



PARA PENSAR A *LINGUAGEM DOS DIREITOS* NA DOUTRINA CONSTITUCIONAL

Alvaro Ciarlini

Um dos temas ainda persistentes na atual teoria constitucional é o que se refere à possibilidade da racionalidade das decisões judiciais que tratam de direitos fundamentais, principalmente no que se reporta à generalizada expectativa de que tais decisões sejam tomadas segundo parâmetros de objetividade¹, em uma linguagem jurídica que possa ser sindicada segundo os critérios próprios ao direito.

Os argumentos desenvolvidos pelo pensamento crítico norte-americano, na linha do movimento intelectual autodenominado *Critical Legal Studies* (CLS), em que pese seu inegável declínio², continuam a nos dar um ponto de partida para pensarmos o conteúdo das decisões judiciais embasadas na linguagem dos direitos, bem como sobre a fé que nutrimos em nosso sistema jurisdicional a partir de sua retórica. Podem ainda abrir uma perspectiva crítica que permita refletir sobre a viabilidade da idéia de democracia liberal como algo fundamentado em direitos e nos fornecer balizas para meditarmos sobre o futuro dos direitos fundamentais, a partir do uso de uma retórica jurídica e política mais criativa.

O presente ensaio pretende, a partir de tais premissas, trazer a lume algumas diretrizes para a compreensão do fenômeno da perda da fé na linguagem dos direitos.

¹ TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. Princeton: Princeton University Press, 2003, p. IX.

² Idem, *ibidem*, p. IX.

Não pertence ao escopo deste trabalho tentar estabelecer alguma coerência ou convergência teórica dos diversos estudos e diretrizes ideológico-teóricas produzidas pelo *CLS*. Não se pretende, tampouco, delinear a importância e a repercussão de tais apontamentos para o pensamento crítico, à evidência de que, além de inexistir um consenso epistemológico ou ontológico entre os vários autores que participaram de tal movimento, o próprio matiz crítico de seus postulados, bem como sua inserção no universo do funcionalismo político e jurídico³, sugere a não adesão de tais diretrizes à metódica da dogmática tradicional.

Assim, pode-se afirmar que a *teoria* crítica, à qual se inscrevem ditas asserções, não tem a conotação epistemológica usualmente atribuída aos movimentos filosófico-científicos da modernidade, mesmo porque, ao postular uma posição metanormativa da compreensão da normatividade do direito, no sentido de uma teoria crítica reflexiva, suas proposições descartam o consenso metodológico reclamado justamente pela dogmática jurídica e científica, ora criticada, em favor de uma prática emancipadora que nos conduza a uma sociedade mais justa⁴, possível na medida em que, ao negar ao direito suas tradicionais autonomias ontológica e axiológico-cultural, passa a apartá-lo da dogmática jurídica, para funcionalizá-lo a uma *prática* histórico-social⁵.

Finalmente, embora o desenvolvimento do presente ensaio tenha pontos aparentes de conexão com o problema da legitimidade do poder como decorrência de um labor discursivo, não pretendemos avançar nas teses da semiologia do poder propugnadas pelos Professores Luis Alberto WARAT e Leonel Severo ROCHA⁶.

Em seu artigo *The critique of rights in critical legal studies*⁷, Duncan KENNEDY

³ NEVES, A. Castanheira. *Teoria do Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, p. 43.

⁴ BOYLE, James. *Critical Legal Studies*. Cambridge: University Press, 1992, p. XIV.

⁵ NEVES, A. Castanheira. *Teoria do Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, pp. 42-43.

⁶ WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. *O Direito e sua Linguagem*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

⁷ KENNEDY, Duncan. *The critique of rights in critical legal studies*. In: BROWN, Wendy and HALLEY, Janet (eds.). *Left Legalism/Left Critique*. Durham: Duke University Press, 2002, pp. 178-227. O tema foi ainda reproduzido, com algumas alterações, nos artigos *Rights in American Legal Consciousness* e *The critique of rights*. In "A critique of Adjudication". Harvard: Harvard, 1998, capítulos XII e XXIII.

preconiza que os *direitos subjetivos* costumam ser afirmados pelos juízes como algo pré-determinado pelo direito positivo. A retórica jurídica que lhe é conseqüente, com efeito, é construída tendo como pressuposta a afirmação de que os direitos subjetivos, dentre os quais os fundamentais, encontram-se devidamente internalizados em um discurso jurídico racional.

Sob essa ótica, cumpre aos juristas afirmar a transposição dos direitos que estariam fora do ordenamento jurídico para dentro deste, como estratégia de afirmação do programa liberal para a construção de uma sociedade boa e justa. Esse trabalho de transposição, ou tradução⁸, é realizado segundo uma lógica de dupla mediação entre julgamentos factuais e axiológicos, representando um ponto de proximidade entre a própria racionalidade legal e os discursos sobre direitos. É bem verdade, no entanto, que a formulação de demandas jurídicas através da linguagem dos direitos produz também o efeito de *legalizar* determinadas pretensões admitidas como legítimas. A expressão *ter direito a algo*, nesse viés, não perde de vista a dimensão de realização do direito segundo o critério lógico de aplicação de normas jurídicas a determinados casos⁹.

Isso não obstante, enquanto que os argumentos baseados em direitos subjetivos têm um determinado significado e efeito nos discursos jurídicos, estes estão, ainda assim, sujeitos a uma abertura semântica e hermenêutica. A necessária densificação das proposições jurídicas, tanto na esfera da adjudicação, própria ao trabalho de formulação e aplicação de precedentes, quanto no emprego dos *statutes*, não pode prescindir, pois, da utilização de certos argumentos de natureza política.

O problema central da crítica aos argumentos jurídicos fundamentados em direitos parece consistir na apreciação das possibilidades semânticas de sua linguagem, na medida em que as considerações relativas ao caráter universal, inalienável e inviolável dos direitos produzem determinados efeitos sobre as expectativas nutridas pelos indivíduos no cenário político e

⁸ Idem, ibidem, p. 194.

jurídico.

