mas exerce também uma função intimidativa, desestimulante da violação das normas morais.³⁵²

Portanto, existem diversas distinções no âmbito formal entre o direito e a moral, que não obstante diferenciarem ambos os sistemas, também denotam uma proximidade entre eles.

Quer dizer, é patente a relação existente entre o sistema jurídico e o sistema moral. Por mais que existam diversas distinções, ambos são fenômenos sociais que se relacionam entre si e muitas vezes se confundem.

Então qual a razão para alguns juristas expurgarem a moral do direito?

O autor Fabio Konder Comparato, em sua obra intitulada *Ética*, realizou um estudo sobre o desenvolvimento do direito, da religião e da moral, abordando historicamente as ideias dos principais autores do mundo moderno sobre os sistemas sociais. Ao abordar a temática da separação entre o direito e a moral, Comparato afirma que:

(...) ao criticar o idealismo hegeliano, Marx tendeu a reduzir a ética em geral, e o direito em particular a simples sublimados da realidade econômica. As classes dominantes, por meio de disfarces ideológicos, transformariam o seu interesse particular em interesse geral de toda a sociedade, de modo a fazer do sistema ético-jurídico uma justificativa de sua dominação social.³⁵³

Se retrocedermos à evolução do pensamento econômico e à evolução do Estado, abordados anteriormente, podemos notar que tal lógica é de certa forma válida. De fato, direito e a moral são os principais instrumentos de controle social, de modo que, através dos mesmos é possível manter a ordem da sociedade. Mas não só isso, também possível controlar o poder político.³⁵⁴

Com base em tais premissas, no século XIX surge o positivismo jurídico que para Comparato:

(...) opera-se da mesma forma de uma redução ou simplificação da vida social, não já sob a forma de estruturas superpostas, mas de compartimentos estanques: o direito, como sistema normativo, existe

³⁵² NADER, 2016, p. 40-41

³⁵³ COMPARATO, Fabio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 355

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 355

independente da moral, da realidade econômica e das formas de organização política.³⁵⁵

Ou seja, houve toda uma evolução no pensamento social que levou aos juristas a buscarem uma solução para a concepção do direito como um mero instrumento estatal.

Foi necessário que a sociedade passasse por uma Revolução Industrial e uma mudança nos paradigmas sociais para então iniciar um processo de cientificidade no campo jurídico que pensasse o direito como um sistema dissociado dos demais.³⁵⁶

Na ocasião, as ciências naturais utilizavam satisfatoriamente o método experimental (observação de fatos que podem ser comprovados), assim, os positivistas buscaram aplicar tal metodologia à ciência jurídica.³⁵⁷

Dessa forma, a escola positivista transportou para o campo da ética e do direito um raciocínio próprio de ciências exatas, utilizando uma metodologia de observação da norma.³⁵⁸

O positivismo teve expoentes como Augusto Comte e John Austin, mas o que mais se destacou foi Hans Kelsen, responsável por criar uma “teoria pura do direito”.³⁵⁹

De acordo com Hans Kelsen:

Se supusermos que o Direito é, por sua essência, moral (tem caráter moral), então não faz qualquer sentido a exigência – feita sob o pressuposto da existência de um valor moral absoluto – de que o Direito deve ser moral. Uma tal exigência apenas tem sentido, e a Moral para efeito pressuposta somente representa um critério de valoração relativamente ao Direito, quando se admita a possibilidade de um Direito imoral, de um Direito moralmente mau, e, por consequência, quando na definição de Direito não entre o elemento que representa um conteúdo moral. Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para os não confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que pressupõe que apenas existe uma única Moral válida – que é portanto, absoluta – da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito Positivo deve corresponder

³⁵⁵ Idem.

³⁵⁶ COMPARATO, 2016, p. 355

³⁵⁷ Idem

³⁵⁸ Idem

³⁵⁹ Idem

a um determinado sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis.³⁶⁰

Desta feita, para Kelsen a Ciência Jurídica não poderia se ocupar do sistema moral, pois, eles inúmeros e variados. Assim, se o ordenamento jurídico buscar validade no sistema moral, ele estará valorando apenas um dentre todos os sistemas morais vigentes.³⁶¹

Com efeito, ao buscar compreender o que o Direito, Kelsen não nega a existência da moral, ele apenas a ignora, não levando sua interferência em consideração.

Ao analisar o racionalismo de Kelsen, José Edmilson de Souza Lima e Sandra Maciel de Souza Lima, explicam que:

(...)Kelsen acredita ter separado o Direito de todos os focos de contaminação e impurezas externas e de ter fundado uma ciência do direito (positivo) -não uma política do direito -capaz de descrever as aplicações realizadas pelos operadores do direito. Kelsen, alinhado à tradição de pensamento social alemã, situa o campo de conhecimento jurídico no campo mais amplo das ciências do espírito—para Weber (1977), ciências da cultura - não no das ciências físicas e isto é suficiente para compreendermos sua escolha pela descrição em vez da explicação dos fenômenos jurídicos. Se a explicação tem lugar privilegiado nas ciências físicas, vez que estas se instituíram e se consolidaram por meio da investigação das relações de causa e efeito entre fenômenos físicos, no campo das ciências do espírito não faz sentido tentar investigar estas mesmas relações por uma razão deveras singela, elas não existem. Diante deste limite, Kelsen apresenta como mais adequado falar em descrição de um fenômeno jurídico que, a rigor, implica descrever como um operador jurídico confere ou “empresta” sentido jurídico a um fato social específico. A crença de Kelsen parece ser a de que é possível descrever.³⁶²

Portanto, Kelsen delimitou o campo de análise do Direito, restringindo esses a fenômenos jurídicos. Segundo Kelsen:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É a teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É a ciência jurídica e não política do Direito.³⁶³

³⁶⁰ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 75

³⁶¹ KELSEN, 2000, p. 1

³⁶² LIMA. LIMA, 2014, p.9-10

³⁶³ KELSEN, 2000, p. 1

Como se pode observar, ao expurgar do direito a moral e a relação com outros sistemas sociais, o positivismo criou uma forma de superioridade da ordem jurídica e da necessidade de vinculação de todos, inclusive o Estado, às normas, trazendo segurança jurídica nas relações, pois, se todos se submetem a mesma norma, há uma previsibilidade daquilo que é legal e aquilo que é passível de sanção. Assim como, há uma uniformização nas práticas sociais, fazendo com que todos se submetam as mesmas relações asseguradas pela ordem jurídica vigente.³⁶⁴

A partir da teoria kelseniana, todo o sistema jurídico busca validade na norma fundamental (Grundnorm) que de acordo com Kelsen “é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade em comum”.³⁶⁵

Nota-se que tal segurança nas relações, principalmente privadas, é um elemento essencial para o desenvolvimento de uma economia capitalista. A partir da uniformização de práticas sociais e segurança na relação envolvendo indivíduos e Estado cria-se a campo ideal para o desenvolvimento do mercado e das práticas voltadas ao consumo.³⁶⁶

De acordo com Comparato:

Não foi por mera coincidência que o avanço internacional do capitalismo deu-se, historicamente, *pari passu*, a difusão do pensamento positivista no campo do direito.

Convém lembrar que a regra do precedente, no direito inglês, ou seja, o dever para os juízes de respeitar as anteriores decisões judiciais sobre o mesmo assunto (*stare decisis*), só se tornou legalmente obrigatória na primeira metade do século XIX, coincidindo com o nascimento do *analytical jurisprudence*. Na mesma época, a escola da Exegese, na França, passou a propugnar a interpretação literal dos dispositivos da codificação napoleônica. Em ambos os sistemas jurídicos, os valores políticos supremos foram a certeza e a segurança jurídicas, com a exata previsibilidade das decisões judiciais, como parâmetro invariável para o desenvolvimento da atividade empresarial.³⁶⁷

A evolução do pensamento econômico, abordada na seção anterior, nos mostrou que a ordem e a segurança nas relações privadas são princípios essenciais no pensamento liberal-capitalista. Neste contexto, um sistema jurídico estável e

³⁶⁴ LIMA. LIMA, 2014, p. 12

³⁶⁵ COMPARATO, 2016, p. 217

³⁶⁶ Ibidem, p. 366

³⁶⁷ Ibidem, p. 366

previsível é condição necessária para trazer a referida segurança, pautando a atuação dos indivíduos e do Estado na sociedade e na interferência aos demais sistemas sociais.³⁶⁸

Assim, a legitimidade do sistema jurídico precisa ser aferida dentro do conceito de segurança e ordem, o que não é possível se buscarmos a legitimação no sistema moral e ético.³⁶⁹

Com efeito, faria todo o sentido as concepções do positivismo, que trazem a legitimidade do sistema jurídico no próprio sistema. Ou seja, através de um critério intrínseco. Um exemplo disso é o fato de que para Kelsen, o ordenamento jurídico é uma formação escalonada de normas, na qual, as normas inferiores buscam validade nas superiores, até atingirem a norma fundamental.³⁷⁰

Quer dizer, o ordenamento jurídico se autolegitima, não precisando buscar em outros sistemas, como o moral, qualquer elemento de validade.

A realidade jurídica, portando, não precisa de valorações morais e éticas para se legitimar, assim, segundo Comparato, “toda ordem jurídica, pelo simples fato de existir e funcionar segundo uma regularidade lógica interna, é necessariamente justa”.³⁷¹

Fugindo da ideia de justiça, mas também buscando a normatividade social sem um fundamento moralista, Luhmann defende que a dicotomia ser/dever não é uma resposta a normatividade social, pois, não há ser sem o dever ser., sendo que o dever será a maneira como o ser humano irá se relacionar com o mundo e não com as normas.³⁷²

Assim, de acordo com o sociólogo, os sistemas sociais constroem normas e fazem uso delas por conta das condições essenciais de vida em sociedade, que por sua vez, independem de decisões momentâneas de cada indivíduo, ou do consenso geral e da improvisação convincente (retórica).³⁷³

Segundo o autor, o ser humano, enquanto integrante da sociedade, seleciona dentre diversas possibilidades desconhecidas aquela que irá lhe propiciar maior possibilidade e capacidade de adaptação (entendida como aceitação).³⁷⁴

³⁶⁸ COMPARATO, 2016, p. 367

³⁶⁹ Idem

³⁷⁰ Ibidem, 365

³⁷¹ Ibidem, p. 366

³⁷² LUHMANN, 2013, p. 45

³⁷³ Idem

³⁷⁴ Ibidem, p. 45-60

Dessa forma, por mais que o indivíduo se caracterize por sua complexidade e contingência, a vida em sociedade é caracterizada pela estabilização das expectativas, contexto este que faz como que a norma tenha a função de estruturar as expectativas, diminuindo as inseguranças.³⁷⁵

Nesse ponto, vale destacar que expectativa, de acordo com o sociólogo, não corresponde a um desejo pessoal, uma ânsia, mas sim a um modelo integrado e consistente vinculado à uma decepção – um modelo de transgressão, um comportamento violador na norma, situação que eleva a mesma a uma condição não moralista.³⁷⁶

Luhmann esclarece que nessa concepção não moralista de norma, na sociedade moderna, diante da diversidade de expectativas, muitas vezes a moral e o subsistema jurídico acabam por projetar ações diferentes. Para exemplificar tal pensamento, o autor afirma que não são raros os casos em que um ladrão tem conhecimento da reprovabilidade da conduta de roubar, mas acaba justificando o comportamento transgressor com base em sua condição de vida, ou seja, a norma seria uma forma de agressão a ele na medida em que não contempla a sua particularidade, o que denota uma dupla decepção, a psíquica e a social.³⁷⁷

Dessa construção Luhmann afirma que existem três expectativas são elas: a) do ego para com o alter; b) do alter para com o ego, e, c) a expectativa sobre as expectativas, condição está na qual reside a normatividade social. Assim, a norma não será um conjunto de regras de conduta que servem de parâmetro ao dever moral, mas sim uma forma de institucionalização de expectativas, fazendo com que o dever seja:

o comportamento seletivo frente à complexidade, a expectativa de expectativa, a diferenciação entre expectativas cognitivas e normativas junto com estruturas e processos necessários para sua estabilização, assim como a provisão e coexpectativa de modos de explicação e explicações de decepções satisfatórias.³⁷⁸

Dessa forma, a norma é uma seleção de expectativas e o dever-se será a realidade, na medida em que a decepção é um fato relevante. Assim, as expectativas normativas implicam em uma ausência de prontidão para lidar com a

³⁷⁵ LUHMANN, 2013, p. 43

³⁷⁶ Ibidem, p. 44

³⁷⁷ Idem.

