

1. INTRODUÇÃO

A perda significativa de importância das contradições de classe, devido às conquistas social-democratas, evidenciou em alguns Estados que as atuais formas de reivindicações políticas estão relativamente independentes das questões de distribuição econômica. Essas evidências têm assumido um lugar crescentemente importante nas discussões filosóficas em torno do tema da “Justiça”.

Como articular as formas de luta por igualdade econômica com as lutas por reconhecimento de diferenças culturais, de orientação sexual, de gênero ou de raça? Como se pode compreender a especificidade das lutas políticas contemporâneas? Quais as conseqüências teóricas e práticas, a partir da crescente importância da concepção de Estado como começo e fim da vida política? Tanto na esfera nacional, como internacionalmente temos testemunhado mudanças que se relacionam não apenas a mudanças na superfície da arena social e política, mas que implicam questionamentos que afetam a própria substância e o núcleo mesmo das instituições e valores que servem de substrato às sociedades modernas.

As análises a serem feitas a partir deste artigo visam a estimular o debate acerca dessas questões que envolvem os novos desafios da democracia contemporânea.

Nesse contexto, nosso recorte temático envolverá um dos problemas centrais do direito moderno: explicitar os pressupostos filosóficos que o informam. Em outras palavras, o presente estudo procurará abordar o conceito e as possibilidades de “realização” da “justiça” dentro do modelo jurídico-político do Estado Democrático de Direito.

Como o tema envolve uma série de conceitos que não poderão se desenvolver na sua totalidade, sob pena de se perder o foco central da argumentação, foram feitos recortes significativos, de modo a se tratar o tema de forma abrangente, sem perder a profundidade.

Para tanto, foram necessárias a delimitação das obras e autores a serem consultados, de modo a que o trabalho atingisse seu objetivo sem se perder em rodeios.

2. DA NECESSIDADE DE SE INVESTIGAR O TEMA DA LEGITIMAÇÃO DO DIREITO E SUA LIGAÇÃO COM O TEMA DA IGUALDADE

Pode-se se dizer que todas as teorias sobre a justiça, em suas diferentes matrizes e abordagens, têm um ponto em comum: a análise da “questão acerca do conceito e das funções que o Princípio Jurídico da Igualdade assume para a legitimidade do próprio direito nesta sociedade pluralista.” (GALUPPO, 2002, p. 15). Isso porque a sociedade Moderna e o direito que lhe é inerente não admitem mais uma auto-fundamentação baseada em recursos naturais ou metafísicos.

Sobre isso, vale citar Habermas que retoma o pensamento de Weber (1999) para quem essa fase histórica é entendida como o período em que ocorre “o processo de desencantamento que levou a que a desintegração das concepções religiosas de mundo gerasse na Europa uma cultura profana” quando “as modernas ciências empíricas, a autonomização das artes e as teorias da moral e do direito fundadas a partir de princípios levaram aí à formação de esferas culturais de valores que possibilitaram processos de aprendizagem segundo as leis internas dos problemas teóricos, estéticos ou prático-morais respectivamente”. (HABERMAS, 1990, p.13)

As interpretações e fundamentos de legitimação inquestionáveis fornecidos pelo enquadramento institucional de sociedades tradicionais¹ pré-capitalistas são explodidos pelo advento do modo capitalista de produção que, ao permitir uma expansão ilimitada dos sistemas do agir racional com respeito a fins, estoura o enquadramento até então imposto por cosmovisões míticas, religiosas ou metafísicas. (HABERMAS, 1992, p. 62 e ss.).

Nesse contexto, já não é possível definir as expectativas recíprocas de comportamento a partir de normas fundadas num *ethos* socialmente compartilhado, que em última análise estariam legitimadas pelo enquadramento institucional, o direito não poderá mais recorrer a fundamentos dessa natureza (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 209 *apud* FALEIROS, 2010, p. 296).

Nas sociedades modernas, caracterizadas por visões pluralistas de mundo, o direito perderá seus antigos marcos inquestionáveis de legitimação², mas não poderá

¹ Habermas observa que “a expressão ‘sociedade tradicional’ refere-se à circunstância de que o marco institucional repousa sobre o fundamento legitimatório inquestionado contido nas interpretações míticas, religiosas ou metafísicas da realidade no seu conjunto – tanto do cosmo como da sociedade. As sociedades ‘tradicionais’ só existem enquanto a evolução dos subsistemas da ação racional dirigida a fins se mantém dentro dos limites da eficácia legitimadora das tradições culturais” (1994. p. 62). Nesse tipo de sociedade ainda é possível se pretender uma visão global do mundo que, conforme Weber já havia constatado, é perdida a partir dos processos de racionalização que levam ao desencantamento do mundo.