Para melhor delimitar a crítica elaborada por Duncan KENNEDY à linguagem dos direitos, convém distinguir, ainda que brevemente, a abordagem desse autor em relação a três outras importantes linhas de análise do tema, não necessariamente pertencentes ao *CLS*, como a procedida por Mary Ann GLENDON, Klaus GÜNTHER e Martti KOSKENNIEMI.

Nessa ordem, a renomada Professora de Harvard centra sua análise no que podem ser considerados certos efeitos colaterais da linguagem dos direitos, dentre os quais o próprio empobrecimento do discurso político¹⁰, justamente em virtude da proclamação de diversos direitos, bem como ao incremento do rol das liberdades individuais, sem que sejam observados os seus fins ou estejam estes devidamente relacionados às responsabilidades que decorrem de sua criação, não fosse a ausência de pertinência destes em relação ao bem estar geral. Assim, as manifestações discursivas sobre os direitos são formuladas como se constassem em “um livro que contém palavras e frases e carecem de gramática e sintaxe”¹¹.

O resultado perverso dessa dinâmica, prossegue GLENDON¹², é o desnecessário aumento das possibilidades de dissenso em uma sociedade pluralista, bem como a impossibilidade de formação de coalizões ou o estabelecimento de soluções sobre controvérsias existentes entre grupos que tenham posicionamentos divergentes. Tal quadro mantém ainda, no âmbito social, um desnecessário nível de intolerância e incompreensão mútuas, na medida em que favorece a elaboração de modos de solução de problemas a curto prazo, em detrimento de um trabalho estratégico de planejamento

⁹ Idem, ibidem, p. 195.

¹⁰ GLENDON, Mary Ann. *Rights Talk – The Impoverishment of Political Discourse*. New York: Free Press, 1991, p. 12-15 e 171-173.

¹¹ Idem, ibidem, p. 14.

¹² Idem, ibidem, p. 15.

preventivo que tenda a abordar problemas sistêmicos.¹³

Enfim, a partir da análise da pobreza de significados e dos efeitos deletérios de uma retórica simplista, pouco criativa e certamente cerceadora das possibilidades semânticas da linguagem dos direitos¹⁴, a crítica de Mary Ann GLENDON tem como mote a possibilidade de sofisticação dessa linguagem como forma de viabilizar um debate público acerca dos fins que pontuam nossa vida política¹⁵.

Em sentido complementar, Klaus GÜNTHER¹⁶ afirma que a experiência em injustiça e medo sofrida pelos atores sociais, uma vez internalizada na cultura política, cria as possibilidades do estabelecimento de articulações públicas a fim de condenar tais práticas, o que é procedido através da linguagem dos direitos, denotando o sentido performativo desta e viabilizando a adoção de diretrizes políticas. Com efeito...

By referring to a human right, a person articulates his or her suffering from an offense or a harm, and he or she claims that everybody is obliged to listen to the individual report of this experience. The declaration of a human right represents this experience, rejects it, and gives a conceptual framework to the interpretations of new experiences of injustice and fear, caused by actions of State in the future. This is the performative meaning of human rights.¹⁷

A função da linguagem dos direitos, no entanto, consiste em estabelecer um sentido para a igualdade dos sujeitos participantes dos

¹³ Idem, ibidem, p. 14-15.

¹⁴ Para Mary Ann GLENDON, “nossa linguagem sobre os direitos, com seu caráter absoluto, estimula expectativas pouco realistas, intensifica os conflitos sociais e inibe o diálogo que poderia conduzir ao consenso, ao ajuste ou, ao menos, a encontrar um termo comum” (ibidem, p.14).

¹⁵ Idem, ibidem, p. 15.

¹⁶ GÜNTHER, Klaus. The Legacies of Injustice and Fear: A European Approach to Human Rights and their Effects on Political Culture. In: ALSTON, Philip (ed.). The EU and Human Rights. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 117-144.

discursos públicos e fornece um importante ponto de vista para pensar a relação entre direito e política. Na mesma medida em que o sistema democrático provê os meios para a difusão dessa linguagem, cabe a ela própria possibilitar a continuação do projeto da democracia. Essa relação circular¹⁸, por sua imprescindibilidade, ao contrário da postura ostentada por Martti KOSKENNIEMI¹⁹, determina, para GHÜNTER, que a linguagem dos direitos deve acelerar a interação entre direito e política, não podendo, por isso, determinar a substituição de um pela outra.

A propósito, o posicionamento de KOSKENNIEMI assenta-se em duas perspectivas distintas. Primeiramente, afirma que a retórica dos direitos teve importância histórica no sentido de proporcionar à sociedade um efeito emancipador. Todavia, consigna que, a despeito deste traço positivo, na medida em que se institucionaliza na cultura política e administrativa, tal linguagem perde sua eficácia transformadora, pois passa a desempenhar um papel normativo, marginalizando outros valores ou interesses que não tenham sido introduzidos em seu contexto. Além disto, ressalta que tal linguagem não possui o poder que geralmente lhe é associado, por não conter um cabedal coerente de proposições utilizáveis na administração da vida social, e, a despeito de sua pretensa neutralidade, os *rights talk* se reduzem a “argumentos conflituosos acerca do *bem político*”²⁰.

Diante de tais premissas, é de bom alvitre trazer a exame algumas considerações acerca da idéia de direitos subjetivos, nutrida à sombra da imagem do liberalismo político clássico, em relação ao utilitarismo de Jeremy BENTHAM²¹. Em seu ensaio *Rights as Trumps*²², DWORKIN bem

¹⁷ Idem, ibidem, p. 127.

¹⁸ Idem, ibidem, p. 143.

¹⁹ KOSKENNIEMI, Martti. The Effect of Rights on Political Culture. In: ALSTON, Philip (ed.). *The EU and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 99.

²⁰ Idem.

²¹ BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. *The Classical Utilitarians – Bentham and Mill*. Indianápolis: Hackett Publishing.

sintetiza a tese do igualitarismo liberal²³, a partir da qual os direitos subjetivos consubstanciam uma espécie de trunfo, podendo assim ser impostos em uma determinada relação entre indivíduo e sociedade. Para o autor...

