

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS  
SINOS CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM  
DIREITO DOUTORADO EM DIREITO

Arnaldo Bastos Santos Neto

**A QUESTÃO DA JUSTIÇA DE KELSEN A LUHMANN:**

Do abandono à  
recuperação

São  
Leopoldo  
2010

ARNALDO BASTOS SANTOS  
NETO

**A QUESTÃO DA JUSTIÇA DE Kelsen A LUHMANN:**

Do abandono à  
recuperação

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção título de Doutor, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

São  
Leopoldo  
2010

Ficha catalográfica

S237q Santos Neto, Arnaldo Bastos  
**A questão da justiça de Kelsen a Luhmann : do  
abandono à recuperação / por Arnaldo Bastos Santos  
Neto. – 2010.**  
321 f. : 30cm.

Tese (doutorado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos,  
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010.  
Orientação: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

1. Justiça - Teorias. 2. Positivismo jurídico. 3. Teoria dos  
sistemas. 4. Kelsen, Hans. 5. Luhmann, Niklas. I. Título.

CDU 340.12

Catálogo na Fonte:  
Bibliotecária Vanessa Borges Nunes - CRB 10/1556


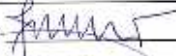



UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada “**A QUESTÃO DA JUSTIÇA DE Kelsen A LUHMANN: Do abandono à recuperação**”, elaborada pelo doutorando **Arnaldo Bastos Santos Neto**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **DOUTOR EM DIREITO**.

São Leopoldo, 06 de dezembro de 2010.

Pro<sup>o</sup>. Dr. André Luiz Callegari  
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Leonel Severo Hocha   
Membro: Dra. Juliana Neuenschwander Magalhães   
Membro: Dr. Albano Marcos Bastos Pepe   
Membro: Dr. Lenio Luiz Streck   
Membro: Dr. Alfredo Santiago Cullerton 

*Para Leila e Davi*

## **AGRADECIMENTOS**

Alguém disse que a questão não é onde chegamos, mas sim a distância que foi percorrida, eis o que realmente importa. Não chegaria aqui, entretanto, sem o apoio de muitos, que no correr da minha trajetória, me estenderam a mão. Amigos de verdade, como Darci Gonzalez Moraes, Paulo Ventilari, Everaldo Fernandez, Mônica Portugal, Moacir Lima, Gilbraz Bessa, Henrique Lemos, Maria Cristina Vidotte e Benedito Ferreira Marques.

Antes de tudo, agradeço ao meu amigo Germano Schwartz, sem o qual esta tese não teria sido sequer começada. E ao meu orientador Leonel Severo Rocha, por me conduzir nos caminhos da teoria dos sistemas e, também, por compreender os limites de seu orientando.

Agradeço à minha querida esposa Leila Borges, que leu tudo com infinita paciência e corrigiu muito do meu português apressado. Ao Wagner Sanz e ao Rafael Simioni, pela leitura da parte mais difícil (inclusive de ser lida) deste trabalho e pelas críticas e sugestões (sem que disso lhes decorra qualquer culpa pelo resultado final). Ao Leon Rabelo e ao Hector Leandro, pela ajuda com os textos em francês. E, finalmente, à Luana Heinen, pelas inúmeras tardes de sábado que passamos lendo e discutindo Luhmann.

“O mundo, ele é tão grande e  
largo, O céu é também tão  
alto e vasto;

Eu tenho de tudo com os olhos abarcar  
Mas não se pode pensar nisso.

Para no infinito te  
encontrares Tens de  
diferenciar e então juntar, Por  
isso agradece meu canto alado  
Ao homem que diferenciou as nuvens”.

*Goethe*

“Teorias são redes; somente aqueles que as lançam pescarão alguma coisa”.

*Novalis*

## RESUMO

A presente tese, eminentemente bibliográfica, se propõe investigar a questão da justiça nas obras de dois grandes pensadores do direito no século XX, o jurista austríaco Hans Kelsen e o sociólogo alemão Niklas Luhmann. O estudo se justifica pela atualidade que a questão da justiça possui como um dos temas centrais da teoria jurídica, da antiguidade aos dias atuais. A escolha dos dois autores vincula-se às posições teóricas de ambos no que diz respeito à autonomia do direito em relação à moral, o que os coloca num mesmo campo dentro do pensamento jurídico. Por um lado, Kelsen colocou em xeque, ainda com sua *Teoria Pura do Direito* ainda prisioneira do paradigma da teoria da ação, os aportes tradicionais das teorias jusnaturalistas, esvaziando os significados da justiça a ponto de denunciá-la como um ideal irracional a serviço de motivações ideológicas, produzindo um abandono de qualquer tentativa de fundamentar racionalmente a ideia de justiça. Por outro, Luhmann recupera a discussão da justiça dentro de um outro paradigma, o da teoria dos sistemas, que muda o foco de observação das teorias precedentes, centradas na ação individual ou no individualismo metodológico, para a observação das comunicações que operam internamente e entre si os diversos subsistemas sociais. As conclusões de Luhmann sobre a justiça como fórmula de contingência do subsistema jurídico, bem como as contribuições surgidas do diálogo entre a obra deste com pensadores como Gunther Teubner, Jacques Derrida e Michael Walzer, indicam a possibilidade de uma fundamentação para a justiça compreendida dentro de uma racionalidade sistêmica, adequada para a compreensão dos fenômenos que envolvem a sociedade fragmentada e global de nossa época.

Palavras-chave: Teorias da Justiça. Hans Kelsen. Positivismo Jurídico. Niklas Luhmann. Teoria dos Sistemas.



## ABSTRACT

This doctoral thesis, eminently bibliographical, proposes to investigate Law in the works of two great twentieth century philosophers of law: Austrian jurist Hans Kelsen and German sociologist Niklas Luhmann. The research justifies itself by the up-to-dateness that the question of justice has as one of the central subjects of jurisprudence, from ancient times to nowadays. The choice of the two authors is due to the theoretical positions of both of them related to the autonomy of law towards moral which situates them in a same field inside legal thinking. On one hand, Kelsen disputed, with his Pure Theory of Law - still captive of the paradigm of action theory -, the traditional contributions of Natural Law theories, emptying the meanings of justice to the point of denouncing it as an irrational ideal serving ideological motivations, producing an abandonment of any attempt to rationally fundament the idea of justice. On the other hand, Luhmann brings back the discussion of justice in a different paradigm, that of Systems Theory, which moves the observation focus from the precedent theories, concentrated on individual action or methodological individualism, towards the observation of communication that operates internally and between themselves the diverse social subsystems. The conclusions of Luhmann about justice as a contingency formula of the legal subsystem, as the contributions that appeared in the dialogue between his work and thinkers as Gunther Teubner, Jacques Derrida and Michael Walzer, indicate the possibility of a fundamentation of justice understood within a systemical rationality, adequate to the understanding of the phenomena that surround the fragmented and global society of our time.

Key-words: Justice Theory. Hans Kelsen. Legal Positivism. Niklas Luhmann. System Theory.

## RÉSUMÉ

La présente thèse, élaborée à partir de recherches éminemment bibliographiques, a pour objectif d'étudier la thématique de la justice dans l'œuvre de deux grands penseurs du droit du XXème siècle, le juriste autrichien Hans Kelsen et le sociologue allemand Niklas Luhmann. Cette étude est justifiée par la place centrale occupée par la justice dans la théorie du droit depuis l'antiquité, jusqu'à nos jours. Le choix de ces deux auteurs est lié à leurs positions théoriques concernant l'autonomie du droit par rapport à la morale, ce qui les met dans le même champ de la pensée juridique. D'une part, la Théorie pure du droit de M. Kelsen, ouvrage prisonnier du paradigme de la théorie de l'action, met en question les apports traditionnels des théories jus naturalistes. Par cet ouvrage, il vide de sens les significations de la justice au point de dénoncer l'idée même de justice comme étant un idéal irrationnel au service de motivations idéologiques. En effet, il abandonne toute tentative de démontrer le concept de justice de façon rationnelle. D'autre part, M. Luhmann reprend la discussion sur le concept de justice à partir d'un tout autre paradigme, la théorie des systèmes, ce qui change l'angle de vue par rapport aux théories précédentes. En réalité, celles-ci étaient centrées sur l'action individuelle ou sur l'individualisme méthodologique, tandis que M. Luhmann a centré ses réflexions sur les communications qui s'opèrent à l'intérieur d'un sous système social ou entre plusieurs sous systèmes sociaux. M. Luhmann arrive à la conclusion que la justice est une formule de contingence du sous système juridique. Cette idée, aussi bien que le dialogue entre l'œuvre de Luhmann et celle d'autres penseurs tels que Gunther Teubner, Jacques Derrida et Michael Walzer, indique que la justice peut être comprise dans le cadre de la rationalité systémique, logique adaptée pour la compréhension des phénomènes de la société fragmentée et globale de notre époque.

Mots-clé: Théorie de la Justice. Hans Kelsen. Positivisme Juridique. Niklas Luhmann. Théorie des Systèmes.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. HANS Kelsen E O PROJETO DA TEORIA PURA DO DIREITO.....	25
2.1 Kelsen E SUA CIRCUNSTÂNCIA VIENENSE.....	25
2.2 Kelsen E O RELATIVISMO ÉTICO .....	26
2.3 SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E A MORAL.....	37
2.4 Kelsen CONTRA O TOTALITARISMO.....	41
2.5 RELATIVISMO E DEMOCRACIA .....	46
2.6 ORDENAMENTO JURÍDICO EM HANS Kelsen .....	54
2.7 O ENTORNO (AMBIENTE) DO SISTEMA JURÍDICO NA VISÃO KelsenIANA.....	60
2.8 HANS Kelsen E A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO .....	65
2.8.1. A interpretação na Teoria Pura do Direito (TPD) de 1934.....	73
2.8.1.1 Sujeitos da Atividade Interpretativa.....	79
2.8.1.2 A Interpretação do Cientista do Direito.....	82
2.8.2 A Interpretação na Teoria Pura do Direito (TPD) de 1960.....	86
3. HANS Kelsen E A CRÍTICA DA TRADIÇÃO JURÍDICA OCIDENTAL.....	94
3.1 O PROBLEMA DA JUSTIÇA EM Kelsen.....	94
3.2 Kelsen E HUME.....	96
3.3 A INFLUÊNCIA DO EMOTIVISMO ÉTICO NA TEORIA PURA DO DIREITO.....	99
3.4 CRÍTICA DE Kelsen ÀS DIVERSAS FÓRMULAS DE JUSTIÇA.....	106
3.5 Kelsen VERSUS PLATÃO.....	112
3.5.1 Platão e A República.....	113
3.5.2 A justiça platônica.....	116
3.5.3 Críticas a Platão .....	121
3.6 Kelsen VERSUS MARX.....	132
3.7 A JUSTIÇA LIBERAL DE Kelsen .....	142
4. SOCIEDADE E SISTEMA EM LUHMANN.....	144
4.1 LUHMANN E A ABORDAGEM SISTÊMICA DA SOCIEDADE.....	144
4.1.1 Contingência e Dupla Contingência .....	157
4.1.2 Evolução, Diferenciação e Semântica .....	161

4.1.3 Construtivismo e Teoria dos Sistemas.....	168
4.1.4 Sistema e Complexidade .....	174
4.1.5 Os Subsistemas Sociais.....	180
4.2 O DIREITO DA SOCIEDADE EM LUHMANN.....	182
4.3 A ÉTICA NEGATIVA DE LUHMANN.....	193
5. LUHMANN E A JUSTIÇA .....	205
5.1 LEGITIMIDADE, PROCEDIMENTO E JUSTIÇA. ....	205
5.1.1 Justiça em Luhmann.....	209
5.1.2 Justiça como Fórmula de Contingência.....	211
5.1.3 Decisões Consistentes e Complexidade Adequada.....	215
5.1.4 Igualdade e Justiça.....	225
5.1.5 Direitos Fundamentais e Justiça.....	227
5.1.6 Crítica das Fórmulas Jusnaturalistas de Justiça .....	233
6. APORTES PARA UMA COMPREENSÃO SISTÊMICA DA JUSTIÇA.....	240
6.1 GUNTHER TEUBNER E A JUSTIÇA.....	240
6.1.1 A justiça no direito fragmentado da sociedade mundial.....	247
6.2 LUHMANN E JACQUES DERRIDA.....	256
6.2.1 A Desconstrução.....	258
6.2.2 Derrida, o direito e a justiça .....	260
6.2.3 O Fantasma da Indecibilidade.....	267
6.2.4 Desconstrução e Análise Sistêmica .....	269
6.3 MICHAEL WALZER E A IGUALDADE COMPLEXA .....	271
6.3.1 As Esferas da Justiça e o Direito Reflexivo.....	276
6.3.2 Policontextualidade e Justiça.....	278
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	283
REFERÊNCIAS.....	299

## 1. INTRODUÇÃO

A questão da justiça permanece como um tema central da filosofia jurídica de todos os tempos. Qualquer corrente de pensamento que queira abordar os temas centrais da filosofia do direito terá que se haver, numa hora ou noutra com a questão da justiça, e as respostas obtidas servem para marcar a filiação a uma ou outra grande escola de pensamento jurídico. Não se trata de uma tarefa fácil, pois o próprio termo justiça apresentou uma grande diversidade de significados no correr dos séculos. Entendida como virtude na antiguidade e como um fundamento da sociedade na modernidade, a história das ideias deu guarida a uma quantidade significativa de teorias da justiça, que ora aparece como forma de repartição social, ora se apresenta como sentimento moral de caráter intersubjetivo, ora apresenta uma dimensão procedimental, ora oferece uma visão substancial etc. Através da contribuição de autores como Platão, Aristóteles, Santo Agostinho, São Tomás de Aquino, Hobbes, Hume e mais modernamente John Rawls, Robert Nozick e Michael Walzer, a justiça tornou-se um tema clássico da filosofia jurídica<sup>1</sup>.

No bojo da tradição jusfilosófica, ao lado das tentativas de fundamentação da justiça, seja como um ideal metafísico ou de cunho racionalista, a novidade do positivismo jurídico kelseniano foi a de combater tais conteúdos, tidos como ideológicos e ilusórios – fórmulas mediante as quais é possível justificar qualquer ordem social. Trata-se, certamente, de uma das mais radicais rupturas sofridas pela tradição filosófica jurídica, o que valerá a Hans Kelsen um estigma duradouro, justificado ou não, de obscurecer de tal modo o tema da justiça a ponto de favorecer a indiferença e o legalismo burocrático típico dos regimes autoritários e totalitários, operando uma *reductio ad Hitlerum*. Como exporei mais adiante, no ápice de uma apreciação cética referente à justiça, Kelsen irá escrever que esta não passa de uma miragem ou uma ilusão.

Niklas Luhmann, autor que funda uma nova abordagem do direito a partir de uma perspectiva sistêmica, guarda pontos de contato, mas também de ruptura com o positivismo jurídico. O ponto de contato que me interessa consiste na sua atitude desconfiada com relação

---

<sup>1</sup> Ver a respeito o verbete Justiça em BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 493 a 495; o mesmo verbete em MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Tomo II. São Paulo: Loyola, 2001, p. 1616-1619.

à moral. Para Luhmann, a relação entre a moral e o direito é marcada pela contingência (e não pela necessidade), o que o coloca no campo dos que são adeptos da chamada tese da separação ou da não coincidência necessária entre o direito e a moral. Daí meu interesse em colocar Kelsen e Luhmann em perspectiva, pois enquanto o autor da Teoria Pura do Direito abandona a busca de uma racionalidade para a questão, o sociólogo alemão irá formular uma abordagem autopoietica da justiça que, a meu ver, mantém a rejeição aos postulados metafísicos e jusnaturalistas, ao mesmo tempo em que tenta captar a justiça dentro da sua racionalidade sistêmica e procedimental.

Sendo assim, adianto que o problema que pretenderei abordar na presente tese pode ser exposto do seguinte modo: mantendo a clássica separação entre direito e moral como eixo explicativo preliminar acerca do funcionamento do ordenamento (sistema) jurídico, ou seja, mantendo-se ainda no campo teórico do positivismo jurídico *strictu senso*, será possível construir uma teoria da justiça capaz de manter a coerência e a integridade do ordenamento jurídico, além de satisfazer à exigência básica de legitimidade do sistema legal?

A hipótese central da presente tese parte da ideia de que a perspectiva luhmanniana representa uma superação dos impasses que encontrei dentro da teoria kelseniana acerca da justiça, pois, enquanto o jurista de Viena se manteve preso ao chamado paradigma da ação social, centrado na ideia de indivíduo (que cria a norma através de um ato de vontade), Luhmann elabora uma teoria sistêmica da justiça, que opera como (super)programa interno do subsistema jurídico, buscando garantir os requisitos de coerência e consistência do próprio sistema.

Antes de verificar a consistência das posições teóricas levantadas por Kelsen na sua crítica da tradição e também pela abordagem autopoietica da justiça proposta por Luhmann, buscarei reconstruir alguns dos traços mais importantes da trajetória epistemológica de cada um dos autores, observando a coerência de suas posições em face dos seus próprios postulados e pressupostos. O que me leva a, antes de tudo, aceitar o pressuposto da separação – ou da não-coincidência necessária – entre o direito e a moral, comum aos dois autores, verificando então os desdobramentos de cada teoria do direito até chegar aos temas – correlatos – da justiça e do funcionamento do sistema jurídico.

Como é sabido, a tese central do positivismo jurídico, qual seja, a negativa de uma coincidência necessária entre a moral e o direito, encontra-se claramente estabelecida como tese central nas formulações de Kelsen. Tal tese foi primeiramente estabelecida por Christian Thomasio ainda no princípio do século XVIII como instrumento contra a influência da Igreja, ou seja, como modo de impedir a imposição de uma ética autoritária por parte desta. Thomasio assinalava que os critérios básicos de distinção do direito com relação à moral são a exterioridade e a coatividade, já prenunciando as teses positivistas que se seguirão. Thomasio opera nos marcos de uma cultura que já se afirmava com força, como a cultura do Iluminismo e da Ilustração. Neste sentido posso localizar tanto Kelsen quanto Hart e os demais pensadores do positivismo do século XX como herdeiros da Ilustração<sup>2</sup>.

Abordarei no primeiro capítulo deste trabalho, intitulado “Hans Kelsen e o Projeto da Teoria Pura do Direito”, as circunstâncias que moldaram a visão kelseniana acerca de temas centrais como o Estado, o Direito, a Democracia e a Justiça. Procurei relacionar o pensamento de Kelsen com o ambiente intelectual da Viena do início do século passado, realçando o relativismo no plano dos valores que é a sua marca característica. Tratarei também de explicitar como, decorrente desta visão relativista que assume o chamado “politeísmo dos valores” da sociedade contemporânea, decorre o postulado diferenciador do positivismo jurídico moderno, qual seja, a tese da separação entre o direito e a moral. Especialmente para o objetivo deste trabalho, a abordagem deste tema é relevante, pois me permite justificar o diálogo posterior com a obra de Luhmann.

Na sequência deste capítulo inicial tratarei da relação entre Kelsen e o tema do totalitarismo, procurando desfazer a abordagem recorrente de que o jurista de Viena foi o formulador de um pensamento dócil e instrumental, que serviu como uma luva para a justificação do totalitarismo. Tal ponto serviu para me colocar em posição de compreender o caráter antitotalitário das ideias de Kelsen, tema que se mostra com igual força na sua abordagem da questão da justiça.

Esta explanação inicial continua com um estudo sobre a ideia de sistema ou de ordenamento jurídico na Teoria Pura do Direito. Procurarei destacar que o pensamento de Kelsen a respeito possui um forte acento sistêmico, porém sem lograr a ruptura com a teoria

---

<sup>2</sup> Cf.: MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Derechos Sociales y Positivismo Jurídico**. Escritos de Filosofía Jurídica y Política. Madrid: Dykinson, 2004, p. 87.

da ação de matriz weberiana, ou seja, sem escapar dos limites postos pelas explicações calcadas no individualismo metodológico. O resultado será o decisionismo de Kelsen quando de sua teoria da interpretação, o que tratarei também neste capítulo. Analisar os aspectos sistêmicos da obra de Kelsen me permitiu uma segunda aproximação com Luhmann, que supera o jurista de Viena exatamente neste ponto, abandonando a teoria da ação em favor de uma abordagem marcada pela teoria dos sistemas.

O esforço precedente me colocará em condição de analisar a teoria da justiça kelseniana, objeto do capítulo seguinte, intitulado “Hans Kelsen e a crítica da tradição jurídica ocidental”, onde me encontrarei com sua recusa das fórmulas de justiça legadas pela tradição. Duas influências são destacadas, a saber, as concepções de David Hume sobre a justiça e o emotivismo ético defendido por autores ligados ao chamado Círculo de Viena, tanto na própria Áustria quanto no mundo anglo-saxão. Tais influências são fundamentais para o entendimento das críticas que Kelsen dirige ao pensamento jurídico precedente. Em seguida tratarei de duas abordagens distintas acerca da justiça que mereceram um especial destaque no pensamento de Kelsen, a visão platônica e a marxista.

Ao delinear a sua crítica da ideologia dos juristas, Kelsen dedicou trechos de sua obra para a compreensão de autores canônicos do pensamento ocidental. Mas a nenhum dedicou tanto papel e tinta quanto a Platão. Seus estudos sobre o autor de “A República” são os mais sistemáticos e profundos dedicados a um só pensador e se encontram reunidos no alentado volume “A Ilusão da Justiça”<sup>3</sup>. A própria crítica ao marxismo possui muito da sua polêmica antiplatônica. Como um sofista tardio, em diversos aspectos o pensamento de Kelsen pode ser lido como uma refutação de Platão. O teórico da Teoria Pura do Direito, como exporei, faz coro a autores como Popper, que denunciavam as ideias platônicas como ponta de lança tanto do autoritarismo quanto do totalitarismo.

As chaves críticas utilizadas por Kelsen na demolição das teorias da justiça precedentes serão, na sequência, apresentadas. Ao final, apontarei a teoria da justiça de corte liberal que Kelsen, individualmente, e de acordo com suas preferências emotivas e ideológicas, esposa.

---

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. **A Ilusão da Justiça**. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 2000.



Feitas estas considerações sobre Kelsen, passarei a Luhmann, o segundo autor que comento nesta tese. Como bem assinalou Jean Clam, a obra de Niklas Luhmann “faz exigências quase impossíveis no que se refere à sua própria recepção”<sup>4</sup>. Autor de dezenas de livros e centenas de artigos científicos, Luhmann publicou até o ano de sua morte, ocorrida em 1998. Tendo elaborado uma obra volumosa, abrangendo diversos campos do conhecimento, Luhmann é, também, um autor que impõe a seus leitores sérias exigências, tanto por conta do estilo de redação dos seus textos, quanto ao conteúdo, que apela a uma elevada capacidade de abstração intelectual. Clam comenta que, lendo Luhmann, tem-se “a impressão de andar em círculos por um espaço enevoado, no qual, entretanto, seguidamente fulguram faíscas que aclaram como relâmpagos”<sup>5</sup>.

Um paralelo pode ser feito entre Luhmann, com sua intrincada teoria dos sistemas e James Joyce, autor do romance mais importante do século XX, *Ulisses*. Assim como os principais textos de Luhmann, como seu livro *Sistemas Sociales*, publicado em 1984, ou ainda *El derecho de la sociedad*, de 1993, a leitura de Joyce constitui tarefa difícil, uma vez que para compreender *Ulisses* é preciso conhecer a fundo o mito grego original (encontrado na *Ilíada* e na *Odisséia*, textos de Homero), que inspirou a obra. A técnica narrativa de Joyce tenta reproduzir o fluxo de consciência dos personagens (toda a ação se passa num único dia), através de uma escrita caleidoscópica com uma estrutura formal e esquemática que em cada um dos seus dezoito capítulos possui um estilo narrativo próprio e que reproduz episódios específicos da *Odisséia* de Homero (Ulisses em grego é *Odysseus*). Rapidamente, os que persistem na leitura e não se deixam vencer nos capítulos iniciais são introduzidos a uma fascinante jornada pelo universo interior de cada personagem, antecipando Freud no desvendamento daquilo que se convencionou chamar de inconsciente humano.

Luhmann é igualmente exigente. Clam escreveu que, freqüentemente, “a despeito de um longo enfronhar-se na sua leitura, ela continua infrutífera”<sup>6</sup>. Uma vez que sua teoria recebe influências de diversas áreas de conhecimento, como a comunicação, a biologia, a cibernética e a própria teoria dos sistemas, Luhmann exige dos seus leitores uma razoável preparação, com informações básicas sobre as conquistas de cada uma destas disciplinas. Assim como na leitura de *Ulisses* de James Joyce é preciso, por vezes, virar algumas páginas

---

<sup>4</sup> CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**. *Contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 09.

<sup>5</sup> Ibid., p. 09.

<sup>6</sup> Ibid., p. 09.

cujo conteúdo nos escapa, para que alcancemos passagens geniais, onde problemas complexos encontram soluções inovadoras. Novamente vou me valer das observações de Clam:

É essa sempre inesperada aclaração de nexos complexos que afasta a frustração e fortalece a convicção de que, por trás do que não se logrou captar claramente, se ocultam as chances intuídas de uma noção mais elevada. No trabalho paciente de enfronhar-se na teoria, torna-se então, sempre mais decisivo avançar para aqueles pontos de observação, a partir dos quais se descortinam as aclarações que valem a pena<sup>7</sup>.