² Em sociedades tradicionais que eram tributárias de um direito natural ainda era possível identificar o lastro das representações teístas do mundo. O direito era visto como *perene*: fundado no passado e vigorando desde sempre. O homem não poderia mudá-lo. O direito natural revela uma falta de confiança na capacidade

prescindir de pretensão de legitimidade. Um direito excluído fundamento material e social, passa a integrar o plano da razão instrumental, reduzindo-se ao cumprimento da norma em função de um cálculo estratégico acerca das conseqüências que podem advir do descumprimento da mesma.

Esse enfoque objetivador do direito (HABERMAS, 1997, p. 51, *apud* FALEIROS, p. 297), a partir do qual esse se coloca apenas em termos de limitação externa ao espaço de opção de agentes que agem e estrategicamente, reduz-no à sua mera facticidade, pois o direito perde um mecanismo importante de sua estabilização, sobretudo num contexto em que, como decorrência de sua positivação, ele aparece como essencialmente mutável. (HABERMAS, 1997, p.51, *apud* FALEIROS, p.297).

Se era preciso fundamentar o direito, e se não era mais possível fazê-lo por intermédio do recurso a conceitos tais como Deus ou a natureza, tornou-se necessário encontrar princípios para a justificação do direito no interior da própria realidade jurídica. Um dos princípios historicamente apontados para desempenhar essa tarefa foi exatamente o Princípio Jurídico da Igualdade, sem o qual é impossível a correta compreensão do chamado Estado Democrático de Direito. (GALUPPO, 2002, p. 15).

Segundo Villas Bôas (2006, p. 228, *apud* FALEIROS, 2010, p. 298), para Luhmann,

[...] a problemática da legitimação está posta essencialmente na sociedade, o que, se por um lado parece trivial, por outro, acarreta sensíveis conseqüências que não podem ser desconsideradas. Luhmann ressalta que, em virtude da separação entre sistemas sociais e sistemas psíquicos, pouco importa a motivação subjacente à aceitação das normas, mesmo porque isso é um assunto que está posto naquilo que se poderia chamar de entorno extrassocial do direito.

3. ASPECTOS CONCEITUAIS NA AFIRMAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO JUSTIFICADOR DO DIREITO E DA JUSTIÇA

Entretanto, a partir desse ponto comum (do reconhecimento da necessidade de se buscar a legitimação do direito a partir do princípio da igualdade), as abordagens são heterogêneas, podendo-se apresentar os seguintes questionamentos.

De que igualdade se está falando? Trata-se de uma igualdade de renda, de posição social, de direitos, de crenças religiosas, de costumes culturais? Como falar em

de o sistema social para criar e dotar-se de direito. Por outro lado, o direito natural não conhece “uma separação nítida entre as expectativas cognitivas e normativas”.

igualdade entre elementos diversos, que talvez não se prestem a uma comparação? Como comparar culturas entre si? (ROUANET, <http://www.sescsp.org.br/sesc/images/upload/conferencias/12.rtf>).

Com outras palavras quer-se dizer que para se analisar a legitimidade do direito, ou o conceito de “justiça” numa sociedade pluralista é preciso, em primeiro lugar, esclarecer que o pluralismo pode ser entendido com duas significações diversas:

ou o utilizamos para descrever a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna ou para assinalar a multiplicidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico. (CITTADINO, 2004, p. 1).

No plano da teoria política contemporânea, o tema da justiça (entre diversidade cultural e universalidade de valores) evoca necessariamente o debate³ norte-americano entre liberais e comunitaristas⁴.

Embora a maior parte da literatura sobre este debate se tenha produzido nos anos 80, a discussão está já muito enraizada no tempo, podendo-se mesmo ver um retomar da confrontação entre o formalismo kantiano e o romantismo hegeliano. Enquanto os liberais se sentem herdeiros de Locke, Hobbes, Stuart Mill, Kant, os comunitaristas, têm as suas raízes no aristotelismo, em Hegel e na tradição republicana da Renascença (como por exemplo, Maquiavel e "*O Príncipe*", que mais não é do que um tratado político onde se afirma que o governante deve subordinar a sua conduta ao êxito político). (GONÇALVES, 1998, p. 1).

A primeira corrente é representada por autores os mais diversos, sobressaindo-se os escritos de John Rawls e Ronald Dworkin, mas também Thomas Nagel e Bruce Ackerman. No segundo campo, pode-se citar autores os mais discrepantes, destacando-se Michael Sandel, Alasdair MacIntyre, Charles Taylor e Michael Walzer.

Os primeiros concebem

as democracias modernas como sociedades onde coexistem distintas concepções individuais acerca do bem” enquanto para os últimos pluralismo significa “multiplicidade de identidades sociais e culturais étnicas e religiosas que estão presentes nas sociedades contemporâneas. (CITTADINO, 2004, p. 2).