Rights are best understood as trumps over some background justification for political decisions that states a goal for the community as a whole.²⁴

Sem pretender redefinir o sentido do termo “ter direitos”²⁵, DWORKIN trata de conciliar tal noção com a de bem comum; para tanto, opõe-se ao modelo utilitarista que adota, como preceito, a impossibilidade de sobrepor aqueles a este, pois acredita que o princípio da igualdade pode servir de parâmetro de justificação dos direitos ou do bem-estar geral. A proposição teórica de DWORKIN opõe-se tanto ao positivismo jurídico quanto ao utilitarismo²⁶, vendo nos trunfos a possibilidade de assegurar aos indivíduos a proteção de certos interesses nascidos em circunstâncias especiais, a fim de garantir-lhes padrões mínimos de existência, em homenagem a “uma noção mais substancial de igualdade”²⁷, na medida em que “representa a promessa

²² DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps? In: WALDRON, Jeremy. Theory of rights. Oxford: University Press, 1984, pp. 153-167.

²³ DALL'AGNOL, Darlei. O igualitarismo liberal de Dworkin. In: Kriterion, Vol. 46, nº 111, Belo Horizonte – jan/jun 2005.

²⁴ DWORKIN, ibidem, p. 153.

²⁵ DALL'AGNOL, ibidem, p. 5.

²⁶ Em verdade, para DWORKIN, “o positivismo jurídico rejeita a idéia de que os direitos jurídicos possam preexistir a qualquer forma de legislação; em outras palavras, rejeita a idéia de que indivíduos ou grupos possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas que formam a totalidade do direito de uma comunidade”, enquanto que “o utilitarismo econômico rejeita a idéia de que os direitos políticos possam preexistir aos direitos jurídicos, isto é, que os cidadãos possuam outra justificação para criticar uma decisão legislativa que não seja a alegação de que uma decisão não atende, de fato, o bem-estar geral”. DWORKIN, idem, p. XIV.

²⁷ Idem, ibidem.

da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas”.²⁸

Os trunfos políticos que emergem das relações dos indivíduos com o Estado explicam-se através da peculiaridade de que...

[...] um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano. Sem dúvida, essa caracterização de direito é formal, no sentido de que não indica quais direitos as pessoas têm nem garante que de fato elas tenham algum.²⁹

KOSKENNIEMI afirma, desta feita³⁰, que a tese de DWORKIN sobre os direitos como trunfos ainda pertence a uma tradição do liberalismo político, no sentido de limitar a discricção administrativa, pois aqueles são representados como universais, atemporais e auto-evidentes, mostrando-se infensos às influências políticas. Desta feita, submetem-se à mesma crítica dirigida à retórica dos direitos.

A perda da fé na linguagem dos direitos, portanto, passa a ocorrer justamente no momento em que as pretensões jurídicas, invariavelmente proclamadas em uma retórica que pressupõe os direitos como universais, inalienáveis, a-históricos, e assim, auto-evidentes, comportáveis, por conseguinte, em um discurso racional objetivo, defrontam-se com juízos decisórios já colonizados pela retórica da política. Ora, se a realização das pretensões subjetivas submete-se à discricção de seu aplicador, sujeitando-se a um juízo político de ponderação, mesmo que utilizando uma roupagem

²⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 314.

²⁹ DWORKIN, ibidem, p. XV.

³⁰ KOSKENNIEMI, idem, p. 101.

técnico-jurídica, os parâmetros internalizados na cultura política, adotados para a tomada de decisão, já não se orientam de acordo com tais expectativas de objetividade e universalidade³¹.

Para KOSKENNIEMI, a perda da fé, que decorre dessa frustração de expectativas, não deve nos levar ao abandono da linguagem dos direitos³², mas pode nos precatar quanto a crença de que os direitos sejam a-políticos, fundamentais e universalmente aplicáveis. Assim, nossos olhares não mais se dirigirão ao questionamento acerca de quais são os direitos individuais, mas poderão objetivar o desenvolvimento de políticas nas quais as concepções do bem, independentemente de estarem ou não embasadas nessa retórica jurídica, possam ser debatidas e compreendidas sem a condição de serem levadas a sério apenas se forem reivindicadas como algo universal e apolítico³³.

O trabalho de Duncan KENNEDY, embora também centre seu foco no problema semântico subjacente à linguagem dos direitos, deseja questionar a perda da fé que resulta de sua expressão, em virtude da impossibilidade de delineamento de margens nítidas que permitam distinguir argumentos jurídicos de políticos. Seus argumentos são importantes e atuais, tanto quanto ainda permanecem vivas, no direito, as questões acerca das possibilidades, inclusive metodológicas, de estabelecimento das referidas margens.

Assim, podemos indagar: afinal, qual a repercussão desse ceticismo diante da linguagem dos direitos para a atividade jurisdicional?

É inegável que juízes procuram explanar suas convicções com

³¹ Idem, ibidem, p. 115.

³² Idem, ibidem.

³³ Idem, ibidem, p. 116.

referência expressa a uma complexa rede de preceitos normativos jurídicos. Como estratégia para legitimar seus julgados, sondam a possibilidade de proferir uma decisão com a correta interpretação desses preceitos, mesmo nos casos em que não for possível questionar se a decisão tomada é a melhor diante das circunstâncias em exame, ou se, em termos filosóficos, tal decisão pode ser moralmente justificada.

Certamente influenciados por uma metodologia de trabalho herdada do Século XVIII, fundamentada em crenças francamente difundidas por um senso comum acrítico, juízes desejam acreditar que produzem decisões lógicas e racionalmente compatíveis com a fiel interpretação de normas jurídicas pressupostas.

Desenvolve-se, desta feita, um discurso jurídico no qual a realização dos direitos subjetivos pode ser levada a efeito segundo um molde objetivo, historicamente conquistado na mesma medida em que a jurisdição obteve sua autonomia em relação a outras esferas de poder. Por isso, mesmo nos casos de lacunas do ordenamento jurídico, ou de conflitos entre normas, o próprio sistema prevê critérios objetivos de integração do direito ou de solução de antinomias.