Mas quem “persevera no penoso trajeto do aprendizado da teoria acaba sendo recompensado com ricas possibilidades intelectivas”<sup>8</sup>.

A recepção da obra de Luhmann, após a sua morte, ocorrida há quase uma década, enfrenta as dificuldades inerentes à compreensão de um conjunto de textos que se destacam pela amplitude dos temas e o grau de abstração com que são enfrentados. As dificuldades somente serão ultrapassadas de modo razoável quando for elaborada uma *vulgata*<sup>9</sup>, onde seja possível apresentar os conceitos centrais da teoria luhmanniana, capaz de ir além dos “esquematismos sub-complexos”. Tal *vulgata*, na colocação de Clam, deverá especializar a compreensão dos conceitos centrais da teoria, possibilitando um acordo dentro da comunidade científica acerca dos seus principais teoremas, servindo assim como uma base segura para apropriações e interpretações subseqüentes.

No esforço para tal recepção, no campo específico da teoria do direito, cumpre reconstruir a narrativa luhmanniana pondo-a em contraste com as teorias precedentes, com quem Luhmann polemiza frequentemente, como é o caso do positivismo normativista de Kelsen (seja citando-o diretamente ou não). O fato é que tanto o teórico sistêmico quanto o normativista possuem alguns pontos em comum, especialmente a rejeição mútua aos esquemas ontológicos e as explicações metafísicas do direito, tão ao gosto do jusnaturalismo de todos os matizes. Uma incompreensão comum acerca da obra dos dois autores leva a reprimendas como as de que suas elaborações teóricas possuem a pretensão de produzirem teorias auto-limitadas à descrição do fenômeno jurídico, descartando as proposições prescritivas para um segundo plano. Houve quem se incomodasse profundamente com tal

---

<sup>7</sup> CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**, p. 09.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 11.

aspecto das teorias kelseniana e luhmmaniana, vindo na “recusa” à prescrição certo pendor conservador, voltado para a manutenção do *status quo*.

A reprimenda, em relação a Kelsen, somente em parte possui fundamento. Com sua epistemologia cientificista, Kelsen estabeleceu uma separação entre a ciência do direito em sentido estrito e a política judiciária, a primeira de caráter descritivo e a segunda de conteúdo prescritivo. Mas Kelsen não negava a importância de estudos que fossem além da mera descrição do ordenamento jurídico. Frequentemente irá dedicar-se a tais estudos, elaborando, por exemplo, uma interessante teoria democrática. Também devo recordar que Kant, séculos antes, já havia demonstrado com sua *Crítica da Razão Pura*, que o reconhecimento dos limites do conhecimento é a base fundamental para o avanço das ciências e da própria filosofia. Diga-se de passagem, tal auto-limitação revelou-se plena de significados e abriu novos universos para a compreensão do direito e da sociedade<sup>10</sup>.

Tanto Kelsen quanto Luhmann enfatizam que suas teorias visam descrever o funcionamento do sistema jurídico. Dario Mansilla comenta que na base da formulação de Luhmann, não há um interesse normativo: “Su teoría de la sociedad permite comprender los procesos, estructuras y autodescripciones de la sociedad, pero no pretende indicar como *deberían ser*”<sup>11</sup>. Não à toa, ambos receberam a mesma acusação, qual seja, a de serem formalistas, uma vez que o conteúdo de cada sistema não está determinado de antemão. Todavia, como bem observa Mansilla, “es equivocado sostener que el pretender construir una teoría que no tenga un fundamento normativo implica satisfacción con el orden existente y compromiso con su mantenimiento”<sup>12</sup>.

Quanto à Luhmann, a acusação de se deter numa “mera” descrição - como se tal tarefa fosse de uma simplicidade evidente! - do funcionamento do sistema jurídico, revela um desconhecimento primário da teoria autopoietica. Uma vez que Luhmann desconstrói o

---

<sup>10</sup> Para Luhmann, a autolimitação é uma das características da ciência, que deve condicionar suas próprias observações de forma específica, chamada de *limitacionalidade*. De acordo com Corsi, a “limitacionalidad, en este sentido, no debe entenderse como limitación de los objetos observables, sino como premisa de la comunicación científica: si todo pudiera ser diferente de manera totalmente arbitraria sería imposible producir algún saber nuevo utilizable como saber verdadero”. In: CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 39.

<sup>11</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. La teoría de la sociedad. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: **Metapolítica**. Volume 05, outubro/dezembro de 2001, págs. 42.

<sup>12</sup> Op. cit., p. 42.

paradigma cartesiano que separa rigidamente o sujeito cognoscente do objeto cognoscível (o esquema sujeito-objeto), sua teoria é mais sofisticada que uma “mera” descrição, uma vez que aquele que observa, também se auto-observa. Como comenta Rocha: “Niklas Luhmann propõe a *observação*. Trata-se de uma observação da complexidade, e não um retorno *naif* ao descritivismo da dogmática”<sup>13</sup>. A recusa por parte de Luhmann de introduzir elementos valorativos prescritivos em sua obra, à maneira dos que pretendem construir teorias instrumentais para grupos políticos determinados (ou seja, para “servir a uma causa”, como na figura do “intelectual orgânico” gramscianiano), irá lhe valer o grande anátema que regularmente é utilizado para desqualificar *in limine* qualquer teoria jurídica: tratar-se-ia de um jurista positivista! Uma vez que o positivismo se viu confundido – ou melhor dizendo: reduzido e simplificado -, no senso comum teórico dos juristas, com o legalismo, naquilo que Bobbio chamou de “positivismo como ideologia”<sup>14</sup>, a acusação é sempre incômoda. O certo é que tanto para Kelsen quanto para Luhmann o direito é, antes de tudo, direito positivo, conclusão que os põe em posição antagônica às correntes jusnaturalistas<sup>15</sup> (sempre revividas ciclicamente). Em síntese: as posturas kelseniana e luhmanniana enfatizaram a importância de uma descrição científica do direito, que deveria prevalecer sobre eventuais vaticínios de como o mesmo deveria ser. Daí concluir que Kelsen e Luhmann estavam a serviço de uma proposta legitimadora do *status quo*, sendo, portanto, juristas conservadores, vai um grande e temerário salto.

Mesmo partindo de um paradigma científico bastante diverso de Kelsen (e dos positivistas decorrentes, como Hart, ou de realistas, como Ross), o que torna problemática qualquer rotulação do mesmo como “positivista”<sup>16</sup>, Luhmann também opera com a ideia de

<sup>13</sup> ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo, KING, Michael e SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 11.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 223.

<sup>15</sup> Luhmann desdenha até mesmo das temáticas prediletas dos jusnaturalistas: “Los filósofos se han hecho siempre preguntas tan abstractas que no es posible suponer que los juristas o los laicos involucrados en cuestiones jurídicas se interesaran en ellas. Por ejemplo la pregunta de por qué se está obligado a obedecer el derecho”. LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, com a colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Felipe Segura. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 65.

<sup>16</sup> Otfried Höffe reconhece na obra de Luhmann elementos antipositivistas e positivistas: “A teoria do direito de Luhmann é, pois, antipositivista, na medida em que leva em consideração tais elementos de justiça definidores do direito; mas é positivista, ao contrário, na medida em que tematiza propriamente estes elementos livres de justiça que efetivamente tematiza”. In: HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 143. Teubner também se pronuncia a respeito: “O problema com a ideia de auto-produção é que esta parece contradizer o facto óbvio de que muito do que ocorre dentro do sistema é produto de factores externos a este. No que concerne ao sistema

uma separação funcional-estrutural entre o subsistema jurídico e os demais subsistemas que operam numa dada sociedade, cada um deles possuindo um código operativo próprio, capaz de garantir a clausura operacional e a reprodução autopoiética de cada um. Como sustenta Carassale acerca da teoria luhmmaniana: “Uno de los principios que sostienen esta teoría sobre el derecho y la ley positiva es su autonomía en oposición a las teorías que ven el derecho subsumido en la moral”<sup>17</sup>. Sendo assim, para Luhmann a moral não possui relevância jurídica, nem como código (bem/mal, correto/incorrecto), nem como valorização singular. Como adverte: “La tesis de la clausura normativa se dirige en primer lugar contra la concepción de que la moral podría tener validez de inmediato dentro del sistema jurídico”<sup>18</sup>. E um pouco adiante, no mesmo texto:

En la sociedad moderna es todavía más notoria la imposibilidad de la validez inmediata de la moral dentro del sistema jurídico: por razones obvias. El sistema jurídico debe garantizar una consistencia suficiente de sus decisiones; es decir, debe fungir, en este caso, como unidad. Las evaluaciones morales, en cambio, se dan típicamente en forma pluralista y, donde falta el consenso, uno se puede ayudar fragmentando a los partidarios, esto es: formando grupos<sup>19</sup>.

Em outra passagem, também significativa:

Sólo si el derecho está claramente diferenciado frente a los inconstantes vaivenes de las comunicaciones morales, y sólo si se puede distinguir de ellas con el apoyo de criterios propios, entonces también los hechos se pueden especificar y delimitar frente a la evaluación global de la persona que efectúa la moral - las personas tienen un significado decisivo en los contextos jurídicos<sup>20</sup>.

---

jurídico em particular, a ideia de auto-produção parece difícil de conciliar com a circunstância de o direito ser, em grande medida, condicionado por influências provenientes do sistema político, das estruturas econômicas e dos fatores sociais. Equivalerá assim a ideia de auto-produção no direito a um renascimento do positivismo voluntarista? Ou a uma fictícia autarcia do Direito? Este tipo de reservas tem mesmo levado alguns autores, em particular sociólogos do direito, a recusar a noção de autopoiesis no direito. A fim de afastar todas as suspeições de positivismo e autarcia, há que esclarecer desde já que a ideia de auto-produção de modo algum implica que todas as causas – nem sequer as causas mais importantes (e quem poderá determinar o critério dessa importância?) ou as mais frequentes – estejam localizadas dentro do sistema. A verdade é que – não obstante todas as afirmações e interpretações em sentido contrário feitas pelos seus opositores – a teoria autopoiética considera que a influência das condicionantes sociais, econômicas e políticas do direito não está excluída, mas é mesmo pressuposta, por um sistema jurídico auto-produtivo. Não é a inexistência desta influência proveniente do meio envolvente o que a teoria autopoiética veio inovadoramente sublinhar, mas apenas a forma particular como aquela se repercute no sistema”. In: TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 45.

<sup>17</sup> CARASSALE, Santiago. **Política y derecho**. Unger, Luhmann y Habermas. México: FLACSO; Coyoacán; 2005, p. 70.

<sup>18</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 134.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 134.

Como corolário necessário da tese da separação entre o direito e a moral tenho em mente a proposição segundo a qual os sistemas jurídicos não possuem uma moralidade imanente, podendo ser válidos juridicamente e injustos moralmente ao mesmo tempo (a depender da concepção de moralidade com a qual operamos), tese bastante forte no pensamento de Kelsen.

Enquanto Kelsen abandona a ideia de justiça, em Luhmann é possível encontrar uma nova abordagem sobre a questão, entendida em moldes processuais, o que já se apresenta em um dos seus primeiros trabalhos de repercussão, o texto *Legitimação pelo Procedimento*<sup>21</sup>. Nesta primeira fase do seu pensamento, Luhmann irá compartilhar da posição cética de Kelsen, pois o procedimento é pensado como um sistema de atos sem um resultado previamente definido. Ou seja, um dos pontos básicos da legitimidade é a incerteza quanto à decisão, o que deixa claro que não se trata da capacidade efetiva do sistema de tutelar valores morais, mas sim na definição de papéis que, uma vez assumidos, implicam na aceitação dos resultados, tema fundamental para a legitimação democrática. Como me lembra Rocha, a “democracia é a possibilidade da tomada de decisões sempre diferentes, inserindo a sociedade no paradoxo comunicativo da invenção”<sup>22</sup>.

No livro “O direito da sociedade”, obra da fase final de seu pensamento, Luhmann oferece uma versão mais acabada de sua abordagem autopoietica da justiça, dedicando o capítulo 05 ao tema, sob o título de “A fórmula de contingência: justiça” e pondo a questão nos seguintes termos: “No obstante, *el sistema jurídico no tiene por qué desistir de la idea de justicia*. Lo que se tiene que reconsiderar es tan sólo la ubicación teórica de esta idea”.<sup>23</sup> Para Luhmann não temos que desistir da ideia de justiça até mesmo porque o próprio sistema jurídico se auto-observa como justo. Enquanto para Kelsen a questão da justiça remete a um “ideal irracional” e não pode ser discutida em termos científicos, Luhmann entende que o sistema jurídico não pode abandonar a ideia de justiça, uma vez que ele mesmo se pretende “justo” – não importando os fatos. A justiça, sistemicamente abordada, permite pensar na

---

<sup>21</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

<sup>22</sup> ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes da teoria jurídica. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo, 1999, p. 135. Conforme observa Rocha: “Nesta ótica, podemos adiantar que não existe democracia com ‘verdade’ (sintático-semântica), a democracia é o lugar da indeterminação e da invenção (Lefort). A democracia constitui-se (enquanto forma política) num centro de articulação e auto-instituição da sociedade, onde a política não é vista como uma instância autônoma, mas como a mise em forme de sentido e encenação do social. A própria identidade da sociedade é então uma questão política. A política é que possibilita a delimitação do espaço de auto-instituição do social (Castoriadis)”. Idem, p. 135.

<sup>23</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 286 (grifei).

possibilidade de uma projeção de unidade entre os programas: um programa para todos os programas<sup>24</sup>.

Todavia, a abordagem luhmanniana da justiça irá buscar não uma nova razão prática, mas sim a descoberta de uma racionalidade sistêmica, amparada na diferenciação operativa entre sistema e ambiente. Luhmann desenvolve sua teoria da justiça a partir da constatação de que o subsistema jurídico deve, a todo o momento, buscar sua adequação ao ambiente social, como forma de sobrevivência e manutenção de suas estruturas, servindo para compensar o fechamento do tudo ou nada do código operacional sistêmico, uma vez que o próprio direito produz sua fórmula de contingência: a justiça. Ou como me assegura Clam, o subsistema jurídico se reserva a prerrogativa de ler seu (meio-)ambiente segundo seus códigos próprios e suas necessidades evolutivas. O ambiente (a “realidade”) é constantemente virtualizado pelo enclausuramento sistêmico, o qual é essencialmente uma fechadura do sistema em relação a toda suposição de ancoramento substancial<sup>25</sup>. Não se trata, portanto, de seguir o roteiro presente numa abordagem substancialista da justiça<sup>26</sup>.

Neste esforço de adequação, o subsistema jurídico deverá se haver com a complexidade e a contingência crescente do ambiente, buscando traduzir, no seu funcionamento interno, tais elementos. Para fazê-lo, deverá lançar mão da justiça como fórmula de contingência, ou melhor, da justiça como fórmula capaz de lidar com a contingência tanto interna quanto externa. Ou seja, a justiça serve como esquema ou supraprograma, um "programa dos programas", capaz de conferir sentido a um dos dois lados do código operativo do sistema, permitindo uma adequada complexidade das decisões do subsistema jurídico.

Para compreensão do modo de funcionamento da justiça devo levar em conta a sociedade na qual um determinado subsistema jurídico se encontra inserido, operando de forma contrária a Rawls (que em sua obra pergunta se podemos derivar uma sociedade de uma teoria da justiça). Devo, assim, levar em conta o fato fundamental de que vivemos em uma sociedade marcada pela diferenciação funcional e pela *policontextualidade*, o que implica na constatação de que a velha semântica do direito natural, vigente na sociedade hierárquica, não é mais adequada para a compreensão do sistema jurídico moderno.

---

<sup>24</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 278-279.

<sup>25</sup> CLAM, Jean. **Droit et société chez Niklas Luhmann**. La Contingence des Normes. Paris: PUF, 1997, p. 218-219.

<sup>26</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 349.

Desta forma, a intenção de Luhmann com sua abordagem autopoietica da justiça não é a de fornecer indicativos claros sobre como um determinado juiz deve julgar um caso concreto. Uma justiça do caso singular, orientada com base num ou noutra valor (igualdade, liberdade etc.), somente pode produzir uma complexidade ainda maior, uma vez que tal concepção de justiça, como ensina Palombella, “determina uma infinita corrida de cada posição subjetiva para esta ou aquela pretensão de valor”, gerando uma circunstância onde “cada decisão de valor, cada afirmação de igualdade, cada atribuição de direitos, de status, cria maiores diferenças, alimenta novas pretensões de ajuste”<sup>27</sup>. Sua intenção, antes de tudo, foi a de fornecer uma teoria capaz de descrever com maior precisão possível o que se passa no subsistema jurídico, em termos funcionais.

Tal pretensão, longe de ter um alcance limitado ou deletério, é fundamental para a teoria e a sociologia do direito, uma vez que toda teoria de pretensões científicas somente deve ser avaliada por sua capacidade de observar com maior ou menor aproximação descritiva uma determinada realidade.

Antes de tratar especificamente da abordagem autopoietica da justiça feita por Luhmann, certamente o aspecto central da presente tese, apresento os contornos mais importantes da teoria sociológica luhmanniana, tratando da sua concepção sistêmica de sociedade e dos fundamentos da sua obra. O capítulo em questão recebe o título de “Sociedade e sistema em Luhmann”. Destaco nesta parte do estudo uma abordagem sobre a visão de Luhmann sobre a moral, expressa na sua “ética negativa”, com um forte componente antitotalitário, o que também me coloca em guarda contra certas apresentações do pensamento luhmanniano como conservador ou reacionário.

A parte seguinte da presente tese irá debruçar-se sobre a questão da Justiça em Luhmann, recebendo o título de “Luhmann e a justiça”. Meu itinerário consistirá no seguinte percurso: a) iniciarei com uma breve exposição do tema da legitimidade como uma das chaves-explicativas para compreensão da teoria da justiça em Luhmann; b) farei uma apresentação dos principais aspectos da teoria de Luhmann sobre a justiça; c) em seguida, elaborarei uma discussão sobre o significado da fórmula de contingência, esclarecendo-a com maior precisão, ao mesmo tempo em que buscarei o significado de outras fórmulas de contingência, como Deus para o sistema religioso etc.; d) adiante tratarei do tema da adequada

---

<sup>27</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**, p. 350.



consistência das decisões judiciais como um dos pontos-chave na teoria da justiça de Luhmann; e) o ponto seguinte tratará do tema da igualdade relacionando-o com a questão da justiça na perspectiva sistêmica; f) na sequência pretenderei realizar uma aproximação teórica da justiça sistêmica verificando como Luhmann tratou a questão dos direitos fundamentais. Também na abordagem deste tema, o sociólogo alemão tratou de captar não uma razão prática, mas sim uma razão sistêmica, buscando ainda no próprio desenvolvimento da sociedade contemporânea, com a passagem para o estágio evolutivo marcado pela diferenciação funcional (e sua permanente necessidade de redução de complexidade), os traços explicativos para o surgimento e desenvolvimento dos direitos fundamentais. Tal explicação de um determinado aspecto do sistema jurídico me servirá para aclarar a teoria de Luhmann acerca da justiça.

Após a exposição dos contornos gerais da abordagem autopoietica de Luhmann sobre a justiça, pretendo dar um último passo neste trabalho, examinando as contribuições de três autores com amplas possibilidades de diálogo com o sociólogo alemão: Gunther Teubner, Jacques Derrida e Michael Walzer.

A presente tese não alcançaria um razoável grau de elaboração sem a apresentação das abordagens inventivas e provocativas de Gunther Teubner, onde o teórico do direito reflexivo dialoga com os temas da justiça em Luhmann, apresentando o dilema entre a justiça como fórmula de contingência ou como fórmula de transcendência. Finalizarei minha jornada, ainda nos passos de Teubner, com uma discussão acerca da temática da justiça e do pluralismo jurídico dentro do contexto de uma sociedade mundial fragmentada.

Tratarei do pensamento de Jacques Derrida exposto no livro "Força da Lei", onde o teórico da desconstrução trata da justiça como expressão do incalculável, o que me remeterá às formulações luhmannianas da justiça como fórmula de contingência e, portanto, como busca de algo inalcançável, mas cuja busca é essencial para atribuição de sentido ao próprio sistema.

Uma vez que a teoria da justiça de Luhmann parte da constatação de que vivemos numa sociedade marcada pela diferenciação funcional, tratarei de abordar a teoria da justiça de Walzer, cuja visão da justiça diz respeito à independência das esferas autônomas, que possuem seus próprios critérios distributivos. Tal autonomia depende do sentido que é

estabelecido de modo auto-referencial, o que me permitirá um possível paralelo entre os dois autores, tendo como marco a ideia de *policontexturalidade*.

## 2. HANS Kelsen E O PROJETO DA TEORIA PURA DO DIREITO

### 2.1 Kelsen E SUA CIRCUNSTÂNCIA VIENENSE

Josef Kunz, amigo e colaborador de Kelsen, escreveu que a obra deste estava profundamente influenciada por sua circunstância de austríaco e vienense. Como consta, Kelsen nasceu em Praga, em 1881, quando esta cidade pertencia ao Império Austro-Húngaro. Ainda criança, mudou-se com seus pais para Viena, onde foi professor de direito público entre 1911 - 1930. Josef Kunz escreveu que para compreender a Teoria Pura do Direito, é necessário ter em conta que seu autor é austríaco. Não somente o austríaco de nascimento, mas também política, histórica e culturalmente.

No Império Austro-Húngaro viviam, antes da sua dissolução em 1919 - com o Tratado de Saint-Germain en Laye -, 53 milhões de habitantes. O Império reunia o que hoje são a Áustria, Hungria, República Checa, Eslováquia, Eslovênia, Croácia, Bósnia-Herzegovina, e partes da Sérvia, do Montenegro, da Itália (região do Trentino-Alto Adige e Trieste), da Romênia (Transilvânia), Polônia e Ucrânia. Este mosaico multicultural e multi-étnico tinha como capital a cidade de Viena, que em 1910 já alcançava a casa dos dois milhões de habitantes. Pelas suas ruas circulavam pessoas de todos os cantos da Europa. Mais do que Paris nestes anos, Viena foi a verdadeira capital europeia<sup>28</sup>.

Escrevendo sobre Kelsen, Josef Kunz anota:

Nós, os vienenses de nascimento, somos católicos no sentido da palavra grega, quer dizer, universalistas. A velha e grande Áustria foi, em um esfera menor, quase uma Pan-Europa, quase uma Sociedade das Nações. Somos universalistas, somos tolerantes, antifanáticos. Amamos a paz. Nossa situação geográfica radica no verdadeiro centro da Europa, no coração do velho continente. Somos democratas, somos liberais, somos individualistas. Os austríacos da velha Áustria e os da pequena república de hoje são quase o único povo europeu que não é, em absoluto, nacionalista. Somos europeus. A vida cultural é para nós uma necessidade mais imperiosa do que comer. Somos os filhos de uma grande e velha cultura (...). A nós não podem nos fazerem fanáticos nem as palavras do nacional-socialismo nem de nenhum

---

<sup>28</sup> Cf. VIENA, **História Concisa da Áustria**. Publicação do Serviço Federal de Imprensa. Viena: Chancelaria Federal, 1983; BETTELHEIN, Bruno. **A Viena de Freud e outros ensaios**. Tradução de Lia Wyler. Rio de Janeiro: Campus, 1991; JANIK, Allan e TOULMIN, Stephen. **A Viena de Wittgenstein**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Campus, 1991; SCHORSKE, Carl E. **Viena fin-de-siècle. Política e cultura**. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

outro "ismo". (...) Pela mesma razão temos uma tendência ao relativismo e, algumas vezes ao ceticismo, como todos os povos velhos, seja de Viena ou de Paris<sup>29</sup>.

Viena, no fim do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, conheceu uma efervescência intelectual ímpar, tendo sido palco para inúmeros intelectuais e artistas que contribuíram de forma decisiva para a renovação do pensamento europeu. É o caso de Sigmund Freud, o pai da psicanálise, Tristan Tzara, criador do dadaísmo, de músicos como Arnold Schönberg, escritores como Arthur Schnitzler, Stefan Zweig, Robert Musil, Rainer Maria Rilke, economistas como Ludwig Von Mises<sup>30</sup> e Friedrich Hayek, pintores como Gustav Klimt, dramaturgos como Oskar Kokoschka e ainda filósofos como Wittgenstein e Popper, além de tantos outros. Havia um intenso desejo de romper com o academicismo e com o ecletismo preguiçoso que então dominavam o cenário cultural e científico europeu.

## 2.2 KELSEN E O RELATIVISMO ÉTICO

Nas primeiras linhas de sua *Filosofia do Direito*, Gustav Radbruch escreveu que a filosofia do direito é uma parte da filosofia: “Logo, de início, é indispensável apresentar os pressupostos filosóficos gerais da filosofia do direito”<sup>31</sup>. Certamente, pois por detrás de toda autêntica elaboração filosófica do direito há um ajuste de contas de seu autor com questões centrais da filosofia de sua época.

Por trás do sistema construído por Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito* se encontra um tripé filosófico cujo desvendamento é condição essencial para o seu correto entendimento:

<sup>29</sup> KUNZ, Josef. **La Teoria Pura del Derecho**. Cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudência. México: Editora Nacional, 1974, p. 11-12 (tradução livre).