³ “Embora a maior parte da literatura sobre este debate se tenha produzido nos anos 80, a discussão está já muito enraizada no tempo, podendo-se mesmo ver um retomar da confrontação entre o formalismo kantiano e o romantismo hegeliano. Enquanto os liberais se sentem herdeiros de Locke, Hobbes, Stuart Mill, Kant, os comunitaristas, têm as suas raízes no aristotelismo, em Hegel e na tradição republicana da Renascença (como por exemplo, Maquiavel e "*O Príncipe*", que mais não é do que um tratado político onde se afirma que o governante deve subordinar a sua conduta ao êxito político).” (GONÇALVES, 1998, p. 1).

⁴ “Esse debate foi impulsionado e ganhou contornos mais precisos a partir da crítica comunitarista de Sandel (1982) ao modelo de justiça liberal concebido por Rawls (1990[1972])”. (NEVES, 2001, P. 329).

A contraposição radical entre justiça universal referida ao individualismo moral e valores diferentes referidos ao comunitarismo ético gira principalmente em torno do seguinte problema: “se, e, em que medida a questão sobre o politicamente justo pode ser separada da questão sobre o moralmente bom” (REIS, <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/28939/28495>).

Os representantes da posição liberalista fundamentam a validade universal dos princípios jurídico-políticos, separando-os da resposta à questão sobre o bem. Os representantes do comunitarismo procuram vincular as questões sobre a justiça política à questão sobre a eudaimonia⁵ (vida boa).

Portanto, reconhece-se que o liberalismo sobrepõe o justo sobre o bem, sendo "justo" o mecanismo da exaltação da moral abstrata, e o "bem" uma idéia de construção da lei. Já o comunitarismo sobrepõe o bem sobre o justo, onde o "bem" é a própria justiça. Assim, o comunitarismo visa os fins alcançados, através de ações praticadas em função da construção do bem, do social.

Para o liberalismo a justiça está vinculada com uma idéias de meio. Por exemplo, uma lei justa é aquela que passou por todo um , desde a sua proposição até a sua promulgação e sanção. Ou seja, a idéia de justiça não está na lei, mas no processo de criá-la.

Entretanto, as divergências entre ambas as teorias não se esgotam aí, mas parecem enveredar em outra oposição não menos significativa. Trata-se da polarização entre valorizar indivíduo ou sociedade. (GONÇALVES, 1998, p. 6).

Os liberais priorizam os direitos individuais, antecedentes de determinação coletiva, ao passo que os comunitaristas defendem que não se pode apontar uma concepção do bem sobre uma base natural e abstrata, mas apenas por referência aos valores substanciais veiculados pela tradição de uma comunidade histórica particular. (GONÇALVES, 1998, p. 2).

Para os comunitaristas

⁵ “A ética antiga dizia respeito à questão acerca da verdadeira felicidade humana, promovida pela prática das virtudes. Por exemplo, para Aristóteles a melhor forma de vida - *theoria* - é a actividade racional que consiste na contemplação de verdades eternas (vida intelectual ou contemplativa); já para a Ética Cristã a virtude máxima é o amor pelo próximo. A ética aristotélica formula uma definição de virtude segundo uma ordem eterna do cosmos, e de acordo com o lugar que o homem ocupa nesse cosmos. Ainda que de modo diverso, o cristianismo pressupõe também a existência de uma ordem superior, de uma entidade transcendente - Deus - que constitui o princípio e a fonte das normas éticas.” (GONÇALVES, 1998, p.3).

uma sociedade que se baseia só na garantia dos direitos individuais, precisa de força motivadora e integradora capaz de uma coesão solidária suficiente para manter a própria sociedade. Por esse motivo julgam o processo liberalista sem forças para garantir e manter a estabilidade social, a legitimação política e a cidadania (REIS, <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/28939/28495>)

De fato, as teorias políticas liberais que valorizam o indivíduo em relação ao grupo social conduziram a críticas ferozes por parte dos filósofos comunitaristas (GONÇALVES, 1998, p. 6).

Para os liberais o indivíduos não podem ser definidos pelas suas interdependências (econômicas, sociais, éticas, sexuais, culturais ou religiosas), pois, para eles, os indivíduos são livres para rejeitar fazerem parte de instituições particulares. (GONÇALVES, 1998, p. 6).

Alasdair MacIntyre é um dos autores a apontar a fragilidade de tais alegações. A crítica de MacIntyre ao projeto universalizante de cunho iluminista é exposta especialmente em seu livro *Depois da virtude*, mas aparece também em *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Contesta o pressuposto de que se possa chegar a padrões universais de conduta, defendendo, em vez disso, o enraizamento em valores da comunidade. (ROUANET, 2008).