³⁷⁸ Ibidem, p. 45

decepção em relação às expectativas, enquanto que as expectativas cognitivas serão flexíveis, pois, o alter e o ego poderão mudar a sua expectativa caso ocorra uma decepção.³⁷⁹

Com efeito, na relação entre o ser e o dever-se, as expectativas serão sempre fática, construídas através da comunicação (se ficou na consciência não serão levadas em consideração pela sociedade).³⁸⁰

Neste contexto, ao contrário de Kelsen, Luhmann defende a adequabilidade do direito por conta da abertura do sistema. Isto porque, a norma seria uma alternativa selecionada dentre as várias possibilidades de expectativas, que só será construída quando existir uma estabilidade da expectativa e comportamentos, que por sua vez, só ocorre quando as pessoas não aceitam mais a decepção de suas expectativas.³⁸¹

Vale ressaltar que para a teoria luhmanniana a norma será, portanto, um programa condicional representado pelo enlace do ser e dever-ser (se x, então y) que independe da satisfação da expectativa. Contudo, se a norma não atender a expectativa ou não configurar um comportamento transgressor, ela não pode ser considerada como norma, pois, não possuirá validade social.³⁸²

A partir da relação entre sistemas, como já mencionado, a função do direito (relação do subsistema jurídico com o sistema social como um todo) é a estabilização de expectativas normativas e regulação de condutas. Dessa forma, o direito se presta à resolver os conflitos de todos os outros sistemas, oferecendo regulamentações jurídicas e planificações aos outros subsistemas sociais.³⁸³

Com base na função do direito, Luhmann defende que a Constituição será um acoplamento estrutural entre política e direito, regido pelas normas constitucionais, pois, será ela que irá viabilizar que o código lícito/ilícito se torne algo relevante para o sistema político, e o código do sistema político (poder/não-poder) influencie diretamente o direito. Como consequência, os outros subsistemas sociais precisam de autorização constitucional para que sejam relevantes para o direito e para a política.³⁸⁴

³⁷⁹ LUHMANN, 2013, p. 45

³⁸⁰ Idem

³⁸¹ LUHMANN, 1983, p. 112

³⁸² Idem

³⁸³ Idem

³⁸⁴ Ibidem, p. 114

Quer dizer, a Constituição irá permitir que se obtenha uma solução do direito para um problema de autorreferência política e uma solução política para uma problemática jurídica.³⁸⁵

Luhmann esclarece que dentro desse contexto, a Constituição desponta como um mecanismo de autonomia operacional do sistema jurídico, construindo uma hierarquização interna na qual o texto constitucional é o grau último para fechamento do sistema. Todavia, tal mecanismo não engessa o direito, mas sim, o torna flexível ao prever dentro de sistemas procedimentais a aprendizagem, viabilizando maiores complexidade do sistema e afastando a utilização do direito natural.³⁸⁶

Portanto, segundo o autor, o direito atua como um sistema imunizador para a sociedade, permitindo a resolução de situações não previstas sem o conhecimento de todos os fatores que levaram a contradição e ao conflito. Tal característica permite que o direito se torne sensível à realidade social, desenvolvendo plenamente sua função sem a adoção de fundamentos definitivos, pois, com isso se perderia o sentido da normatividade.³⁸⁷

Portanto, em resumo, a moral não será um subsistema independente, mas sim, um elemento integrante de todos os subsistemas, inclusive o direito, exteriorizada com base na comunicação. Contudo, o sistema jurídico para cumprir sua função, não estará atrelado a elementos moralistas, mas sim a estabilização de expectativas que se dá através da Constituição, que por sua vez, é um mecanismo interno do direito, construído com influências do subsistema político. Destaca-se que, por conta da influência que sofre de outro subsistema, o direito será um sistema flexível sensível a realidade social.

Nesse ponto, vale destacar as críticas de Jürgen Habermas ao pensamento luhmanniano.

Conforme já demonstrado, o Estado evoluiu em tamanha proporção junto com o sistema econômico, que atualmente já não atende os anseios sociais, mas sim, utiliza de todos os instrumentos que possui para manutenção do poder político.³⁸⁸

Retomando as ideias de Habermas abordadas na seção anterior, é possível notar o Estado utiliza o direito e as políticas públicas para alienar os indivíduos de sua participação política e da sua consciência sobre seu papel social. Assim, sob a

³⁸⁵ LUHMANN, 1983, p. 130

³⁸⁶ Idem

³⁸⁷ Idem

³⁸⁸ HABERMAS, 2009

premissa de que irá assegurar os direitos mínimos existenciais, o Estado cria um mecanismo de manutenção do poder, tornando o indivíduo um elemento do sistema econômico, voltado ao consumo e alienado à política, bem como, à realidade social.³⁸⁹

Nota-se que Habermas defende um direito dissociado da política, enquanto Luhmann afirma que o sistema jurídico e político devem se relacionar, a fim de trazer o direito mais sensibilidade perante a realidade social.

Independente da crítica de Habermas, é certo que o direito é um subsistema social e se relaciona com os demais subsistemas, tendo eles como ambiente para criação de sua autopoiese e autorreferência. Assim, na dinâmica da sociedade moderna não é possível conceber um sistema jurídico dissociado de seu ambiente, e, portanto, dissociado da política.³⁹⁰

Neste contexto, a Constituição será um importante mecanismo que afastará deturpações e estabilizará as expectativas sociais, fazendo com que o direito cumpra sua função sem tornar a normatividade um conceito moralista.³⁹¹

³⁸⁹ HABERMAS, 2009

³⁹⁰ LUHMANN, 1983

³⁹¹ Idem.

4. A MORALIDADE TRIBUTÁRIA E O SUBSISTEMA JURÍDICO

O direito, enquanto subsistema social interage com outros subsistemas (político, econômico, etc.), influenciando e sendo por eles influenciado. Assim, ao analisar a atuação da moral na tributação, se faz necessário conceituar o sistema jurídico brasileiro, para então definir no que consiste a moralidade tributária a partir da análise da normatividade desvinculada do moralismo da teoria do sistema social de Niklas Luhmann.

4.1. O sistema jurídico constitucional brasileiro

Como visto anteriormente, o direito integra o sistema social e recebe influência dos demais subsistemas sociais, sendo que, através de mecanismos próprios (como a Constituição) se aproxima da sociedade, resolvendo conflitos, regulando condutas, estabilizando as expectativas e servindo como um sistema imunizador dos demais sistemas sociais.³⁹²

Ademais, também como visto anteriormente, independente do Estado-Nação, todo sistema jurídico será formado de elementos de comunicação cujo comando é uma significação do código lícito/ilícito, característica essa também existente em nosso ordenamento jurídico.

Ao estudar o sistema constitucional brasileiro, Paulo de Barro Carvalho afirma que a ordem jurídica brasileira é “um sistema de normas, algumas de comportamento, outras de estrutura, concebido pelo homem para motivar e alterar a conduta no seio da sociedade”.³⁹³

Destaca-se que, o conceito de sistema inicialmente está ligado à ideia de um conjunto de elementos individualizados, que se relacionam entre si, integrados a uma realidade maior. Tal estrutura é adotada pelo sistema jurídico, cuja formação se dá através das normas jurídicas.

Contudo, o sistema jurídico não é um conjunto de normas ordenadas em um mesmo plano e sim uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de

³⁹² LUHMANN, 1983, p. 114

³⁹³ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 155-156

normas jurídicas, na qual, segundo afirma Hans Kelsen “a Constituição representa o escalão de Direito Positivo mais elevado”³⁹⁴.

Portanto, o ordenamento jurídico nada mais é do que um sistema, formado por normas, que se relacionam entre si, dentro de uma hierarquia, na qual a lei maior, fundamento último, será a Constituição Federal.

Explicando tal construção, Roque Antonio Carrazza afirma que:

O ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas, dispostas hierarquicamente. Das normas inferiores, criadas por particulares (os contratos), às constitucionais, forma-se aquilo que se convencionou chamar de pirâmide jurídica. Nela, as normas inferiores buscam validade nas normas que lhes são superiores e, assim, sucessivamente, até as normas constitucionais. É isso que Kelsen queria significar quando apregoava que “(...) o fundamento de validade de uma norma apenas poder ser a validade de um outra norma”.³⁹⁵

Dessa forma, dentro do sistema jurídico há uma relação de hierarquia, na qual as normas inferiores buscam validade nas normas superiores. Neste contexto, a Constituição Federal desponta como principal fundamento de validade das demais normas do sistema jurídico brasileiro.

Paulo de Barros Carvalho defende que o sistema constitucional brasileiro “é composto por subsistemas que se entrecruzam em múltiplas direções, mas que se afunilam na busca de seu fundamento último de validade semântica, que é a Constituição do Brasil”.³⁹⁶

No mesmo sentido, Carrazza afirma que a “Constituição, num Estado-de-Direito, é a lei máxima, que submete todos os cidadãos e os próprios Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Uma norma jurídica só será considerada válida se estiver em harmonia com as normas constitucionais”.

Tal pensamento, analisado pela perspectiva da teoria luhmanniana, demonstra como a comunicação ocorre internamente no sistema jurídico através de um mecanismo próprio que fornece validade aos enunciados.³⁹⁷

Segundo Paulo de Barros Carvalho a constituição:

(...) constituiu também um subsistema, o mais importante, que paira, sobranceiro, sobre todos os demais, em virtude de sua privilegiada posição

³⁹⁴ KELSEN, 2000, p. 155

³⁹⁵ CARRAZZA, 2002, p. 28

³⁹⁶ Ibidem, p. 156

³⁹⁷ LUHMANN, 1983

hierárquica, ocupando o tópico superior do ordenamento e hospedando as diretrizes substanciais que regem a totalidade do sistema jurídico nacional.³⁹⁸

Quer dizer, a Constituição para autor, assim como para Luhmann, será responsável por construir uma hierarquia interna no direito, permitindo que o código lícito/ilícito seja relevante para todos os demais subsistemas sociais.

Portanto, a Constituição será o instrumento de organização do Estado, traçando as características da nossa organização social.

Compondo o todo deste sistema normativo, há subsistemas, tidos como parciais, que versam sobre diversas matérias. Nesse contexto, segundo afirma Geraldo Ataliba, o sistema constitucional é formado por normas constitucionais e “o conjunto de normas da Constituição que versa sobre a matéria tributária forma o sistema (parcial) constitucional tributário”³⁹⁹.

4.2. O sistema constitucional tributário

O sistema jurídico é um sistema de amplitude integrante do sistema social e assim como tal, possui subconjuntos nele existente determinados pela natureza das entidades normativas que estão legitimadas pela mesa fonte – a Constituição Federal.⁴⁰⁰

Neste contexto, o subsistema jurídico tributário é parte integrante da Constituição que para Paulo de Barros Carvalho:

(...) realiza as funções de todo, dispondo sobre os poderes capitais do Estado, no campo da tributação, ao lado de medidas que asseguram as garantias imprescindíveis à liberdade das pessoas, diante daqueles poderes.

Empreende, na trama normativa, uma construção harmoniosa e conciliadora, que visa atingir o valor supremo da certeza, pela segurança das relações jurídicas que se estabelecem entre Administração e administrados. E, ao fazê-lo, enuncia normas que são verdadeiros princípios, tal o poder aglutinante de que são portadoras, permeando, penetrando e influenciando um número inominável de outras regras que lhe são subordinadas.⁴⁰¹

³⁹⁸ CARVALHO, 2009, p. 156

³⁹⁹ ATALIBA, Geraldo. Sistema Constitucional Tributário Brasileiro. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966 p. 20.

⁴⁰⁰ CARVALHO 2009, p. 157

⁴⁰¹ Ibidem, p. 156-157

Como se pode observar, a Constituição Federal destina à matéria tributária fartos preceitos que subordinam as demais normas.