<sup>30</sup> Com Von Mises, Kelsen manterá uma amizade duradoura e uma trajetória existencial cheia de coincidências. Ainda garotos e Kelsen já era amigo de Von Mises, com quem se encontrava após as aulas, em algum café de Viena, para leitura de jornais e troca de ideias. Além da origem judaica comum (em razão da qual sofreram perseguições), a vida destes dois pensadores também possui muitos outros paralelos interessantes. Ambos nasceram no mesmo ano e estudaram na mesma escola. Frequentaram ainda o mesmo departamento na Universidade de Viena, preparando-se para uma carreira acadêmica. Além disso, publicaram suas obras capitais logo após a Primeira Guerra Mundial. Ambos foram ainda defensores da ideia de que não pode existir uma ética científica, o que implica que todos os julgamentos de valor possuem um caráter meramente subjetivo. Casaram-se com mulheres de nome Grete e mudaram-se para os Estados Unidos em consequência da Segunda Guerra Mundial e mais ainda, morreram no mesmo ano. Juntamente com outros grandes nomes (Carnap, Godel, Menger, Kauffman, Neurath), formaram o que foi intitulado como “pensamento austríaco no exílio”. Cf. HÜLSMANN, Jörg Guido. **Mises: the last knight of liberalism**. Alabama: Ludwig Von Mises Institute, 2007, p. 42.

<sup>31</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 5.

a) sua visão de mundo calcada no relativismo ético; b) sua ligação com neokantismo das Escolas de Marburgo e Baden; e c) vinculação com a filosofia da linguagem desenvolvida pelo Círculo de Viena. Meu desafio no presente texto consiste em investigar o primeiro desses pressupostos fundamentais do pensamento de Kelsen: sua filiação ao relativismo ético<sup>32</sup>.

Na língua alemã encontro uma palavra de difícil tradução, mas que expressa aquilo do qual estou falando. A palavra é *weltanschauung*, e quer dizer visão de mundo ou cosmovisão<sup>33</sup>. É usada regularmente para descrever a maneira como uma pessoa enxerga o mundo, a imagem que ela faz dos homens e da vida. Posso dizer que a visão de mundo Kelsen, sua *weltanschauung*, foi profundamente inspirada por sua experiência pessoal como cidadão do velho Império Austro-Húngaro.

Wilhelm Dilthey foi o primeiro grande pensador a trabalhar sistematicamente com a ideia de visão de mundo. O conceito de *weltanschauung* tornou-se central na filosofia e na cultura alemã, ao ponto de Karl Mannheim ter consagrado um estudo metodológico visando determinar a localização da *weltanschauung* no quadro das ciências da cultura, especialmente na história da arte. Mannheim buscou verificar a possibilidade de compreendermos a visão de mundo de uma determinada época. Também para Dilthey, a *weltanschauung* faz referência a uma época e é nesta medida que a filosofia alemã considera a análise psicológica insuficiente, devendo ser completada por uma análise dos fatos históricos.

Georg Jellinek, que foi professor de Kelsen, trabalhou o tema da *weltanschauung* numa monografia publicada em 1872, tratando das diferentes visões de mundo de Leibniz e Schopenhauer. São duas visões de mundo opostas, uma racionalista e universalista, que

---

<sup>32</sup> A importância capital do estudo de Kelsen reside no fato de que sua contribuição foi incorporada por setores expressivos da filosofia jurídica contemporânea, especialmente nos autores da chamada escola analítica. Os analíticos possuem a Teoria Pura do Direito não só como ponto de partida, mas como uma construção a partir da qual se tornam inteligíveis as contribuições posteriores de autores como Hart, Ross e Bobbio. Tais autores podem ser considerados – como argumentou Bobbio – como pós-kelsenianos, no sentido de que não podem ser compreendidos sem Kelsen. Sobre a importância de Kelsen, Mario Losano escreveu: “O pensamento de Kelsen é o meridiano de Greenwich da ciência jurídica do século XX: todas as teorias terminam sendo analisadas em função de sua maior ou menor proximidade com respeito à Teoria Pura do Direito, enunciada por ele nos primeiros decênios do século e logo incessantemente aperfeiçoada até os últimos anos de sua vida”. In: LOSANO, Mario. Hans Kelsen: uma biografia cultural mínima. In: **Revista Derechos y Libertades**, n. 14, época II, janeiro de 2006.

<sup>33</sup> A palavra alemã *weltanschauung* foi utilizada primeiramente por Kant, em sua Crítica do Juízo, significando a apreensão do mundo ou da natureza através dos sentidos. A palavra irá assumir o significado atual nos *Discursos sobre a religião* de Schleiermacher, na virada do século XVIII para o XIX. Ver a respeito CICERO, Antônio e SALOMÃO, Waly (organizadores). **O relativismo enquanto visão de mundo**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1994, p. 09.

acredita na harmonia da ordem do mundo e que conduz ao otimismo, correspondente ao pensamento de Leibniz. Do outro lado, uma visão de mundo subjetivista, do indivíduo representado na totalidade do mundo, imbuído de uma profunda desarmonia e que desemboca no pessimismo, como no caso de Schopenhauer<sup>34</sup>. Kelsen certamente conhecia tal trabalho de Jellinek e trabalhou com a ideia de visão de mundo como um elemento importante de sua teoria política.

Com Kelsen, a noção de *weltanschauung* é utilizada com frequência para explicar diversas concepções políticas. Na sua *Teoria do Estado em Dante Aleghieri*, tese de doutoramento defendida em 1905, Kelsen sublinha a importância da visão de mundo do *principium unitates* medieval na teoria do Estado da época: para os pensadores medievais era insatisfatório ver a humanidade politicamente dividida numa pluralidade de Estados<sup>35</sup>.

O paralelo entre a *weltanschauung* e a ciência política constitui uma referência constante ao pensamento kelseniano, como provam os escritos sobre temas da democracia e da política, especialmente nas décadas de 20 e 30. Com um trabalho publicado em 1920, intitulado *Das problem der Souveranitat und die Theorie des Völkerrechts*, Kelsen considera, por exemplo, que o universalismo é próprio de uma constituição psíquica demarcada por uma consciência do eu relativamente frágil, que se relaciona com uma unidade harmônica e não de oposição com o Estado, a sociedade e o mundo. Neste sentido, representa uma visão altruísta da vida. No lado oposto temos uma visão de mundo individualista, aonde o eu é muito forte. Tal eu hipertrofiado se encontra no centro do mundo, por consequência entra em oposição hostil ao Estado e a sociedade, que lhe são estranhos<sup>36</sup>.

As origens do relativismo estão nos sofistas gregos (Platão foi o grande inimigo do relativismo sofista, como já vimos), mas suas posições podem ser encontradas em diversas correntes, como por exemplo: no ceticismo (antigo e moderno), no criticismo, no empirismo e no pragmatismo. Para o relativismo sofista de Protágoras, o “homem é a medida de todas as coisas”. Ao mesmo tempo, o poeta sofista Eurípedes glorificava a democracia, enquanto o absolutista Platão rebatia dizendo que “Deus é a medida de todas as coisas”, e concebia ao mesmo tempo o esboço do primeiro governo totalitário, esboçado em sua obra “A República”:

---

<sup>34</sup> Cf. HERRERA, Carlos Miguel. *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*. Paris: Kimé, 1997, p. 240.

<sup>35</sup> KELSEN, Hans. *La Teoria dello Stato in Dante*. Bolonha: Massimiliano Boni Editore, 1974, p. 147.

<sup>36</sup> Cf. FROSINI, Vittorio. Kelsen y las interpretaciones de la soberania. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, n. 31, Janeiro-Abril de 1991, p. 61-74.

seu Estado ideal é uma autocracia perfeita<sup>37</sup>. Utilizando-se, assim, de vários exemplos, Kelsen pretende convencer que entre uma concepção relativista de mundo e as atitudes políticas democráticas existe um vínculo incontornável.

Kelsen foi aluno de Freud, tendo freqüentado seus seminários, inclusive apresentando trabalhos<sup>38</sup>. Freud, como sabemos, ficou desiludido com a razão universal quando eclodiu a I Guerra Mundial. A barbárie do conflito, que teria, na visão de Freud, rebaixado as nações civilizadas da Europa à condição de tribos africanas, indicava que a noção de progresso pregada pelo Iluminismo estava longe de corresponder à realidade. Todo esforço civilizatório do Ocidente, todo refinamento da cultura européia não haviam eliminado a pulsão pela destruição e pela morte. Assim, Freud coloca em cheque noções como "atraso" ou "avanço". Resulta daí uma visão relativista acerca do pluralismo cultural, desmontando a hierarquia de valores pregada pelo etnocentrismo e pelos apologistas do colonialismo.

O relativismo já gozava à época de Kelsen, de ampla difusão e não constituía nenhuma novidade. Uma obra famosa da época, vendida como best-seller e que influenciaria gerações, foi o livro "A decadência do Ocidente", de Oswald Spengler, onde é defendida a tese de que todos os valores são relativos à época histórica de cada civilização, considerando-se esta como uma entidade orgânica, que cresce, se desenvolve e morre<sup>39</sup>. Nietzsche também propõe um primo do relativismo, o prospectivismo (conceito extraído de Leibniz) ou perspectivismo, que foi expresso na seguinte máxima: "Não existem fatos, somente interpretações". Para o prospectivismo, o que importa é o "ponto de vista". Nossas representações do mundo não exaurem a sua complexidade, mas são sempre visões perspectivas, em suma.

---

<sup>37</sup> Cf. KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 353.

<sup>38</sup> Kelsen foi convidado por Freud para ministrar uma conferência sobre o conceito de Estado e sobre a psicologia de massas na Associação Psicanalítica de Viena. Depois Kelsen publicou na revista *Imago* (criada por Freud) o texto ampliado da conferência, sob o título "Deus e o Estado". Em uma nota agregada ao seu texto "Psicologia de Massas e análise do Eu, Freud conta sua relação com Kelsen: "Depreendo do que em outros assuntos é uma crítica compreensiva e hábil no trabalho de Hans Kelsen, quando diz que dotar a alma coletiva de uma organização deste tipo é uma hipótese, quer dizer, implica atribuir-lhe independência dos processos mentais do indivíduo." Kelsen foi um jurista pioneiro no reconhecimento da psicanálise como um campo promissor do conhecimento humano. Ver a respeito: CAMARGO, Luis. **Encrucijadas del campo Psi-Jurídico**. Diálogos entre el derecho y el psicoanálisis. Buenos Aires: Letra Viva, 2005, p. 46-47.

<sup>39</sup> Spengler escreveu: "Eis o que falta ao pensador ocidental e o que não deveria faltar justamente a ele: a compreensão da natureza histórico-relativa das suas conclusões, que não passam de expressão de um modo singular de ser, e somente dele. O pensador ocidental carece do conhecimento dos inevitáveis limites que restringem a validade de suas afirmações. Ignora que suas "verdades inabaláveis" e suas "percepções eternas" são verdadeiras só para ele e eternas unicamente do ponto de vista da *sua* visão de mundo." Ver a respeito: SPENGLER, Oswald. **A decadência do Ocidente**. Tradução de Herbert Caro. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1973, p. 41.

Kelsen afirma que a oposição entre uma visão de mundo objetivista e outra subjetivista, explica em última análise a oposição entre uma concepção jurídica baseada no primado da ordem jurídica internacional e a outra baseada na ordem nacional que se considera como absolutamente soberana. Como aponta Zolo: “Kelsen reconhece que la aceptación o el rechazo de estas hipótesis epistemológicas es, en principio, el producto de una elección valorativa en la que están implicados *weltanschauungs* alternativas entre sí”<sup>40</sup>. Para Kelsen, é o homem que escolhe entre as visões de mundo e da vida que lhe são apresentadas, e a decisão que ele toma está fora do controle da ciência. Sendo assim, Kelsen contrapõe uma visão objetivista, partidária da *civitas máxima*, e uma visão subjetivista, para explicar as duas concepções possíveis de ordem internacional. A oposição entre democracia e autocracia também se alinham a uma oposição entre visões de mundo e da vida: entre uma visão de mundo relativista e uma visão de mundo metafísica ou mítico-religiosa. As crenças nos valores e nas verdades relativas conduzem ao criticismo, ao positivismo e também à democracia. O alvo de Kelsen é um pensamento religioso primitivo que considera que existe um bem absoluto e que defende - necessariamente - uma posição autocrática no campo da política.

Como sabemos, Kelsen escreveu muito durante sua longa carreira acadêmica, produção proporcionada por uma vida longa (o jurista vienense viveu 92 anos) e por um ritmo de trabalho intenso. Além dos temas jurídicos clássicos e da elaboração da Teoria Pura do Direito, Kelsen escreveu sobre psicanálise, teologia, socialismo, democracia, além de diversos temas sociológicos e filosóficos. Mas, ao contrário de outros autores que também escreveram obras volumosas, como Bertrand Russel, filósofo inglês que tratou de assuntos como casamento, felicidade, religião, política, pacifismo e outros<sup>41</sup>, sem manter um vínculo fundamental com seus trabalhos propriamente filosóficos acerca da fundamentação da matemática e da epistemologia, Kelsen fez de suas obras sobre temas diversos, verdadeiras

---

<sup>40</sup> ZOLO, Danilo. **El globalismo judicial de Hans Kelsen**. In: Jura Gentium, III, 2007, I.

<sup>41</sup> Ao lado de sua obra magna *Principia Mathematica*, Bertrand Russel escreveu mais de 70 livros, com títulos como “A conquista da felicidade”, “O casamento e a moral”, “O elogio do lazer”, “As mais belas palavras”, “Velha e nova moral sexual” e ainda “Porque não sou cristão”. A dedicação a temas “menores”, em detrimento das questões centrais da filosofia, lhe valeu uma reprimenda mal-humorada por parte de Wittgenstein (Cf. EDMONDS, David e EIDINOW, John. **O atizador de Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Difel, 2003). De modo ácido, o conservador Paul Johnson escreveu a respeito: “Nenhum intelectual na história jamais deu conselhos à humanidade durante um período tão longo”. Certamente, a defesa de Russel da poligamia (“como atributo das sociedades evoluídas”) e a sua recusa da moral cristã, atraíram a antipatia de Johnson. Cf. JOHNSON, Paul. **Os intelectuais**. Rio de Janeiro: Imago, 1988, p. 217.



extensões de sua *Teoria Pura do Direito*<sup>42</sup>. Portanto, somente é possível entender com profundidade o projeto contido na Teoria Pura do Direito com a análise dos diversos aspectos que constituem sua obra e os vínculos que ligam as suas partes constitutivas.

Mas no que consiste o relativismo kelseniano? Primeiramente devo dizer que tal relativismo não se confunde com o niilismo de um Trasímaco. Como é sabido, este identifica o direito como a razão dos mais fortes. O direito como simples expressão do poder, negando toda ideia de justiça e todo critério valorativo. Semelhante ponto de vista, partindo de outras bases filosóficas, parece ser a compreensão que o materialismo histórico possui do fenômeno jurídico. Para a visão materialista, de inspiração marxista, o direito é tão somente a expressão da vontade da classe dominante, ou seja, o direito do mais forte a que se referia Trasímaco.

Não é essa posição de Kelsen. Este se filia a um relativismo contemporâneo que não nega a existência de problemas relativos a valores. Reconhece a presença da axiologia, mas entende que a escolha dos valores constitui um problema que não pode ser resolvido pelas ciências e nem pela filosofia mediante razões válidas e objetivamente fundadas. Kelsen entende como legítimo o problema sobre o valor, mas acredita que esse problema não pode ser colocado de um ponto de vista científico, ou seja, verificável e comprovável pela experiência empírica ou justificável pelo raciocínio. Não existe um método científico nem racional para esclarecer o problema da hierarquia entre os valores, o qual permita resolver os conflitos que possam surgir. Tais conflitos só podem ser julgados de um ponto de vista meramente subjetivo. Esta valoração será sempre uma valoração relativa e dependente do sujeito que valora<sup>43</sup>.

Muito se escreveu sobre a influência kantiana no pensamento de Kelsen ou a influência de Hobbes para o positivismo jurídico, mas pouco se fala sobre a influência do empirismo de David Hume sobre o relativismo ético que constitui a marca distintiva que

---

<sup>42</sup> Como escreveu Juan Ruiz Manero: “No hay, junto al Kelsen teórico del Derecho, un Kelsen autor de ‘libros populares’. Sea cual sea el campo temático del que se ocupa, Kelsen lo hace siempre como autor de la teoría pura del Derecho, aspirando a idénticos *standards* de rigor y de precisión e imponiéndose a sí mismo idéntica renuncia a entrar en el terreno de la *dóxa*, esto es, de la formulación de mera opiniones personales. Es más: Kelsen aborda cualquier temática *desde y para* la teoría pura del Derecho”. Cf. MANERO, Juan Ruiz. Presentación: Teoría de la democracia y crítica del marxismo en Kelsen. In: KELSEN, Hans. **Escritos sobre la democracia y el socialismo**. Selección e apresentação de Juan Ruiz Manero. Madrid: Debate, 1988, p. 14.

<sup>43</sup> Mas não é correto afirmar que a concepção de Kelsen sobre a justiça seja irracionalista (por não aceitar a possibilidade do uso de uma racionalidade científica sobre o tema), mas sim a-racionalista, como bem destacou Manuel Atienza. In: ATIENZA, Manuel. **Introducción al derecho**. Barcelona: Barcanova, 1985, p. 153.

caracteriza o pensamento kelseniano e, via-de-regra, o positivismo jurídico nascido sob sua influência. Oscar Correias põe em questão a influência de Hume no pensamento de Kelsen, afirmando que o autor positivista é tributário do monismo do empirista inglês. Ou seja, existe em Kelsen a aceitação de um monismo absoluto desde um ponto de vista ontológico: “sólo existe una realidad, a la que conocemos a través de un tipo de ciencia que utiliza enunciados de tipo descriptivo, con un tipo especial de conexión que llamamos *causalidad*”<sup>44</sup>.

Em seu livro *Sociedad y naturaleza*, Kelsen lembra, com base em Hume, que a realidade não permite nenhum esquema de interpretação que tenha como base uma lei inviolável. Somente uma norma pode se pretender inviolável (uma vez que um juízo normativo não é um juízo sobre a realidade). Hume lançou as bases para uma transformação da noção de causalidade, que deixou de ser vista como realidade absoluta e passou a ser entendida através de modelos de probabilidade estatística. Para Kelsen tais postulados representaram uma mudança revolucionária no pensamento moderno<sup>45</sup>.

Hume propõe uma abordagem baseada no ceticismo, uma vez que se nega a crer que seja possível encontrar pontos em comum de caráter universal. O ceticismo do pensamento de Hume, que nega a existência de valores absolutos, conduz a uma posição tolerante, diferentemente do racionalismo. O relativismo ético inspirado em Hume se põe contra o jusnaturalismo pelo simples motivo de que não consegue enxergar uma natureza humana que possa ser comprovada de forma empírica. A posição de Hume fica evidente na sua assertiva conhecida como *Lei de Hume* ou *falácia naturalista*, onde propõe que é logicamente incorreto deduzir normas a partir da observação da natureza, ou seja, é incorreto deduzir prescrições de

---

<sup>44</sup> CORREAS, Oscar. **Kelsen y los marxistas**. México: Ediciones Coyacán, 1994, p. 66.

<sup>45</sup> KELSEN, Hans. **Sociedad y Naturaleza**. Una investigación sociológica. Buenos Aires: Depalma, 1945, p. 402.

descrições<sup>46</sup>. Não existe uma conexão lógica entre uma descrição de um fato natural e uma norma. Ou ainda: não é possível deduzir um *dever-ser* de um *ser*<sup>47</sup>.

Já na *Teoria Pura do Direito*, Kelsen dedicará um tópico ao tema “Relatividade do valor moral”, questionando a aceitação de valores absolutos e conseqüentemente de uma moral absoluta. Argumenta que nas mais diversas épocas e povos sempre existiram sistemas morais válidos muito distintos e inclusive contraditórios entre si. Aos que argumentavam que a paz consiste no valor comum a todos os sistemas morais, lembra passagens de Heráclito onde o mesmo defendia que a guerra é a suprema realidade normativa, e, portanto, o direito seria luta e que a luta é justa. Lembra ainda do ensinamento de Jesus, que disse: “eu não vim para trazer a paz à terra, mas sim a divisão”<sup>48</sup>. Na mesma direção argumenta que no liberalismo o lugar ocupado pela concorrência dificilmente pode ser considerado como um ideal de paz. Kelsen nega ainda a possibilidade de determinarmos de modo racional a existência de um mínimo de moralidade necessária no direito<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Como escreveu Hume: “Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor seguir durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como *é e não é*, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um *deve* ou *não deve*. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois, como esse *deve* ou *não deve* expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada ou explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece inteiramente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes”. In: HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução de Déborah Danowski. 2. ed. ver. amp. São Paulo: UNESP, 2009, p. 509.

<sup>47</sup> Por outro lado, mesmo se a passagem do *ser* ao *dever-ser* não é possível, o mesmo não ocorre em sentido inverso: de um *dever-ser* é possível alcançar um *ser*, pois o normativo possui força factual.

<sup>48</sup> Para quem está familiarizado com os escritos de Kelsen sabe o quanto ele gostava de provocar os jusnaturalistas citando passagens bíblicas. Num dos seus textos mais comentados, Kelsen toma como modelo de democrata o romano Pôncio Pilatos. Na narrativa bíblica, Pilatos, ao ser apresentado para Jesus, perguntou inicialmente: “Então és tú o rei dos judeus?” Jesus teria respondido: Tú o dizes. Sou rei. Nasci e vim ao mundo para dar testemunho da verdade. Todo o que está do lado da verdade ouve a minha voz”. E Pilatos retrucou: “O que é a verdade?” Para Kelsen, Pilatos agiu como um cético relativista, que não sabia o que era a verdade absoluta na qual aquele homem à sua frente acreditava, ao se dirigir à multidão de forma democrática, delegando a escolha sobre quem seria crucificado, se Jesus ou Barrabás. Pilatos teria dito aos judeus reunidos as seguintes palavras sobre Jesus: “Não encontro nele crime algum. Mas é costume que eu, pela Páscoa, vos solte um prisioneiro. Quereis, pois, que vos solte o rei dos judeus?” A multidão escolheu Barrabás. E Kelsen conclui: “Para os que crêem que o Filho de Deus e Rei dos Judeus seja testemunha da verdade absoluta, este plebiscito é sem dúvida um forte argumento contra a democracia. E nós, cientistas políticos, temos de aceitar este argumento. Mas com uma condição apenas: que nós tenhamos tanta certeza de nossa verdade política, a ponto de defendê-la, se necessário, com sangue e lágrimas – que nós tenhamos tanta certeza de nossa verdade quanto tinha, de sua verdade, o Filho de Deus”. In: KELSEN, Hans. **A democracia**, p. 355-356.

<sup>49</sup> Herbert Hart, contrariando Kelsen, considera que se podem estabelecer racionalmente os conteúdos mínimos. Tais normas de direito natural derivariam de uma série de características das sociedades humanas, tais como a *vulnerabilidade* (o que leva à proibição do homicídio), a *igualdade aproximada* entre os homens (o que obriga passar das formas morais às formas jurídicas, uma vez que ninguém pode dominar sem concessões e abstenções), o *altruísmo limitado*, pois os homens não são anjos nem demônios (que também leva à criação de regras que prescrevam abstenções), a *limitação dos recursos* (que obriga a adoção de formas mínimas de propriedade, seja pública ou privada) e finalmente, *compreensão e força de vontade limitada*, o que também leva

Seguindo o pensamento kelseniano, posso dividir as correntes filosóficas que tratam do tema em dois campos antagônicos: a) absolutistas ou aprioristas e b) relativistas ou empiristas. Os absolutistas entendem que a validade dos princípios morais é atemporal e absoluta. Tais princípios não dependem da experiência humana. Os relativistas entendem que os valores são mutáveis, possuindo uma vigência puramente convencional. Para estes, as normas morais são, antes do mais, produto da vontade. Sendo assim, os relativistas aceitam uma pluralidade de sistema de moralidade positiva (pluralismo dos valores).

Conforme Garcia Mainez: "A antítese entre subjetivismo e objetivismo refere-se, de acordo com o exposto, à existência e modo de ser dos valores e das normas, a oposição entre empirismo e apriorismo, à índole do seu conhecimento"<sup>50</sup>. Tenho então um problema ontológico (existência e modo de ser) e gnosiológico (conhecimento dos valores). Como consequência, enquanto o relativismo implica numa negação de uma moral universal, "o absolutismo proclama a unidade da ética, frente à pluralidade dos sistemas de moralidade positiva"<sup>51</sup>. Os objetivistas entendem que o conhecimento dos valores não depende da observação empírica dos fatos. Segundo Garcia Mainez, "o homem é capaz de conhecer normas e valores porque nele existe um órgão adequado a tal efeito, o que pode chamar-se de consciência estimativa, ou sentido do valor"<sup>52</sup>. Já para os subjetivistas não há que falar de valores à margem da subjetividade humana. O bem ou o mal depende de cada época e de cada sociedade.

O solipsismo de cada sujeito é contornado pelo fato de que à igualdade política entre os indivíduos corresponde uma igualdade entre os sujeitos de conhecimento:

O relativismo filosófico de Kelsen sobre os valores [...] tem consciência dos dois perigos que podem ser ocasionados pelo caráter subjetivo dos valores: por um lado o solipsismo e, por outro, o pluralismo absolutamente indiferenciado. O primeiro levaria diretamente à admissão de uma realidade, a do ego, não menos metafísica do que as metafísicas tradicionais. O segundo, o pluralismo absoluto, implicaria a impossibilidade de comunicação entre os portadores de valores diversos e, portanto, no plano político, a impossibilidade de tomar decisões. Não é essa a conclusão de Kelsen, que sai do impasse mencionando exatamente o valor que, na

---

à adoção do direito. Cf. HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

<sup>50</sup> MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Ética. Ética empírica. Ética de bienes. Ética Formal. Ética Valorativa**. México: UNAM, 1944, p. 28.