Para ele a liberdade e a identidade do homem não são características ontológicas inatas à pessoa, mas adquiridas com a história própria de cada um. (GONÇALVES, 1998, p. 7).

Outra visão interessante do problema parte de Charles Taylor, para que não se pode elaborar uma concepção política de justiça sem passar pela sutileza prévia de uma reflexão ontológica sobre a condição do homem em sociedade.

A idéia de justiça para o liberalismo é anti-perfeccionista (ou neutralista) (GONÇALVES, 1998, p. 5), por não buscar a perfeição, não se considerando perfeito, por não discutir nada, bastando apenas a aplicação a lei.

Por sua vez, a democracia política para o liberalismo é uma constituição que propõe igualdade, elevando o povo à categoria de cidadão, fazendo com que este participe, não importando o grau de sua participação.

A democracia se pressupõe diante da existência de meios colocados à disposição do povo para o exercício da cidadania. Havendo esses meios, os interesses podem se manifestar livremente.

Já na forma de pensar comunitarista, a idéia de justiça é o fim, está na própria lei. Qualquer processo é válido, desde que surja uma lei justa. A idéia de justiça

é perfeccionista, buscando apenas o fim ao qual se destina. Os comunitaristas visam o perfeccionismo buscando o conhecimento da história para a construção do bem, a partir de uma perspectiva teleológica, não importando com os meios utilizados para chegar a um determinado fim. (REIS, <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/28939/28495>)

Os comunitaristas entendem que as organizações sociais constituem-se em comunidades onde haja um bem comum. Não bastam os meios. Para eles a cidadania tem a ver com os resultados.

Na visão tradicional liberal o Estado somente deveria intervir na liberdade dos cidadãos com a única e exclusiva finalidade de evitar danos à sociedade. Os direitos individuais teria esse nítido caráter “negativo”.

Já o “o republicanismo (comunitarismo) vê a liberdade como ‘positiva’ e tem, portanto, uma concepção mais ampla dos direitos humanos. Liberdade negativa é ‘estar livre de’, enquanto liberdade positiva é ‘estar livre para’.” (REIS, <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/28939/28495>).

4. A PROPOSTA DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

A despeito das consistentes construções teóricas advindas dessas duas doutrinas, cabe advertir que o debate entre elas “apresenta fortes sinais de desgaste”, por terem, muitas vezes se utilizado de “formas simplificadoras e recepções acríticas”. (NEVES, 2001, p. 330).

Aqui pretender-se-á examinar como liberais e comunitários, em face das significações de pluralismo que adotam, elaboram diferentes concepções sobre igualdade e justiça, bem como propõem distintos entendimentos sobre qual é a estrutura normativa mais compatível com a heterogeneidade e a complexidade das democracias contemporâneas. Assim, podemos apresentar os seguintes questionamentos que põem à prova ambas as teorias:

- a) A contraposição entre justiça universal e valores diferentes, na qual enveredou o debate entre liberalismo e comunitarismo, é frutífera para o tratamento da relação dinâmica entre justiça e diferença na sociedade atual (global e complexa)?

- b) O universalismo da justiça (não) implica também o tratamento adequado da relatividade e da diferença de valores?
- c) A justiça pode se reduzir a um universalismo moral individualista ou num multiculturalismo exacerbado?

Apontando saídas para superar a polaridade em que se constituem as perspectivas liberalistas e comunitaristas, poder-se-ia apresentar autores que possuem referenciais teorias que vão além desse debate, tal como Niklas Luhmann.

Propõe-se a utilização desse autor para iniciar uma relativização que resultaria, ao final, numa conclusão acerca das possibilidades do pensamento comunitarista e liberal no que se refere à justiça no Estado Democrático de Direito.

Luhmann, de certa forma, propõe “uma Teoria do Direito que tem como referencial último o problema hermenêutico e pragmático envolvido pela linguagem” (GALUPPO, 2002, p. 17). Suas formulações nos conduzem a entender que

(...) a fundamentação do direito se desloca de uma racionalidade abstrata e subjetiva (como aquela presente na obra kantiana) para uma racionalidade inerente à linguagem e expressa por meio desta, e, por isso mesmo, intersubjetiva, discursiva. A consequência desse deslocamento é que racionalidade, uma vez que passa a ser vista essencialmente como linguagem, já não é entendida como transcendente ao mundo, mas como imanente a ele. (GALUPPO, 2002, p. 17).

5. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA ÓTICA DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE NIKLAS LUHMANN

Retomando a idéia inicial de que o princípio da igualdade é um dos princípios historicamente apontados para desempenhar a tarefa de justificação do direito, passa-se, então à análise do referido princípio.

Antes, entretanto, de adentrar nas reflexões acerca das possibilidades de sua realização, faz-se necessário esclarecer alguns pontos.