Analisando tal característica, Geraldo Ataliba afirma que:

O sistema constitucional tributário brasileiro é o mais rígido de quantos se conhece, além de complexo e extenso. Em matéria tributária tudo foi feito pelo constituinte, que afeiçãoou integralmente o sistema, entregando-o pronto e acabado ao legislador ordinário, a quem cabe somente obedecê-lo, em nada podendo contribuir para plasmá-lo⁴⁰².

Com efeito, o legislador constituinte brasileiro prescreveu exaustivamente os casos em que os entes políticos poderiam exercer a tributação, esgotando na Constituição a matéria tributária e delegando ao legislador ordinário apenas a função de regulamentar.

O sistema tributário brasileiro, portanto, foi totalmente moldado pelo legislador constituinte, que não possibilitou a lei ordinária criar coisa alguma, ou até mesmo introduzir variações, em matéria tributária que não estivessem expressamente previstas no texto constitucional.⁴⁰³

Cabe destacar que, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal outorgou ao Estado o poder de tributar, também preservou os direitos dos particulares, por meio de limitações.

Com base em tal fato, Paulo de Barros Carvalho afirma que:

O quadro das imposições tributárias, no Brasil, encontra-se sob o influxo de muitos princípios constitucionais. Atuam sobre essa área postulados constitucionais genéricos, que se irradiam por toda a ordem jurídica, ativando e ao mesmo tempo tolhendo o Estado nas relações com seus súditos, e princípios constitucionais especificamente canalizados para o terreno dos tributos, conhecidos como princípios constitucionais tributários.⁴⁰⁴

Dessa forma, compondo o sistema jurídico tributário encontramos normas e princípios que irão se irradiar pelo ordenamento jurídico, regulando a relação entre o Estado e os particulares.

Partindo da teoria sistêmica, de que o direito é um sistema integrando do sistema social, é impossível não imaginar que normas jurídicas estejam

⁴⁰² CARVALHO, 2009, p. 157

⁴⁰³ ATALIBA, 1966, p. 20

⁴⁰⁴ CARVALHO, 2009, p. 158

impregnadas de valores. Tais componentes axiológicos (normas com valores) são conhecidos como princípios.

Paulo de Barros Carvalho afirma que “utiliza-se o termo princípios para denotar as regras de que falamos, mas também se emprega a palavra para apontar normas que fixam importantes critérios objetivos, além de ser usada, igualmente, para significar o próprio valor”.⁴⁰⁵

De acordo com o autor, compondo o texto constitucional, há normas que veiculam apenas regras de conduta, enquanto, outras veiculam diretrizes para todo o ordenamento jurídico. Estas são denominadas princípios, e são encontradas no transcorrer de todo o texto constitucional, explícita e implicitamente.⁴⁰⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello assim define princípios:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes de todo unitário que há pó nome sistema jurídico positivo.⁴⁰⁷

No entendimento de Paulo de Barros Carvalho:

Os princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Exercem eles uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença. Algumas vezes constam de preceito expresso, logrando o legislador constitucional enunciá-lo com clareza e determinação. Noutras porém, ficam subjacentes à dicção do produto legislado, suscitando um esforço de feito indutivo para percebê-los e isolá-los. São os princípios implícitos.⁴⁰⁸

Já Roque Antonio Carrazza conceitua princípio nos seguintes termos:

(...) normas qualificadas, exibindo excepcional valor aglutinante: indicam como devem aplicar-se as normas jurídicas, isto é, que alcance lhes dar, como combiná-las e quando outorgar precedência a algumas delas.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ CARVALHO, 2009, p. 159

⁴⁰⁶ Idem

⁴⁰⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

⁴⁰⁸ CARVALHO, 2009, p. 163

⁴⁰⁹ CARRAZZA, 2006, p. 46

Dessa forma, os princípios são orientações à atuação das demais normas, de modo que, tanto as leis quanto atos normativos devem se submeter a estes preceitos constitucionais.

De acordo com Roque Antonio Carrazza, o termo princípio, etimologicamente “encerra a ideia de começo, origem, base. Em linguagem leiga é, de fato, o ponto de partida e o fundamento (causa) de um processo qualquer”.⁴¹⁰

Com efeito, princípio nada mais é do que o alicerce, um ponto de partida, servindo como pedra angular de qualquer sistema.

Ratificando tal pensamento, Geraldo Ataliba sustenta que:

O caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa de reconhecimento coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário integrado a uma realidade maior.
(...) A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina sistema.⁴¹¹

Portanto, sistema é a uma reunião ordenada de vários elementos que conjuntamente formam um todo e individualmente se sustentam mutuamente.

Neste contexto, Carrazza afirma que os elementos que dão razão aos outros “chamam-se princípios, e o sistema é tanto mais perfeito quanto em menor número existam”.⁴¹²

Demetrius Nichele Macei, ao analisar nosso ordenamento jurídico, defende existir um extenso número de princípios que regulamenta a matéria tributária. Por esta razão, se faz necessário entender a atuação dos princípios dentro do sistema jurídico.⁴¹³

Partindo do conceito de sistema, cuja construção já foi demonstrado pela adoção de critério unitários complementados pela teoria do ordenamento jurídico e da norma fundamental, temos que os princípios se consubstanciam em diretrizes, verdadeiros alicerces para todo o ordenamento jurídico.⁴¹⁴

⁴¹⁰ CARRAZZA, 2006, p. 39

⁴¹¹ ATALIBA, 1966, p. 4

⁴¹² CARRAZZA, 2006, p. 31

⁴¹³ MACEI, Demetrius Nichele. A verdade material no Direito Tributário: a cidadania fiscal administrativa e judicial. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 115.

⁴¹⁴ Ibidem, p. 113

Portanto, os princípios se diferenciam das demais regras previstas no ordenamento jurídico, pois, por sua carga axiológica, são os alicerces das demais disposições normativas. Ademais, os princípios não possuem hierarquia entre si, mas, dependendo do direito a ser tutelado, alguns princípios terão maior relevância sobre outros.⁴¹⁵

Quando falamos de princípio, é necessário trazer a lume o pensamento de Ronald Dworkin, por ser ele um dos grandes defensores da aplicação de princípios no direito.

Pode-se esclarecer, através da teoria de Dworkin, por meio da adoção de direitos concebidos deontologicamente, de que forma a prática de decisão judicial é capaz de satisfazer as exigências da segurança e do direito, incluindo-se, também, a aceitabilidade racional.⁴¹⁶

Desta forma, Dworkin critica o realismo, pois sustenta a possibilidade e necessidade de decisões que consistam nas regras, regras estas que garantem uma medida que seja suficiente a garantir o direito. O autor critica também o positivismo, já que aponta que a possibilidade e necessidade de decisões *corretas*, ocorre em conformidade com o conteúdo legitimado à luz de princípios e não apenas de procedimentos.⁴¹⁷

Contra a hermenêutica ocorre uma pré-compreensão, que é determinada por princípios, não devendo entregar o juiz a histórias de tradições autoritárias, detentoras de conteúdo normativo, mas sim obrigá-lo a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito.

Para Dworkin os direitos detêm validade positiva e merecem reconhecimento através da justiça.⁴¹⁸

Embora Dworkin seja um dos mais importantes defensores da teoria dos princípios, a adequada compreensão de tais princípios somente pode ser realizada em uma amplitude contextual abrangendo o direito como integridade, por meio do qual os princípios detenham uma essencialidade, principalmente na solução de casos mais complexos.⁴¹⁹

⁴¹⁵ MACEI, 2013, p. 115

⁴¹⁶ DWORKIN, Ronald. Is Law a System of Rules? In: DWORKIN, Ronald (ed.). The Philosophy of Law, p. 59-60

⁴¹⁷ DWORKIN, p. 58

⁴¹⁸ Idem

⁴¹⁹ Ibidem, 41

Essa nova compreensão do direito fundada em diferentes tipos de normas jurídicas, formadas por regras e princípios, a fim de solucionar estes casos complexos, para os quais apenas o positivismo não seria capaz de encontrar uma solução adequada.⁴²⁰

Importante informar, de acordo com o autor, há diferença entre princípios e regras, já que os princípios dividem-se em diretrizes políticas (*policies*) e princípios em sentido estrito (*principle*). Para Dworkin a classificação das normas jurídicas ocorre no seguinte sentido: em primeiro os *princípios no sentido genérico*, subdividindo-se em princípios em sentido estrito (diretriz que deve ser implementada e respeitada por ser uma exigência da justiça ou equidade ou alguma dimensão moral; e diretrizes políticas (diretriz que estabelece objetivos a serem alcançados pela comunidade – melhoria de área econômica, política ou social). Em segundo as *regras*, que mostram-se como normas sobre as quais encontram-se em mesmo grau hierárquico, não podendo ser considerada uma mais importante que a outra, sendo assim se houver conflito entre duas regras, nenhuma será válida.⁴²¹

Para diferentes tipos de normas, aplicam-se diferentes tipos de resolução de conflitos, que se modificam com o tipo de norma a ser aplicada, veja-se: o *conflito entre regras* resolve-se através do tudo ou nada (*all or nothing*), ou seja, a solução da controvérsia requer a invalidade de uma das regras conflitantes, ou uma cláusula de exceção entre elas. Por outro lado, o *conflito entre princípios em sentido estrito* pode ser solucionado na dimensão do peso, e não da validade, já que aferido pela premissa de uma leitura moral da Constituição, que é orientada em princípios pelo juiz Hércules de modo que seja tomada a melhor decisão para a aplicação do direito ao caso.⁴²²

Neste contexto, os problemas entre as diretrizes políticas podem ser resolvidos fora do poder judiciário através dos poderes atuantes no campo essencialmente político.

O juiz Hércules, figura criada por Dworkin, é um símbolo das qualidades excepcionais que devem ser atribuídas ao juiz a fim de reconstruir o direito vigente a ser aplicado em cada caso, para atingir a melhor decisão possível, mediante a leitura moral dos princípios, já que uma decisão jurídica de um caso particular só

⁴²⁰ DWORKIN, p. 43

⁴²¹ Ibidem, p. 48

⁴²² DWORKIN, Ronald. O império do Direito, tradução Jefferson Luiz. Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. – 2 ed. - São Paulo. : Martins Fontes. 2007. p. 377-492

pode ser considerada correta, quando é possível ser encaixada em um sistema jurídico coerente.⁴²³

A garantia da correção do direito ocorre a partir de uma reconstrução racional e coerente do direito vigente, analisada a partir de uma leitura moral dos direitos individuais. Tal construção parte de uma proposta liberal do direito, por meio da leitura moral dos princípios liberais, em que os direitos são entendidos como limite ao poder Estatal.⁴²⁴

Reconhece-se então o princípio da integridade, que necessita ser admitido por todos os membros da comunidade do direito (dignos de igual respeito e consideração).⁴²⁵

Desta forma, Hércules deve reavaliar todos os precedentes judiciais para melhor interpretar o direito, com base em uma leitura moral dos direitos individuais, fundada no tratamento igualitário de respeito e consideração a todos.⁴²⁶

Acerca da reconstrução do direito em cada caso concreto, com base nos precedentes, o juiz deve tomar a decisão de novos casos em coerência com todas as decisões previamente tomadas. Sendo assim, tal procedimento adotado pelo juiz é semelhante ao procedimento adotado por um escritor de romance em cadeia (elabora novo capítulo em harmonia com os capítulos anteriores). Essa metáfora do romance em cadeia, adotada por Dworkin, é útil já que denota a exigência de que cada uma das decisões judiciais tomadas necessita de integração harmônica ao sistema de direitos, de modo que a coerência é a palavra chave da compreensão do direito como integridade, pois harmoniza passado, presente e futuro.⁴²⁷

Quer dizer, o juiz não pode se prender apenas à sua retrospectiva, devendo abandonar, a qualquer tempo, os precedentes inadequados para a resolução de conflitos. O juiz deve atentar-se a apresentar a melhor decisão orientada por princípios e voltada para o futuro.