Nessa linha, os direitos passam a ser considerados autênticas normas legais, como tantas outras do sistema jurídico. A concretização de preceitos normativos abstratos, ou mesmo o reconhecimento de direitos, decorrente do processo de transposição assinalado acima, cria condições para que sejam exploradas ou geradas aberturas, conflitos e ambigüidades nos casos particulares, permitindo que a linguagem utilizada na explicitação dos fundamentos dessas decisões seja permeada por certas conveniências ideológicas e determinados interesses, disseminados no âmbito sócio-político.

A perda da fé nos discursos que fundamentam os direitos decorre usualmente da descrença na possibilidade de distinção entre juiz e legislador ou ainda na idéia de objetividade dos julgamentos³⁴. Para Duncan KENNEDY, isto decorre explicitamente da possibilidade de reduzir os argumentos jurídicos a critérios de balanceamento, assumidos como políticos.³⁵

Tal redução gera também, por certo, inexoráveis conseqüências metodológicas. Muito embora o pensamento articulado no *CLS* não justifique suas proposições sob esse prisma³⁶, quer parecer curial que a perda da fé na linguagem dos direitos, na linha dos argumentos utilizados por Duncan KENNEDY, pode bem ser examinado sob o aspecto da impossibilidade de fundamentação metodológica dessas reduções e das hipóstases que se seguem em tal empreendimento.

A tematização empreendida por Duncan KENNEDY é compatível, em boa medida, com as conclusões obtidas na seara do funcionalismo sistêmico. Para Raffaele DE GIORGI³⁷, o conceito de direito subjetivo, embora operacionalmente útil na modernidade, no sentido de sustentar os processos de diferenciação funcional ou estabilizar a sociedade industrial³⁸, sucumbiu ao enrijecimento técnico dos próprios esquemas conceituais, permitindo a orientação de seu exercício na direção do atendimento de “finalidades políticas”³⁹. Decorrem de tais operações, com efeito: 1) a impossibilidade de fiscalizar os mecanismos internos de controle do direito e 2) a especialização dos modelos técnicos de veiculação das pretensões configuradas como direitos subjetivos. Conseqüentemente, em virtude da

³⁴ KENNEDY, idem, p. 197.

³⁵ Idem, ibidem.

³⁶ Como explicita HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Vol. I. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 330: “a controvérsia dos constitucionalistas [norte] americanos em relação à legitimidade da jurisprudência constitucional segue mais na linha politológica do que na da metodologia do direito”.

³⁷ De GIORGI, Raffaele. Direito, democracia e risco. Vínculos com o futuro. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 101

³⁸ Idem, ibidem, p. 111.

³⁹ Idem, ibidem, p. 110.

sobrecarga produzida pelo desordenado agigantamento do sistema dos direitos subjetivos, estabeleceu-se, igualmente, um processo de seletividade do acesso ao direito e assim também o aumento da função política da garantia deste⁴⁰.

Disto se infere que a dinâmica dos direitos subjetivos, enquanto direitos da identidade do sujeito⁴¹, não tem o condão de garantir as liberdades individuais. Em verdade, a expansão do sistema dos direitos subjetivos constitui um perigo para tais liberdades, como decorrência nefasta das limitações seletivas do acesso ao direito⁴².

Sob esta ótica, a ativação do processo de diferenciação funcional, inicialmente garantidor de direitos de identidade, potencializou e levou às últimas consequências a diferenciação das próprias identidades pessoais⁴³. Em última análise, ao consistir no aumento da diferenciação das identidades pessoais, tal dinâmica culminará por aumentar os critérios de discriminação nas operações de inclusão no sistema do direito. Instaura-se, paradoxalmente, na era da diferenciação funcional, uma perspectiva do direito subjetivo enquanto direito à diferença⁴⁴.

Ao fim e ao cabo de tais considerações, a abertura possível para o futuro, no melhor dos mundos, deve resultar em “um direito que, reconhecendo a limitação técnica e operacional, bem como o esgotamento cético dos direitos subjetivos e sua função de inclusão, torne possível a aquisição de novos patamares evolutivos com base na crescente possibilidade de ação e, talvez, de seleção e guia.”⁴⁵

As ponderações precedentes pedem o recurso a uma analogia, aqui adotada à guisa de digressão. Em seu livro *Politics, language and time*, John G. A. POCKOCK chama atenção para uma peculiaridade essencial da linguagem política, que é o seu caráter retórico. Nesse sentido...

⁴⁰ Idem, ibidem, p. 112.

⁴¹ Idem, ibidem, p. 112.

⁴² Idem, ibidem.

Political speech can easily be shown to include statements, propositions and incantation of virtually every kind distinguished by logicians, grammarians, rhetoricians and other students of language, utterance and meaning; even disciplined modes of inquiry will be found here, but coexisting with utterances of very different kinds.⁴⁶

Para POCOCK, além da diversidade das linguagens que podem ser utilizadas no debate político, e o conseqüente efeito que tal multiplicidade gera sobre os partícipes dos respectivos discursos⁴⁷, a plurivocidade dessa linguagem tende a alcançar um grupo igualmente diverso de destinatários, cada qual com seus valores e expectativas políticas. A combinação de enunciados factuais e valorativos, no discurso político, é feita de tal forma que, dado o seu caráter intrincado, e, tendo em vista sua intenção de conciliar e reconciliar diferentes valores em uma sociedade, lança-se mão de conteúdos enigmáticos e de estruturas semânticas ambíguas.⁴⁸

Muito embora não nos interesse, no presente momento, descer a minúcias acerca das considerações de POCOCK sobre as necessárias mudanças de paradigmas que permitam avaliar, com um justificável grau de coerência metodológica, as possibilidades da linguagem da política, no sentido de compreender seu processo de formação discursiva e os efeitos daí gerados⁴⁹, o que ressaí de suas considerações a esse respeito é a importância de uma metódica que nos auxilie a compreender, inclusive, como os discursos políticos e jurídicos interagem, o que possibilita pensarmos como deveriam os juristas se portar diante das possibilidades de sentido que nascem dessa interação.

⁴³ Idem, ibidem.

⁴⁴ Idem, ibidem.

⁴⁵ Idem, ibidem.

⁴⁶ POCOCK, J. G. A. Politics, language and time. Chicago: Chicago Press, 1989, p. 17.