<sup>51</sup> MAYNEZ, 19944, p. 25.

<sup>52</sup> Ibid., p. 27.

construção precedente, ficaria na sombra ou em posição subalterna: trata-se simplesmente de admitir que “os indivíduos, enquanto sujeitos do conhecimento, são iguais”. As nossas convicções podem vir a ser suas; e as suas podem vir a ser nossas: nesse ínterim, que até pode ser ilimitado, façamos um acordo majoritário!<sup>53</sup>

Kelsen define o absolutismo filosófico como uma “concepção metafísica da existência de uma realidade absoluta, *i.e.*, uma realidade que existe independentemente do conhecimento humano”<sup>54</sup>. Por sua vez, o relativismo advoga a doutrina empírica de que o a realidade só existe no interior do conhecimento humano. Deste modo, a realidade é relativa ao sujeito cognoscente: “o absoluto, a coisa em si, está além da experiência humana; é inacessível ao conhecimento humano e, portanto, incognoscível”<sup>55</sup>. Kelsen está assim deixando clara a sua filiação ao pensamento kantiano, uma vez que este interpreta o processo cognitivo como o processo de criação do objeto que se quer conhecer: o sujeito cognoscente é o criador do seu próprio mundo. Sendo assim, a liberdade do sujeito cognoscente é um pré-requisito fundamental da teoria relativista do conhecimento:

Isto, por certo, não significa que o processo de conhecimento possui caráter arbitrário; há leis que governam esse processo; mas tais leis originam-se na mente humana, e o legislador autônomo é o sujeito cognoscente. Já o absolutismo filosófico, se for coerente, deve conceber o sujeito do conhecimento como completamente determinado por leis heterônomas imanentes à realidade objetiva, e subordinados ao absoluto, especialmente se o absoluto for imaginado como um ser pessoal e uma autoridade supra-humana<sup>56</sup>.

Outra consequência da distinção entre objetivistas e subjetivistas ocorre no plano epistemológico. Para os objetivistas, os valores não se criam nem se transformam, mas sim são descobertos (conhecidos) ou permanecem ignorados. Pra subjetivistas, as normas morais não são descobertas, mas sim criadas pelo homem. Kelsen se filia à corrente subjetivista no plano dos valores:

Uma teoria dos valores relativista não significa – como muitas vezes erroneamente se entende – que não haja qualquer valor e, especialmente, que não haja qualquer Justiça. Significa, sim, que não há valores absolutos mas

<sup>53</sup> GAVAZZI, Giacomo. Introdução. In: KELSEN, Hans. **A democracia**, p. 16.

<sup>54</sup> KELSEN, **Sociedad y Naturaleza**. 1945, p. 347.

<sup>55</sup> *Ibid*, p. 348.

<sup>56</sup> *Ibid*, p. 349.

apenas valores relativos, que não existe uma Justiça absoluta mas apenas uma Justiça relativa, que os valores que nós constituímos através dos nossos atos produtores de normas e pomos na base dos nossos juízos de valor não podem apresentar-se com a pretensão de excluir a possibilidade de valores opostos<sup>57</sup>.

Uma vez que Kelsen entende que os valores morais não podem ser apreendidos cientificamente – ou seja, nenhum *dever* é cientificamente cognoscível, uma suposta obrigação moral de obedecer ao ordenamento também não pode ser demonstrada cientificamente. Tal problema encontra-se fora do âmbito da *Teoria Pura do Direito* – que se pretende uma teoria científica. Para Robert Walter esta incompreensão dos limites da ciência que Kelsen reivindica, está na base do erro tantas vezes difundido em supor que a *Teoria Pura do Direito* prescreve que devem ser obedecidos os sistemas normativos de regular eficiência. Segundo Walter, a *Teoria Pura do Direito* “não faz mais que descrever tais sistemas concedidos como ordem que estatui um dever. Semelhante descrição – levada a cabo como uma hipótese, não legitima a ordem descrita”<sup>58</sup>.

O que Kelsen propõe é uma “ciência do direito em sentido estrito”, que opera criando (reduzindo) o seu objeto. Uma vez que sua proposta era a de tão somente descrever este objeto, o direito positivo existente, sem fazer nenhuma prescrição sobre o conteúdo deste direito. Na sua visão de ciência jurídica, não caberia ao cientista do direito ditar instruções sobre como fazer boas leis nem como se podem tomar boas decisões. Kelsen limita a tarefa da ciência com base no modelo das ciências naturais, defendendo que sua tarefa consiste tão somente na elaboração de modelos descritivos<sup>59</sup>. Como bem explica Rocha, para Kelsen “uma coisa é o Direito, outra bem distinta é a ciência do Direito. O Direito é a linguagem-objeto, a ciência do Direito a metalinguagem: dois planos distintos e incomunicáveis”<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 76.

<sup>58</sup> WALTER, Robert. **La estructura del orden jurídico**. Disertación jurídico-teórica baseada en la teoría pura del derecho. Bogotá: Temis, 1984, p. 08.

<sup>59</sup> Conforme anotou Warat: “a Ciência do Direito deve apenas pretender construir um conhecimento que tente responder às questões do ‘que é’ e ‘como é’ o Direito, sem procurar explicitá-lo, transformá-lo, justificá-lo, nem o desqualificar a partir de pontos de vista que lhe são alheios. Esta é a exigência metodológica fundamental que nos define o sentido da idéia de pureza”. In: WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983, p. 27.

<sup>60</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2ª edição. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 72.

Kelsen pode ser mais precisamente descrito como *falibilista* em termos de teoria do conhecimento e como *relativista* em termos de teoria dos valores. Se por um lado, Kelsen não é um homem da transcendência, da fé ou do absoluto, por outro lado, certamente era um homem de ciência. Acreditava numa ciência do direito rigorosamente limitada, porém capaz de afirmar determinadas posições como verdadeiras. O relativismo ao qual Kelsen se filia não nega a possibilidade do conhecimento universalmente válido, mas sim a possibilidade de tal conhecimento no tocante ao tema dos valores, uma vez que estes se encontram dominados pela subjetividade pessoal e pelas emoções. Temos um relativismo aplicado a um campo restrito da vida humana: mais propriamente, à impossibilidade de encontrar valores morais absolutos ou de adotar um sistema moral como válido universalmente.

### 2.3 SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E A MORAL

O aspecto mais característico da *Teoria Pura do Direito* consiste na chamada tese da separação entre o direito e a moral. Tal tese é sustentada pelas escolhas epistemológicas feitas por Kelsen e se encontra muito bem expressa na seguinte passagem: “La consecuencia esencial del positivismo jurídico consiste en la separación del derecho y de la moral, así como también de esa parte de la moral a la que se da nombre de derecho natural”<sup>61</sup>.

Inicialmente, cumpre destacar que a *tese da separação* não implica numa afirmação de que o direito nada tem a ver com a moral. Ou seja, não se nega valor às reflexões morais acerca do direito e nem mesmo se nega que o próprio direito possui em sua gênese influência das concepções morais vigentes historicamente, podendo ser expressão das “concepções morais de um determinado grupo, especialmente do grupo ou camada dominante da população que lhe está submetida”<sup>62</sup>. O que se rechaça, como bem frisou Kelsen, é unicamente aquela concepção segundo a qual o direito, considerado em si mesmo, é uma parte da moral ou um fenômeno ético<sup>63</sup>. O que Kelsen propõe é, portanto, a autonomia do direito com relação à moral, fenômeno que Luhmann explica com base em sua tese sociológica da diferenciação funcional.

---

<sup>61</sup> KELSEN, Hans. *¿Que es el positivismo jurídico?* In: Revista Mexicana, p. 140.

<sup>62</sup> KELSEN, 1998, p. 77.

<sup>63</sup> KELSEN, Hans. *El método y los conceptos fundamentales de La Teoría Pura Del Derecho*. Tradução do alemão por Luis Legaz y Lacambra. Madri: Reus, 2009, p. 31.

A tese da separação também pode ser traduzida, como o faz Hoerster, como *tese da neutralidade*, ou seja, como exigência de que o conceito de direito seja definido através de critérios puramente formais, neutros, portanto, com relação ao seu conteúdo. Para Kelsen, tanto os ordenamentos existentes na União Soviética de Stálin quanto na Alemanha de Hitler deveriam ser tidos como direito válido, ou seja, constituíam objeto de estudo de uma ciência jurídica no estrito sentido dado pelo pensamento kelseniano. A tese da neutralidade, característica do positivismo jurídico, redundava, deste modo, numa “*estricta separación entre la atribución de la validez jurídica y la formalización de valoraciones ético-normativas*”<sup>64</sup>. Ou como posto pelo próprio Kelsen: “a exigência de separar o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que a validade das normas jurídicas positivas não depende do fato de corresponderem à ordem moral”<sup>65</sup>.

Em direção contrária, observo que a implicação mais evidente da tese jusnaturalista da coincidência necessária entre o direito e a moral é a de que a justiça deve ser entendida como um valor absoluto, o que se choca com o pluralismo de sistemas morais existentes nas sociedades modernas (e complexas). Kelsen sublinha que quando alguém postula a tese da coincidência necessária entre o direito e a moral deixa de tomar em consideração “que existen diferentes sistemas morales y, consecuentemente, diversos ideales de justicia, en conflicto los unos con los otros, como es el caso de los ideales del capitalismo liberal y del socialismo”<sup>66</sup>. Ou seja, nas sociedades marcadas pelo fato do pluralismo, como eleger um critério de justiça extra-positivo capaz de servir como regra de reconhecimento para a validade do direito positivo? O caráter ideológico desta tese, que proclama a indistinção entre o direito positivo e a justiça, é atacado pelo teórico da Teoria Pura do Direito, que vê em tais afirmações uma compreensão débil acerca do papel da ciência (ou até mesmo de uma concepção insuficiente do que seja a própria ciência).

Para Kelsen, a questão moral permanece como inafastável, mas diz respeito antes de tudo ao indivíduo (ao cidadão, como queiram), e não ao cientista. Ao contrário do que possa parecer, se a questão moral pudesse ser resolvida em bases científicas, então temos a porta aberta para o totalitarismo. Kelsen sempre acusado pelo seu cientificismo, procura criar aqui

---

<sup>64</sup> HOERSTER, Norbert. **En defensa del positivismo jurídico**. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 12.

<sup>65</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 77.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 141.



uma esfera de proteção para os valores, livre das pretensões científicas. Ao passo em que confia na ciência, Kelsen demonstra desconfiança na capacidade desta em determinar que valores devemos seguir. Na sua teoria da democracia há um limite claro para as pretensões da maioria: tal limite é justamente a proteção do indivíduo, que constitui a minoria mais extremada<sup>67</sup>. No indivíduo encontramos a chave da questão dos valores na democracia: a responsabilidade e a resistência moral dos indivíduos constituem os únicos diques de contenção contra os totalitarismos. Só o indivíduo e “sua capacidade de autonomia moral” pode-nos por em guarda contra o totalitarismo. Kelsen sublinhou que “en la vida sobre todo importa el carácter moral del hombre”<sup>68</sup>. E em outra ocasião:

A circunstância de que esse relativismo nos “deixa em apuros” significa que ele nos obriga a tomar consciência de que a decisão da questão nos pertence, porque a decisão de saber o que é justo e o que é injusto depende da escolha da norma de justiça que nós tomamos para base do nosso juízo de valor e, por isso, pode receber respostas muito diversas; significa que esta opção pode ser feita por nós próprios, por cada um de nós, que nenhum outro – nem Deus, nem a natureza, nem ainda a razão como autoridade objectiva – a pode fazer por nós. É este o verdadeiro sentido da autonomia moral<sup>69</sup>.

Como muito bem anotou Kurt Bayer, a separação entre o direito e a moral também serve para “agudizar la mirada hacia el derecho inmoral, esto es, hacia el derecho malo, carente de valor, y no para enturbiar la mirada”<sup>70</sup>.

Devo recordar que Kelsen, na mesma linha de Ihering, põe como destinatários da norma não os cidadãos encarregados de observar os seus comandos, mas sim os indivíduos e órgãos encarregados da sua aplicação. A norma é dirigida ao magistrado, que deve então

---

<sup>67</sup> Kelsen sabia o que significava a palavra minoria. Segundo Losano, Kelsen pertencia a “uma dupla minoria de quem era de religião hebréia numa monarquia católica e de quem era de língua alemã numa nação checa. Em sua família somente sua mãe falava checo.” LOSANO, Mario. Hans Kelsen: uma biografia cultural mínima. 2006, p. 114.

<sup>68</sup> WALTER, Robert. Kelsen, **la Teoría Pura del Derecho y el Problema de la Justicia**. Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 21.

<sup>69</sup> KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Coimbra, 1963, p. 168.

<sup>70</sup> BAYER, Kurt. G. Hans Kelsen. Vida y obra. In: **Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM** – Universidad Nacional Autónoma de México. Tomo LV, n. 245, 2005, p. 241. Bayer prossegue: “Si se concibe al derecho desde un punto de vista completamente neutral, como un orden de coacción efectiva, la moral individual autónoma puede servir como potencial de crítica y de reflexión de las reglas heterónomas de conducta. Si se encuadra la doctrina de Kelsen como una forma de nihilismo valorativo, se confunde el negar los valores absolutos con la tesis de la indemostrabilidad científica de los juicios de valor de carácter ético. La conexión de teoría positiva del derecho y doctrina positiva del valor, característica de la teoría pura del derecho, la hacen inmune contra la mera afirmación y legitimación de los sistemas de poder existentes”.

aplicá-la<sup>71</sup>. Conforme demonstrarei no capítulo referente à teoria da interpretação de Kelsen, os primeiros (cidadãos) fazem uma interpretação não-autêntica da norma, enquanto que os segundos (indivíduos e órgãos encarregados da sua aplicação) é que fazem uma interpretação que pode ser tida como autêntica. A consequência é que a questão da obediência à norma sofre um deslocamento compatível com a visão de Kelsen, na sua sistemática normativista, sobre o fundamento puramente formal de validade das normas jurídicas. Bobbio parece não estar totalmente consciente do que está em jogo quando sustenta que os destinatários das normas são os cidadãos, talvez por acreditar que os modernos ordenamentos democráticos estavam se tornando premiais ao invés de captores, ou seja, a juridicidade da norma decorre do fato de pertencer a um sistema jurídico e não da sanção<sup>72</sup>.

Defendendo Kelsen (e também Austin) das acusações habituais contra os positivistas (de abrirem caminho para um direito imoral), Hart escreveu uma passagem famosa pela fórmula com que sintetiza sua posição:

O que estes pensadores estavam essencialmente preocupados em promover era a clareza e a honestidade na formulação das questões teóricas e morais suscitadas pela existência de leis concretas que eram moralmente iníquas mas foram legisladas de forma devida, claras no seu sentido, e satisfizeram todos os critérios reconhecidos de validade de um sistema. A sua visão foi a de que, ao pensar em tais leis, quer o jurista teórico, quer os infelizes funcionários ou o cidadão privado que foram chamados a aplicá-las ou a obedecer-lhes, só podiam ser confundidos por um convite de recusa do título de “direito” ou de “validade” relativamente a elas. Pensaram que, para encarar tais problemas, existiam recursos mais simples e cândidos, que iluminariam muito melhor todas as considerações intelectuais e morais relevantes: devíamos dizer: “isto é direito; mas é demasiado iníquo para poder ser aplicado ou obedecido”<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> Luhmann, por sua vez, entende que um certo grau de indiferença por parte dos destinatários das normas, serve como mecanismo de legitimação do sistema legislativo. Como explica Adeodato: “Uma preocupação generalizada no sentido de observar e fiscalizar o processo legislativo pode levar a estágios críticos e, inclusive, ser fatal para o sistema; numa analogia com o procedimento judicial, seria como se todas as decepções sofridas (expectativas jurídicas desiludidas) fossem levadas a juízo para decisão, hipertrofiando a capacidade de absorção do judiciário”. In: ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 71.

<sup>72</sup> Com base na passagem do Estado Liberal para o Estado Social (Welfare State), Bobbio argumentou que no quadro contemporâneo, o sistema normativo não se exprime unicamente sob a forma de regra punitiva, mas sim através de técnicas premiais, sendo que a técnica tradicional de intimidação estaria cedendo lugar às técnicas positivas da estimulação. O direito moderno deveria tornar-se paulatinamente um direito promovedor. A própria crise do Estado de Bem-Estar Social e o surgimento de teorias e práticas de direito penal máximo colocaram em questão a visão de Bobbio sobre o problema.

<sup>73</sup> HART. **O conceito de justiça**, p. 223-224. (grifei)

Comentando a fórmula hartiana “isto é direito; mas é demasiado iníquo para poder ser aplicado ou obedecido”, Saavedra López escreveu que com “estas palabras el positivismo jurídico parece quedar reconciliado con las pretensiones éticas del humanismo”<sup>74</sup> ante às atrocidades cometidas com os instrumentos do direito, especialmente nos países que viveram experiências totalitárias. Sendo assim,

El derecho injusto no es derecho nulo. Pero que el derecho exista y sea válido no implica que se le deba obediencia, moralmente hablando. El derecho obliga, jurídicamente hablando, porque cumple los requisitos establecidos en la norma a la que debe su existencia, y en último término, obliga porque cumple los requisitos establecidos en la norma de reconocimiento, una norma soberana sobre cuya razón de validez es absurdo preguntar porque, desde un punto de vista teórico o intelectual, no hay más remedio que verla como un hecho incontestable. Y, por otro lado, el derecho obliga, moralmente hablando, si cumple las exigencias morales que la persona moral, la persona que pone en juego su capacidad de enjuiciamiento moral, estima suficientes para destinarle obediencia. Al César lo que es de del César, y a Dios lo que es de Dios<sup>75</sup>.

O problema da obediência à lei injusta, em Kelsen, é equacionado do seguinte modo: o indivíduo, com base nos seus valores morais, deve desobedecer à lei caso a considere injusta e espúria. Obviamente, tal resistência, que repousa em última análise no indivíduo, também deve ser conduzida através de instrumentos coletivos como sindicatos, associações, partidos, que nada mais são do que formas pelas quais os indivíduos se unem na busca de interesses comuns. O fato de um ordenamento ser considerado como objeto válido para a ciência do direito, por possuir as características formais de uma ordem legal, não significa que este ordenamento deva ser obedecido, o que fica bastante claro na atitude de Kelsen face ao totalitarismo, conforme apresento a seguir.

## 2.4 KELSEN CONTRA O TOTALITARISMO

Não deixa de ser irônico que a teoria kelseniana do Estado tenha sido vista como uma teoria totalitária, quando sua intenção original consistiu justamente no ataque àqueles que buscavam dar ao fenômeno estatal uma justificativa quase mística, e assim, permitir a estatólatria típica dos totalitarismos (de direita ou de esquerda). Representativo típico deste corrente que denuncia Kelsen como aliado teórico do totalitarismo é Giorgio Pallieri. Para

---

<sup>74</sup> LÓPEZ, Modesto Saavedra. **Las opiniones de H. L. A. Hart sobre el derecho injusto**. In: RAMOS PASCUA, J. A. e RODILLA GONZÁLEZ, M. A. (organizadores). *El positivismo jurídico a examen*. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 255.

<sup>75</sup> LÓPEZ, op. cit., p. 256.

este há ainda o agravante de Kelsen pensar "no universal reconhecimento de um único ordenamento positivo, que abarcasse a humanidade inteira", com isto, eliminada a pluralidade de fato existente entre os Estados, retirando o único dique de contenção contra o totalitarismo<sup>76</sup>.

As acusações de servir ao totalitarismo continuam até hoje, numa prova de incompreensão do pensamento kelseniano. Um exemplo típico desta linha de argumentação redutora posso encontrar em Konder Comparato. Argumentando sobre o positivismo, Comparato escreve que a partir dele podemos compreender que a “vida jurídica dispensa completamente, portanto, o juízo ético. Toda ordem jurídica, pelo simples fato de existir e funcionar segundo uma regularidade interna, é necessariamente justa”<sup>77</sup>. Na página seguinte continua: “é inegável que os positivistas do direito contribuíram, decisivamente, para o surgimento, no século XX, de um dos piores monstros que a humanidade jamais conheceu em toda a sua longa história: o Estado totalitário”. E finalmente, algumas páginas adiante, conclui:

Mas, paralelamente à difusão das ideias marxistas e do movimento socialista, a escola positivista retornou por inteiro o relativismo ético de Hobbes, ao sustentar que o direito não deve ser confundido com a moral, menos ainda com a religião, e que toda norma jurídica, uma vez editada pela autoridade competente e por meio de um processo regular, deve ser tida como lídima expressão de justiça. O positivismo jurídico, como foi salientado, pela sua recusa definitiva em fundar o direito numa autoridade superior ao Estado, preparou de certa forma o caminho para a explosão da experiência totalitária no século XX<sup>78</sup>.

Ocorre que Kelsen, ou qualquer outro pensador de matriz positivista de algum renome (Hart, por exemplo), nunca afirmou que um ordenamento jurídico qualquer, pelo simples fato de ser imposto por uma autoridade estatal e gozando de um mínimo de eficácia, deva ser considerado como justo (tese do legalismo)<sup>79</sup>. Muito menos é possível encontrar na obra de

<sup>76</sup> Ver PALLIERI, Giorgio Balladore. **A doutrina do Estado**. I v. Tradução de Fernando de Miranda. Lisboa: Coimbra Editora, 1969, p. 113.

<sup>77</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, Direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 362.

<sup>78</sup> Ibid. 444-445.

<sup>79</sup> Ver a respeito: HOERSTER, Norbert. **En defensa del positivismo jurídico**. 2000. Hoerster vê na questão uma confusão de ordem linguística: o fato de que determinadas leis racistas dos nazistas – que com boas razões sejam qualificadas como “injustas” (*Unrecht*) não exclui de modo algum que, seguindo aos juspositivistas, se designe a estas mesmas leis como “derecho” (*Recht*). O conceito oposto a *Recht* não é necessariamente *Unrecht* mas sim *Nicht-Recht* (não-direito). Isto significa que uma norma não pode ser ao mesmo tempo direito (*Recht*) e não-direito (*Nicht-Recht*) mas sim direito (*Recht*) e injusta (*Unrecht*). O fato de que determinada norma seja –

Kelsen ou de qualquer outro positivista a afirmação de que o direito vigente, qualquer que seja, deva ser obedecido.

Após a Segunda Guerra Mundial, Radbruch, assim como inúmeros alemães perplexos com os horrores do nazismo, irá levantar a tese de que entre as causas do sucesso nazista estava a crença cega na obediência à lei, fomentada pelo positivismo. Todavia, o argumento é falho por duas razões. A primeira, pelo que já expus acima, de que o positivismo não defende obediência cega à lei. E em segundo lugar não é correto também do ponto de vista histórico, pois o nazismo cometeu seus crimes contrariando a lei herdada da República de Weimar. Como esclarece Dal Ri Jr.:

Nos primeiros anos de seu governo, Adolf Hitler manteve-se apegado ao formalismo jurídico, como demonstrou a promulgação em Nuremberg, em 1935, das leis raciais que se inserem, apesar dos absurdos presentes no seu conteúdo, em um marco legal pré-estabelecido. À medida que se consolida no poder, a necessidade de ater-se ao formalismo jurídico vai diminuindo. A elaboração das leis respeitará cada vez menos as formas e as fronteiras entre decreto-lei, regulamento e lei. Essa situação chegou a píncaros tais de informalidade que mesmo os juristas mais destacados da época chegaram a aceitar como juridicamente válida uma mera declaração verbal de Hitler. Ainda mais grave, cada vez menos a legislação era submetida à necessidade de publicação em diário oficial. Das 650 ordenanças, decretos ou diretivas emanadas por Hitler de 1939 até 1945, 404 destas nunca foram publicadas. Um exemplo particularmente grave foi a ordem que autorizou a aplicação da eutanásia para exterminar os doentes mentais: os protestos frente a esta prática deram lugar a múltiplas demandas judiciais, o que obrigou o Ministério da Justiça a informar aos juízes da existência de uma ordem secreta mediante a qual o *Führer* autorizava o citado procedimento, convertendo-o em norma jurídica e legal para os juízes<sup>80</sup>.

Sendo assim, a afirmação de Radbruch em seus “Cinco minutos de filosofia do direito” de que o positivismo, ao defender a que a “lei vale porque é lei” deixou os juristas e o povo inertes frente às leis mais cruéis e criminosas<sup>81</sup>, não pode ser aceita como correta, pois não leva em conta as cuidadosas formulações de Kelsen acerca do problema das relações entre moral e direito.

---

falando moralmente – “injusta” não elimina seu caráter jurídico. Mas nenhum juspositivista moderno e ilustrado sustenta, no sentido da tese do legalismo, que todo direito injusto, pelo mero fato de haver sido sancionado pelo Estado sob a forma de lei e ser direito vigente, merece ser obedecido por seus destinatários.

<sup>80</sup> DAL RI JR., Arno. **O Estado e seus inimigos**. A repressão política na história do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 248.

<sup>81</sup> RADBRUCH, Gustav. **Relativismo y Derecho**. Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: Temis, 1999, p. 71.