O direito age como integridade, começa no presente e volta ao passado caso seu enfoque contemporâneo assim o determine. Dworkin pretende justificar o que os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram, o que eles fizeram, a fim de que a prática atual possa ser organizada e também justificada por meio de

⁴²³ DWORKIN, 2007, p. 377

⁴²⁴ Idem

⁴²⁵ Ibidem, p. 372

⁴²⁶ Idem

⁴²⁷ DWORKIN, p. 372

princípios para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade ultrapassa o mecanismo do antigo ponto de vista de que lei é apenas lei, ou o cinismo do novo realismo, são considerados esses pontos como enraizados na falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei.⁴²⁸

Quando um juiz destaca que um determinado princípio encontra-se imbuído no direito, tal opinião não reflete uma afirmação ingênua acerca dos motivos dos estadistas do passado, afirmação que um cínico poderia refutar facilmente, mas reflete uma proposta interpretativa, pois o princípio ajusta-se a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica, ou seja, oferece uma forma atraente de ver a coerência de princípio que a integridade requer na estrutura dessa prática.⁴²⁹

A história, os precedentes são reconstruídos pelo intérprete a fim de atingir a próxima decisão de maneira coerente com a tradição antecedente. Podem ocorrer inovações e até mesmo a construção de uma nova interpretação, ainda que nova, desde que coerente com a história que a precede, de modo a adequar a situação a uma compreensão nova da realidade social, amparada em uma nova leitura moral dos princípios constitucionais, buscando a melhor decisão para determinado caso.⁴³⁰

Neste ponto a teoria da integridade rompe com o ceticismo e o relativismo do positivismo, já que admite que existe somente uma decisão correta a ser aplicada em cada caso. E é esta única decisão correta que decorre da melhor leitura moral dos princípios a serem aplicados em cada caso.⁴³¹

A interpretação judicial não reflete preferência, principalmente pelo motivo de não existir ao intérprete opção de respeitar ou não os princípios, tampouco a opção de respeitá-los em maior ou menor medida. Princípios são normas e se constituem em mandamentos de observância obrigatória na aplicação de cada caso.⁴³²

O pensamento de Dworkin de certa forma está de acordo com a teoria dos sistemas desenvolvida por Niklas Luhmann, isto porque, o sociólogo concebe o direito como um subsistema com comunicações próprias. Dessa forma, a supremacia dos princípios e valores constitucionais é uma consequência da relação entre direito e política, de modo que, a Constituição representa a estrutura normativa superior, condicionando a ordem jurídica. Assim, os princípios são o mecanismo

⁴²⁸ DWORKIN, p. 390

⁴²⁹ Idem

⁴³⁰ Idem.

⁴³¹ Idem.

⁴³² Idem.

constitucional moderno que permitem a convivência do direito e a política, sensibilizando a ordem jurídica a todo o sistema social.

Dessa forma, é forçoso concluir que os princípios exercem uma função essencial dentro do ordenamento jurídico brasileiro como um mecanismo interno do sistema utilizado para o fechamento do mesmo.

Serão os princípios que fornecerão a flexibilidade necessária ao sistema jurídica para que este continue sensível à realidade e desenvolva plenamente a sua função.

4.3. Os princípios constitucionais e a atuação do Estado

Na Constituição Federal, são contemplados inúmeros princípios gerais, válidos e aplicados em todo o ordenamento jurídico. No entanto, quando se trata da atuação do Estado, o artigo 37, *caput*, determinou expressamente à Administração Pública (direta, indireta ou fundacional), quatro princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade.⁴³³

Todavia, conforme ressalta Celso Antonio Bandeira de Mello tais princípios são genéricos e não expressam completamente o regime jurídico público. Para o autor:

Estes princípios são o direito comum do direito administrativo, admitindo apenas, como foi frisado retro, certas refrações e particularidades ao encontrarem, *in concreto*, cada um dos institutos, em suas conformações peculiares, especificamente ditadas pelos fins a que tendem.⁴³⁴

Quer dizer, tais princípios estão diretamente vinculados à finalidade da administração pública que nada mais é do que atender aos interesses da sociedade.

Assim, para compreender o regime jurídico da administração pública sob o viés dos interesses da sociedade, outros princípios irão fundamentar o direito administrativo, são eles: supremacia do interesse público sobre o direito privado; e indisponibilidade pela Administração, dos interesses públicos⁴³⁵.

De acordo com o Celso Antonio Bandeira de Mello:

⁴³³ BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1988

⁴³⁴ MELLO, 1994, p. 42

⁴³⁵ Idem

Os dois princípios, referidos acima, são aqui realçados não em si mesmos, mas em suas repercussões no ordenamento jurídico em geral. Assim, têm importância, sem dúvida, suas justificações teóricas, mas, para o jurista, o que interessa mais, como dado fundamental, é a tradução deles no sistema. Com isto se esclarece inexistir o propósito de lhe conferir valor absoluto – à moda do que Duguit fazia com o serviço público, por exemplo. Atribuí-se-lhes a importância de pontos fundamentais do direito administrativo, não porque possuam em si mesmos a virtude de se imporem como fontes necessárias, mas porque, investigando o ordenamento jurídico-administrativo, acredita-se que eles hajam sido encampados por ele e nesta condição validados como fonte matriz do sistema (...)

Todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração.⁴³⁶

Ou seja, o Estado antes de se vincular as determinações do artigo 37, da Constituição Federal, terá sua atuação pautada pela supremacia e indisponibilidade do interesse público. Isto porque, o regime jurídico de direito público está voltado para a relação entre prerrogativas da administração pública e direito dos administrados. Neste contexto, será o binômio constituído por tais elementos que irá ensejar nos princípios acima individualizados, regendo a atuação da administração pública.⁴³⁷

Partindo para uma análise individualizada de tais princípios, Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que a supremacia do interesse público sobre o privado é um “verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”.⁴³⁸

A aplicação do referido princípio, segundo o jurista, enseja na posição privilegiada dos órgãos encarregados de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares e na posição de supremacia do órgão nas mesmas relações.⁴³⁹

Tais consequências, dentre tantos outros reflexos, acabam por conceder a administração pública certas prerrogativas como “a presunção de veracidade e

⁴³⁶ MELLO, 1994, p. 71

⁴³⁷ Ibidem, p. 18

⁴³⁸ Ibidem, p. 19

⁴³⁹ Idem.

legitimidade dos atos administrativos; o benefício de prazos maiores para a intervenção ao longo do processo judicial, (...) etc".⁴⁴⁰

Com efeito, a Administração Pública detém um status de supremacia, uma posição privilegiada que a permite não só constituir obrigações unilateralmente, como também, executar e revogar os próprios atos.

Não obstante tal privilégio, Celso Antonio Bandeira de Mello destaca que:

Aqui, entretanto, é necessária uma importantíssima acotação. Estes caracteres, que sem dúvida informar a atuação administrativa de modo algum autorizariam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que particulares exercitam seus direitos. É que a Administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dada finalidade em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidade. Sem eles o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, "deveres-poderes", no interesse alheio.

Quem exerce "função administrativa" está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.⁴⁴¹

Dessa forma, as prerrogativas concedidas à administração pública por conta da supremacia do interesse público, só serão válidas e legítimas se o Estado atuar na persecução dos interesses da sociedade.

Já em relação ao princípio da indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos, Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que o mesmo está vinculado ao fato de que os interesses públicos, qualificados como os interesses da própria coletividade, não estão à livre disposição, sendo que, a administração pública não tem disponibilidade sobre os mesmos, cabendo à administração pública apenas o papel de curador. Assim, de acordo com o autor:

(...) na administração os bens e os interesses não se acham entregue à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.⁴⁴²

⁴⁴⁰ MELLO, 1994, p. 20

⁴⁴¹ Ibidem, p. 21

⁴⁴² Ibidem, p. 23

Com efeito, a administração pública está diretamente subordinada à lei, situação esta que de acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello enseja nas seguintes consequências:

- a) Da legalidade, com suas implicações ou decorrências; a saber princípio da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado;
- b) Da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública e seu cognato, o princípio da continuidade do serviço público;
- c) Do controle administrativo ou tutela;
- d) Da isonomia, ou igualdade dos administrados em face da administração,
- e) Da publicidade
- f) Da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos
- g) Do controle jurisdicional dos atos administrativos.⁴⁴³

Como se pode observar, a indisponibilidade do interesse público irá refletir diretamente nos atos da administração pública os condicionando, dentre outros elementos, à legalidade, à finalidade, bem como, à motivação, sendo ainda passíveis de controle jurisdicional.

Neste ponto, a legalidade será a consequência natural da indisponibilidade do interesse público.

4.4. O princípio da legalidade

O princípio da legalidade, expresso no art. 5º, II, da Constituição Federal, possui um papel de extrema importância no nosso ordenamento jurídico, projetando-se por todos os ramos do direito. A partir dele, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, se não em virtude da lei.⁴⁴⁴

Tal princípio varia conforme o seu destinatário, particulares ou administração pública. No caso dos particulares, estes somente serão obrigados a fazer o que estiver previsto em lei, não lhes sendo vedada a prática de atos não previstos. Já a administração pública só pode realizar o que está previsto em lei, sendo vetado fazer tudo o que não está.⁴⁴⁵

⁴⁴³ MELLO, 1994, p. 24

⁴⁴⁴ CARVALHO, 2009, p. 174

⁴⁴⁵ Idem

No âmbito tributário, o princípio da legalidade é encontrado no art. 150, II, da Constituição Federal, e é denominado princípio da legalidade tributária, ou ainda, princípio da reserva legal.⁴⁴⁶

Conforme afirma Roque Antonio Carrazza o princípio da legalidade tributária:

Trata de garantir essencialmente a exigência de auto-imposição, isto é, que sejam os próprios cidadãos, por meio de seus representantes, que determinem a repartição da carga tributária e, em consequência, os tributos que, de cada um deles, podem ser exigido.⁴⁴⁷

Desse modo, o patrimônio dos contribuintes só pode ser atingido nos casos e modos previsto em lei. A lei deve impreterivelmente ser abstrata, genérica, igual para todos, irretroativa, não confiscatória, etc., respeitando todos os preceitos constitucionais.

No sistema tributário brasileiro, a lei é de extrema importância. Só ela pode disciplinar as questões referentes à criação e extinção de tributo, assim como o aumento e a diminuição de sua alíquota, alcançando inclusive os atos administrativos. Vejamos os ensinamentos de Roque Antonio Carrazza:

(...) o princípio da legalidade no direito tributário, não exige, apenas, que a atuação do Fisco rime com uma lei material (simples preeminência da lei). Mais do que isto, determina que cada ato concreto do Fisco, que importe na exigência de um tributo, seja rigorosamente autorizado por lei.⁴⁴⁸

Como se vê, todos os elementos essenciais do tributo, que influenciem no *an* e no *quantum* da obrigação tributária, devem constar em lei, para que se considere aplicado o princípio da legalidade.

Contudo, tal princípio reflete não só na criação do tributo, mas também na atuação do Estado enquanto ente arrecadador.⁴⁴⁹

A legalidade durante a evolução do direito tributário despontou com um dos principais vetores da atuação do Estado na seara tributária.⁴⁵⁰

Roque Antonio Carrazza, ao analisar a importância da legalidade, sustenta que:

⁴⁴⁶ CARVALHO, 2009, p. 174

⁴⁴⁷ CARRAZZA, 2006, p. 246

⁴⁴⁸ Ibidem, p. 250

⁴⁴⁹ Idem

⁴⁵⁰ Idem

No passado, a tributação era realizada de modo tirânico: o monarca “criava” os tributos e os súditos deviam suportá-los. Mesmo mais tarde, com o fim do feudalismo, quando ela passou a depender da aprovação dos “Conselhos do Reino” ou das “Assembleias Populares”, os súditos não ficaram totalmente amparados contra o arbítrio.

Foi só com o surgimento dos modernos Estado de Direito que começaram a ser garantidos, de modo mais efetivo, os direitos dos contribuintes. A partir daí o poder de tributar passou a sofrer a sofrer uma série de limitações, dentre as quais destacamos a que exige seu exercício por meio de lei.

O Estado de Direito assegura o império da lei, como expressão da vontade popular. Também no Brasil, a instituição e a cobrança dos tributos estão limitadas pelo princípio da legalidade, uma das traves mestras de nosso Direito Tributário.⁴⁵¹

Quer dizer, todo o nosso sistema jurídico tributário possui como alicerce a legalidade que traz segurança à tributação.