Parece-nos então, repise-se, que a perda da fé nos direitos, na linha da fundamentação de Duncan KENNEDY, deriva-se, em boa medida, de um ceticismo sobre problemas metodológicos, se considerarmos o senso comum reinante, impregnado de pré-conceitos políticos e científicos. Ou seja, ao lado das crenças sobre a separação de poderes do Estado, como uma autêntica aquisição evolutiva das sociedades liberais, existe a convicção na possibilidade de justificar objetivamente, através de critérios universais, a racionalidade dos resultados obtidos pelos juristas.

Na medida em que a práxis jurídica corrói a fé na possibilidade de explicação dos direitos, em uma perspectiva jurídica, sem reduzi-los, portanto, à política, teremos que encontrar um antídoto para a descrença, ao responder às questões sobre se e “em que condições é possível fazer política permanecendo juristas ou que política é possível realizar com os instrumentos do direito”.⁵⁰

Para delinear sua resposta a esses questionamentos, Castanheira NEVES especifica, como traço característico da atividade jurisdicional, o desempenho de uma função política, sem a intencionalidade imanente a esta, na medida em que não atua como ferramenta do poder político, mas do próprio direito, justamente em virtude de seu proceder, contra os meios do poder, em nome do direito⁵¹.

Tal proposição aponta para a possibilidade de pensar, na esfera pública, qual a função do Poder Judiciário diante da premissa segundo a qual estão consubstanciadas, na Constituição, todas as diretrizes que orientam o

⁴⁷ POCKOCK, J. G. A. Linguagens do ideário político. Trad. Fábio Fernandes. São Paulo: EDUSP, 2003, p. 25.

⁴⁸ POCKOCK, Politics, language and time, p. 17.

⁴⁹ Idem, ibidem, p. 19.

⁵⁰ NEVES, A. Castanheira. A redução política do pensamento metodológico – Jurídico (Breves notas críticas sobre seu sentido). Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993, p. 31, *passim*.

agir político-estatal em um Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, a intencionalidade jurídica própria ao agir judicial poderá permitir “uma atuação interventiva da jurisdição constitucional”, reclamada por Lenio Luiz STRECK, sem os indesejáveis perigos do ativismo judicial por ele apontados⁵². Logo, o antídoto para a descrença na linguagem dos direitos deve ser pensado diante da possibilidade de adotar-se “uma axiologia e uma normatividade especificamente jurídicas em que o direito vê garantida a sua autonomia intencional”⁵³, permitindo a fixação de balizas no sentido de distinguir a *política* e o *político*. Enquanto aquela tem um significado próprio, com uma específica determinação de intenção, bem como de ação teleologicamente voltada a um “finalismo estratégico”⁵⁴, diante de oportunidades “ideológico-sociais”⁵⁵, este pressupõe, em um contexto amplo, a “existência comunitária da *polis*”, fundamentada em um âmbito axiológico próprio, fazendo visível a “institucionalização cultural de sua *praxis*”⁵⁶. Em duas palavras: na mesma medida em que “a política pressupõe o político”⁵⁷, este não se esgota naquela.

Ora, se a diagnose da perda da fé nos direitos fica evidenciada pela incapacidade de visualização das margens existentes entre o político e a política, é porque os juízes, além da utilização de “argumentos de princípio político”, passaram a adotar também proposições de “procedimento político”⁵⁸, frustrando, assim, a expectativa de que as decisões judiciais, embora possam se valer de princípios que determinam os direitos políticos dos cidadãos individualmente considerados, devem atender a requisitos de objetividade.

⁵¹ NEVES, idem, p. 46.

⁵² STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006, p. 23.

⁵³ NEVES, A. Castanheira. Teoria do Direito, op. cit. p. 64.

⁵⁴ NEVES, Ibidem, p. 58.

⁵⁵ Idem, ibidem.

⁵⁶ Idem, ibidem.

⁵⁷ Idem, ibidem.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 6.

Parece-nos, enfim, que se para DWORKIN os juízes devem se abster de efetuar julgamentos embasadas em “argumentos de procedimento político”⁵⁹, isto se justifica pela necessidade de manter a fé na legitimidade do próprio sistema normativo⁶⁰. Em contrapartida, juízes podem e devem se utilizar de argumentos estruturados em princípios políticos, no sentido de garantir a efetividade das prerrogativas constitucionais dos cidadãos em uma sociedade democrática de direito.

No Brasil, a perda da fé nos direitos subjetivos constitucionais não decorre apenas desse contexto de desconfiança acerca das possibilidades de elaboração de um discurso constitucional estritamente jurídico, mas envolve ainda a falta de efetividade dos direitos preconizados na Constituição, não fosse a conhecida inoperância do Estado quanto à implementação de políticas públicas aptas a realizá-los, passadas quase duas décadas de sua promulgação.

Diante de tal quadro, contudo, podemos indagar se o Poder Judiciário teria legitimidade para tornar efetivos os direitos fundamentais dos cidadãos, sempre que as outras esferas de poder estatal fossem injustificavelmente inertes na observação dessas prerrogativas. Desta feita, a pergunta sobre a crença na linguagem dos direitos poderia se dirigir igualmente à capacidade do Estado em promover a concretização e impor a observância dos direitos fundamentais, que constituem o núcleo de constituição das sociedades modernas ocidentais.

⁵⁹ Para DWORKIN, “argumentos de princípio político” lançam mão dos “direitos políticos de cidadãos individuais”, ao passo em que “argumentos de procedimento político” têm em conta “que uma determinada decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público”. Assim, em uma posição mais restritiva que a norte-americana progressista e menos restritiva que a britânica oficial, o autor propugna que “os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político”. Idem, ibidem, p. 6.

⁶⁰ Idem, ibidem, p. 28.

Segundo Jürgen HABERMAS, pode-se estabelecer, a partir do conceito republicano de política, com base nos construtos teóricos de Frank MICHELMAN⁶¹ e Jonh Hart ELY⁶², a proposta procedimentalista que tem como lastro o caráter legitimador de uma peculiar visão da política deliberativa, a qual vê no tribunal constitucional justamente o papel de guardião da democracia⁶³. Assim, o conceito de política republicana tem por presumida a “prática de autodeterminação de cidadãos orientados pelo bem comum, que se compreendem como membros livres e iguais de uma comunidade cooperadora que a si mesma se administra”⁶⁴.