Para Kelsen, como para Hart, *não há uma coincidência necessária entre direito e moral*, uma vez que direito e moral constituem dois sistemas normativos diversos (tese da separação).<sup>82</sup> Como a norma jurídica (que pode ser a lei, uma sentença ou um contrato ou qualquer ato que seja reconhecido como jurídico pelo ordenamento) é posta por um ato de vontade (e não um ato de conhecimento de um cientista do direito, que apenas descreve, através de proposições, a norma positiva), resulta que a mesma recebe as mais variadas influências na sua formação. Influências morais, políticas, econômicas, ideológicas etc. Como o direito não é puro (Kelsen propõe um método puro, mas jamais afirmou a pureza do direito<sup>83</sup>), obviamente, ele é fruto das concepções vigentes numa determinada sociedade e espelha todas as suas contradições e conflitos.

Dizer que o direito e a moral são necessariamente coincidentes equivaleria dizer que um determinado ordenamento é justo, o que somente será possível caso tenhamos uma visão de uma determinada concepção de justiça como absoluta. Aqui, precisamente, podemos ver a função ideológica legitimadora do poder: acreditar (ou fazer os governados acreditarem) que o poder (o Estado) em questão representa a encarnação de um ideal absoluto de justiça. Os Estados totalitários são precisamente assim: querem fazer crer que encarnam um ideal único e absoluto de justiça. Tais Estados, como os do totalitarismo de esquerda, dizem se apoiar numa concepção de mundo baseada na ciência, o “socialismo científico”.

Kelsen, especialmente em sua primeira fase, esteve bastante ligado à social-democracia austríaca<sup>84</sup>. Eduard Bernstein, um dos principais teóricos da social-democracia alemã e principal teórico do *revisionismo* da chamada II Internacional, insurgiu-se contra a ideia de que o socialismo fosse uma ciência derivada de um conhecimento das leis da sociedade através do materialismo histórico. Para ele o socialismo era um ideal moral, que

---

<sup>82</sup> Como bem explica Suárez Villegas: “Por tanto, un positivista no negaría que el Derecho esté conectado a la moral, que no es más que un instrumento de coordinación para conseguir unos propósitos y unas prácticas que dependen de la concepción de cada comunidad. Lo que un positivista niega es que haya una relación necesaria entre Derecho y la moral en sentido objetivo. El derecho es lo que es y no lo que debería ser, por lo que tiene que haber un corte necesario entre los requerimientos de la moralidad (difícil de precisar y susceptible de controversia), y las exigencias normativas del Derecho que tiene una fuerza invariable”. In: VILLEGAS, Juan Carlos Suárez. **¿Hay obligación moral de obedecer al derecho?** Madri: Tecnos, 1996, p. 31.

<sup>83</sup> Warat identifica cinco níveis de purificação na Teoria Pura do Direito: a) purificação política e ideológica; b) purificação anti-jusnaturalista; c) purificação anti-naturalista ou anti-causalista; d) purificação intra-normativa; e e) purificação monista ou anti-dualista. Cf. WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983, capítulos II, III, IV, V e VI.

<sup>84</sup> Cf. HERRERA, Carlos Miguel. **Kelsen y el socialismo reformista**, 1997.

poderia ser aceito ou não pela sociedade<sup>85</sup>. Temos então uma variante do socialismo que não compartilha com o absolutismo no plano dos valores.

Não sendo a moral e o direito necessariamente coincidentes, cabe à moral fazer a crítica do direito a partir dos seus pressupostos. Tal crítica é, para Kelsen, necessária. Em seus textos políticos, Kelsen criticou o totalitarismo a partir das suas concepções morais. Basta ler “Socialismo e Estado” e a “Teoria Comunista do Direito” para ver suas críticas contundentes ao totalitarismo de matriz esquerdista. Em outros textos, como “Essência e valor da democracia” e “Quem deve ser o guardião da Constituição?”, critica o totalitarismo de feição direitista (nacionalista). Kelsen adverte que quem tenta elaborar a crítica do direito tão somente a partir da moral (ou da ciência política) não está fazendo ciência jurídica – está defendendo posições políticas e morais, operando assim de forma ideológica.

Essa acusação acerca da motivação ideológica do pensamento jurídico tradicional formulada por Kelsen vale tanto para as doutrinas totalitárias quanto para o pensamento jurídico formulado pelo direito natural conservador, preocupado com a justificação do direito existente, e também para a teoria do direito natural revolucionário, que sempre perseguiu o objetivo oposto de deslegitimar o direito vigente, por se achar este em contradição com a ordem ideal pressuposta. Na visão de Kelsen, tais tendências ideológicas, cujos propósitos ou conseqüências políticas são evidentes, dominam a ciência do direito, inclusive depois da sua aparente superação do jusnaturalismo. Tratar-se ia de um direito natural desencantado ou secularizado, cujos valores, mesmo após o declínio da doutrina, permanecem enraizados no senso comum teórico dos juristas. O jusnaturalismo seria, desta forma, uma espécie de religião laica do direito, que habita o terreno das crenças e também da prática judiciária, mesmo tendo o aparato judiciário do Estado moderno se constituído numa indústria capaz de gerenciar centenas de milhares ou milhões de demandas anuais.

O projeto teórico contido na *Teoria Pura do Direito* irá apresentar-se, em seus múltiplos momentos, como uma recusa a toda legitimação (ou deslegitimação) do poder através de um discurso jurídico com pretensões científicas. Só assim posso entender o objetivo kelseniano de buscar uma exposição do direito tal como é, sem legitimá-lo por sua justiça nem desqualificá-lo por sua injustiça. Neste sentido, afirma Kelsen, trata-se de uma

---

<sup>85</sup> BERNSTEIN, Eduard. **Socialismo Evolucionário**. Tradução de Manuel Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar: Instituto Teotônio Vilela, 1997.

teoria radicalmente realista e por isto se opõe, em particular, "a ponerse al servicio de, cualesquiera intereses políticos, suministrándoles la ideología con arreglo a la cual pudierase legitimar o descalificar el orden social existente"<sup>86</sup>. Sim, pois como observou Warat, para Kelsen o jusnaturalismo constitui "uma doutrina sobre a ação política dos juristas"<sup>87</sup>. O esforço anti-ideológico da Teoria Pura do Direito denuncia os falsos dualismos das teorias jurídicas tradicionais, a antropomorfização da noção de pessoa jurídica, bem como sua teoria da interpretação voltada para a obtenção de respostas unívocas. Kelsen crítica ainda a teoria das lacunas do direito como um mecanismo tendente a ocultar o poder dos juízes.

Como fica claro, por exemplo, na posição de Kelsen acerca do direito subjetivo. Contrariando a noção difundida pela dogmática de influência jusnaturalista, Kelsen recusa a ideia de que o direito subjetivo preceda ao próprio direito positivo. Nas várias acepções com que Kelsen trabalha a ideia de direito subjetivo ao longo de seus livros (como faculdade conferida ao indivíduo, como reflexo do dever jurídico, no seu sentido técnico, como permissão positiva da autoridade, como direito político ou como garantia constitucional), este existe somente em decorrência do ordenamento positivo estabelecido e nunca como um conjunto de direitos já existentes e reconhecidos *a posteriori* pelo poder público<sup>88</sup>.

## 2.5 RELATIVISMO E DEMOCRACIA

Para Kelsen, a justificação da democracia passa pela aceitação do relativismo ético. A democracia seria a ordem correspondente a uma visão relativista de mundo. Pessoalmente, Kelsen considerava a liberdade como valor supremo, e apresentava a democracia como o método capaz de assegurar a defesa de tal valor no limite da sua compatibilidade com a existência de uma ordem social.

Com base na ideia de autonomia, ou seja, na possibilidade de elaboração das próprias

<sup>86</sup> KELSEN, Hans. **El método y los conceptos fundamentales de La Teoría Pura Del Derecho**, p. 34.

<sup>87</sup> WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983, p. 28.

<sup>88</sup> Como explica Kelsen: "Ao direito subjetivo de alguém, que apenas é o reflexo do dever jurídico de outrem, se refere a definição, muitas vezes encontrada na jurisprudência tradicional, segundo a qual o direito subjetivo determinado como interesse juridicamente protegido. Nesta definição se exprime por forma particularmente clara o dualismo característico da jurisprudência tradicional que contrapõe o direito em sentido subjetivo ao Direito em sentido objetivo. Este dualismo contém em si uma contradição insolúvel. Se o Direito em sentido objetivo é norma, ou um sistema de normas, uma ordem normativa, e o direito subjetivo é, por sua vez, algo de inteiramente diferente, a saber: interesse, o direito subjetivo e o Direito objetivo não podem ser subsumidos a um conceito genérico comum". Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 149.



leis, temos que as duas formas políticas básicas são a autocracia e a democracia. A cada uma destas formas corresponde uma visão de mundo. Os autocratas, no plano da filosofia dos valores, são partidários do absolutismo ético, enquanto os democratas se alinham entre os relativistas<sup>89</sup>.

O absolutismo, em linguagem política, designa uma forma de governo em que todo poder do Estado concentra-se nas mãos de um único indivíduo e significa uma total ausência de liberdade individual para os governados, uma vez que estes não participam da elaboração das leis. Trata-se de um modelo político incompatível com a ideia de igualdade, tendo como pressuposto uma diferença essencial entre governantes e governados. Sendo assim, o “absolutismo político é sinônimo de despotismo, ditadura, autocracia”<sup>90</sup>. Kelsen estabelece um paralelo entre absolutismo ético e autocracia, dando como exemplo a monarquia absoluta, como a França de Luís XIV com sua célebre frase *L'État c'est moi*<sup>91</sup>. A forma autocrática estaria presente também nos regimes totalitários:

Em nossa época, o absolutismo político concretiza-se nos Estados totalitários dominados pelo fascismo, pelo nacional-socialismo e pelo bolchevismo. Seu oposto é a democracia fundamentada nos princípios de liberdade e igualdade. Estes princípios excluem o estabelecimento de um poder estatal totalitário, i.e., ilimitado e, neste sentido, absoluto, o que, do ponto de vista democrático, é caracterizado pela fórmula *L'État c'est nous*<sup>92</sup>.

Deste modo, a relação entre o objeto (o absoluto) e o sujeito do conhecimento (indivíduo) seria bastante similar à relação entre o governo absoluto e os súditos de tal forma política. O poder absoluto não sofre a influência dos seus súditos do mesmo modo que o objeto do conhecimento existe de modo independente do sujeito cognoscente. O Estado é teoricamente descrito como uma entidade absoluta justificada metafisicamente, com uma vida independente da de seus súditos. Aqueles que detêm o poder são também os que possuem o

<sup>89</sup> KELSEN, Hans. **A democracia**, p. 347.

<sup>90</sup> KELSEN, Hans. **A democracia**, p. 350.

<sup>91</sup> Ao tratar do tema da *invenção democrática*, Claude Lefort também relacionou o Antigo Regime ao Estado Totalitário. Enquanto no Antigo Regime a sociedade está unificada na metáfora do *corpo político do rei*, operando uma identificação absoluta entre o social e o político na vontade do governante, no sistema totalitário novamente ocorre a unificação do social e do político como soldados num corpo único: o partido-Estado, criando a figura do *egocrata*. Uma vez que a democracia é uma invenção, uma criação livre da imaginação libertária, ela se constitui no principal ponto resistência contra os totalitarismos. O confronto se dá entre a revolução democrática e a contra-revolução totalitária. Mas ao contrário do que pensa certo liberalismo reducionista e triunfalista, a democracia não é uma invenção burguesa, pois nasceu da luta de classes e se desenvolveu através das lutas populares. A democracia moderna foi observada pela burguesia como um escândalo e como um perigo. Cf. LEFORT, Claude. **A invenção democrática. Os limites do totalitarismo**. Tradução de Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983.

<sup>92</sup> KELSEN, Hans. **A democracia**, p. 350.

acesso à verdade absoluta, inquestionável a ponto de se constituir numa doutrina oficial do Estado, dando os governantes o direito de impor a sua opinião aos outros, que estariam enganados. O engano (pois toda discordância corresponde a um erro) torna o sujeito passível de ser punido. Ocorre ainda uma deificação do Estado e uma mistificação dos seus governantes, que passam a ser venerados, em situações de “culto à personalidade”. O absolutismo filosófico resulta como uma forma de totalitarismo epistemológico.

Também ocorre um paralelismo entre democracia e relativismo. Na forma democrática a liberdade consiste em participar da elaboração da ordem social, do mesmo modo como, no plano do conhecimento, o sujeito cognoscente participa de modo autônomo da criação da ordem social. Uma vez que os juízos de valor possuem apenas uma validade relativa, posso pressupor que juízos de valor antagônicos são plenamente viáveis: a tolerância, os direitos das minorias, a liberdade de expressão e a liberdade de pensamento não têm lugar num sistema político baseado na crença em valores absolutos<sup>93</sup>. Uma vez que o relativismo constitui a base filosófica da democracia, reconhecendo que o conhecimento só dá acesso a valores relativos, a vontade somente pode ser imposta se o for pelo princípio da maioria. Mas devo ter em conta que a opinião da minoria, e não a da maioria pode ser a correta. Sendo assim, por causa desta possibilidade, a minoria deve ter o direito de expressar a sua opinião, podendo criar as oportunidades de tornar-se maioria<sup>94</sup>.

Diante da impossibilidade do acesso privilegiado ao absoluto, resta ao sistema político possibilitar a discussão, e após a discussão, o compromisso, que é a base da democracia parlamentar. Kelsen, efetivamente, faz a defesa do parlamento. Toda a luta contra a autocracia foi fundamentalmente uma luta a favor do parlamentarismo, afirma<sup>95</sup>. Não deixa de ser interessante verificar como um dos seus adversários mais ferrenhos, Carl Schmitt, atacou o parlamentarismo. Para Schmitt o essencial do parlamento residiria na discussão pública dos argumentos e contra-argumentos, que deveria buscar a verdade através da livre competição de ideias, mas não o faz:

É essencialmente o mesmo que o surgimento da verdade num conflito livre de opiniões, como a harmonia surgida naturalmente a partir de uma competição. Nisso também reside a essência intelectual dessa ideia, sua

<sup>93</sup> KELSEN, Hans. **A democracia**, p. 355.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 356.

<sup>95</sup> KELSEN, Hans. **Esencia y valor de la democracia. Forma del Estado y filosofia**. Tradução de Rafael Luengo Tapia e Luis Legaz y Lacambra. México: Coyoacán, 2005, p. 49.

relação específica com a verdade, que se torna mera função de uma eterna competição de opiniões. Relativamente à verdade, isso representa a renúncia a um resultado definitivo<sup>96</sup>.

Assim como Kelsen, Gustav Radbruch (na primeira fase do seu pensamento) também postulava uma posição relativista. Para Radbruch os preceitos morais são indemonstráveis e só podem ser objeto de crença e não de conhecimento racional. Ambos separam “ser” e “dever-ser” e assinalam que o dever-ser, a justiça ou o valor não podem ser deduzidos da realidade. Kelsen e Radbruch partem da epistemologia kantiana, segundo a qual a realidade só existe dentro dos limites do conhecimento humano<sup>97</sup>.

Para Kelsen o relativismo ético desemboca no pluralismo dos valores que é essencial para a democracia<sup>98</sup>. Ao contrário, o absolutismo filosófico, ou seja, a teoria que afirma a possibilidade de conhecer a verdade moral ou o bem absoluto, constitui o fundamento do absolutismo político. O jusnaturalismo guarda coincidência justamente com o absolutismo filosófico, pois para o direito natural existe uma autoridade, quer seja Deus ou a natureza ou qualquer outra instância, que é absoluta e independe do indivíduo.

A crítica de Kelsen à ideologia implica ainda numa defesa da democracia com um sistema de garantias que tende a retirar os véus postos pelas necessidades legitimatórias dos regimes autoritários. Enquanto a democracia possui uma afinidade eletiva com uma atitude crítico-racionalista desfavorável às ideologias, as autocracias tendem a se rodear de ideologias místico-religiosas: “La lucha en la que la democracia supera la autocracia, va dirigida em nombre de la razón crítica, contra las ideologías que apelan a las fuerzas irracionales del alma

---

<sup>96</sup> SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996, p. 35.

<sup>97</sup> Warat nos explica a posição de Kelsen: “É certo que a Ciência Jurídica produz o seu objeto. Mas, esta produção, para o positivismo jurídico, não pode ultrapassar o território gnoseológico, misturar-se com as formas de produção e aplicação do Direito, realizadas pelos diversos órgãos com autoridade jurídica. Tal visão sobre a produção do conhecimento jurídico deriva de Kant; para ele, toda ciência constitui o seu objeto, ou a produz, ao percebê-lo como uma totalidade significativa. Na teoria kantiana, os dados a que uma teoria científica se refere carecem, em seu momento pré-científico, de significação. É mediante o trabalho de sistematização da ciência que eles adquirem sentido; fala-se assim, de uma significação construída, de um objeto científico produzido”. In: WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983, p. 28.

<sup>98</sup> A visão apresentada por Kelsen acerca do pluralismo dos valores foi mais adiante compartilhada por outro vienense, Karl Popper. Para Popper, a sociedade aberta é aberta a mais valores, a mais visões de mundo, filosóficas e religiosas. Aberta a uma multiplicidade de soluções para os problemas concretos e a uma maior quantidade de crítica. Por isso, a sociedade aberta é a única compatível com a democracia. A sociedade aberta é aberta ao maior número possível de ideias e ideais diferentes. Mas com uma ressalva: a sociedade aberta deve ser fechada aos intolerantes. Cf. POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo, ed. USP, 1987. 2v.

humana”<sup>99</sup>. O autocrata busca um fundamento místico para a legitimidade do seu poder, que tanto pode ser a vontade divina ou ainda um evento histórico, como a vitória numa revolução ou numa guerra contra um povo inimigo. A valorização dos feitos heróicos do passado revolucionário compõe a mística ideológica com que as autocracias buscam fundamentar o seu domínio. O que torna fundamental negar a possibilidade de qualquer avaliação crítica sobre este passado, que passa a ser objeto da preocupação constante do autocrata no poder. Sei, por exemplo, do cuidado e da preocupação de Josef Stálin com a redação e a edição dos livros de história oficial do Partido Comunista da União Soviética, cuja elaboração ele supervisionava pessoalmente<sup>100</sup>.

Embora a democracia tenha também os seus aspectos ideológicos, que se expressam, por exemplo, na ficção da soberania popular, tal demanda por legitimação não se apresenta como nas autocracias totalitárias, dependentes não somente da apatia dos seus súditos, mas até mesmo do engajamento dos mesmos na defesa da verdade oficial do regime.

As autocracias tendem a ocultar, servindo-se para isto da inexistência de controles e de publicidade, enquanto que as democracias tendem para a transparência, servindo-se do respeito à legalidade e à valorização da segurança jurídica como garantia perante o poder, tema de nítido corte liberal. A segurança jurídica surge da previsibilidade relativa das decisões jurídicas, somente possível partindo do princípio de que o único direito aplicável é o contido das leis positivas, o que permite a qualquer sujeito submetido ao direito prever, de forma mais ou menos completa, as conseqüências jurídicas de sua conduta. Tal segurança jurídica, entendida como determinabilidade do direito, somente existe de forma relativa, pois conforme procurarei demonstrar de forma extensa no capítulo subsequente acerca da interpretação judicial, para Kelsen “siempre debe existir en los órganos de aplicación del derecho un arbitrio más o menos libre”, além do que, “el lenguaje humano impreso em la norma general casi siempre permite diversas interpretaciones”<sup>101</sup>.

Dentro da crítica feita à ideologização do direito feita por Kelsen ocupa um lugar especial o seu combate ao marxismo, tema recorrente de seus escritos. Kelsen argumenta que

---

<sup>99</sup> KELSEN, 2005, p. 150.

<sup>100</sup> Ver a respeito: KING, David. **The Commissar Vanishes: The Falsification of Photographs & Art in Stalin's Russia**. Nova York: Metropolitan Books, 1997 e ainda: DEUTSCHER, Isaac. **Stálin. Uma biografia política**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

<sup>101</sup> KELSEN, ¿**Que es el positivismo jurídico?** p. 142.

a descrição que o marxismo faz do direito resulta ideológica por sustentar que o direito é uma relação social de natureza econômica que vincula a exploração dos dominados pelas classes dominantes, efetuando assim uma redução das proposições jurídicas a enunciados sobre fatos reais.

Radbruch também sublinha a vinculação entre relativismo e democracia:

Com efeito, o relativismo é o pressuposto intelectual da democracia: esta se recusa a uma identificação com determinada concepção política; está sempre disposta a deixar a condução do Estado a toda concepção política que alcance a maioria, já que desconhece um critério único para a exatidão das visões políticas, e não admite a possibilidade de um que se coloque acima dos partidos. O relativismo, com sua doutrina de que nenhuma concepção política é demonstrável nem refutável, está apto a impugnar a tendência de sermos os detentores da justiça, comum nas lutas políticas, e que vê no opositor somente tolice ou maldade: se nenhuma concepção partidária é demonstrável, então qualquer uma pode ser combatida do ponto de vista da que se lhe opõe; por conseguinte, se nenhuma é refutável, todas devem ser igualmente respeitadas também do ponto de vista da opositora. Desse modo, o relativismo nos ensina a sermos decididos em relação à própria posição e justos para com a alheia<sup>102</sup>.

Não por outra razão o tema do laicismo é tão importante para uma democracia. Uma sociedade teocrática e democrática ao mesmo tempo constitui uma impossibilidade evidente.

Todavia, democracia e relativismo são realmente termos complementares? Ou seja: a democracia precisa necessariamente amparar-se numa concepção relativista de mundo? Antes de respondermos a tal questionamento devo averiguar, a título de exemplo, as posições de dois clássicos da filosofia política: John Stuart Mill e Thomas Hobbes.

Para Stuart Mill era possível estabelecer critérios capazes de determinar a bondade ou a maldade, de fins ou objetos de desejo. Tal critério poderia ser fundamento, mas não diretamente provado. Trata-se do critério utilitarista, que preconiza a justiça como a busca da felicidade do maior número possível de pessoas. Mill considerava possível fundamentar tal critério levando em conta que os homens desejam antes de tudo a sua própria felicidade. Para o filósofo inglês a aceitação do critério utilitarista de maior quantidade total de felicidade resulta compatível com a consideração de que alguns prazeres são mais desejáveis e valiosos que outros. Os prazeres mais elevados seriam os que derivam do cultivo e desenvolvimento

---

<sup>102</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, 2004, p. 2-3.

da inteligência, da sensibilidade, da imaginação e dos sentimentos e atitudes de benevolência e simpatia para com os semelhantes. Em seu livro sobre o “Utilitarismo”, Mill irá pontuar que as ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade, erradas na medida em que tendem a promover o reverso da felicidade. E ainda que o prazer e ausência de dor, dizia ele, são as únicas coisas desejáveis como fins, e todas as coisas desejáveis são desejáveis seja pelo prazer inerente a elas, seja como meio de promoção do prazer e prevenção da dor. Numa passagem significativa, Mill irá afirmar:

A doutrina que aceita a Utilidade ou o Princípio da Maior Felicidade como o fundamento da moral, sustenta que as ações estão certas na medida em que elas tendem a promover a felicidade e erradas quando tendem a produzir o contrário da felicidade. Por felicidade entende-se prazer e ausência de dor, por infelicidade, dor e privação de prazer<sup>103</sup>.

Mantendo sua afirmação de que a felicidade é o único fim desejável, Mill imagina seus elementos constituintes refletindo sua própria escala de valores. Importante nessa escala é o ideal grego de autodesenvolvimento, espontaneidade, cultivo mental e a importância de os homens “sempre se estimularem uns aos outros no exercício crescente de suas faculdades superiores”<sup>104</sup>.

Constatando que Mill postulava uma atitude firmemente não-relativista, posso me perguntar: qual a forma de governo que julgava desejável? Certamente, a democracia. Aliás, ninguém influenciou mais, com exceção de John Locke, o desenvolvimento da democracia no mundo anglo-saxão que o próprio Stuart Mill. Para este, o melhor governo era aquele capaz de investir em soberania a massa reunida em comunidade. Tal forma de governo está apta a produzir mais felicidade para os governados, pois contribui para o fomento do bem estar material e da prosperidade geral e ainda por permitir o desenvolvimento das capacidades humanas e assim melhorar o caráter nacional. Uma maior participação política dos governados nos assuntos comuns traz como consequência uma maior prosperidade. Para Stuart Mill a liberdade era um fim em si mesmo, e sua ideia de felicidade se identifica com a liberdade de escolha.

---

<sup>103</sup> MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. Tradução e introdução de Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras, 2000, p. 30.

<sup>104</sup> MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Rio de Janeiro: Globo, 1965, p. 137.

Tenho assim um teórico não-relativista, a quem não caberia o rótulo de ‘absolutista’, que compatibiliza uma posição de firme escolha de critérios com a defesa de um governo democrático. Mill concordaria que não é preciso ser relativista para defender a democracia.