Curioso notar que essa predominância da legalidade é decorrente do Estado de Direito e do fato da lei ser concebida como expressão da vontade geral.

Impende destacar que, na Seção II, quando abordamos a evolução do Estado Moderno, verificamos que a fim de transpor o antigo regime absolutista, a sociedade concebeu um sistema, o Estado de Direito, no qual a lei seria o fundamento de validade de qualquer atuação do Estado.

Ao analisar o princípio da legalidade e o contexto de criação do Estado de Direito, Roque Antonio Carrazza observa que:

O Estado de Direito limita os poderes públicos, isto é, concretiza-se numa proibição de agir em desfavor das pessoas. Por isso, nele, para a melhor defesa dos direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, a Constituição vincula não só o administrador e o juiz, mas o próprio legislador. De fato, tais direitos são protegidos também diante da lei, que deve se ajustar aos preceitos constitucionais. A garantia disso está no controle da constitucionalidade, que, na maioria dos ordenamentos jurídicos, é levada a efeito pelo Poder Judiciário.

(...)

No Estado de Direito o Legislativo detém a exclusividade de editar normas jurídicas que fazem nascer, para todas as pessoas deveres e obrigações, que lhes restringem ou condicionam a liberdade. Também o Poder Público limita seu agir com tais normas, subordinando-se, assim, à ordem jurídica e passando a revestir, a um tempo, a condição, de autor e de sujeito de direito (Jellinek).⁴⁵²

Dessa forma, por conta de uma necessidade social restou estabelecido que só a lei poderá compelir as pessoas a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

⁴⁵¹ CARRAZZA, 2006, p. 207-208

⁴⁵² Ibidem, p. 209

Inclusive, tal modelo refletiu diretamente em nosso ordenamento jurídico e nos mandamentos da Constituição Federal.

Partindo para uma análise específica da legalidade no campo da tributação, Paulo de Barros Carvalho destaca que no sistema jurídico tributário aplica-se o princípio da estrita legalidade, pois, segundo afirma o autor:

O veículo introdutor da regra tributária no ordenamento há de ser sempre a lei (sentido lato), porém o princípio da estrita legalidade diz mais que isso, estabelecendo a necessidade de que a lei adventícia traga no seu bojo os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional. Esse *plus* caracteriza a tipicidade tributária, que alguns autores tomam como outro postulado imprescindível ao subsistema de que nos ocupamos, mas que pode, perfeitamente ser tido como uma decorrência imediata do princípio da estrita legalidade.⁴⁵³

Ou seja, na tributação, o princípio da legalidade detém suma importância, pois será o campo no qual se assenta o tributo. Um tributo só poderá ser exigido se existir uma lei que delimite concreta e exhaustivamente o fato jurídico tributário.

Ademais, a legalidade está presente não só na criação do tributo, mas atua também como um mecanismo revisor da tributação operando de forma material e formal. De acordo com Roque Antonio Carrazza:

(...) em nosso País, o contribuinte tem, em relação ao Fisco, duas ordens de garantias: uma material, e outra, formal. Material, na medida em que ele só pode ser compelido a pagar tributos que tenham sido criados por meio de lei ordinária (da pessoa política competente). E, formal, já que cada instante é dado ao contribuinte bater às portas do Judiciário (princípio da universalidade da jurisdição) a fim de que este Poder verifique se a Administração Fazendária agiu ou está agindo de conformidade com a lei, na cobrança tributária.⁴⁵⁴

Neste contexto, no nosso sistema jurídico, as leis somente serão válidas quando produzidas em congruência com as disposições constitucionais, podendo, a qualquer momento, serem revistas pelo Poder Judiciário, que por sua vez, irá analisar se a norma jurídica foi criada observando os preceitos e formalidades previstas no texto constitucional.

Portanto, a legalidade é a fundação do sistema jurídico tributário. Será a partir do princípio da legalidade que o Estado estará autorizado a se apropriar da riqueza de particulares.

⁴⁵³ CARVALHO, 2009, P. 174

⁴⁵⁴ CARRAZZA, 2006, p. 215

Todavia, apenas a observância dos preceitos legais não é suficiente para pautar a atividade do Estado na Tributação. De acordo com Juarez Freitas:

(...) a legalidade é um valioso princípio, mas princípio entre outros de igual hierarquia alojados no texto constitucional. Daí se exige a atuação conforme a lei e o Direito. O princípio da legalidade só experimenta significado na interação com os demais princípios e direitos fundamentais. Quer dizer, pensar o Direito Administrativo exclusivamente como mero conjunto de regras legais, seria subestimar, de forma ruinosa, a complexidade do fenômeno jurídico-administrativo.⁴⁵⁵

Dessa forma, por mais que a atuação do Estado seja pautada pela legalidade, não será apenas a observância dos preceitos legais que irá acarretar a eficácia e validade de um ato administrativo, inclusive na esfera tributária.

É preciso levar consideração que dentro do sistema jurídico, outros princípios irão atuar, impondo ao Estado mais do que uma atuação legal.

Dentre os princípios que irão atuar em nosso ordenamento jurídico, cuja aplicação encontra maior divergência, destaca-se o princípio da moralidade, responsável por trazer ao subsistema jurídico um enunciado vinculado diretamente às comunicações realizadas com o sistema social.

4.5. O princípio da moralidade

Assim como a legalidade, o princípio da moralidade encontra-se positivado em nosso ordenamento jurídico no artigo 37, da Constituição Federal. No entanto, no texto constitucional podemos encontrar diversas menções a ela, como no caso do artigo 5º, inciso LXXIII e artigo 85, inciso V.

Com efeito, o legislador constituinte se preocupou em vincular a atividade da administração pública a princípios éticos.

De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello, por força da moralidade “a administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará na violação ao próprio direito, configurando ilicitude, que assujeita a conduta viciada a invalidação”.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos e Princípios Fundamentais. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 72

⁴⁵⁶ MELLO, 1994, p. 59

No mesmo sentido, Hely Lopes Meireles afirma que “a moralidade administrativa, constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, caput)”.⁴⁵⁷

Ratificando tal entendimento, Ives Gandra da Silva Martins observa que:

Um exame mais pormenorizado dos quatro princípios demonstra que, de rigor, todos terminam por desaguar na moralidade pública. O princípio da legalidade reveste todo o sistema jurídico do país. O art. 5º, inciso I, da CF, elenca, como seu alicerce, a obediência à lei, que nos regimes democráticos, aprovada pelos representantes do povo, garante a ordem, oferta segurança e protege os cidadãos.

Dizer, pois, que os administradores devem cumprir a lei é reiterar formulação essencial e postada no mais relevante artigo da Constituição Federal que é voltada ao cidadão mais do que àqueles que o devem servir.

Por outro lado, determinar que o administrador público deve ser impessoal, pois está à disposição da sociedade, não podendo privilegiar amigos, parentes ou interesses em detrimento do bem servir, é afetar faceta da ética administrativa, sendo, pois, a impessoalidade dimensão parcial da moralidade.

O mesmo se dá com o princípio da publicidade. Exceção feita às questões de segurança nacional, os atos administrativos devem ser transparentes. Não se admitindo decisões escusas, resoluções de gaveta, visto que o administrado não pode desconhecer as regras da Administração.

O princípio da moralidade administrativa, portanto, é princípio essencial o mais relevante, aquele que se destaca de forma absoluta. Que torna a Administração confiável perante a sociedade e que faz do administrador público um ser diferenciado.⁴⁵⁸

Com efeito, o princípio da moralidade irá desempenhar um relevante papel na atuação da administração pública, vedando a prática de condutas que eticamente transgridam o senso moral médio superior da sociedade exigindo do Estado uma atuação dentro dos padrões éticos da probidade, decoro e boa-fé. Tais padrões, de acordo com Diva Malerbi:

(...) vinculam-se, sempre, com a finalidade da atuação e qualidade dos meios empregados ao seu atingimento. No entanto, o assujeitamento do Estado à moral é mais exigente que a perseguida pelo particular, pois, se define não só de acordo com os padrões éticos retirados dos valores prevaletentes na sociedade, como também é obrigada a estar direcionada à realização dos fins do Estado.⁴⁵⁹

⁴⁵⁷ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 83

⁴⁵⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O princípio da moralidade no direito tributário*. Coord. Ives Gandra da Silva Martins: conferência inaugural José Carlos Moreira Alves. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 18-20

⁴⁵⁹ MALERBI, Diva. *O princípio da moralidade no direito tributário*. Coord. Ives Gandra da Silva Martins: conferência inaugural José Carlos Moreira Alves. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 56

Dessa forma, o Estado compreendido em todas as esferas do poder (legislativo, executivo e judiciário) está vinculado à observância da moralidade, fazendo com que toda a atuação da administração pública tenha como norte a lei e o interesse público.

De acordo com Marçal Justen Filho, o artigo 37, da Constituição federal consagrou o princípio da moralidade pública como uma forma de controle do Estado, com isso, acabou por consolidar “a concepção de que a atividade administrativa, porque orientada à consecução do bem e do interesse público, não pode ser eticamente reprovável”.⁴⁶⁰

Para o autor “no âmbito tributário, isso significa que a atuação administrativa do Fisco somente se configura válida quando compatível com os postulados da moralidade pública”.⁴⁶¹

Neste ponto, vale destacar que quando tratamos da moralidade no campo da tributação nos deparamos com diversas dificuldades. Segundo afirma Marçal Justen Filho “(...) no Brasil, o tributo é norteado pela estrita legalidade, com rigorosa vinculação do agente administrativo, acaba toldada a relevância do princípio da moralidade pública no âmbito da chamada administração tributária”⁴⁶²

Como já observado anteriormente, a legalidade é o principal elemento responsável por pautar a atuação da administração pública na seara tributária e despontou como uma forma de proteção da sociedade contra o exercício arbitrário do Estado, surgindo como o elemento basilar do Estado de Direito.

Não obstante, como já asseverado, a observância restrita da legalidade não necessariamente enseja na eficácia e validade do ato administrativo. É preciso vincular a atuação do Estado à finalidade, qual seja observância do interesse público. Tal ideia é defendida por Marçal Justen Filho que afirma que:

O princípio da moralidade pública, como se passa com todos os demais princípios, não tem existência autônoma e desvinculada do todo da Constituição. Mas há peculiaridade que diferencia o princípio da moralidade pública frente à quase totalidade dos demais princípios jurídicos. Trata-se da referência às vivências éticas predominantes na sociedade. O princípio da moralidade pública é, por assim dizer, um princípio jurídico “em branco”, o que significa que seu conteúdo não se exaure em comandos concretos e definidos, explícita ou implicitamente previstos no Direito legislado, O

⁴⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O princípio da moralidade pública e o direito tributário. Revista de Direito tributário. São Paulo. v. 67, 1996, p. 65

⁴⁶¹ Idem

⁴⁶² JUSTEN FILHO, 1996, p. 65

princípio da moralidade pública contempla a determinação jurídica da observância de preceitos éticos, produzidos pela sociedade, variáveis segundo as circunstâncias de cada caso.⁴⁶³

Quer dizer, a moralidade não é um conceito engessado, mas sim uma diretriz que pautará a atuação do Estado à preceitos éticos oriundos da sociedade.

Ocorre que, a tributação no nosso ordenamento jurídico, a fim de assegurar os indivíduos das ações do Estado, se desenvolveu com a predominância da legalidade, de modo que, há a presunção de que um ato, por ser legal, é válido e eficaz.

Todavia, só a observância da legalidade como pressuposto da validade e eficácia, engessa o sistema e não necessariamente atende ao fim do Estado – o interesse público. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirmam que:

Este princípio da reserva legal, que se constitui numa garantia individual fundamental, tem sido, por longa tradição, adotado nos ordenamentos constitucionais, ditando uma interpretação restritiva do princípio da separação de poderes, que assim prevaleceu durante um longo período de amadurecimento do Direito Público, passando por duas fases: a primeira, de absoluta inaceitação e, depois, da aceitação limitada da delegabilidade da função normativa [...] A lei, como conceito iluminista-racionalista, enquanto produto do Estado formalmente manifestado pelos órgãos legislativos constitucionais, aparece ter atingido seu zênite como instrumento regrador de condutas sociais. Com efeito, o pluralismo, ao multiplicar os centros de poder da sociedade, tornando-a policrática, fez despontar novas fontes normativas autônomas e semiautônomas que atuam com vantagem como sucedânea da norma legal. Por outro lado, a omnimoda submissão da sociedade e uma excessiva padronização e detalhamento por via legislativa, a pretexto de racionalizá-los e de impor critérios tidos como superiores, acaba paradoxalmente desservindo à ordem jurídica, não só por banaliza-la, como pelo desgaste que causa a babel provocada pelo incontrolável chorrilho legiferante a que se dedicam legisladores federais, estaduais e municipais de milhares de casas legislativas.⁴⁶⁴

Com efeito, é preciso repensar o alcance do princípio da legalidade o adequado às mudanças sociais e as necessidades existentes atualmente.