O primeiro deles refere-se ao equívoco de se compreender a afirmação da igualdade como forma de escamotear as desigualdades sociais de fato entre os homens (COMPARATO, 1993, p. 77). É preciso deixar claro que o princípio refere-se sim a formas de se neutralizar as desigualdades no âmbito do exercício dos direitos, ou seja, não se trata de afirmar a igualdade de fato, mas sim de direito. Em outras palavras, refere-

se “ao tratamento isonômico que se obtém mediante a integração ou acesso igualitário às instituições e aos procedimentos jurídicos” (NEVES, 2001, p. 334).

A análise do princípio da isonomia deve ser feita no contexto da sociedade moderna qualificada por sua complexidade e heterogeneidade. Outro equívoco seria confundir igualdade jurídica e homogeneidade da sociedade. “Ao contrário, a complexidade e heterogeneidade sociais são justamente os pressupostos de emergência e concretização do princípio jurídico da igualdade.” (NEVES, 2001, p. 334). É justamente a diversidade de valores religiosos, políticos, interesses pessoais, etc. no mesmo espaço social político é que torna necessária a implementação do princípio da igualdade. O princípio da igualdade só se realiza e faz sentido se for no sentido de respeitar as diferenças.

Inserindo o princípio da igualdade na perspectiva sistêmica, pode-se dizer que ele se apresenta mediante a diferença igual e desigual (não exatamente na perspectiva aristotélica de que a igualdade consiste em dar tratamento igual para os iguais e desigual aos os desiguais), mas a partir de uma releitura sua. Assim, Luhmann define a igualdade como um conceito formal (uma diferença) que depende de um outro lado, a desigualdade⁶. Nas suas palavras:

Igualdade sem desigualdade não tem sentido – e vice-versa. Se o igual deve ser tratado igualmente, o desigual tem de ser tratado como desigual. [...] Se se renuncia ao conceito normativo de igualdade, chega-se à regra aristotélica de que o igual seja tratado igualmente e o desigual, desigualmente. Trata-se, portanto, de um esquema de observação que apenas sugere o desenvolvimento de normas e preferências, mas que não fixa, ele mesmo, já a preferência pela igualdade. (LUHMANN, [s.d.], p. 81)

Igualdade portanto é a formula da diferença “igual/desigual”. E nesse sentido é adaptável aos mais diferentes tipos societários, até mesmo “as sociedades estratificadas” (LUHMANN, [S.D.], p. 82).

“Só quando a igualdade transforma-se de uma forma em uma norma é que se pode compreender o papel específico do princípio da igualdade da sociedade moderna.” (NEVES, 2001, p. 335).

Para Luhmann, o princípio da igualdade, se resume no tratamento igualitário dos casos jurídicos, reduzindo o princípio à exigência de regularidade da aplicação normativa.

⁶ La igualdad sin la desigualdad no tendría sentido: y viceversa. Lo igual debe tratar-se como lo desigual, y lo desigual se debe tratar de manera desigual. Si se enuncia un concepto normativo de igualdad, se llega a la regla aristotélica de que lo igual debe tratar-se como igual y lo desigual como desigual. (LUHMANN, [s.d.], p. 81.).

Na sociedade Moderna e a positivação do seu direito, é o mesmo que se falar a aplicação do princípio da legalidade. (LUHMANN, [s.d.], p. 84).

Na linguagem kelseniana, o princípio da igualdade em sua dimensão puramente jurídica implicaria a igualdade “perante” a lei, ao passo que o princípio político da igualdade como conteúdo do preceito constitucional significaria igualdade *na* lei (cf. KELSEN, 1960: 146 e 396). E, quando se discute sobre o princípio constitucional da isonomia como expressão da justiça no Estado Democrático de Direito é a igualdade na lei que está em questão. O tema do debate é, em primeiro lugar, a integração igualitária dos homens (como pessoas) ao ordenamento jurídico; só secundariamente, o tratamento igual de casos e situações jurídicas. (NEVES, 2001, p. 336).

Essa noção de integração “procedimental igualitária” deve ser vista a partir de duas perspectivas.

De uma lado, refere-se “à neutralização de desigualdades fáticas na consideração jurídica de indivíduos e grupos” (NEVES, 2001, p. 336). Por outro exige que “na esfera pública pluralista tenha-se desenvolvido a idéia de que as diferenças sejam recíprocas e simetricamente respeitadas” (NEVES, 2001, p. 336)

Para tanto, é necessário que a Constituição contemple procedimentos capazes de permitir o convívio dos diferentes, possibilitando-lhes um tratamento jurídico isonômico⁷. Ou seja, se os sistemas jurídico e político procedem a uma distribuição desigual de oportunidades e encargos, não há mais como falar em uma esfera pluralista.