Considero em seguida Thomas Hobbes. O autor do “Leviatã”, ao contrário de Stuart Mill, defendia uma atitude filosófica rigorosamente relativista. Para Hobbes os juízos de valor nada mais são que manifestações de agrado ou desagrado de quem as formula. São meras preferências subjetivas não suscetíveis de uma fundamentação racional. Como argumenta o próprio Hobbes: “Assim são os nomes de virtudes e vícios, pois um homem chama sabedoria àquilo que outro homem chama temor, crueldade o que para outro é justiça, prodigalidade o que para outro é magnanimidade, gravidade o que para outro é estupidez, etc.”<sup>105</sup>. Ocorre que Hobbes é o teórico da obediência, da submissão do súdito ao poder absoluto, como forma de assegurar o valor maior da ordem e da paz<sup>106</sup>. Como lembra Juan Ruiz Manero, Hobbes identifica legalidade e justiça de forma lapidar<sup>107</sup>, como posso extrair da seguinte citação:

Considerado isto, defino a lei civil da seguinte maneira: A lei civil é, para todo súdito, constituída por aquelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente de sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal; isto é, do que é contrário ou não é contrário à regra. Definição onde não há nada que não seja evidente à primeira vista. Pois não há ninguém que não veja que algumas leis são dirigidas a todos os súditos em geral, algumas só a determinadas províncias, outras a determinadas ocupações e outras a determinadas pessoas, sendo portanto leis para aqueles a quem a ordem é dirigida, e para ninguém mais. E também que as leis são as regras do justo e do injusto, não havendo nada que seja considerado injusto e não seja contrária a alguma lei. E igualmente que ninguém pode fazer leis a não ser o Estado, pois nossa sujeição é unicamente para com o Estado; e que as ordens devem ser expressas por sinais suficientes, pois de outro modo ninguém saberia como obedecer-lhes. Portanto, tudo o que possa ser deduzido desta definição como consequência necessária deve ser reconhecido como verdadeiro<sup>108</sup>.

<sup>105</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. Organizado por Richard Tuck. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 38.

<sup>106</sup> Para Hobbes, a obediência estava a serviço da paz: “Não há dúvida de que o problema que move o pensamento de Hobbes não é tanto o da restauração monárquica quanto o restabelecimento da paz; e de que, portanto, sua finalidade era assegurar a obediência a quem quer que se tenha apoderado do poder de modo estável e, por isso mesmo, tivesse sido capaz de garantir a conservação da paz”. Cf. BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 182. Sobre o tema é recomendável consultar ainda POGREBINSCHI, Thamy. **O problema da obediência em Thomas Hobbes**. Bauru: EDUSC, 2003.

<sup>107</sup> MANERO, Juan Ruiz. Presentación: Teoría de la democracia y crítica del marxismo en Kelsen. In: KELSEN, Hans. **Escritos sobre la democracia y el socialismo**, p. 24.

<sup>108</sup> HOBBS, 2003, p. 226.

Com os dois exemplos acima posso verificar que não existe uma correspondência necessária entre o relativismo e a democracia. Um sistema político pode ser autoritário e alicerçado sobre uma concepção relativista dos valores. Por outro lado, uma democracia pode se sustentar com base na determinação de valores essenciais, como aqueles que dizem respeito às liberdades essenciais. Na sua reflexão sobre o futuro da democracia, Bobbio apresenta sua concepção acerca de uma definição mínima do sistema democrático, no qual o mesmo deve ter uma base procedimental, com a adoção da regra da maioria e com alternativas reais postas para decisão por parte dos habilitados a decidir, mas também é fundamental que os cidadãos tenham garantidos os direitos de liberdade, de opinião, reunião, associação etc. Bobbio conclui: “Seja qual for o fundamento filosófico destes direitos, eles são o pressuposto necessário para o correto funcionamento dos próprios mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam a democracia”<sup>109</sup>. Ou seja, não é possível a manutenção de um regime democrático sem que os direitos de liberdade sejam positivamente valorizados pela sociedade e pelo Estado.

Todavia, conferindo valor à tese kelseniana, posso formulá-la de outro modo. Ao observar a vida democrática marcada pelo pluralismo e a tolerância existentes nas sociedades mais avançadas, posso concluir pela existência de uma afinidade eletiva (de mútua atração) entre as concepções relativistas e as democráticas, desde que tal relativismo seja entendido de forma moderada, ou seja, desde que possa pressupor um consenso mínimo acerca da própria democracia e do seu valor, o que me parece ser a proposta de Kelsen em seu livro mais famoso sobre a democracia, tema que será retomado por Bobbio e sua definição mínima da democracia.

## 2.6 ORDENAMENTO JURÍDICO EM HANS KELSEN

A ideia de sistema ganhará novos contornos na obra de Hans Kelsen, a quem François Ost e Michel Van de Kerchove consideraram como um dos precursores (ao lado de Hart) de uma teoria do sistema jurídico e um teórico por excelência da ideia de sistema.<sup>110</sup> Joaquín

---

<sup>109</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 10ª ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 32.

<sup>110</sup> KERCHOVE, Michel Van de e OST, François. **El sistema jurídico entre orden y desorden**. Tradução de Isabel Hoyo Sierra. Madri: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1997, p. 51. Kerchove e Ost sustentam ainda tanto Kelsen como Hart não fizeram mais que desenvolver de modo consequente as teses consagradas pela dogmática alemã do século XIX (Ihering, Savigny,



Carreres adverte que no conjunto da obra kelseniana, é possível encontrar uma problemática que antecipa alguns pontos centrais da obra de Luhmann:

Concretamente, en lo relativo a la concepción kelseniana del ordenamiento jurídico puede apreciar-se un núcleo temático sumamente sugerente en relación con la teoría sistémica de Luhmann. Así, el concepto de validez como una cualidad que dispensa a lo largo de todo el conjunto normativo y en su interior (em principio), derivando de unas normas a otras, de tal manera que el ordenamiento, visto en una perspectiva descendente aparece como una sucesión de actos de producción normativa, mientras que en la dirección contraria, ascendente, aparece como una sucesión de actos de ejecución normativa, no deja de producir la imagen de un sistema cerrado y autosuficiente, capaz de producirse y reproducirse a si mismo y de ejecutarse en su próprio funcionamiento<sup>111</sup>.

Não de forma despropositada Cunha comparou o escalonamento das normas presente na Teoria Pura do Direito e sua conhecida metáfora da pirâmide normativa, com suas sucessivas deduções consoantes à trama de imputações, ao famoso *Bolero* de Ravel, onde as notas musicais engendram umas as outras, como normas produzem outras normas...<sup>112</sup>

Os traços gerais do projeto normativista contido na *Teoria Pura do Direito* foram descritos por Ricardo Guibourg através das seguintes proposições: 1) o direito é uma ordem coativa da conduta humana; 2) uma ciência empírica do direito só pode considerar as normas jurídicas positivas; 3) estas normas podem ser legisladas ou consuetudinárias; 4) a validade é o modo específico de existência das normas e se dá em quatro dimensões ou “âmbitos”; 5) a eficácia – distinta da validade – consiste na conformidade da conduta com a norma, seja mediante o cumprimento de uma obrigação ou por via da aplicação de uma sanção em caso de

---

Windscheid e outros). Também Calsamiglia sublinha esta contribuição de Kelsen: “La noción de sistema, aplicada al derecho, es una novedad importante de la teoría kelseniana”. In: CALSAMIGLIA, Albert. **Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica**. Barcelona: Ariel, 1978, p. 17.

<sup>111</sup> CARRERES, Joaquín Almuera. **Kelsen y Luhmann**. In: RAMOS PASCUA, J. A. e RODILLA GONZÁLEZ, M. A. (organizadores). *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, p. 57. Em outro texto, Carreres escreveu: “No obstante, esta imposibilidad de fundar una teoría del derecho completamente al margen de la teoría social significa, al mismo tiempo, que el modelo de una epistemología monopolista y hegemónica del derecho, propio de una explicación del derecho al estilo de Kelsen, se viene abajo. En su lugar, aparecerá un modelo epistemológico pluralista, y será precisamente en este contexto pluralista en el que se hará posible conectar la doctrina clásica kelseniana con la teoría sistémica de Luhmann”. CARRERES, Joaquín Almuera. *Metafísica y virtualidad del ordenamiento jurídico: Kelsen y Luhmann*. In: TORRES, Miguel Ayuso (ed.). **De la geometría legal-estatal al redescubrimiento del derecho y de la política**. Estudios en honor de Francesco Gentile. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 85.

<sup>112</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **Filosofia Jurídica Prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 354.

conduta ilícita<sup>113</sup>; 6) a ordem jurídica é um sistema de normas ordenadas hierarquicamente entre si de um modo que, traduzido a uma imagem visual encontra na “superior” a razão ou fonte de sua validade, e obtêm esta validade sempre que tenha sido criada por um órgão e pelo procedimento estabelecido na norma superior; 8) no vértice da pirâmide se encontra a norma fundamental, que não é uma norma positiva, mas sim suposta: uma hipótese necessária e axiologicamente neutra, da qual todo jurista parte quando deseja interpretar normativamente uma realidade coativa, e que funda a unidade sistemática de qualquer ordem jurídica; 9) validade e eficácia não são idênticas, mas há entre ambos os conceitos uma importante relação: a eficácia geral é condição de validade de uma ordem jurídica, mas não o seu fundamento; 10) se uma norma qualquer – geral ou individual – pertencente a uma ordem jurídica válida deixa de ser eficaz durante um tempo prolongado, perde também a sua validade, por meio do efeito negativo (força derogatória) do costume; 11) no processo de criação e aplicação do direito os juízes atuam como autênticos criadores de normas individuais, sendo que suas decisões não são meramente declarativas, mas sim constitutivas, tanto quanto aos fatos que examinam quanto ao direito que aplicam; e 12) os juízes cumprem ainda a função de eliminar conflitos entre normas, tanto do mesmo grau como de distinta hierarquia<sup>114</sup>.

Na visão kelseniana, o sistema jurídico se compõe exclusivamente de um conjunto de normas, cabendo à norma fundamental a garantia da sua unidade e validade. Uma vez que o sistema de normas também se confunde com a coletividade jurídica que se fundamenta no ordenamento, o sistema jurídico pode ser apresentado como um conjunto de órgãos criadores do direito (tese da identidade entre direito e Estado). Para que um conjunto de normas possa ser tomado como um ordenamento jurídico, é preciso que operem dois princípios de unidade: um estático e outro dinâmico.

Do ponto de vista da estática jurídica, já apresentada por Kelsen na sua obra *Problemas Captales de Teoría Jurídica-Estatat*, publicada em 1911<sup>115</sup>, as normas derivam

---

<sup>113</sup> Trata-se da sanção socialmente organizada, para diferenciar das sanções transcendentais previstas nas religiões. De acordo com Warat, ao examinarmos a idéia de sanção de Kelsen veremos que a mesma é entendida como “a privação de certos bens, como a vida, a saúde, a liberdade, a honra, a propriedade ou qualquer outro valor – inclusive direitos em expectativa – que não tenham valor econômico, realizada com prescindência da vontade do titular destes bens. Quando a coerção é devida, isto é, quando se encontra prevista e determinada em uma norma como consequência da realização de uma conduta descrita nesta mesma norma, como sua condição, tal ato de coerção deve ser considerado como sanção”. In: WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**, p. 87.

<sup>114</sup> Cf. GUIBOURG, Ricardo. **Derecho, sistema y realidad**. Buenos Aires: Astrea, 1986, p. 16-19.

<sup>115</sup> A obra foi dedicada a “uma consideração estática do direito”.

umas das outras em virtude de um procedimento dedutivo: o conteúdo de uma norma inferior deve ser extraído de uma norma superior. A determinação não só qualifica uma norma como válida, mas também o próprio conteúdo da norma que é derivada de outra norma de hierarquia superior. Tenho assim que o sistema possui uma estática. Por outro lado, o ordenamento jurídico, na visão de Kelsen possui a qualidade de se autoreproduzir, uma vez que a característica essencial do ordenamento consiste em que mesmo “regula sua própria criação e aplicação”. Esta autoreprodução, que ocorre de modo incessante, foi chamada de dinâmica jurídica. Como salientam Kerchove e Ost, “Kelsen fue con seguridad uno de los primeros autores que destaco la característica, inherente a la idea de sistema, de su aptitud para auto-organizar-se. Aptitud que para Kelsen opera en forma lienal y jerárquica, fundándose siempre de lo inferior en lo superior”<sup>116</sup>. A chamada dinâmica jurídica será incorporada ao pensamento de Kelsen somente com a edição da *Teoria Pura do Direito* em 1934.

Como reconhecerá o próprio Kelsen, a introdução do princípio dinâmico ocorrerá por influência da teoria da formação escalonada do sistema jurídico, desenvolvida por seu colaborador Adolf Merkl<sup>117</sup>, teoria esta que se tornará uma parte essencial do projeto da *Teoria Pura do Direito*. Para Merkl, o direito deve ser visto como um sistema de produção de forma escalonada. O argumento pode ser apresentado do seguinte modo: uma vez que normas jurídicas habilitam a produção de outras normas jurídicas, é possível estabelecer uma gradação dentro do ordenamento jurídico. Tal gradação entre normas que regulam a produção e as disposições elaboradas conforme uma determinada norma podem ser vistas como superiores ou inferiores, sendo que a norma de produção jurídica superior condiciona a norma produzida inferior<sup>118</sup>. Do ponto de vista da teoria da derrogação, superior será a forma cujas disposições derrogam preceitos de outra forma jurídica.

Nas palavras de Kelsen, constantes já da primeira edição da *Teoria Pura do Direito* de 1934: “A teoria do escalonamento do ordenamento jurídico conceitua o direito em seu movimento, em seu processo sempre renovado de autoprodução”<sup>119</sup>. Kelsen já mostrava que apenas o direito cria o direito, uma vez que toda aplicação do direito constitui criação do direito: este “regula a sua própria criação e aplicação”, num processo de recursividade

---

<sup>116</sup> KERCHOVE, Michel Van de e OST, François. **El sistema jurídico entre orden y desorden**, p. 52.

<sup>117</sup> Cf. WALTER, Robert. **La doctrina del Derecho de Hans Kelsen**. Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 55.

<sup>118</sup> WALTER, 1999, p. 57.

<sup>119</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella., 4. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 125.

infinita<sup>120</sup>. Do mesmo modo, só existe criação do direito pela aplicação do mesmo. Tratando das relações entre direito e ciência, Kelsen escreverá: “É, com efeito, uma característica muito significativa do Direito o ele regular a sua própria produção e aplicação”<sup>121</sup>. E mais adiante:

Por isso, os atos de produção e aplicação (que, como veremos, também é ela própria produção) do Direito, que representam o processo jurídico, somente interessam ao conhecimento jurídico enquanto formam o conteúdo das normas jurídicas, enquanto são determinados pelas normas jurídicas. Desta forma, também a teoria dinâmica do Direito é dirigida a normas jurídicas, a saber, àquelas normas que regulam a produção e a aplicação do Direito<sup>122</sup>.

Kelsen supera definitivamente a visão do ordenamento como um conjunto de normas isoladas, tornando o próprio ordenamento um objeto de estudo. O direito não é simplesmente um conjunto de normas, mas sim uma ordem normativa, compreendendo na noção de ordem a ideia de que as normas guardam entre si relações específicas e hierarquizadas. Kelsen preocupou-se em encontrar o fundamento da unidade entre as normas, o que o conduzirá à controvertida teoria da norma fundamental hipotética. Nas palavras de Norberto Bobbio:

O isolamento dos problemas do ordenamento jurídico dos da norma jurídica e o tratamento autônomo dos primeiros como parte de uma teoria geral do Direito foram obra, sobretudo de Hans Kelsen. Entre os méritos de Kelsen, e pelos quais é justo considerá-lo um dos mais autorizados juristas de nossa época, está, certamente, o de ter dedicado a eles particular atenção<sup>123</sup>.

Porém, como verei com mais detalhes no capítulo desta tese onde tratarei da questão da interpretação, não é correto afirmar que Kelsen tenta fundar um sistema jurídico sem sujeito, como entendeu Pietro Barcellona<sup>124</sup>. Tal conclusão somente pode prosperar diante de um equívoco muito comum acerca da visão que Kelsen possui acerca da dinâmica presente no ordenamento jurídico. Sei que Kelsen deriva sua compreensão do direito a partir da dualidade entre ser e dever ser, ou entre fatos e normas, sendo que a criação das normas é função da vontade e não da razão. Como bem explica Bobbio: “As normas jurídicas, em todos os níveis, das mais altas às mais baixas, são, para Kelsen, atos de vontade. Elas não derivam logicamente umas das outras, mas de normas que delegam poderes, ou normas de

<sup>120</sup> Ibid., p. 257.

<sup>121</sup> Ibid., p. 80.

<sup>122</sup> Ibid., p. 80.

<sup>123</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 7ª edição. Brasília: UnB, 1996, p. 21.

<sup>124</sup> BARCELLONA, Pietro. La teoria dei sistemi e il paradigma della modernità. In: BARCELLONA, Pietro, GIORGI, R. de, NATOLI, S. **Fine della storia e mondo come sistema**. Tesi sulla Post-Modernità. Bari: Dedalo, 2003, p. 104.

autorização”<sup>125</sup>. Ou seja, Kelsen visualiza o ordenamento jurídico como operado por um sujeito que decide conforme sua vontade (e poder). Na visão dinâmica do ordenamento, a geração de novas normas é fruto da atividade criadora deste sujeito e não do funcionamento regular e automático de um sistema fechado. Ocorre que o ponto de abertura do sistema, por onde passam as questões do ambiente/entorno do direito, é uma caixa preta, incognoscível pela ciência.

Cumprir destacar ainda que Kelsen constrói sua visão do ordenamento jurídico como operante no mundo do dever-ser, o plano da normatividade, e com base neste dualismo inicial desenvolve uma doutrina rigorosamente monista, que dissolve os dualismos tradicionais do direito, tais como direito público e direito privado, direito objetivo e direito subjetivo, Estado e direito, até chegar ao ponto de dissolver até mesmo a diferença entre direito nacional e direito internacional, tidos como integrantes de um só e mesmo ordenamento, naquilo que foi considerado a sua tese mais espantosa. Também não procede a tese do fechamento do sistema jurídico, como uma mônada apartada da realidade, pois, como já expus, a tese que rejeita a falácia naturalista, tão presente na obra de Kelsen, implica na impossibilidade de derivarmos um dever-ser de um ser, mas isto não implica a influência que a normatividade possui sobre a vida social (caso contrário, aquela não teria sentido algum já que sua função consiste justamente em controlar a sociedade).

A acusação de “formalismo” resulta de uma incompreensão bastante comum acerca das teses kelsenianas. A grande dicotomia de Kelsen, como ressaltou Bobbio, consiste na distinção entre duas esferas de conhecimento, ser e dever-ser (*sein* e *sollen*), e não na oposição forma vs. conteúdo:

Una cosa es decir que el derecho es una forma de la sociedad y otra afirmar, como lo hace Kelsen, que la tarea de la teoría pura del derecho, esto es, una teoría que pretende ser científica, es estudiar el derecho en su estructura formal. Como pó lo demás, se há dicho desde el inicio, en el pasaje citado poco antes, Kelsen no se propone en su primer gran obra de conjunto presentar el derecho como forma, o directamente como la forma, de la sociedad, sino ‘no ir más allá de un tratamiento formal de las normas jurídicas’. Una frase de esta naturaleza deja entender, más allá de cualquier otra cosa, que se puede dar un tratamiento no formal al derecho, lo cual es justamente la sociología jurídica<sup>126</sup>.

<sup>125</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Unesp, p. 250.

<sup>126</sup> BOBBIO, Norberto. Kelsen y Max Weber. In: CORREAS, Oscar (organizador). **El otro Kelsen**. México: UNAM, 1989, págs. 62-63.

Uma postura contrária, por exemplo, é a de Stammler, que entendia que o direito era a forma e a economia o conteúdo da sociedade. Também num certo marxismo esquemático, o direito seria uma das formas da superestrutura que se ergue sobre a estrutura da sociedade. O direito seria determinado, em última instância, pelo fator econômico.

Além de incorporar em sua teoria do direito uma reflexão epistemológica bastante avançada para a época, Kelsen nos legou uma visão global dos temas jurídicos, sendo que algumas de suas contribuições se tornaram conceitos amplamente aceitos pela comunidade científica do direito. Dentro de sua teoria, a principal contribuição foi a apresentação de uma abordagem dinâmica do sistema jurídico, o que vai além do que anteriormente havia sido formulado, inclusive pelo próprio Kelsen em sua fase inicial. Ao captar a dinâmica do ordenamento Kelsen permite uma visão mais clara de uma quantidade significativa de problemas que só surgem quando o sistema produz normas, problemas de aplicação do direito, problemas de competência, de existência ou inexistência de lacunas, além de temas como derrogação ou até mesmo o problema da mudança integral da ordem jurídica, o que ocorre quando do advento de uma revolução.

## 2.7 O ENTORNO (AMBIENTE) DO SISTEMA JURÍDICO NA VISÃO KELSENIANA

Uma vez definido como funciona o sistema jurídico, impõe-se verificar a sua relação com os demais fatos extra-sistemáticos, ou seja, com o entorno do sistema. Ricardo Guibourg trata do tema abordando dois momentos em que o sistema formal kelseniano, erigido com base no conceito de validade, defronta-se com a realidade fática, estruturada em torno do conceito de eficácia. Dois momentos são destacados: a revolução (como fato extra-sistemático brusco) e o costume (fato extra-sistemático paulatino)<sup>127</sup>. Kelsen define a revolução (e também um golpe de Estado) como “toda modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição, ou a sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição”<sup>128</sup>. Neste caso tenho uma situação em que o direito não está determinando a criação do direito subsequente. Ocorre uma perda de eficácia da Constituição anterior e de toda ordem jurídica nela alicerçada. Obviamente, tais pressões

---

<sup>127</sup> GUIBOURG, Ricardo A. **Derecho, sistema y realidad**, p. 21-30.

<sup>128</sup> KELSEN. **Teoria Pura do Direito**, 1998, p. 233.

destrutivas nascem de fora do sistema jurídico, uma vez que o mesmo tem como finalidade precípua a manutenção de uma determinada ordem.

A questão da eficácia é apresentada por Kelsen como uma ponte entre o ser o dever-ser (*sein e sollen*). Um ordenamento deve ser eficaz de modo geral. Ou seja, o simples descumprimento de parte das regras não só pode ocorrer como é natural que ocorra. O crime, por exemplo, é parte constitutiva da sociedade. Mas a manutenção de um patamar mínimo de eficácia é condição *sine qua non* para a manutenção de um sistema jurídico como válido. Como esclarece Kelsen:

Uma ordem jurídica não perde, porém, a sua validade pelo fato de uma norma jurídica singular perder a sua eficácia, isto é, pelo fato de ela não ser aplicada em geral ou em casos isolados. Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa consideração global, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas. E também uma norma jurídica singular não perde a sua validade quando apenas não é eficaz em casos particulares, isto é, não é observada ou aplicada, embora deva ser observada e aplicada<sup>129</sup>.

Kelsen, obviamente, não especifica o *quantum* desta eficácia é necessária para a manutenção de uma ordem legal. Tal discussão deve se dar em termos de legitimidade – tema da ciência política e não da teoria do direito (na visão kelseniana).

Outra ponte entre o mundo do *ser* e do *dever-ser* – ou seja, entre o sistema jurídico e seu entorno – reside na força derogatória dos costumes. Tratando do tema das normas jurídicas que perdem eficácia sem a perda da validade, por permanecerem ligadas ao ordenamento, Kelsen irá conferir força derogatória ao costume, que constituiria num tipo de norma negativa, através do desuso (*desuetudo*):

O desuetudo é como que um costume negativo cuja função essencial consiste em anular a validade de uma norma existente. Se o costume é em geral um fato gerador de Direito, então também o Direito estatuído (legislado) pode ser derogado através do costume. Se a eficácia, no sentido acima exposto, é condição da validade não só da ordem jurídica como um todo, mas também das normas jurídicas em singular, então a função criadora de Direito do costume não pode ser excluída pela legislação, pelo menos na medida em que se considere a função negativa da desuetudo<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> Ibid., p. 237.

<sup>130</sup> KELSEN. *Teoria Pura do Direito*, 1998, p. 238-239.

O costume nasce para o direito como a consolidação de determinadas expectativas sociais, nos termos já propostos pela teoria sociológica da ação social, como formulada por Max Weber. Segundo Kelsen:

Quando os indivíduos que vivem juntamente em sociedade se conduzem durante certo tempo, em iguais condições, de uma maneira igual, surge em cada indivíduo a vontade de se conduzir da mesma maneira por que os membros da comunidade habitualmente se conduzem. O sentido subjetivo dos atos que constituem a situação fática do costume não é logo e desde o início um dever-ser. Somente quando estes atos se repetiram durante um certo tempo surge no indivíduo a ideia de que se deve conduzir como costumam conduzir-se os membros da comunidade e a vontade de que também os outros membros da comunidade se comportem da mesma maneira. Se um membro da comunidade se não conduz pela forma como os outros membros da comunidade se costumam conduzir, a sua conduta é censurada por esses outros porque ele não se conduz como estes querem. Desta forma a situação fática do costume transforma-se numa vontade coletiva cujo sentido subjetivo é um dever-ser<sup>131</sup>.

Para Weber, em *Economia e Sociedade*, a ação social se estabiliza em relações sociais e a partir daí são criadas formas de dominação que constituem a ordem normativa da sociedade. A teoria da ação social constitui a base da chamada sociologia compreensiva, que busca compreender o sentido que os sujeitos dão aos seus atos: “Na teoria da acção parte-se da adequação da acção relativamente ao objectivo (por exemplo, obter justiça). Assim, o conhecimento tem em vista o homem individual e as suas finalidades de acção”<sup>132</sup>. Para Weber a sociologia seria

Uma ciência que pretende compreender interpretativamente a ação social e assim explica-la casualmente em seu curso e seus efeitos. Por ‘ação’ entende-se, neste caso, um comportamento humano (tanto faz tratar-se de um fazer externo ou interno, de omitir ou permitir) sempre que e na medida em que o agente ou os agentes o relacionem com um sentido subjetivo. Ação ‘social’, por sua vez, significa uma ação que, quanto a seu sentido visado pelo agente ou os agentes, se refere ao comportamento de outros, orientando-se por este em seu curso<sup>133</sup>.