Como já observado, a legalidade despontou com o advento do Estado Democrático de Direito, na ocasião era necessário dar a lei o status de fundamento de validade e eficácia da ação estatal. Contudo, a sociedade se desenvolveu e hoje em dia a lei se distanciou da vontade social, e a legalidade acaba por se tornar um elemento de alienação do interesse social.

⁴⁶³ JUSTEN FILHO, 1996, p. 71

⁴⁶⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Regulatório, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 118 - 124

No campo do direito tributário tal fato se torna mais notável, isto porque, ao analisarmos a relação entre Estado (fisco) e contribuinte difunde-se no âmbito social uma descredibilidade do Poder Público e a premissa de que o Estado não está mais buscando atender o interesse público, mas sim arrecadar cada vez mais para manter o aparato estatal. Tributo se tornou sinônimo de instrumento de manutenção do poder do Estado.

Assim, o contribuinte busca se eximir cada vez mais de sua responsabilidade no pagamento de tributos, por desacreditar na atividade estatal e na existência de retorno em relação ao tributo pago.

Desta feita, mesmo que os tributos sejam instituídos observando a determinação legal, isto não quer dizer que são válidos (não encontrem obstes dentro do sistema) ou ainda eficazes (são assimilados e compreendidos como necessários por seus destinatários).

A moralidade, neste contexto, irá despontar como o elemento que assegura o interesse público, os valores sociais, na norma.

Neste ponto, nos deparamos com a segunda dificuldade envolvendo a aplicação da moral na seara tributária, consubstanciada no confronto entre princípios.

É cedido que no sistema jurídico tributário existem diversos princípios, vários deles gerais (aplicados à toda administração) e outros específicos (direcionados especialmente a atuação tributária).⁴⁶⁵

Ao buscar na Constituição os princípios específicos aplicados à tributação, não encontramos expressamente a moralidade, mas sim, alguns nuances de moral quando da aplicação de princípios como o da igualdade.⁴⁶⁶

Com efeito, sempre que a legalidade confronta com a moralidade, aplica-se a moral se não forem encontrados os recursos legais. Ou seja, o contribuinte apenas pode questionar os atos do Estado, se estes não observarem as ferramentas legais, de modo que, a inobservância da lei irá acarretar a violação à moral.

Nota-se que desta dinâmica, a legalidade que outrora agia como um instrumento para assegurar o indivíduo da ação do Estado, hoje, é uma ferramenta do Estado para impor validade aos seus atos.

⁴⁶⁵ JUSTEN FILHO, 1996, p. 71

⁴⁶⁶ Idem

Contudo, a moral não se limita a observância da lei, inclusive em relação à tributação e a atuação do Estado.⁴⁶⁷

Na seara tributária, a moralidade tributária foi estudada por Klaus Tipke, um jurista alemão que buscou compreender a moral tributária do Estado e dos contribuintes, confrontando o campo teórico com a realidade jurídica.

De acordo com o autor, a moral atuaria sob diversas formas no campo tributário, se projetando não só na atuação do Estado e dos contribuintes, mas também, como forma de política fiscal e distribuição de renda.⁴⁶⁸

Klaus Tipke busca aplicar a moralidade ao analisar o comportamento do contribuinte que não cumpre a lei seja por considerá-la injusta ou inconstitucional, porque outros contribuintes não realizam o pagamento do imposto de modo massivo, porque consideram que o Estado gasta mal os recursos públicos, ou ainda, porque não entendem o texto da lei e as questões levantadas nas declarações tributárias.⁴⁶⁹

Na perspectiva do Estado, o jurista se volta a analisar a atuação da administração pública e do legislativo se questionando se os mesmos ao desperdiçar recursos públicos não estariam violando a moralidade tributária. Da mesma forma, questiona se não estaria o Executivo, respeitando a moral tributária ao não aplicar as leis tributárias fundamentado na igualdade, mas ao mesmo tempo atuar voltado a finalidade arrecadatórias? Como então poderíamos diferenciar o uso legítimo dos recursos públicos do desperdício da renda arrecadada?⁴⁷⁰

Já em relação à legislação, Tipke defende a busca de princípios fundamentais tributários que imponham de modo objetivo a justiça a todos os impostos com finalidade fiscal. Todavia, tal justiça não é aquela vinculada a um senso comum, mas sim, a justiça na cobrança dos tributos será aquela que irá pressupor um conjunto de valores, princípios e regras que, uma vez não observados irão acarretar na criação de privilégios ou discriminações.⁴⁷¹

⁴⁶⁷ JUSTEN FILHO, 1996, p. 71

⁴⁶⁸ TIPKE, Klaus. *Moral Tributaria Del Estado Y De Los Contribuyentes*. Tradução para o espanhol de Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 21-34.

⁴⁶⁹ TIPKE, 2002, p. 22

⁴⁷⁰ *Ibidem*, 30-33

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 29

De acordo com o autor, para se alcançar tal justiça é preciso observar um conjunto de um ou mais princípios e subprincípios fundamentais, adequando estes à realidade.⁴⁷²

Neste contexto, é necessário considerar a realidade do contribuinte e do Estado para verificarmos a moralidade tributária. Assim, segundo autor:

Um sistema tributário moralmente renovado é algo diferente de um sistema coercitivo para imposição de leis que usam critérios diferentes. Depois de uma renovação moral do sistema fiscal poderiam ser realizados trabalhos de formação da opinião pública para difundir novamente a sensação do comportamento moral generalizada dos cidadãos que seria bom para todos; a ideia de que os impostos são necessários para o estabelecimento de serviços públicos que o indivíduo não pode ficar sozinho e são essenciais para a vida em conjunto para desenvolver civilmente..⁴⁷³

Portanto, a sistemática da relação entre contribuintes e Estado demonstra que a renovação moral do contribuinte só será viável quando a moral estiver presente nas leis tributárias, de modo que a Justiça tributária não seja algo marginal, mas sim, algo efetivado principalmente pela difusão na sociedade de uma conduta moral fundada na necessidade dos tributos para promoção de serviços públicos imprescindíveis para a vida em sociedade.

Quer dizer, a sociedade de certa forma necessita verificar na atuação estatal o retorno devido, não só com a observância e promoção dos direitos fundamentais, mas também com a adoção de uma postura ética.

Nesse ponto, vale destacar as lições de Demetrius Nichele Macei, que ao analisar a moralidade tributária concluiu que:

(...) a legitimidade fiscal, seja política, sociológica, jurídica ou administrativa, não é alcançada apenas pelo atendimento das regras positivadas, mas, sobretudo pela observância da ética. Observada a ética, seja na instituição do tributo seja na sua cobrança estará legitimada a cobrança e a aceitação por parte da sociedade se dará naturalmente, independentemente até da elevada carga fiscal a ele relacionada.⁴⁷⁴

⁴⁷² TIPKE, 2002, p. 30

⁴⁷³ Un ordenamiento tributario moralmente renovado es algo distinto de un ordenamiento coactivo para la imposición de leyes que utilizan diversas varas de medir. Tras un renovación moral del ordenamiento tributario podría llevarse a cabo una labor de formación de la opinión pública que difundiera de nuevo el sentir de que una conducta moral generalizada de los ciudadanos sería buena para todos; la idea de que los impuestos son necesarios para el establecimiento de servicios públicos que el individuo no puede conseguir por sí solo y son imprescindibles para que la vida en común se desarrolle civilizadamente. TIPKE, 2002, p. 123

⁴⁷⁴ MACEI, Demetrius Nichele. Tributação, Moralidade e Sustentabilidade. Anais do Universitas e Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2012, p. 78

Diante de tais considerações, é forçoso concluir que a noção de moralidade e ética tributária não reflete só na conduta dos contribuintes, impondo o respeito aos valores subjetivos e objetivos da sociedade, dentre eles o pagamento dos tributos, mas também irá refletir diretamente na atuação do Estado, que não deve se restringir a observar os aspectos legais da tributação, mas também, atender a sua finalidade, de modo a refletir os valores éticos correspondentes aos anseios da sociedade.

Com base no exposto nos itens acima, nota-se a importância que a moralidade desempenha no sistema jurídico como um todo, e, em especial ao sistema jurídico tributário.

Contudo, até o presente momento não restou muito claro qual a definição de moralidade para aplicação no direito.

Marco Aurélio Greco defende a não aplicação da moralidade sob a luz da concepção kantiana, por entender que esta moral (fundamentada na visão de solidariedade) é uma visão idealista.⁴⁷⁵

Partindo de uma diferenciação entre moral e moralismo, Greco defende que ambas possuem concepções filosóficas diferentes, sendo que:

A visão kantiana deu à Moral uma feição semelhante ao Direito, na medida em que seria igualmente formada por um conjunto de regras e pautas de conduta. Diferenciadas, pois, na Moral sanção é interna e não institucionalizada, enquanto no Direito a sanção é externa e aparelhada institucionalmente.

Neste contexto, a moralidade passou a ser vista como conjunto de padrões mais rigorosos que os jurídicos, como sobreposição de restrições, além daquelas que já resultassem das normas jurídicas.⁴⁷⁶

Assim, ao afastarmos a visão kantiana, a moral será um elemento que irá compor a legalidade “na medida em que, dentro da legalidade e sem infringi-la, é possível ver uma conduta moral no sentido de reconhecimento do significado e relevância do destinatário do ato”.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ GRECO, Marco Aurélio. Moralidade Administrativa: uma questão de postura. In. Estudos em homenagem ao professor Demetrius Nichele Macei. Coord. Batina Treiger Gruppenmacher. Curitiba: Instituto Memória, 2017, p. 281 - 285

⁴⁷⁶ Ibidem, p. 283

⁴⁷⁷ Ibidem, p. 290

Ou seja, a moral se torna um elemento do sistema jurídico quando passa a integrar o conteúdo da norma jurídica, de modo que, conseqüentemente não há como se falar em moral fora do sistema jurídico.

No entanto, o autor sustenta que “agir com moralidade é assumir um compromisso de agir perante o outro, agir positivamente e, certamente, com riscos”.⁴⁷⁸

Dessa forma, Greco conclui que “obedecer o princípio da moralidade é enxergar o destinatário da norma; é assumir uma responsabilidade perante ele; é não cometer uma injustiça mediante a simplista invocação de um legalismo míope.”⁴⁷⁹

Quer dizer, para o autor, a moralidade está em se colocar na figura do outro aplicando a ele aquilo que desejaria que fosse aplicado a si.

Contrapondo o pensamento do Greco, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho afirma que:

A moral jurídica não é uma mera moral de costumes personalizados ou sociais. Vai além de conjecturar particulares ou de preconceitos pessoais. Ela visa regras comuns, regras iguais, regras comutativas, interesses idênticos, direitos assemelhados, respeito à uma ordem natural de coisas humanas.

Não é uma simples abstração porque é uma questão também de senso político, de regime de liberdades públicas ou de direitos consubstanciados em leis. Diz a história que os regimes políticos são organizados à base das instituições sociais. Participando deles indivíduos, grupos, formações humanas e geocoletivas.⁴⁸⁰

Ou seja, a moral está além da construção subjetiva, ela é algo compartilhado por todo o sistema social, é uma construção universal. Continuando seu pensamento, o autor afirma que:

O princípio moral que dá qualidade moral aos atos administrativos e a administração, não nasce propriamente da lei, mas de sua aplicabilidade necessária. Se pela relação se identificam os interesses, os direitos que partem dos interesses reclamam suporte de moralidade já no momento das postulações contraditórias.