6. A JUSTIÇA COMO IGUALDADE

Luhmann entende que a justiça como igualdade tem a pretensão de universalidade, mas não numa perspectiva a-histórica, mas relaciona-se com o acesso generalizado de indivíduos e grupos ao direito.

Isso exige, é verdade, a neutralização das desigualdades sociais, especialmente aquelas de natureza econômica e política, no plano do exercício dos direitos estabelecidos como fundamentais. E quando essas desigualdades em si mesmas são obstáculos ao exercício dos direitos básicos e favorecem o privilégio jurídico das minorias, justificam-se os mecanismos compensatórios que se expressam nos direitos sociais e, mesmo, discriminações inversas em forma de programas que criam vantagens competitivas. (NEVES, 2001, p. 340).

⁷ “É nessa perspectiva que cabe uma releitura da concepção de Dworkin do direito ‘fundamental’ de igual respeito e consideração (DWORKIN, 1991^a: 180 ss. E 272 ss). Dworkin concebe-o como ‘direito natural’ (CF., por exemplo, 1991^a: 182)”. (NEVES, 2001, p. 337). Neves critica essa concepção, por cometer o equívoco de confundir o “direito a ser tratado como igual” com o “direito a igual tratamento” que seria derivado.

O universalismo da justiça, perguntariam os comunitaristas, não implica, entretanto, na “igualdade como ideologia que esconde as diferenças fundamentais entre grupos étnicos e culturais, cada um deles com seus próprios valores?” (NEVES, 2001, p. 340) Não se deveria, ao contrário, buscar legitimar o direito e a política a partir de um relativismo particularista, levando-se em conta os valores de cada grupo como fundamento de validade da ordem jurídico-política?

Segundo Marcelo Neves, “uma elevação de valores grupais, [...] a critério de legitimação última da ordem político-jurídica, impede qualquer possibilidade de crítica conseqüente a regimes totalitários de base étnica ou nacionalista.”⁸ (2001, p. 340).

A concepção da justiça como dimensão universalizante do princípio da igualdade implica, portanto, no universalismo da cidadania e pressupõe a inclusão generalizada no sistema jurídico-político, exigindo o tratamento adequado da relatividade e da diferença de valores. Trata-se, portanto, de um universalismo relativo (não no sentido do “relativismo étnico ou ético”) que admite o acesso igualitário das pluralidades valorativas e identidades étnicas aos diversos procedimentos jurídico-político existentes na sociedade.

Segundo Marcelo Neves (2001, p. 343),

[...] a justiça como igualdade só está assegurada se se impõem restrições efetivas aos grupos que, baseados em identidade étnica ou em valores ético-religiosos, pretendam destruir a própria ordem normativa que fundamenta o universalismo inerente à igualdade de tratamento e de acesso jurídico-político dos diferentes grupos. O universalismo da diferença só se afirma, portanto, como universalismo da igualdade.

Entretanto, na concepção luhmanianna, a justiça como igualdade, enquanto sensível à diferença, não se resume em respeitar apenas a diversidade de valores coletivos ou mesmo individuais, mas sensível também à diferença de esferas de comunicação.

Conforme mencionado no início do artigo, a sociedade moderna, caracterizada por sua complexidade, diferencia-se em diversas esferas de comunicação, com seus

⁸ Reforça a idéia dizendo que “[...] a concepção comunitarista, na sociedade global, supercomplexa e culturalmente heterogênea de hoje, mostra-se profundamente inadequada. Não apenas entre as diversas fronteiras estatais destaca-se uma forte diversidade de valores e etnias, mas também no âmbito do território de cada Estado estão presentes os mais diversos valores grupais, que, em regra, encontram-se em relação de conflito”. Isso “impede uma análise consistente e um tratamento adequado dos problemas estruturais da sociedade global de hoje, relacionando-se, no plano da prática política, com formas de nacionalismos étnicos e fundamentalismos religiosos que são incompatíveis com o estado democrático de direito. [...] O fato é que, sem a universalidade da cidadania, isto é, sem a inclusão generalizada de indivíduos e grupos no sistema jurídico-político, as diferenças étnicas e culturais degeneram em conflitos destrutivos entre os diversos grupos”. (NEVES, 2001, pp. 340-341).

códigos próprios de linguagem. Ou seja, cada subsistema social⁹ (economia, política, religião, ciência, arte, etc) possuem seus próprios códigos e programas de uma esfera de comunicação. Para que haja o respeito ao tratamento igual/desigual entre eles, é imperativo que seus códigos não se imponham, diretamente, a outra esfera de comunicação. Exige-se que “ ‘o ponto central da racionalidade interna de um setor social autônomo, como pesquisa, saúde, educação, não deve ser substituído pela racionalidade econômica’ ”(TEUBNER, 1998, p. 21 s. *apud* NEVES, 2001, p. 344).