Colocada essa premissa, HABERMAS aduz não ser o escopo primeiro da existência do Estado a proteção dos direitos subjetivos dos cidadãos, mas “a garantia de um processo inclusivo de formação de opinião e da vontade, dentro do qual civis livres e iguais se entendem sobre quais normas e fins estão no interesse comum de todos”, a exigir do cidadão republicano “muito mais do que a simples orientação pelo próprio interesse”⁶⁵.

Fixa-se, por esse viés, um posicionamento que pontua a compreensão procedimental do texto maior⁶⁶, e, por centrar seu foco em uma teoria geral da Constituição e no estabelecimento de um contexto de desjuridificação, em nome do racionalismo e pluralismo jurídicos⁶⁷, a função do tribunal constitucional deveria ficar restrita à proteção de um “processo de criação

⁶¹ MICHELMAN, Frank. Law's Republic. In: *The Yale Law Journal*, vol. 97, nº 8, Symposium: The Republican Civic Tradition, 1988, p. 1493-1537.

⁶² ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of judicial review*. Harvard: Harvard University Press, 1981.

⁶³ HABERMAS, *ibidem*, p. 340-341.

⁶⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 332.

⁶⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 335.

⁶⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação*. In: CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2005.

⁶⁷ CARVALHO NETO, Menelick. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2005.

democrática do direito”⁶⁸, no qual o cidadão pudesse autodeterminar-se quanto à “natureza de seus problemas e a forma de sua solução”⁶⁹.

A antítese a essas considerações fica devidamente exposta na afirmação de Lenio Luiz STRECK, no sentido de defender a possibilidade de desenvolvimento de uma teoria da constituição “enquanto teoria adequada a países de modernidade tardia”⁷⁰, apostando na viabilidade de um republicanismo fulcrado na legitimação material do texto constitucional, no sentido de propiciar uma “fundamentação constitucional do político”⁷¹. Assim, tendo em conta a insuficiência do desenvolvimento da esfera pública em nosso país, STRECK acredita, na mesma linha de Marcelo NEVES⁷², que o trabalho interventivo preconizado pela teoria material-substancial da Constituição poderá concretizá-la, subsidiando o “papel transformador do direito e do Estado, assim como a rediscussão das condições para a compreensão do fenômeno representado pelo Estado Democrático de Direito”⁷³. Nesse particular afirma que...

[...] parece muito pouco – mormente se levarmos em conta a pretensão de se construir as bases de um Estado Social no Brasil – destinar-se ao Poder Judiciário tão-somente a função de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, como quer, por exemplo, o paradigma procedimental habermasiano.⁷⁴

Não se encontra nos apertados lindes deste ensaio o intuito de tecer aprofundadas considerações acerca dos sofisticados contornos teóricos das

⁶⁸ STRECK, *ibidem*, p. 19.

⁶⁹ *Idem*, *ibidem*.

⁷⁰ STRECK, *ibidem*, p. 22.

⁷¹ *Idem*, *ibidem*.

⁷² NEVES, Marcelo. *A Constituição simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, pp. 144-147.

⁷³ STRECK, *ibidem*, p. 25.

proposições acima asseridas, sendo certo que, além das considerações acerca da função que deve ser atribuída aos tribunais constitucionais, o dissenso filosófico fundamental entre as proposições procedimentais e materiais-substanciais da Constituição está justamente no critério metodológico adotado por cada qual: as primeiras, fiando-se nas possibilidades de uma práxis social discursiva, encontram-se fundamentadas na construção de discursos prévios de aplicação/justificação; as segundas, na concretização de direitos. Aquelas, ainda, buscam solucionar os problemas alusivos à superação do positivismo, temendo os perigos da discricção judicial; estas, voltam-se contra a inércia do Estado em garantir a observância dos direitos fundamentais, por melhor e mais democráticas que sejam suas intenções. Aquelas, deliberativas, fundamentam-se no consenso que resulta das práticas argumentativas; estas, interventivas, na concretização de sentidos decorrente do trabalho hermenêutico.

Se considerarmos que o dissenso metodológico entre as correntes sucintamente descritas acima tem como pano de fundo a distinção entre argumentos políticos e jurídicos, é inegável que o recurso ao funcionalismo sistêmico⁷⁵ pode ainda ser útil na compreensão dessa linha divisória, possibilitando o desenvolvimento de uma retórica que, ao admitir a possibilidade da adoção de argumentos jurídicos firmados em princípios políticos, não descarte a autonomia do sistema do direito. Perceba-se, para tanto, que o conceito de clausura operativa dos sistemas autopoieticos, com sua conseqüente proposição acerca da relação entre sistema e meio envolvente, mostra-se particularmente valioso para esse fim.

Tal clausura operativa significa unicamente que a *autopoiesis* do sistema só pode ser efetuada com operações próprias ao sistema, tendo em vista que o mesmo não pode operar em

⁷⁴ Idem, ibidem, p. 15.

⁷⁵ LUHMANN, Niklas. Acoplamentos Estruturales. In: *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México, 1999. Manuscrito, p. 351-407.

seu meio envolvente, tampouco possui a capacidade de vincular-se a este.

Disto resulta a necessidade de precisão dos enunciados relativos às relações entre sistema autopoietico e meio envolvente, auxiliando-nos nesta tarefa o conceito de *acoplamento estrutural* em oposição ao conceito de acoplamento operativo. Os acoplamentos estruturais pressupõem que as interferências inter-sistêmicas se dêem de acordo com os postulados estruturais que informam cada sistema, facilitando a influência do meio sobre este e permitindo estabelecer diferenças entre determinados sistemas e entre estes e o seu meio envolvente.

Como o sistema se encontra determinado por estruturas peculiares, formadas através de um processo de clausura operacional, os acoplamentos estruturais podem apenas suscitar *irritações*, surpresas e perturbações⁷⁶, sem a recíproca transgressão dos códigos dos sistemas considerados. Os conceitos de acoplamento estrutural e irritação estão condicionados, entre si, de maneira recíproca, e esta última não contradiz a idéia de clausura autopoietica; antes, pressupõe-na⁷⁷.