O fato moral, na distribuição da justiça é aquele que é de todos e tem universalidade indubitosa. Determinante de regras de condutas, traça linhas de comportamento tanto para o indivíduo como para o Estado. Se incapável

⁴⁷⁸ GRECO, 2017, p. 293

⁴⁷⁹ Ibidem, p. 294.

⁴⁸⁰ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O princípio constitucional da moralidade administrativa. Curitiba: Genesis, 1993, p.19

muitas vezes, ele resiste psicologicamente, vindo a ser elemento real nas relações jurídicas.⁴⁸¹

Dessa forma, a moralidade está presente independente da aplicação da lei, ela é própria das relações sociais e se aplica não só aos indivíduos, mas também ao Estado.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho sustenta que a moral não é a submissão ao moralismo, a um comportamento pré-determinado de condutada, mas sim, uma “possibilidade de submeter a atuação do Poder Público não apenas a um controle relacionado ao texto estrito da norma legal (...). O princípio da moralidade pública exige a compatibilidade entre a atuação estatal e o interesse coletivo”.⁴⁸²

Ainda, defende o referido jurista, que “a existência de um princípio jurídico da moralidade pública não significa a incorporação da moral pelo direito. Os preceitos morais têm existência autônoma frente ao Direito, verificando-se, apenas, uma juridicização parcial deles”.⁴⁸³

Nesse ponto, notamos uma congruência com a concepção Luhmanniana de moral. Conforme visto na seção III, a norma é concebida através de uma concepção não moralista (ou seja, independente dos interesses e construções subjetivas individuais).⁴⁸⁴

A partir da concepção não moralista de norma, na sociedade moderna, diante da diversidade de expectativas, muitas vezes a moral e o subsistema jurídico acabam por projetar ações diferentes. Assim, a norma não será um conjunto de regras de conduta que servem de parâmetro ao dever moral, mas sim uma forma de institucionalização de expectativas, fazendo com que o dever seja:

o comportamento seletivo frente à complexidade, a expectativa de expectativa, a diferenciação entre expectativas cognitivas e normativas junto com estruturas e processos necessários para sua estabilização, assim como a provisão e coexpectativa de modos de explicação e explicações de decepções satisfatórias.⁴⁸⁵

Dessa forma, a norma é uma seleção de expectativas e o dever-ser consiste na realidade, na qual as expectativas serão sempre fatos construídos através da

⁴⁸¹ FRANCO SOBRINHO, 1993, p. 19

⁴⁸² JUSTEN FILHO, 1996, p. 79

⁴⁸³ ibidem, p. 65

⁴⁸⁴ Ibidem, p. 44

⁴⁸⁵ Ibidem, p. 45

comunicação, que, por sua vez, irá determinar quais fatos não são aceitos pelas pessoas (constantes decepções de experiências reais compartilhadas) criando a norma.⁴⁸⁶

Com efeito, para a teoria luhmanniana a norma terá que atender a expectativa, se não, não possuirá validade social.⁴⁸⁷

Nesse ponto, a moral surge como um importante elemento que, mesmo que não constitua um sistema próprio, atua ligando a comunicação entre todos os sistemas. A moral será diretamente a comunicação do sistema social e a função do direito será resolver os conflitos de todos os outros sistemas, oferecendo regulamentações jurídicas e planificações aos outros subsistemas sociais.⁴⁸⁸

Tal função será exercida a partir de um mecanismo próprio, a Constituição Federal, que acoplara os interesses sociais, servindo como uma ponte entre todos os subsistemas sociais, afastando o moralismo.⁴⁸⁹

Dessa forma, por ser relevante para o sistema social, a moral está prevista no texto constitucional, sendo de importância para o direito e para todos os demais sistemas, principalmente, pautando a atuação do Estado à sua finalidade de atender o interesse público.

A moral, portanto, não é uma construção do sujeito, mas sim fruto da comunicação do sistema social refletido no direito através do texto constitucional que estabilizou as expectativas dos indivíduos impondo um agir ético à administração pública, inclusive, na tributação.

⁴⁸⁶ LUHMANN, 1983, p. 112

⁴⁸⁷ Idem

⁴⁸⁸ Idem

⁴⁸⁹ Ibidem, p. 130

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade é formada por um conjunto de indivíduos que optam por se agregarem e reconhecerem a obrigatoriedade de determinadas condutas, essenciais para manutenção do coletivo, estabelecendo um verdadeiro sistema de cooperação mútua.

Por conta da diversidade intrínseca às formações sociais, há diversas similaridades e conflitos em relação aos interesses individuais, pois, muitas vezes aquilo considerado ideal para um, pode não ser para outro. Dessa forma, vivenciamos o sistema de cooperação balanceando os ônus e os bônus, na busca de criar uma dinâmica que permita e viabilize o convívio social.

Neste contexto, o intercâmbio de comunicações define os aspectos que envolvem a vida em sociedade. Tais aspectos são chamados sistemas sociais, dentre eles, destacam-se o direito, a política e a economia.

Todos os sistemas sociais operam através da comunicação, e esta por sua vez, está diretamente relacionada com o ser humano.

Por conta disso, todos os subsistemas sociais são impulsionados pela ação humana, que por sua vez, é fruto de um processo interno de escolha do indivíduo que busca valorar seu comportamento através da ponderação de benefícios, levando-se em conta os padrões comuns dentro de uma sociedade.

Dessa forma, são valores que permitem que o homem viva em sociedade, movimentando todos os subsistemas sociais.

Cabe ressaltar que cada sociedade possui seus padrões de comunicação, ou seja, eles não são uniformes, pois, aquilo que era valorado em determinada época ou sociedade, pode não ser em outra. Com efeito, todas as construções axiológicas acabam sofrendo interferência do contexto vivenciado pelo sujeito e pela sociedade.

Dentre os elementos que mais interferem na formação dos valores estão o direito, o Estado e a economia que se destacam como importantes subsistemas sociais. A relevância dos mesmos decorre do fato de que estes nascem diretamente da sociedade e para a sociedade, refletindo as necessidades da ordem social.

Quando falamos em ordem social, as normas aparecem como um elemento essencial que atua não só para regulamentar a vida em sociedade, mas também, como um instrumento viabilizador da coexistência entre subsistemas sociais, regendo o coletivo e adequando o regime econômico e político. Podemos observar

isso, através do fato de que todas as vezes que há uma mudança no sistema social, ela é acompanhada de uma evolução política e econômica, fundada em uma mudança no sistema jurídico.

É nesse ponto que o Estado desponta como um elemento responsável por equilibrar todos os interesses individuais na convergência do bem estar comum, gerindo os sistemas sociais.

A concepção de Estado não é necessariamente uma consequência da sociedade, porém não se pode negar que o ente estatal foi uma criação social realizada para atender os anseios demonstrados pela sociedade. Tal fato é observado ao analisarmos o processo de construção da concepção de Estado Moderno.

No curso da história, o Estado se desenvolveu e se modificou de acordo com os anseios sociais. Esse processo de mudança sempre esteve atrelado a um desenvolvimento econômico e jurídico.

A primeira noção de Estado surge na antiguidade fundada na demonstração concentrada de poder de uma autoridade divina que foi expressa na vontade de um titular único, de quem cada indivíduo mostra-se um ser tributário/cada súdito é tributário. Com a decadência do Império Romano, a concepção de concentração de poder político através do Estado foi abandonada pela sociedade, dando margem a um poder descentralizado. As práticas econômicas retornam ao modelo extrativista e de subsistência, fundado na imposição de tributos por parte dos suseranos, para utilização da terra. Inicia-se o sistema feudal que, por conta da insatisfação social, entra em declínio dando margem para ascensão de uma nova classe social – a burguesia/comerciantes, e, um novo paradigma econômico, baseado no lucro e no livre comércio de bens.

O referido processo de evolução política, social e econômica junto com o renascimento comercial reforçado pela Revolução Francesa e Industrial deflagra o modo de produção capitalista, que pode ser definido por suas relações de produção se voltar à propriedade privada e bens em geral, principalmente na liberdade ampla, iniciativa e concorrência, exprimido pela livre contratação de mão-de-obra (preceitos do liberalismo).

Nesse momento, surge não só um modelo econômico, mas, um novo modelo de ente estatal, o Estado-Nação e uma nova ordem jurídica que vinculava toda a atuação do ente estatal à autorização legal.

Assim, sistema jurídico, econômico e político se desenvolveram na época, reproduzindo os interesses sociais pautados pela liberdade e legalidade, vinculando a atuação do Estado à prévia autorização legal.

Formou-se então um cenário adequado para que o capitalismo se desenvolvesse plenamente já que o Estado não poderia mais intervir na economia e no mercado sem a devida autorização legal.

Todavia, com o advento da Revolução Industrial, as constantes mudanças sociais demandaram uma atuação ativa do Estado na economia, de modo a reger o sistema econômico assegurando a ordem social que se viu abalada pelos ônus do crescimento desenfreado do capitalismo.

O Estado, de expectador de realidade econômica, passa a utilizar o sistema jurídico, para intervir no sistema econômico, garantindo que os ideais capitalistas não sejam responsáveis pela autofagia do modelo de produção.

Dessa forma, a Justiça e a ordem social se atrelam à economia, e ao Estado é atribuído o papel de grande responsável por equalizar os interesses econômicos e sociais.

Ocorre que, quando falamos de atuação estatal no nosso ordenamento jurídico, ainda nos vinculamos as bases do estado democrático de direito, surgido no contexto do liberalismo, de modo que, estamos diretamente relacionando ação estatal e legalidade. Ou seja, ao Estado é permitido fazer tudo aquilo que a lei lhe autoriza e se a lei autoriza então o ato é válido, justo e eficaz.

Denota-se dessa dinâmica, que sistema jurídico, econômico e político se construíram conjuntamente, adequando-se as relações sociais. Todavia, nem tudo aquilo que é legal, econômico e político, necessariamente corresponde aos anseios sociais. Isto porque, a lei é fruto de um processo legislativo elaborado por um indivíduo que, naquela ocasião ocupava a função de legislador, mas não necessariamente é o reflexo daquilo que a sociedade vivencia e almeja.

Por conta dessa relação entre diversos sistemas e às vezes o distanciamento dos mesmos, a sociedade acaba não se vendo refletida no sistema jurídico e político. Tal situação se agrava quando abordamos o sistema jurídico tributário, já que é através dele que o Estado financia a sua atividade e se apropria diretamente das riquezas dos indivíduos.

Assim, a fim de aproximar o sistema jurídico tributário da sociedade, é necessário compreender como o sistema jurídico se relaciona com o sistema social através da comunicação que se dá, em grande parte, pela moral.

Desde a antiguidade, a moral tem sido um importante objeto de estudo, por constituir um instrumento que atua como um meio de determinar os comportamentos individuais perante o grupo social.

É sabido que o conceito de moral evoluiu de acordo com a sociedade, sendo que, inicialmente, era concebida pelos filósofos gregos como uma faculdade que proporciona auxílio ao indivíduo na busca dos meios mais adequados para alcançar a vida plena e satisfatória.

No entanto, com o passar do tempo, a moral adotou um caráter de dever – vinculada a uma lei natural.

Na idade média, com a forte influência teocêntrica, a moral passou a ser vinculada com a religião, de modo que, o homem moral era aquele que seguia os preceitos divinos, da lei emanada de Deus.

Com o advento do iluminismo e da retomada ao antropocentrismo, o conceito de moral é fundamentado na lei natural (jusnaturalismo), no interesse social (empirismo) e na própria razão. Quer dizer, o conceito de moral na época era obtido através de concepções individuais que irão analisar, no processo de busca pela felicidade, ações que levam em consideração os demais indivíduos integrantes da sociedade.

Contudo, com a revolução industrial e a necessidade de superar concepções eminentemente individuais, o conceito de moral transcendeu o sujeito, passando a ser não mais uma criação e imposição de limites individuais, mas sim, uma virtude solidária, concebida com base em valores sociais que regerão a vida do indivíduo enquanto integrante de uma estrutura social, interferindo nos seus juízos e valores os pautando aos interesses coletivos compartilhados.