Ou seja,

[...] a justiça como igualdade complexa pressupõe e exige o reconhecimento da pluralidade discursiva e das complexidades sistêmicas da sociedade global de hoje, implicando o respeito á autonomia das esferas discursivas ou dos sistemas de comunicação.

7. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO MODELO JURÍDICO-POLÍTICO ADEQUADO À PROMOÇÃO DA JUSTIÇA COMO IGUALDADE

O regime político-jurídico mais adequado para a efetivação da justiça como se propôs neste trabalho é o do Estado Democrático de Direito

A sociedade global e complexa atual demanda que haja mecanismos e procedimentos apropriados a garantir o tratamento igual/desigual juridicamente consistente e socialmente adequado a diversos contextos. Esses mecanismos são encontrados nos regimes democráticos.

Esse modelo é propício para garantir a autonomia operacional sistemas político e jurídico, já que conta com a presença da Constituição que proporciona o “acoplamento operacional”¹⁰ entre ambos.

Assim, é que com base na Constituição e mediante a jurisdição constitucional, uma decisão parlamentar majoritária pode ser considerada juridicamente

⁹ “Desde logo é curioso notar o quanto a análise de Luhmann se aproxima da idéia weberiana de desencantamento promovido pelo processo de racionalização, pois da mesma forma que tal processo decorre da perda do primado da religião enquanto instância unificadora e fornecedora de uma visão global de mundo e a conseqüente separação das esferas culturais de valor, tais como a ciência, o direito, a economia, etc., também o processo que leva a sociedade a assumir uma diferenciação funcional implica perda da unidade outrora fornecida pela teologia. [...]” (FALEIROS, 2010, p. 287).

¹⁰ “Luhmann aproveita o conceito de acoplamento estrutural desenvolvido pelos biólogos chilenos, que o utilizavam para analisar o modo pelo qual o sistema se relaciona com seu entorno: contudo o modifica para poder expressar a inter-relação entre diversos sistemas autopoieticos. Para uma análise mais pormenorizada desses conceitos em Luhmann, ver, entre outros, *Social Systems*, 1995, cap 6 e *Introducción a la teoria de sistemas*, 1996, pp. 97-113; 201-208.” (FALEIROS, 2010, p. 284).

inválida especialmente quando contrariar os critérios jurídicos do tratamento igual/desigual, o que fere, dessa maneira, a justiça como igualdade. (NEVES, 2001, p. 349).

8. CONCLUSÃO

A obra de Niklas Luhmann se insere num contexto analítico muito amplo, podendo ser considerada, portanto, sob diversos ângulos: sociologia geral e do direito, teoria da comunicação, da evolução social, etc. É um pensamento multifacetado que, sem dúvida, reflete a complexidade da sociedade que pretende observar e descrever.

Diante disso, é possível dizer que o tema deste trabalho representa uma dentre as várias possibilidades de atingir esse universo. Não obstante não ser a única forma de alcançá-lo, a escolha se deve ao grau de importância que o tema atinge no âmbito de sua teoria e também à importância dada a ela em diversos outros enfoques teóricos.

O conceito de autopoiese é central para a conceituação do direito em Luhmann e foi fundamental para o encaminhamento das questões que acompanham as análises relativas à compreensão do direito como sendo um sistema autorreferencial. Para a correta compreensão de tal conceito, foi feito o caminho percorrido por Luhmann, a partir da biologia até as ciências sociais.

Luhmann busca explorar o modo como na sociedade moderna, altamente diferenciada em subsistemas funcionais, é possível pensar numa interrelação entre eles, partindo-se da hipótese de que eles não podem ser influenciados diretamente uns pelos outros. Nesse contexto, a pergunta recorrente a todo instante é: qual o papel do direito nessa sociedade?

Somente com a diferenciação funcional da sociedade moderna e a explosão que ela causa nas visões globais de mundo que são características das sociedades tradicionais é que o direito irá se deparar com uma superprodução de possibilidades que tornou premente a busca de novas soluções.

Vê-se, portanto, que o enquadramento jurídico normativo que a questão suscita resulta tanto da dificuldade de se equacionar a multiplicidade dos fatores nela intervenientes, quanto da sua recíproca interconexão. Junte-se a isso a produtiva dificuldade de não haver correntes absolutas na compreensão do problema “o que leva a que o desenho do próprio quadro que procuramos compreender esteja determinado pelos ângulos ou prismas que assumamos para a sua própria compreensão” (FARIA COSTA,

1992, p. 27), a permitir com que se multipliquem os espaços teóricos onde é possível construir modelos explicativos e compreensivos do tema proposto.