Ressalte-se ainda que o acoplamento estrutural entre direito e política⁷⁸ está embasado na idéia de divisão de poderes no Estado moderno, deixando clara a diferenciação estrutural entre os sistemas jurídico e político. É observável, em cada sistema, a assunção, a exemplo do que ocorre entre os sistemas do direito e da economia, da ocorrência de auto-referências na constituição destes.

No caso, o acoplamento estrutural entre o direito e a política permite a resolução de tais paradoxos, não havendo que se apelar para a adoção de meta-regras ou soluções lógicas descobertas nos respectivos sistemas. O que nos interessa, com tais considerações, é a conclusão de LUHMANN⁷⁹ no sentido de que a Constituição encontra soluções políticas para o problema da auto-referência do direito e soluções jurídicas para a auto-referência da política.

⁷⁶ Idem, ibidem.

⁷⁷ A velocidade da ressonância de tais irritações depende, em verdade, da estrutura do sistema e de sua história, não podendo se falar em sincronização entre o sistema e seu meio, mas em simultaneidade entre estes. Idem, ibidem.

⁷⁸ LUHMANN, ibidem, p. 357.

Demais disto, é graças à clausura operativa de ambos os sistemas que se denota a compatibilidade destes, viabilizando o desenvolvimento de um sentido político e de um sentido jurídico para a Constituição, admitida a interferência recíproca de um sistema no outro.

Por outro lado, em muitos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, as constituições servem como um instrumento da política simbólica, pois em tais sociedades não foi possível fechar operativamente o sistema jurídico e fazê-lo impermeável ao sistema político e outras forças sociais. O uso exclusivamente simbólico das constituições serve à política para proceder como se o direito a tivesse limitado e irritado e para deixar à consideração dos doutos as verdadeiras relações de poder.⁸¹

Ainda assim, a Constituição, enquanto aquisição evolutiva, só pode cumprir sua função na medida em que for observada a diferenciação funcional e a clausura operacional entre os respectivos sistemas, superada a ilusão medieval de que a política pode fundamentar-se como ordem jurídica.

Não se pode negar, nesse passo, que a positivação do direito representa um imenso potencial para a ação política, na medida em que a própria política se ocupa da escolha das modificações a serem operadas no sistema jurídico.

É preciso ainda examinar as constantes modificações das concepções sobre o sentido e a função dos direitos fundamentais. Quanto a esse particular, LUHMANN sugere que estes possibilitam o estabelecimento de um programa geral de valores a serem entendidos como

⁷⁹ Idem, ibidem.

⁸⁰ Segundo TEUBNER, Gunter. O direito como sistema autopoiético. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Kalouste Golbenkian, 1993, p. 71:

“O sistema jurídico se torna auto-reprodutivo “stricto sensu” quando os seus componentes auto-referencialmente constituídos se encontram de tal modo interligados e articulados que actos e normas jurídicas se produzem reciprocamente entre si, e que processo jurídico e doutrina jurídica relacionem, por seu turno, tais inter-relações: apenas quando os componentes sistêmicos ciclicamente organizados interagem entre si desta forma o hiperciclo jurídico atinge o seu termo perficiente.”

lineamentos políticos⁸². Para Gert VERSCHRAEGEN⁸³, outrossim, os mesmos constituem uma instituição multifuncional, não pretendendo apenas proteger a liberdade e os direitos individuais, mas sim fortalecer a estrutura funcionalmente diferenciada da sociedade moderna.

Diante dos acoplamentos estruturais acima analisados, pode-se afirmar que o sistema orienta-se com seus valores próprios, não podendo, todavia, isolar-se de juízos sociais de valor que são objeto de aceitação generalizada. Em temas como direito sexual, da convivência em comum sem casamento, do homossexualismo e do aborto, ou mesmo aqueles referidos na recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a utilização de células-tronco embrionárias, fertilizadas *in vitro*⁸⁴, por exemplo, qualquer desvio de entendimento, em relação ao que já foi manifestado internamente no sistema, produz irritação no âmbito jurídico, propiciando a busca de soluções aparentemente melhores aos problemas a partir da situação fática concreta julgada. Tal operação, por outro lado, é freada pela redundância decisória, fruto de uma casuística firmada em princípios constitucionais.⁸⁵

Não olvidamos que o pensamento de LUHMANN se embasa na afirmação segundo a qual o sistema da sociedade se realiza com o suporte da diferença entre sistemas funcionais autopoieticos e seus acoplamentos estruturais. Sob essa perspectiva, não há dúvidas de que a visão do autor é respaldada em uma percepção sociológica dos direitos fundamentais⁸⁶. É inegável também sua orientação no sentido de que a base da teoria funcionalista dos sistemas pressupõe os direitos fundamentais como instituições, as quais não denotam um conjunto de normas, mas um complexo de reais expectativas de comportamento que são atualizadas no contexto de uma função social e que podem contar com um consenso na sociedade,

⁸¹ LUHMANN, ibidem.

⁸² Idem, ibidem.

⁸³ VERSCHRAEGEN, Gert. Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of System Theory. *Journal of Law and Society*. Volume 29, number 02, June 2002, pp. 258-81.

⁸⁴ Como se vê na recente votação levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, que pediu a exclusão do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05).

⁸⁵ LUHMANN, ibidem.

⁸⁶ LUHMANN, Niklas. Teoria della differenziazione sociale e Sociologia e dogmatica dei diritti fondamentali. In: *I diritti fondamentali come istituzione*. Trad. Stéfano Magnolo. Bari: Dedalo, 2002, pp. 37-45, 275-315.

funcionando como um processo de inclusão social. Disto decorre que, na visão do autor, o reconhecimento de um direito subjetivo não está conectado com a possibilidade de defender a própria individualidade pessoal por parte do cidadão, supondo, isto sim, que tal direito pode ser reconhecido para tutelar as funções de participante no processo de comunicação social, na economia ou no processo de formação do poder.