Analisando todo esse processo de evolução, Luhmann defende que a moral não é uma característica inerente ao ser humano, ou vinculada a observância de determinadas normas. Para o autor, a moral é fruto de uma comunicação humana. Ela está presente em todas as operações dos sistemas sociais.

Desse modo, a moral não é um sistema parcial da sociedade, como o direito, política e econômica, mas sim a comunicação operacionalizada no interior desses sistemas, que se confunde com a própria sociedade.

A moral integra diretamente as relações intersubjetivas, ao mesmo tempo em que também integrará as organizações e o sistema social. Existe um moral presente em todos os sistemas sociais, caracterizada pela estima e menosprezo funcionamento diferenciada que se expressam pelos códigos bem/mal e bom/mau, criando premissas próprias, em cada sistema no qual se vê incluída.

Assim, a moral, pela teoria dos sistemas, não obstante estar vinculada e presente em todos os sistemas sociais e ser uma comunicação, não é uma construção subjetiva, mas sim, uma forma de comunicação existente dentro dos subsistemas sociais, criada de forma dinâmica e de acordo com a construção autorreferencial de cada um dos sistemas.

Dessa forma, a partir da teoria dos sistemas é possível concluir que a vida em sociedade é regida pela relação entre os subsistemas sociais que possuem a mesma origem (ação humana e sociedade) e se relacionam entre si, ora complementando e ora validando uns aos outros em constante evolução.

Na medida em que se comunicam, os sistemas movimentam o sistema social, e neste contexto, a moral, concebida como os valores, reflete a ação humana e é a fonte propulsora da relação e manutenção de todos os subsistemas sociais.

Trazendo tal pensamento para a realidade do ordenamento jurídico brasileiro, ao analisarmos o subsistema jurídico, é possível notar que a Constituição Federal é o fundamento último de validade das demais normas jurídicas. No texto constitucional encontramos normas de estrutura e de comportamento, que irão condicionar todas as demais relações internas do sistema jurídico.

Nesse ponto, vale destacar que nossa Constituição, como mecanismo interno do subsistema jurídico, sofre diretamente influência dos demais sistemas, como o político e o econômico, refletindo, de certa forma, a comunicação existente entre eles.

Na seção II verificamos que o Estado e a economia evoluíram de uma forma complexada, e que atualmente os Estado-Nação estão sendo chamados a interferir no sistema econômico, de modo a controlar os efeitos do capitalismo. Tal evolução demonstrou que de certa forma, a comunicação existente entre os subsistemas sociais teve que buscar elementos comuns, a fim de permitir a coexistência entre todos os subsistemas.

Neste contexto, o direito despontou como um elemento essencial, imunizador dos demais sistemas, permitindo a harmonia e ordem entre todos os sistemas sociais.

Vale destacar que os princípios constitucionais são a ligação direta entre os sistemas sociais, na medida em que fornecem a flexibilidade necessária ao sistema jurídica para que este continue sensível à realidade e desenvolva plenamente a sua função.

Em todas essas operações e evolução, a moral se fez presente enquanto elemento de comunicação interna e externa dos sistemas. É a moral que permite a interferência entre sistemas, sem que reste prejudicada a autopoiese ou a autorreferencia entre os sistemas.

Voltando ao contexto do nosso ordenamento jurídico, a comunicação entre os sistemas sociais, fez com que nossa Constituição Federal exteriorizasse valores presentes em todas as comunicações, dentre eles, o da moralidade administrativa.

A moralidade na administração pública está presente pautando a atuação do Estado em todas as suas atividades, impondo à ele a observância dos anseios e necessidades sociais.

A moral surge como uma forma de controle do sistema político, fazendo com que o Estado não se distancie da sua finalidade principal, que é atender ao interesse público, não se limitando a mera observância das disposições legais.

Já no campo da tributação, a moral refletirá não só no agir do Estado (que não deve se restringir a observar os aspectos legais da tributação, mas também, atender a sua finalidade, de modo a refletir os valores éticos correspondentes aos anseios da sociedade), mas também na atuação do contribuinte impondo o respeito aos valores subjetivos e objetivos da sociedade, dentre eles o pagamento dos tributos.

Quer dizer, a moral desempenha um papel essencial no sistema jurídico como um todo, e, em especial ao sistema jurídico tributário.

Ultrapassado a função da moral, retomando as ideias de Luhmann, a moral não será uma construção subjetiva dos indivíduos, ou ainda, um agir moralista. Pela teoria dos sistemas sociais, a moral é uma forma de comunicação do sistema social.

Ou seja, cada sistema se operacionaliza por suas próprias comunicações, assim, existe uma moral jurídica, política, econômica e social e etc.

Assim, a moral não é um sistema próprio, mas sim, a comunicação interna e externa de todos os sistemas. É um elemento presente em todos os sistemas sociais, os vinculando e permitindo a coexistência entre todos.

Dessa forma, a moral é um objeto de relevância para o direito que utilizará a mesma para desempenhar a sua função, qual seja, harmonizar todos os subsistemas sociais, permitindo assim, uma sociedade organizada.

A moral, neste contexto, é uma construção universal que se molda a cada realidade e a cada fato de acordo com a necessidade que se apresenta. No direito, a moral é uma forma de evitar a decepção do sujeito, estabilizando as expectativas, sem no entanto, engessar o sistema com uma legalidade desmedida.

Portanto, a moral é um elemento essencial não só para o sistema jurídico tributário, mas para todos os sistemas sociais, trazendo internamente para eles os anseios e necessidades da sociedade universal e generalizada.

A moral é a comunicação é o elo entre os subsistemas e a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **A política**. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966 p. 20.

BALIBAR, Etienne. **Os conceitos fundamentais do materialismo histórico**. In: ALTUSSES Louis, BALIBAR, Etienne, ESTABLET, Roger. Para ler o capital. Vol. 02. Rio de Janeiro. Zahar, 1980

BELL, John F. **História do pensamento econômico**. Rio de Janeiro: Zathar editores, 1976;

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Tradução Denise Agostinetti; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite – 3ª ed. São Paulo: Martins Martins Fontes, 2010

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. 1988

CARVALHO, Cristiano. **Teoria do Sistema Jurídico – direito, economia, tributação**. São Paulo: Quartie Latin, 2005

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 1998

_____. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009

CHÂTELET, François. **História das Ideias Políticas**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 2 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahas Ed., 2009

COMPARATO, Fabio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. 3ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2016

CORTINA, Adela; MARTINEZ, Emílio. **Ética**. Espanha: Ediciones Akal, 2001,

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2007

_____. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996

DWORKIN, Ronald. **Is Law a System of Rules?** In: DWORKIN, Ronald (ed.). *The Philosophy of Law*, p. 59-60

_____. **O império do Direito**. tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. – 2 ed. - São Paulo: Martins Fontes. 2007. p. 377-492

EATWELL, John. ROBINSON, Joan. **Introdução à economia**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e científicos 1978

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. Curitiba: Genesis, 1993

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e Princípios Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004,

GALBRAITH, J. K. **O pensamento econômico em perspectiva: uma história crítica**. São Paulo: Pioneira; USP, 1989

GRECO, Marco Aurélio. **Moralidade Administrativa: uma questão de postura**. In: *Estudos em homenagem ao professor Demetrius Nichele Macei*. Coord. Batina Treiger Gruppenmacher. Curitiba: Instituto Memória, 2017

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006

GONÇALVES, Guilherme Leite. BÔAS FILHOS, Orlando Villas. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2013

HABERMAS, Jürgen. **Para a reconstrução do materialismo histórico. Desenvolvimento da moral e identidade do eu** (Texto original de 1974-6). São Paulo: Editora Brasiliense, 1990,

_____. **Técnica e ciência como “ideologia”**. Lisboa: Edições 70, 2009

HARRIS, Sam, **The moral landscape: how Science can determine human values**. 1 st. New York: Free Press

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou A matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução Rosina D'Angina, 3ª ed. São Paulo: Ícone, 2014

_____. **Os Elementos da Lei Natural e Política**. Tradução Fernando D. Andrade. São Paulo: Ícone, 2002

JUSTEN FILHO, Marçal. **O princípio da moralidade pública e o direito tributário**. Revista de Direito tributário. São Paulo. v. 67, 1996

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret: 2004

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000,

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. in **Os economistas**. Nova Cultural: São Paulo, 1996

LIMA, José Edmilson. LIMA, Sandra Mara Maciel. **Contornos do conhecimento jurídico: a cientificidade do campo em questão.** In Revista Jurídica Unicuritiba. V.2, n.35, 2014

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e Outros Escritos: Ensaio sobre a Origem, os Limites e os Fins Verdadeiros do Governo Civil.** Traduzido por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994,

LUHMANN, Niklas. **Globalization or World society: How to conceive of modern society?** International Review of Sociology, v. 7, n. 1, p. 67–79, 1997b

_____. **Introdução à Teoria dos Sistemas.** Petrópolis: Vozes, 2009

_____. **La costituzione come acquisizione evolutiva.** In: ZAGREBELSKI, Gustavo (Orgs.). Il futuro della costituzione. Torino: Einaudi, 1996

_____. **La moral de la sociedade.** Madrid: Trotta, 2013

_____. **La sociedad mundial.** Estudios Sociológicos, v. 24, n. 72

_____. **Sociologia do Direito, volumes I e II.** Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983

_____. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría.** Barcelona: Paidós, 1990

MACEI, Demetrius Nichele. **A verdade material no Direito Tributário: a cidadania fiscal administrativa e judicial.** São Paulo: Malheiros, 2013

_____. **Tributação, Moralidade e Sustentabilidade.** Anais do Universitas e Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2012, p.

MALERBI, Diva. **O princípio da moralidade no direito tributário**. Coord. Ives Gandra da Silva Martins: conferência inaugural José Carlos Moreira Alves. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998,

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O princípio da moralidade no direito tributário**. Coord. Ives Gandra da Silva Martins: conferência inaugural José Carlos Moreira Alves. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 18-20

MAGALHÃES, José Carlos. TAVOLARO, Agostinho Tofoli. **Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais**. São Paulo: Aduaneiras, 2004

MARX, Karl. **O Capital**. 3 ed. São Paulo: Nova Cultural

MARX, Karl. ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. 3ª edição, São Paulo, Global, 1988, p. 45

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 83

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MONTESQUIEU. Charles Louis de Secondat, Baron de la. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996

MOREIRA NETO, **Diogo de Figueiredo**. Direito Regulatório, Rio de Janeiro: Renovar, 2003

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NAFARRATE, Javier Torres. **Galáxias de comunicação: o legado teórico de Luhmann**, 2000, p. 144-161;

OPUSKA, Paulo Ricardo. OLIVEIRA, Marcella Gomes. **Direito e atividade econômica – uma análise interdisciplinar sobre a intervenção estatal.** In Revista Jurídica Unicuritiba. V.2, n.35

PEREIRA, Guilherme Bollorini. **A experiência Constitucional Norte-Americana.** in: Revista da EMERJ. V.5, n.17, 2002

RAWLS, John. **Uma teoria de Justiça.** São Paulo: Martins Fontes: 2008

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996

RICARDO, David. **Princípios de economia política e tributação. Coleção os economistas.** São Paulo: Nova Cultural, 1996

RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **Niklas Luhmann: a sociedade como sistema.** Porto Alegre: Edipucrs, 2012

ROSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social: princípios do direito político.** Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 2ª ed., 2015, p. 11-19;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003

SMITH, Adam. **A riqueza das nações - investigação sobre sua natureza e suas causas.** São Paulo: Abril Cultural, 1983

TIPKE, Klaus. **Moral Tributaria Del Estado Y De Los Contribuyentes.** Tradução para o espanhol de Pedro M. Herrera Molina. Madrid: Marcial Pons, 2002.

VAZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética.** Tradução João Dell'Anna. 30 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiro, 2008

VIDIGAL, Erick. **A Lex mercatoria como fonte do direito do comércio internacional e sua aplicação no Brasil.** Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 47 n. 186 abr/jun. 2010

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** 2^a ed. São Paulo: Max Limonad, 1997

WINTER, Luis Alexandre Carta. WACHOWICZ, Marcos. **Estado: Construção de uma identidade.** *In:* Anais do XV Congresso Nacional do Conpedi. Manaus: Conpedi, 2006

WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo.** São Paulo: Pioneira, 1987