Para Weber, a conduta intencional pode ser identificada com a conduta voluntária. A intenção é sempre atribuída a um sujeito individual, por isso o conceito de ‘sentido’ deve ser

<sup>131</sup> Ibid., p. 10.

<sup>132</sup> BÜLLESBACH, Alfred. Princípios de teoria dos sistemas. In: HASSAMER, W. e KAUFMANN, A (Orgs.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p. 411.

<sup>133</sup> WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3ª ed. Brasília: Editora da UnB, 2000, p. 3.



trabalhado a par do conceito de ‘subjetividade’: “Ação como orientação compreensível pelo sentido do próprio comportamento sempre existe para nós unicamente na forma de comportamento de um ou vários indivíduos”<sup>134</sup>. Tal postura teórica, segundo Allan Johnson, é conhecida também como ‘individualismo metodológico’, que consiste no

Método para compreender a vida social que considera os sistemas sociais como nada mais do que um conjunto de indivíduos. Desse ponto de vista, a única coisa de que necessitamos para compreender sistemas sociais são as características individuais e a dinâmica psicológica das pessoas que deles participam. Para compreender a guerra, por exemplo, deveríamos estudar soldados e políticos, e não exércitos e nações<sup>135</sup>.

Nem toda ação pode ser considerada como ação social. Para Weber, o “comportamento interno só é ação social quando se orienta pelas ações de outros”<sup>136</sup>. Ou seja, é necessário que os indivíduos se orientem racionalmente visando expectativas similares. A teoria weberiana possui, assim, uma forte conexão com a ideia de indivíduo, que passa a compor um momento chave na explicação dos processos sociais. As diferentes estruturas sociais correspondem a diferentes estratégias e ações por parte dos indivíduos. Partindo dos conceitos de uso e costume, Weber passa ao conceito de ordem legítima, cujos tipos são a convenção e o direito. Uma ordem legítima representa a institucionalização da conexão de sentido das ações sociais dos indivíduos. De tal forma, que estes orientam suas ações pela ‘representação’ da existência de uma ordem legítima. A relação social é a estratificação da ação dos indivíduos na forma de hábitos que terminam por se estruturar, estabilizando-se:

Por ‘relação’ social entendemos o comportamento reciprocamente referido quanto a se conteúdo de sentido por uma pluralidade de agentes e que se orienta por essa referência. A relação social consiste, portanto, completa e exclusivamente na *probabilidade* de que se aja socialmente numa forma indicável (pelo sentido), não importando, por enquanto, em que se baseia essa probabilidade<sup>137</sup>.

A relação social pode se tornar permanente quando exista a possibilidade de uma repetição continuada de condutas, levando a uma estabilização das expectativas compartilhadas entre os indivíduos. Também Ludwig Von Mises, primeiro interlocutor intelectual de Kelsen, trabalhou dentro dos marcos do chamado individualismo metodológico

---

<sup>134</sup> WEBER, 2000, p. 8.

<sup>135</sup> JOHNSON, Allan G. **Dicionário de Sociologia**. Guia prático da linguagem sociológica. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 130.

<sup>136</sup> Op. cit., p. 14.

<sup>137</sup> Ibid., p. 16.

característico da teoria da ação, que sustenta que todos os fenômenos sociais são em princípio explicáveis por seus elementos individuais<sup>138</sup>.

Vejo assim que Kelsen se mantém no campo teórico da chamada teoria da ação social, que possui o indivíduo como ponto de partida, mesmo tomando elementos sistêmicos como parte da sua visão do ordenamento jurídico. Quem cria o direito é, antes de tudo, o indivíduo (ou órgão como coletividade de indivíduos) autorizado a gerar normas através de atos de vontade. Como tais atos de vontade não são atos puros de conhecimento, ocorre então de surgirem influências dos demais sistemas sociais, como a política, a moral, a economia etc. A biografia pessoal, as convicções e a filiação religiosa de cada indivíduo autorizado a criar normas jogarão um papel importante em tal processo. Desta forma o direito torna-se alvo fácil dos mais variados contrabandos ideológicos. Gunther Teubner anotará que, para os que pertencem à tradição da sociologia interpretativa de Max Weber, a realidade da atuação individual constitui uma premissa fundamental<sup>139</sup>.

Demonstrarei mais adiante como Luhmann rompe com este ponto essencial do pensamento sociológico, dispondo-se a observar a sociedade abstraindo-se da ideia de indivíduo. Para o sociólogo alemão, a sociedade constitui uma diferença entre sociedade e indivíduos, ou seja, a própria sociedade é uma diferença. Como sistema que realiza a sua autopoiese, a sociedade está constituída de comunicações enquanto os indivíduos não são elementos do sistema social, mas sim do seu entorno. Para Luhmann, portanto, como assinala Germano Schwartz, “a sociedade é comunicação. E tudo o que se comunica faz parte da sociedade ou é sociedade”<sup>140</sup>. Com tais ponderações, Luhmann ultrapassa a teoria da ação social em favor de uma teoria dos sistemas, pondo a comunicação como elemento de relevo para a compreensão da sociedade. Ou como assinala Schwartz: “Ao contrário de Weber, o sentido na teoria dos sistemas não é derivado de uma representação intencional na mente dos indivíduos. O sentido não é consequência da ação, mas sim da distinção sistema/entorno”<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> Cf. VON MISES, Ludwig. **Human Action**. A treatise of economics. Alabama: Ludwig Von Mises Institut, 1998.

<sup>139</sup> TEUBNER, Gunther. **El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005, p. 25.

<sup>140</sup> ROCHA, Leonel Severo, SCHWARTZ, Germano e CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 71.

<sup>141</sup> Ibid., p. 73.

## 2.8 HANS KELSEN E A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO

Para os teóricos do direito anteriores a Kelsen havia uma clara separação entre a atividade do legislador (no seu trabalho de criação de normas gerais) e o trabalho dos juízes (que deviam se limitar a aplicar o direito a casos particulares). Esta distinção rígida, entre a criação do direito por parte do legislador e a aplicação do direito por parte dos juízes, possui raízes na Ilustração (com as teorias da soberania popular e da divisão dos poderes), na Revolução Francesa (que buscou por em prática os principais ideais dos pensadores da ilustração) e a codificação napoleônica (que representou o ponto culminante da positivação do direito).

Subjaz desta concepção a ideia de que o poder legislativo constitui o poder político por excelência, exercido por um parlamento fruto da soberania popular, encarregado de criar o direito. Em contraste tenho um poder judicial meramente técnico, exercido por juízes profissionais, organizados em carreira burocrática, cuja tarefa se esgota na aplicação das leis ditadas pelo poder legislativo. A tarefa dos juízes deve se limitar à aplicação das normas gerais aos casos concretos, através do mecanismo da subsunção. Há uma clara divisão entre criação e aplicação do direito<sup>142</sup>.

A partir da influência do racionalismo de Descartes, as correntes jusnaturalistas irão criar para o direito a noção de sistema lógico-dedutivo, que se encontra na base do silogismo da subsunção. A correta interpretação deve partir do pressuposto de que o direito encontra-se organizado em um sistema estruturado como um todo funcional composto por partes relacionadas entre si e articuladas de acordo com um fundamento comum. O direito seria um conjunto normativo organizado de forma unitária e coerente: interpretar consistia em inserir a norma em discussão na totalidade do sistema. A atividade interpretativa consistia em explicitar algo já dado, que ao juiz cabia tão-somente revelar. Partindo da leitura da norma, seria possível encontrar a única alternativa correta ou ‘verdadeira’, que deveria ser ‘consagrada’ pela doutrina e aplicada pelos tribunais<sup>143</sup>. Supor de outra maneira seria

---

<sup>142</sup> Cf. BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho? In: MALEM, Jorge et al (organizadores). **La función judicial. Ética y democracia**. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 22-24.

<sup>143</sup> A ideia de encontrar uma única alternativa correta dos teóricos da Escola da Exegese guarda uma semelhança apenas nominal com a proposta de Ronald Dworkin conhecida como ‘tese da resposta certa’ (*the right answer thesis*), uma vez que esta não parte da interpretação da norma abstrata, mas sim de uma atitude crítico-hermenêutica em relação à própria prática jurídica.

questionar a própria racionalidade do legislador e aceitar que o intérprete poderia substituir a vontade do legislador pela sua própria<sup>144</sup>. Tenho então o surgimento do paradigma liberal-positivista: do encontro das ideias liberais de limitação do Estado e divisão dos poderes com a ideia do monopólio estatal da produção normativa e prevalência da legislação.

A obediência à vontade do órgão legislativo foi afirmada como um dogma durante o período que sucedeu às chamadas revoluções burguesas, de tal modo que no século XVIII a maior parte da Europa mantinha a convicção de que a interpretação da lei cabia exclusivamente ao legislador. O representante máximo deste pensamento foi Montesquieu, que concebia a atividade do juiz de forma restrita. Os juizes devem ser a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem mitigar a força e o rigor da lei. Rousseau esposava o mesmo tipo de raciocínio. Para este, uma vez que a lei emanava da vontade geral, que não era outra coisa que não a expressão da soberania popular, não poderia ser injusta, pois ninguém é injusto consigo mesmo. O autor da lei sabe melhor que ninguém como deve ser executada e interpretada. A luta contra o absolutismo era também uma luta contra o arbítrio dos juizes do antigo regime. Porém, contra o absolutismo do monarca, os revolucionários franceses propõem o dogma do absolutismo da lei.

Por trás da concepção de que a função judicial possuía um caráter meramente declarativo do direito estabelecido em lei havia toda uma contingência histórica de luta contra o absolutismo. Tratava-se de uma reação contra a magistratura exercida de forma parcial e arbitrária pela nobreza do Antigo Regime, o mesmo espírito que levou os franceses à criação dos Tribunais Administrativos, como forma de esvaziamento das cortes tradicionais.

O mecanismo legal criado na França, como fruto da Revolução, para impedir a atividade autônoma dos juizes, foi o Decreto orgânico de 16-24 de agosto de 1790, que visava prevenir a “usurpação do poder legislativo pelo poder judiciário”, reservando para a Assembléia Legislativa a faculdade de interpretar a lei. Os juizes deveriam remeter ao poder legislativo as dúvidas sobre a interpretação de um determinado texto legal. O Tribunal de Cassação, surgido também em 1790, tinha um objetivo bem fixado: anular as decisões dos juizes que desconheciam abertamente o conteúdo da lei. Caso o texto legal fosse realmente eivado de obscuridade, o Tribunal deveria requerer ao Poder Legislativo uma interpretação

---

<sup>144</sup> CRACOGNA, Dante. *La interpretación del derecho en Kelsen*. p. 43.

oficial sobre o tema. Como resultado os juízes passaram a aplicar mecanicamente as disposições legislativas. Estava aberto o caminho para a Escola da Exegese, que manteve uma grande aceitação nos círculos jurídicos até os fins do século XIX, quando foi atacada pelos pensadores<sup>145</sup>.

O Tribunal de Cassação somente se desprenderá do Poder Legislativo, passando a ter existência autônoma, em 1837, passando a se chamar Corte de Cassação, assumindo o lugar de cúpula do Poder Judiciário francês.

A Escola da Exegese será a realização por excelência do positivismo legalista. Irá afirmar uma “ideologia da codificação”, onde a vontade do legislador é auto-suficiente. O texto legal é transformado em objeto de culto, criando uma ideologia especificamente jurídica que se caracteriza pelo fetichismo da norma. As normas passam a gozar de um poder imaginário, movimentando-se num mundo fantasmagórico onde as relações sociais concretas são inexistentes, um mundo dominado por um demiurgo moderno denominado “legislador”. Tal como o fetichismo das mercadorias possui, na dimensão imaginada por Karl Marx, a função de mascarar as relações entre os produtores, assim também o mito do “legislador racional” possui a mesma função, qual seja, a de mascarar as relações de poder.

Um dos grandes representantes da Escola da Exegese foi o belga François Laurent (1810-1887). Para ele, o direito é uma ciência racional; o juiz não pode desobedecer à letra da lei sob o pretexto de penetrar no seu espírito; os códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete; este já não tem por missão fazer o direito, pois o direito já está feito. A codificação representa o fim da incerteza: o direito está escrito nos textos autênticos (isto é, legais)<sup>146</sup>.

O juiz não possui um papel criador, mas sim um papel executor. Cabe apenas ao legislador aperfeiçoar a lei, nunca o juiz. O legislador é o sujeito privilegiado da interpretação da lei. Perguntar sobre a intuição original do legislador passou a ser o objetivo da atividade hermenêutica. Tratava-se de efetuar a reconstrução do pensamento implícito na lei. Mesmo quando a vontade do legislador não podia ser conhecida, devia-se lançar mão da vontade presumida do mesmo. Diante da supervalorização da lei, o aplicador do direito deve apenas

---

<sup>145</sup> TINOCO, Jorge Ulises Carmona. **La interpretación judicial constitucional**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, p. 25 e ss.

<sup>146</sup> GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2ª ed. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1995, p. 517.

identificar a norma aplicável e subsumir a ela o fato concreto, através da subsunção. Surge daí uma redução das potencialidades que se põem pela facticidade do caso concreto. Segundo Souza Neto: “Na interpretação, o aplicador da lei não deveria perquirir o sentido assumido no caso concreto, mas tão somente identificar, através da análise da literalidade da norma, o sentido que lhe quis imprimir o legislador”<sup>147</sup>.

Uma vez que a separação dos poderes implica uma rígida divisão de tarefas, verei também uma separação entre as atividades do jurista e do filósofo da política. Indo mais além, terei um divórcio entre a vontade e a razão como faculdades distintas, naquilo que ficou conhecido como “psicologia das faculdades”. A representação da justiça como uma mulher de olhos vendados seria a representação estética desta doutrina<sup>148</sup>.

Como consequência, verei também a afirmação da ideologia da subsunção, que foi muito bem expressa nas palavras de Beccaria, para quem o juiz deveria ser um lógico e não um político, realizando em sua atividade.

Um silogismo perfeito; a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não com a lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Quando o juiz for constrangido, ou quiser formar apenas dois silogismos, abre-se a porta para a incerteza. Não há coisa mais perigosa do que aquele axioma comum de que é preciso consultar o espírito da lei. É um dique rompido para a torrente de opiniões<sup>149</sup>.

Com as palavras reproduzidas acima, Beccaria formula com precisão o que posso chamar de “ideologia da subsunção”.

A criação e aplicação do direito aparecem como puras criações racionais, despidas do irracionalismo da vontade, uma vez que o Código transforma-se num monumento jurídico que pode ser geometricamente demonstrado. O direito é racional antes mesmo da sua aplicação,

---

<sup>147</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 79. Souza Neto anota que, “antes do advento do positivismo jurídico, o pensamento jurídico e o pensamento político sempre eram desenvolvidos conjuntamente. É o que se pode perceber na obra, por exemplo, de autores como Hobbes, Montesquieu, Rousseau, entre outros. Com o advento do positivismo, em especial da Escola da Exegese, separam-se os campos de investigação do jurista e do filósofo político. As obras jurídicas passaram a ser, na sua maioria, comentários de textos legais. Essa tendência, no entanto, parece estar se modificando. Com efeito, pensadores como J. Habermas e R. Dworkin têm pautado sua construção teórica pela refundição da reflexão jurídica com a reflexão política”. Op. cit., p. 82 (nota 133).

<sup>148</sup> Ibid., p. 83.

<sup>149</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Vicente Sabino Junior. São Paulo: CD Editora, 2002, p. 23-24.

pois a racionalidade do legislador se afirma com toda força. O legislador, antes do juiz, é o grande homem da razão. Governo de leis e não governo de homens, ou como quis Saint-Just, “o poder do homem é injusto e tirânico: o poder legítimo está dentro da lei.” No mesmo diapasão tenho Voltaire que insistia que “os juizes devem ser os primeiros escravos da lei e não os árbitros... que as leis sejam uniformes, fáceis de entender por todo mundo..., que o que é verdadeiro e justo em uma cidade não resulte em falso e injusto em outra”.

A ideologia da subsunção guarda uma afinidade eletiva com outro grande limite posto a uma das ideias mais radicais da Revolução Francesa, a ideia de igualdade. Proclamada tão somente como igualdade formal, ou igualdade perante a lei, a generosa reivindicação da Revolução Francesa se viu transformada num conceito reprodutor e legitimador das desigualdades reais. Na ideologia da subsunção, onde o caso concreto e toda a sua carga de facticidade são resumidos a um simples signo lógico apto a ser operacionalizado pelo silogismo perfeito, a desigualdade real se mantém sob o véu encobridor da igualdade formal. Como bem denunciou Anatole France: “A majestosa igualdade das leis, que proíbe tanto o rico como o pobre de dormir sob as pontes, de mendigar nas ruas e de roubar o pão”<sup>150</sup>.

Há aqui uma grande contradição nesta vasta ideologia que proclama como Montesquieu, que a lei é a própria razão humana, uma vez que o modelo explicativo da origem do Estado que irá se afirmar na mesmo período será o do contrato social, que implica num encontro de vontades que se expressam através do consentimento. Ao mesmo tempo em que a razão é cultuada, afirma-se também, a partir de Hobbes, o genial iniciador do positivismo, uma concepção voluntarista do direito: a lei é tida como fruto da vontade do legislador, mas este é pressuposto como racional. Hobbes irá escrever que os reis legítimos fazem justas as coisas que mandam, pelo fato de ordená-las, e injustas as coisas que proíbem, pelo fato de proibi-las. O racionalismo e o voluntarismo se irmanam como dois lados de uma mesma moeda, construindo uma sólida aliança entre a razão e a vontade que irá redundar primeiro na ideia do despotismo esclarecido e depois nas ideologias justificadoras do poder no Estado liberal.

A mais avançada destas últimas, mesmo que pensada em termos de democracia direta, mas depois tomada e assumida em outros termos, será a ideia de “vontade geral” que encontro

---

<sup>150</sup> Citado por BARELLI, Ettore e PENNACCHIETTI, Sergio. **Dicionário das citações**. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 245.

em Rousseau. A vontade geral é mais que a vontade de todos, uma vez que a primeira surge somente quando cada pessoa tem razão igual à de todas as outras para concordar com uma norma, tendo esta partido de todos de igual modo e por motivos idênticos. Sendo assim, somente quando a promoção dos interesses que todas as pessoas têm em comum é, para cada pessoa individual, uma preocupação elevada e até mesmo suprema é que posso falar de vontade geral. Em suma, a vontade geral, expressão da soberania popular, somente pode ocorrer caso as pessoas deixem de lado suas preocupações pessoais, seus interesses e paixões e ponham em primeiro lugar, racionalmente, o bem comum de todos<sup>151</sup>. Nas palavras do próprio Rousseau:

Decorre do exposto que a vontade geral é invariavelmente reta e tende sempre à utilidade pública; [...] Via de regra, há muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral; esta se refere somente ao interesse comum, enquanto a outra diz respeito ao interesse privado, nada mais sendo que uma soma das vontades particulares<sup>152</sup>.

Como já dito: a vontade se une à razão. A Escola da Exegese sofreu uma grande influência do pensamento de Rousseau, uma vez que o pensador genebrino pensava a liberdade como autonomia na esfera pública, na qual o cidadão é livre na medida em que pode participar da criação de suas próprias leis, das leis às quais terá de obedecer. Com Rousseau, a legitimidade será subsumida na legalidade. Não à toa que a ideia de uma vontade geral absoluta, diante da qual nenhum direito pode ser alegado, irá render ao escritor genebrino a acusação de totalitário. Do mesmo modo o positivismo legalista, ao afirmar que a lei é todo o direito também mereceu igual acusação. Gilissen lembra que foi o positivismo legalista que “produziu o dogma da soberania absoluta do Estado que se encontra nas teorias nacional-socialistas do século XX e, sobretudo, na concepção soviética do direito”<sup>153</sup>.

Tal modo de pensar era comum a outras escolas do pensamento jurídico. Mesmo para os juristas ligados à chamada Escola Histórica do Direito, adversária da Escola da Exegese no tema da codificação, uma vez que consideravam os códigos como obstáculos à evolução

---

<sup>151</sup> Consultar a respeito o verbete “Vontade Geral” in DENT, N. J. H. **Dicionário Rousseau**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 216-217.

<sup>152</sup> ROUSSEAU, J. J. **O contrato social**. Princípios do direito político. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 37.

<sup>153</sup> GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 1995, p. 518. Quando Gilissen se refere a uma concepção soviética de direito de matriz positivista temos como certo que se refere a Vishinsky, o jurista da era stalinista, mas não a Pachukanis, certamente, cuja concepção anti-normativista do direito lhe rendeu a perseguição e a morte durante os expurgos da década de 30 do século passado.



natural do direito, como Savigny (1779-1861), que tinha uma visão legalista do direito. Savigny irá apontar como objeto da interpretação jurídica a lei e, rejeitar qualquer possibilidade de interpretação extensiva ou restritiva. Interpretar é dizer aquilo que a lei diz, não sendo lícito ao hermeneuta interferir nas “razões” da lei. Savigny foi o primeiro a usar a expressão “ciência do direito” (*rechtswissenschaft*).

Esta fase da doutrina tradicional, que antecedeu ao positivismo científico, foi alcunhada por Karl Larenz de “positivista-legalista”. Pensando em termos kelsenianos, sua principal característica será a de ser prisioneira de uma concepção estática da norma jurídica. Tal visão estática do sistema jurídico decorre do dogma da onipotência do legislador, uma vez que o juiz não cria o direito, apenas o aplica. O sistema jurídico será concebido também como um todo completo e coerente.

Kelsen irá se afirmar como um crítico da teoria tradicional da interpretação. Para o jurista de Viena, tal teoria, representada de modo exemplar pela Escola da Exegese, possui uma maneira de se compreender que pode ser exposta nas seguintes linhas:

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta (ajustada), e que a ‘justeza’ (correção) jurídica positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura este processo de interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do direito positivo<sup>154</sup>.

Critico da teoria da interpretação da Escola da Exegese, Kelsen irá afirmar a sua identidade com os postulados da chamada Escola do Direito Livre, que se constituiu historicamente justamente em oposição aos partidários da exegese.

Em seguida, vou analisar a teoria da interpretação kelseniana, para entender como o criador da Escola de Direito de Viena chegou a tais conclusões<sup>155</sup>. Apesar do pequeno espaço que ocupa na obra kelseniana, a teoria da interpretação pode ser tida como o corolário da

---

<sup>154</sup> KELSSEN, 1998, p. 391.

<sup>155</sup> A respeito do tema da interpretação na obra de Kelsen: SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n. 64, 2008, p. 88 a 126.

Teoria Pura do Direito, como a síntese do pensamento do jurista de Viena<sup>156</sup>. Para Dante Cracogna, o tema da interpretação constitui uma mostra da concepção que Kelsen possui do direito e o estudo deste tema habilita a uma melhor compreensão da Teoria Pura do Direito<sup>157</sup>.

Até o advento da obra de Kelsen, no mundo do direito europeu-continental, a concepção vigente era a do direito como produto da atividade racional do legislador. A busca da segurança jurídica pautava o trabalho da dogmática. Na sua teoria da interpretação, Kelsen avança contra estas concepções, atacando-as como formulações que correspondem não a uma atitude científica, mas sim como reflexo de uma dada ideologia jurídica. Para isso irá investir contra suas construções míticas: a neutralidade do juiz, a segurança jurídica do ordenamento e a interpretação como a busca da vontade original do legislador. Ao fim da leitura de sua teoria da interpretação somos conduzidos à conclusão que tais mitos não passam de quimeras. Não por acaso, Chaim Perelman escreveu que Kelsen atacou de tal modo a concepção tradicional do papel do juiz na aplicação do direito, que sua teoria da interpretação tornou-se de conhecimento obrigatório de todo jurista<sup>158</sup>.

Na primeira grande obra de Kelsen, os *Problemas Capitaes de Teoría Jurídica-Estatal*, publicada em 1911, o tema da interpretação aparece de forma marginal, não sendo dedicado nenhum capítulo específico ao assunto. Já no seu trabalho de *Teoría General del Estado*, de 1927, aparece, pela primeira vez a ideia de que o juiz desempenha um papel criador na determinação do direito a ser aplicado<sup>159</sup>.

Somente na primeira edição da *Teoria Pura do Direito* (doravante TPD), em 1934, é que temos um capítulo dedicado ao tema. Na versão francesa da TPD, publicada em 1953, o tema aparece quase intocado com relação ao trabalho publicado em 1953. Com algumas modificações, o mesmo capítulo será reproduzido na versão final da TPD, a segunda edição

---

<sup>156</sup> O breve espaço dedicado ao tema levou alguns autores à afirmação de que não há verdadeiramente uma teoria da interpretação no projeto da Teoria Pura do Direito. Uma vez que uma teoria constitui um modelo explicativo da realidade, a de Kelsen redundava numa concepção cética acerca das possibilidades de tal conhecimento. Ora, mesmo uma teoria cética, ou seja, uma teoria que aponte os limites do conhecimento ou mesmo negue a viabilidade deste, constitui uma teoria. Não vemos porque negar o estatuto teórico do pensamento kelseniano neste particular.