É inegável também que, para LUHMANN, a função dos direitos fundamentais, enquanto expectativas de comportamento, consiste em potencializar o processo de diferenciação social, cabendo às liberdades fundamentais proteger as dimensões simbólico-expressivas da ação livre. Os direitos subjetivos individuais são, por conseguinte, direitos comunicativos ou sociais, habilitando o indivíduo a participar dos diferentes subsistemas da sociedade. Assim, os direitos humanos e fundamentais são autênticos instrumentos de inclusão social⁸⁷.

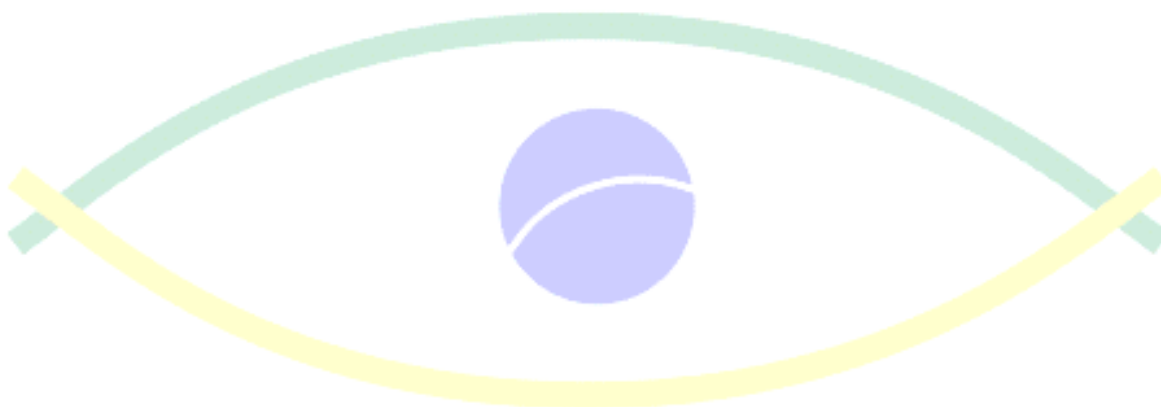
As considerações assentadas no parágrafo precedente não retiram da teoria dos sistemas de LUHMANN a possibilidade de pensar criativamente uma inter-relação entre direito e política, de forma a preservar a autonomia de seus respectivos sistemas funcionais, sem perder de vista as *irritações* reciprocamente causadas entre estes.

A partir das proposições teóricas acima, no contexto de uma sociedade democraticamente desencantada da linguagem de seus direitos constitucionais, podemos assumir certos riscos, e, à guisa de conclusão, afirmar que a concreção do direito, que resulta de uma experiência hermenêutica criativa, deve também estar aliada à possibilidade de efetiva concretização dos direitos fundamentais historicamente revelados em um Estado Democrático de Direito, como conquistas políticas.

A garantia dessas conquistas, pelo Poder Judiciário, só pode ser alcançada com a abertura de horizontes para a compreensão, pelos juízes, dos

⁸⁷ Idem, *ibidem*.

problemas políticos funcionalmente conectados ao seu sistema de normas. Logo, a estruturação de uma retórica dos direitos deve passar necessariamente por uma práxis judicial reencantada pela possibilidade de se levar a sério ditas conquistas políticas, através do desenvolvimento de argumentos a favor dos direitos fundamentais dos partícipes de uma sociedade que se pretende democrática.



REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. **The Classical Utilitarians – Benthan and Mill**. Indianápolis: Hackett Publishing, 2003.

BOYLE, James. **Critical Legal Studies**. Cambridge: University Press, 1992.

CARVALHO NETO, Menelick. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2005.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

DALL'AGNOL, Darlei. O igualitarismo liberal de Dworkin. **Kriterion**, v. 46, n. 111, Belo Horizonte – jan/jun 2005.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democarcia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps? In: WALDRON, Jeremy. **Theory of rights**. Oxford: University Press, 1984, p. 153-167.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a theory of judicial review**. Harvard: Harvard University Press, 1981.

GLENDON, Mary Ann. **Rights Talk – the impoverishment of political discourse**. New York: Free Press, 1991.

GÜNTHER, Klaus. The Legacies of Injustice and Fear: A European Approach to Human Rights and their Effects on Political Culture. In: ALSTON, Philip (ed.). **The EU and Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 117-144.

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

KENNEDY, Duncan. The critique of rights in critical legal studies. In: BROWN, Wendy and HALLEY, Janet (eds.). **Left Legalism/Left Critique**. Durham: Duke University Press, 2002, p. 178-227.

_____. **Rights in American Legal Consciousness: The critique of rights**. In “A critique of Adjudication”. Harvard: Harvard, 1998, capítulos XII e XXIII.

KOSKENNIEMI, Martti. The Effect of Rights on Political Culture. In: ALSTON, Philip (ed.). **The EU and Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 99.

LUHMANN, Niklas. Teoria della differenziazione sociale. In: **I diritti fondamentali come istituzione**. Trad. Stéfano Magnolo. Bari: Dédalo, 2002. p. 37-45.

_____. Sociologia e dogmática dei diritti fondamentali. In: **I diritti fondamentali come istituzione**. Trad. Stéfano Magnolo. Bari: Dédalo, 2002. p. 275-315.

_____. Acoplamentos Estructurales. In: **El derecho de la sociedad**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México, 1999. p. 351-407.

MICHELMAN, Frank. Law's Republic. In: *The Yale Law Journal*, v. 97, n 8, Symposium: **The Republican Civic Tradition**, 1988, p. 1493-1537.

NEVES, A. Castanheira. **Teoria do Direito**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.

_____. **A redução política do pensamento metodológico – Jurídico**: breves notas críticas sobre seu sentido. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1993.

NEVES, Marcelo. **A Constituição simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

POCOCK, J. G. A. **Politics, language and time**. Chicago: Chicago Press, 1989.

_____. **Linguagens do ideário político.** Trad. Fábio Fernandes. São Paulo: EDUSP, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2006.

TEUBNER, Gunter. **O direito como sistema autopoietico.** Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

TUSHNET, Mark. **The New Constitutional Order.** Princeton: Princeton University Press, 2003.

VERSCHRAEGEN, Gert. Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of System Theory. In: **Journal of Law and Society.** V. 29, n. 02, jun. 2002. p. 258-81.

WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O Direito e sua Linguagem.** 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.