A opção por Luhmann, como referencial teórico, portanto, permite que se analise o que é "comum", a partir de nova perspectiva. O pensamento de Luhmann é inovador, multifacetado e, por isso, complexo, assim como a sociedade que ele procura observar e descrever. Em decorrência dessa complexidade epistemológica, acusada por alguns de heterodoxa¹¹, foi preciso escolher um ponto como via de acesso a esse universo de conceitos, não obstante ter-se a sensação de que a porta de entrada para a teoria de Luhmann, constitui-se, ao mesmo tempo, na saída. Por isso que toda a sua produção é comparada a um "labirinto de cristal"¹², que coloca em evidência os próprios caminhos, permitindo que cada uma das suas facetas seja abertura para o todo.

Portanto, a escolha do tema é uma das possíveis escolhas para se adentrar no universo luhmanniano, mas não a única forma de atingi-lo. O próprio Luhmann concebe a teoria como uma espécie de redução da complexidade, mediante a seleção de possibilidades, sem excluir outras (1995, p. 10).

Se “do ponto de vista de uma epistemologia geral, a obra de Niklas Luhmann inscreve-se no seio de uma história que se move no sentido do abandono da soberania do sujeito na ordem do pensamento”¹³ e a esse respeito é acusada de anti-humanista, no que se refere às implicações jurídicas que engendra, pode-se dizer que se trata de uma ousada tentativa de buscar novas respostas para antigas questões.

Portanto, se esse enfoque teórico merece críticas, não se pode negar que sua postura proporciona um rico debate sobre o direito e, de forma mais ampla, da sociedade. Ademais, as críticas mais frequentes que recebe são, na sua maioria, de cunho ideológico e não científico, atribuindo-lhe a marca do conservadorismo. A elas Luhmann responde, argumentando que questões valorativas desse naipe estão, para ele, fora do âmbito do subsistema da ciência, que apenas entende o código de “verdade” e “não-verdade”. Aquele que valora e desconfia, não atua como um cientista, mas, antes, como um “crente”.

¹¹ Segundo Giménez Alcóver (1993, p. 168), Norberto Bobbio teria dito que o pensamento de Luhmann seria inutilmente complicado.

¹² Termo utilizado pelo espanhol Ignácio Izuzquiza que, criticando a demasiada complexa teoria de Luhmann, acusa-a de conduzir por caminhos tortuosos que não levam a lugar algum. Sua teoria seria ser um labirinto de perdição, paradoxalmente, transparente, pois de cristal (IZUZUQUIZA, 1990, p. 316).

¹³ RABAULT, Hugues. A Contribuição epistemológica do pensamento de Niklas Luhmann: um crepúsculo para o Aufklärung?. In: ARNAUD; LOPES JR, 2004. p. 345-370, p. 352-353. Vide também Luhmann (1996, p. 206).

Talvez o mais prudente a fazer, ainda que com as ressalvas pertinentes, é refletir profundamente sobre seu pensamento que, ao que parece, está a prosseguir seu curso, longe de ser dado como concluído.

9. REFERÊNCIAS

DE GEORGI, Raffaele; LUHMANN, Niklas. **Teoria de la sociedad**. Trad. Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos e Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993.

DE GIORGI, Raffaele. **Ciência del derecho y legitimación**. México: Universidad Iberoamericana, 1998.

GALUPPO, Marcelo. **Igualdade e Diferença: o Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas**. São Paulo: Mandamentos, 2002.

GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. **El derecho em la teoria de la sociedad de Niklas Luhmann**. Barcelona: Bosch, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.

_____. **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

_____. **Técnica e ciência como ideologia**. Lisboa: Edições 70, 1994.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, v. I e II.

_____. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

_____. **Social systems**. Trad. John Berdnarz Jr. e Dirk Baecker. Califórnia: Stanford University, 1995.

_____. **El derecho de la sociedad**. Trad. provisória para o espanhol por Javier Torres Nafarrate. Mimeografado, (s.d).

_____. **Teoria de la sociedad**. Trad. Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos e Javier Torres Nafarrate. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **El árbol del conocimiento**. Santiago de Chile: Universitária, 1984.

NEVES, Marcelo. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Unb, 2001.

_____. **A constitucionalização simbólica**. Guarulhos: Acadêmica, 1994.

_____. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. In: **Dados**: Revista de Ciências Sociais, v. 37, n. 02, p. 253/276, Rio de Janeiro: IUPERJ, 1994.

_____. Da autopeiose à alopoiose do direito. **Anuário do Mestrado em Direito**, n. 5, Recife: Universitária/UFPE, [s.d].

_____. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. **Lua Nova** – Revista de Cultura Política, n. 37, p. 93/106, 1996.

VILAS BÔAS FILHO, Orlando. **O direito na Teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.