<sup>157</sup> CRACOGNA, Dante. La interpretación del derecho en Kelsen. In: **Anuario de Filosofía Jurídica y Social da Asociación Argentina de Derecho Comparado**, 1989, n. 09, Buenos Aires, p. 42.

<sup>158</sup> Ver PERELMAN, Chaim. **Droit, morale et philosophie**. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1968, p. 9.

<sup>159</sup> KELSEN, Hans. **Teoría General del Estado**. Tradução de Luis Legaz y Lacambra. México: Coyacán, 2004, p. 305.

alemã, de 1960. Finalmente, em sua obra póstuma de 1979, a *Teoria Geral das Normas*, não há capítulo algum sobre o tema da interpretação, que ficou restrito a algumas notas<sup>160</sup>.

### 2.8.1. A interpretação na Teoria Pura do Direito (TPD) de 1934

O primeiro texto específico sobre a questão da interpretação, conforme me informa Menelick Carvalho Netto, foi publicado no princípio da década de 30 na *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* e praticamente reproduzido na primeira edição da Teoria Pura de 1934. Segundo Carvalho Netto, o texto intitulado “Sobre a teoria da interpretação”, “já demarca os pontos cardeais do raciocínio kelseniano no tocante à matéria, ao ressaltar a indeterminação inerente ao Direito positivo”. Neste texto, “já encontramos a delimitação da tarefa da ciência do Direito à descrição do quadro de suas leituras possíveis, para que sejam objeto da escolha discricionária da autoridade competente no momento de sua aplicação de ofício ou judicialmente”<sup>161</sup>.

A indeterminação levará, segundo Kelsen, a uma atitude de reconhecimento do papel criador do juiz. Indeterminação implica em escolhas. Escolhas implicam em atos de vontade. Atos de vontade criam o direito.

A interpretação das normas jurídicas positivas, para Kelsen, é um tema da teoria geral do direito. Uma vez que nenhuma teoria geral do direito pode prescindir de uma teoria da

---

<sup>160</sup> A *Teoria Pura do Direito* (TPD) conheceu em sua trajetória quatro edições diferentes, a cada uma dela sendo revista e ampliada pelo autor. A primeira em 1934 e a última em 1960. A rigor, a primeira edição saiu em língua espanhola, traduzida do alemão por Luiz Legaz y Lacambra. Foi publicada na Revista de Derecho Privado com o título de “El metodo y los conceptos fundamentales de la teoria pura del derecho”, e continha 73 páginas. A segunda edição – a primeira em língua alemã – será publicada em 1934, já com o título de “Teoria Pura do Direito. Introdução à problemática científica do direito.” (*Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*), contando com 147 páginas (o dobro da primeira versão espanhola!). A terceira edição foi publicada em francês na Suíça no ano de 1953 com o título “Théorie Pure du Droit. Introduction à la Science du Droit. A obra passou a contar com 194 páginas. E finalmente a quarta edição e segunda em língua alemã, publicada em Viena em 1960, com o título de “Teoria Pura do Direito” (*Reine Rechtslehre*) tão-somente. Esta última edição foi traduzida ao português no ano de 1962 por João Batista Machado e contava com 520 páginas, o que representa um aumento de 700% em relação ao texto original. No presente estudo iremos utilizar as versões em português das edições de 1934 (primeira em língua alemã) e 1960 (segunda em língua alemã). As informações sobre as diversas edições da Teoria Pura do Direito foram extraídas de PRADE, Péricles. **Duguít, Rouseau, Kelsen e outros ensaios**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997, p. 45-48.

<sup>161</sup> O texto foi traduzido por Raissa R. Mendes (com revisão do próprio Menelick de Carvalho Netto) e publicado no Brasil pelos **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte, 3(5): 27-71, jan/jun.1997. Os comentários de Carvalho Netto foram retirados de um pequeno texto de introdução ao trabalho traduzido.

interpretação, a *Teoria Pura do Direito* também oferece aos seus leitores uma determinada teoria interpretativa.

Kelsen deduz a sua teoria da interpretação a partir de sua visão do ordenamento jurídico como estrutura hierárquica e dinâmica, ou seja, a partir da ideia do sistema normativo como ordem escalonada. A interpretação seria um processo mental que acompanharia a produção do direito em seu desenvolvimento, de um grau superior para um grau inferior.<sup>162</sup> Da interpretação da Constituição para a produção legislativa ordinária, e desta para a interpretação das normas individuais, sentenças judiciais, ordens administrativas, negócios jurídicos, e assim por diante. A lógica que se aplica ao direito é uma lógica normativa. Sendo assim, não existem diferenças entre criação e aplicação das normas. Segundo Kelsen, a criação do direito é sempre aplicação do mesmo<sup>163</sup>. A atividade judicial será considerada como constitutiva e não meramente declarativa do direito<sup>164</sup>.

Há um rompimento, então com o esquema do silogismo jurídico. O silogismo, com sua ideia da norma como premissa maior e do caso concreto como premissa menor não dá conta inteiramente do fenômeno da interpretação autêntica realizada pelos juízes, uma vez que na sentença (como em qualquer ato criador de normas jurídicas positivas) ocorre algo novo e distinto do simples silogismo: ocorre a continuação do processo criador do direito, uma vez que, como já dito, todo ato de aplicação é também um ato criador<sup>165</sup>.

Segundo Kelsen, a relação entre um grau mais alto e mais baixo do ordenamento jurídico é uma relação de determinação ou de liame: a norma de grau superior regula o ato pela qual é produzida a norma de grau inferior, ou do ato de execução. Ocorre que tal determinação é marcada pela incompletude: sempre haverá um espaço de discricionariedade, maior ou menor, no ato de produção da norma ou de execução. O jurista de Viena exemplifica assim: um órgão A determina que um órgão B detenha o sujeito C. O órgão responsável por efetuar a prisão deverá decidir, com base em seus próprios critérios, quando, onde e como

---

<sup>162</sup> Ver KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 2006, p. 113 (doravante denominada de TPD-1934).

<sup>163</sup> KELSEN, Hans. **Teoria General del Derecho y del Estado**. Tradução de Eduardo Garcia Máynez. México: UNAM, 1979, p. 157.

<sup>164</sup> CRACOGNA, Dante. **La interpretación del derecho en Kelsen**. 1989, p. 47.

<sup>165</sup> LEGAZ y LACAMBRA, Luis. **Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena**. Barcelona: Bosch, 1933, p. 271.

deverá executar tal ordem. Tais circunstâncias concretas não poderiam ter sido previstas – na maioria dos casos - pelo órgão ordenador<sup>166</sup>.

Em tal perspectiva a passagem da lei à sentença é considerada como análoga ao que ocorre entre a Constituição e a lei, tratando-se de um caso de determinação ou de vínculo, na qual a norma superior disciplina, tanto na questão da forma, quanto na substância, o ato através do qual deverá ser produzida a norma de grau inferior. Ou seja, Kelsen leva em conta o fato de a Constituição restringir e determinar não apenas o processo de elaboração legislativa, mas também o conteúdo normativo das leis a serem criadas. No entanto, tal determinação não é completa, pois a norma superior não pode vincular sob todos os aspectos o ato em que se dará sua aplicação. Tenho aqui a chamada *Teoria da Moldura*: a norma superior apenas define a moldura, em cujos marcos o órgão delegado (legislador ou juiz) poderá – deverá – exercitar sua discricionariedade completando, através de sua atividade interpretativa, o trabalho de definição normativa. A moldura, como escreveu Simon, “nada mais é que a imagem de que existe um limite para as possíveis interpretações”<sup>167</sup>.

A indeterminação das normas pode ser, segundo Kelsen, intencional ou não intencional. A indeterminação é intencional quando o órgão que põe a norma superior torna seu conteúdo “aberto” voluntariamente, deixando para aquele que deverá executar, o trabalho de operar a sua individualização e determinação progressiva. Um caso paradigmático de indeterminação voluntária da norma inferior (sentença) é dado pela estratégia da lei, imposta pela necessidade de exonerar o legislador de uma interminável atividade de classificação exemplificativa das inumeráveis situações de fato que podem ocorrer no caso concreto.

Kelsen exemplifica: “Uma lei sanitária determina que, no caso de eclosão de uma epidemia, os habitantes da cidade, sob as penas da lei, tomem certas precauções para impedir a propagação da doença”<sup>168</sup>. Caberia à autoridade administrativa o poder de determinar quais as formas de precaução sanitária deverão ser adotadas, definindo a estratégia de abordagem do assunto: se vacinação obrigatória ou abate e incineração de materiais ou animais contaminados ou ainda restrições ao trânsito de mercadorias etc.

---

<sup>166</sup> TPD-1934, p. 114.

<sup>167</sup> SIMON, Henrique Smidt. **Direito, Hermenêutica e Filosofia da Linguagem**. O problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart. Belo Horizonte: Argumentum, 2006, p. 124.

<sup>168</sup> SIMON, 2006, p. 115.

Mas a indeterminação do grau inferior pode não ser voluntária – ou seja, pode ocorrer de modo não intencional. Isto ocorre quando:

a) o sentido literal da norma não é claro por conta da ambigüidade de uma palavra ou de uma série de palavras. Para Kelsen, tal ocorre por conta da pluralidade de significados de uma palavra ou frase ou da frase na qual a norma se expressa: “o sentido lingüístico da norma não é unívoco; quem tiver de executá-la, encontra-se diante de vários sentidos”<sup>169</sup>;

b) entre a expressão verbal da norma e a vontade da autoridade criadora da norma existe uma discrepância. Tal “discrepância entre vontade e expressão pode também ser total ou parcial; está última ocorre quando a vontade do legislador ou a intenção das partes corresponde, ao menos, a uma das várias acepções que acompanha a expressão verbal da norma”<sup>170</sup>;

c) como consequência do fato de que duas normas pretenderem valer simultaneamente, mas se contradizerem total ou parcialmente. Sendo assim, existirá uma contradição lógica (antinomia) entre duas normas válidas. Neste caso, se não for possível ao juiz aplicar o princípio segundo o qual a norma posterior derroga a anterior, deve-se entender que o ordenamento deu ao juiz a liberdade de escolher qual das duas normas aplicar<sup>171</sup>.

Nas duas situações, tanto de indeterminação intencional quanto não intencional, ao órgão encarregado de aplicar o direito se apresentam diversas possibilidades de execução. A interpretação não deve conduzir a uma única interpretação, mas deve constatar o esquema e a multiplicidade de opções aplicativas de que possui. A escolha não dependerá de uma avaliação lógico racional fundada no conhecimento do direito vigente, mas de critérios extra-jurídicos ligados à moral, à justiça etc. Estabelecidas as opções possíveis compatíveis com a norma superior, descobrir aquela que é “justa” não é algo que possa ser aferido pela ciência do direito, mas sim pela política judiciária<sup>172</sup>.

---

<sup>169</sup> TPD-1934., p. 115.

<sup>170</sup> Ibid., p. 115-116.

<sup>171</sup> Ibid., p. 230-231.

<sup>172</sup> Conforme nos ensina Warat, para Kelsen “mediante a interpretação teórica não se pode tomar decisões sobre as possíveis significações desvendadas; estas são de competência dos órgãos encarregados de aplicar o Direito. Decidir sobre os sentidos que devem ser adjudicados a uma norma é tarefa da Política Jurídica. Neste caso, estaríamos frente a uma atividade simultaneamente operativa e retórica. Tratar-se-ia de uma interpretação que gira em torno do exercício e racionalização de um poder autocrático. Pode-se dizer, pois, que nos situamos frente a discursos legitimadores de uma modalidade de poder”. In: WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**.

Deste modo, Kelsen desfere um duro ataque ao formalismo interpretativo tradicional que considerava que a interpretação da lei era uma atividade intelectual de mera clarificação e compreensão de um único significado que podia ser deduzida da norma superior. Uma ilusão formalista, nascida da ingênua negação da indeterminação da linguagem jurídica e de um erro de avaliação da exigência de flexibilidade que todo sistema normativo possui diante das instâncias sempre móveis da sociedade.

Mais uma vez Kelsen se coloca contra a concepção tradicional da interpretação. Chaim Perelman explica:

Na concepção de Kelsen, as relações entre a vontade e a razão, características do pensamento do século XVIII, segundo a qual a lei é a expressão da vontade da nação, e o juiz, que diz o direito no caso particular, é a razão lógica e puramente dedutiva, são ligeiramente modificadas. De fato, Kelsen reconhece que a indeterminação do âmbito legal no qual o juiz exercer sua atividade fornece-lhe a oportunidade não só de deduzir a solução concreta a partir da regra geral, mas de proceder livremente a uma interpretação da lei, sendo esta resultante de uma escolha exercida por sua vontade: o juiz arremata o traçado que a lei lhe apresenta antes de convertê-la na maior do silogismo judiciário<sup>173</sup>.

Interessante que a teoria da interpretação kelseniana desenvolve-se no contexto europeu continental, onde o papel criador do juiz não era reconhecido. Entretanto, no contexto anglo-saxônico, a ideia de que o juiz possui um papel criador já era desenvolvida, entre outros, por Cardozo<sup>174</sup>. A própria estrutura do direito anglo-saxônico, com a importância dada aos precedentes, predispõem a uma teoria da interpretação que dê um maior relevo ao papel do magistrado.

---

Florianópolis: Editora da UFSC, 1983, p. 29. No mesmo livro, um pouco mais adiante, Warat expõe: “A política jurídica, nos textos kelsenianos, não deve ser confundida com a teoria política. A política jurídica faz referência, principalmente, às estratégias empregadas pelos órgãos com autoridade jurídica, para a produção do conteúdo do Direito Positivo, assim como aos padrões axiológicos, mediante os quais se legitimam os conteúdos adjudicados”. Idem, p. 37(notas 04).

<sup>173</sup> PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 93.

<sup>174</sup> Cardozo escreveu sobre o tema: “Cada juiz, consultando a sua própria experiência, deve ter consciência do momento em que o livre exercício da vontade, dirigido com o propósito de promover o bem comum, deve determinar a forma e a tendência de uma regra, a qual, nesse instante, se origina de um ato criador.” Estamos bem distantes aqui do ideal de um juiz “escravo” da lei, ou de um juiz autômato que opera mecanicamente através de subsunções. A citação está na seguinte obra: CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo e a evolução do direito**. Tradução de Leda Boechat Rodrigues. 3ª ed. Porto Alegre: Ajuris, 1978, p. 113.

Mas Kelsen irá se demarcar do realismo jurídico anglo-saxônico. Se, por um lado, se alinha às correntes antiformalistas que defendem a existência de uma indeterminação presente na linguagem jurídica. Todavia, irá rechaçar a concepção, supostamente realista, que nega qualquer significado às normas jurídicas gerais, e identifica o direito tão-somente com as decisões judiciais. Sobre o tema escreveu:

La teoría surgida en el terreno del *common-law* angloamericano, de que solo los tribunales producen derecho, es tan unilateral como la teoría surgida en el terreno del derecho legislado continental europeo, de que los tribunales no producen absolutamente ningún derecho, sino sólo aplican un derecho ya creado. Esta teoría lleva a sostener que sólo hay normas generales; aquélla que sólo hay normas individuales. La verdad se encuentra a mitad de camino. Los tribunales producen derecho y, por cierto, como regla, derecho individual; pero al hacerlo dentro de un orden jurídico que ha establecido un órgano legislativo, o que reconoce en la costumbre un hecho productor de derecho, aplican un derecho creado previamente por vía legislativa o consuetudinaria. La sentencia judicial es la continuación, no el comienzo, del proceso de producción de derecho<sup>175</sup>.

Na versão da TPD de 1934, Kelsen se refere à interpretação sempre como uma atividade pré-judicial, de conteúdo intelectual-cognoscitiva de constatação do esquema (moldura) e de estabelecimento do elenco dos significados verificáveis de um determinado enunciado prescritivo. A esta fase seguirá uma segunda na qual a autoridade encarregada de aplicar o direito escolherá uma das opções dentro da moldura.

Ao nível pré-legislativo, a interpretação se apresenta como a aplicação do direito constitucional e criação do direito legislativo por parte do legislador. A nível pós-legislativo a interpretação se apresenta como aplicação do direito legal e criação do direito da parte do juiz, da autoridade administrativa ou do contratante privado.

Não há uma diferença qualitativa entre o processo interpretativo autêntico desenvolvido pelo poder legislativo e o desenvolvido pelo poder judiciário. A diferença é meramente quantitativa, uma vez que o poder legislativo, em regra, cria normas gerais e o poder judiciário cria normas individuais. Tanto a interpretação efetuada pelo poder legislativo quanto a do poder judiciário correspondem a atos de vontade e não a atos de conhecimento.

---

<sup>175</sup> KELSEN, 1979, p. 178 ss.



Na passagem de um grau superior a outro inferior dentro do ordenamento posso distinguir: a) um momento de descoberta do significados internos dentro da moldura (interpretação); b) um momento volitivo de escolha (por parte do órgão encarregado) do significado “melhor” do ponto de vista político.

### 2.8.1.1 Sujeitos da Atividade Interpretativa

Kelsen entende a atividade interpretativa como dividida em dois grupos de sujeitos-intérpretes: a) os órgãos autorizados pela trama de competências para criar normas; b) os cientistas do direito e demais particulares, como por exemplo, os destinatários das normas em sentido amplo.

Os primeiros realizam uma interpretação tida como autêntica. Os segundos desenvolvem uma atividade tida como não-autêntica. A interpretação feita pelos juristas, ou interpretação científica, entra no rol do que Kelsen entende como interpretação não-autêntica.

Kelsen estabelece uma distinção entre o mundo da criação jurídica (fruto da vontade) e o mundo da significação jurídica (fruto do conhecimento).<sup>176</sup> A interpretação autêntica é prescritiva. A interpretação não-autêntica é descritiva. A primeira repousa num ato de vontade. A segunda num ato de conhecimento. A primeira produz uma norma jurídica. A segunda produz uma proposição jurídica.

Na citação seguinte, Kelsen esclarece que sua teoria da interpretação,

destaca la diferencia que existe entre la interpretación del derecho realizada por el órgano de aplicación del derecho de la comunidad jurídica, es decir, la interpretación de la autoridad jurídica, y la interpretación de la ciencia jurídica. Aquella es siempre auténtica, es decir, obligatoria jurídicamente; ésta no tiene, a diferencia de aquella, efectividad jurídica. Es conocimiento puro. Se puede por lo tanto, decir perfectamente que es correcta (verdadera) o falsa. Carece jurídicamente de sentido decir que la interpretación de la autoridad jurídica es correcta o falsa, pues aún cuando desde el punto de vista del puro conocimiento fuera falsa es, sin embargo, derecho, es decir, norma y como tal no es ni verdadera ni falsa sino tan solo apariencia de norma. La interpretación de la autoridad jurídica es la interpretación de una

---

<sup>176</sup> MORENO, José Antonio Sanz. **Ordenación jurídica y Estado posliberal**: Hans Kelsen y Carl Schmitt. Granada: Comares, 2002, p. 173.

norma superior que debe ser aplicada por la autoridad jurídica en el establecimiento de una norma inferior. El que la interpretación de la autoridad jurídica sea auténtica, es decir, obligatoria, significa que la norma que la autoridad jurídica establece aplicando una norma superior, es obligatoria<sup>177</sup>.

Como comenta Sgarbi: os particulares, especialmente os destinatários, precisam interpretar as normas para que possam segui-las e assim evitar as sanções previstas no ordenamento. Já os juristas são “retratados como atores ‘técnicos’ que, como tais, podem exercer funções distintas: ou bem praticam ciência ou política jurídica, a depender da postura assumida diante do conjunto normativo”<sup>178</sup>.

Para Perelman,

Kelsen reconhecia, sem dúvida, que o juiz não é um mero autômato, na medida em que as leis que aplica, permitindo diversas interpretações, dão-lhe certa latitude, mas a escolha entre essas interpretações depende, não da ciência do direito nem do conhecimento, mas de uma vontade livre e arbitrária, que uma pesquisa científica, que se quer objetiva e alheia a qualquer juízo de valor, não pode guiar de modo algum<sup>179</sup>.

Kelsen reproduz assim a ideia de uma dualidade de vocações, a do cientista e a do político, defendida à época por Weber<sup>180</sup>. Para o sociólogo alemão, numa visão realista, a política é o reino do poder e da força, uma vez que o Estado moderno se caracteriza por ser uma comunidade humana que pretende o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território. A política significa participar do poder ou da luta para influir na distribuição do poder. No desempenho de sua tarefa política estão presentes três formas de dominação: a) a tradicional, exercida pelo patriarca ou pelo príncipe patrimonial de outrora; b) carismática, exercida pelo profeta ou pelo senhor da guerra eleito, pelo governante plebiscitário, o grande demagogo ou líder do partido político; c) a legal, exercida pelo moderno servidor do Estado e por todos os que a ele se assemelham. Esta última possui como base a crença na validade do estatuto legal na competência funcional.

<sup>177</sup> KELSEN, Hans. **Que es la teoria pura del derecho?** Tradução de Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 1991, p. 24 e 25.

<sup>178</sup> SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen**. Ensaios introdutórios (2001-2005). V. I. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 91.

<sup>179</sup> PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**, 1998, p. 93.

<sup>180</sup> Durante sua estada em Heidelberg, em 1908, Kelsen esteve em estrito contato com o círculo de Weber e se manteve bem familiarizado com seus escritos. Depois da I Guerra Mundial, quando Weber esteve em Viena, os dois grandes pensadores mantiveram contato pessoal que deixou em Kelsen uma marca duradoura. Cf. METALL, Rudolf Aladar. **Hans Kelsen**. Vida y obra. México: Unam, 1976, p. 19.

No exercício da política pressupõe uma ética calcada no equilíbrio entre as convicções e as conseqüências (sucesso ou insucesso) das ações políticas. Tal ética é chamada por Weber de ética das responsabilidades. O sociólogo germânico critica tanto aqueles que enxergam na política apenas a perpetuação no poder, cultuando o poder em si, sendo, portanto incapaz de defender uma causa, quanto os que atuam politicamente somente com base na ética das convicções, que em política poderia ser chamada de ética dos fins últimos. Estes ignoram as conseqüências das suas ações, acreditando que respondem somente ao tribunal da própria consciência. Para Weber é necessário encontrar um equilíbrio entre a paixão e a perspectiva, entre o desejável e o possível. Apesar de sua visão realista, Weber não deixa de enxergar a importância crucial da política para a própria sobrevivência da sociedade<sup>181</sup>.

Já o cientista opera em outra dimensão. Weber diferencia a tomada de uma posição política prática da análise científica das estruturas políticas e das doutrinas políticas. A seguinte passagem da sua célebre conferência sobre a vocação do cientista é bastante elucidativa da sua compreensão do papel do homem de ciência:

Quando, em um curso universitário, manifesta-se a intenção de estudar, por exemplo, a “democracia”, procede-se ao exame de suas diversas formas, o funcionamento próprio de cada uma delas e indaga-se das conseqüências que uma e outra acarretam; em seguida, opõe-se à democracia as formas não-democráticas da ordem política e tenta-se levar essa análise até a medida em que o próprio ouvinte se ache em condições de encontrar o ponto a partir do qual poderá tomar posição, em função de seus ideais básicos. O verdadeiro professor impedirá de impor, do alto de sua cátedra, uma tomada de posição qualquer (...)<sup>182</sup>.

Assim como o cientista político descreve as alternativas políticas constantes das diversas formas de governo e das diversas doutrinas políticas, também o cientista do direito

---

<sup>181</sup> A visão de Weber sobre o tema se encontra em duas conferências reunidas no volume **Ciência e política: duas vocações**. 9. ed. São Paulo: Cultrix, 1993. A citação seguinte, bem expressiva da visão do Weber sobre a vocação da política foi extraída dos **Ensaio de sociologia** (Rio de Janeiro: LTC, p. 153): “A política é como a perfuração lenta de tábuas duras. Exige tanto a paixão como perspectiva. Certamente, toda experiência histórica confirma a verdade – que o homem não teria alcançado o possível se repetidas vezes não tivesse tentado o impossível. Mas, para isso, o homem deve ser um líder, e não apenas um líder, mas também um herói, num sentido muito sóbrio da palavra. E mesmo os que não são líderes nem heróis devem armar-se com a fortaleza de coração que pode enfrentar até mesmo o desmoronar de todas as esperanças. Isso é necessário neste momento mesmo, ou os homens não poderão alcançar nem mesmo aquilo que é possível hoje. Somente quem tem a vocação da política terá a certeza de não desmoronar quando o mundo, do seu ponto de vista, for demasiado estúpido ou demasiado mesquinho para o que ele lhe deseja oferecer. Somente quem, frente a tudo isso, pode dizer ‘Apesar de tudo!’ tem a vocação para a política”.

<sup>182</sup> WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. 1968, p. 39.

terá como obrigação, tão somente, apresentar as diversas interpretações possíveis, a partir da leitura de uma determinada norma<sup>183</sup>.

Se para Weber a política é o lugar do poder e a ciência o lugar da verdade, para Kelsen, em acréscimo, a política seria também o lugar da ideologia, uma vez que a ferramenta ideológica constitui a arma principal na disputa pelo poder. A questão da interpretação seria, se analiso a teoria de Kelsen mais de perto, uma questão de exercício de um poder, uma vez que os juizes são, ao fim e ao cabo, políticos. Vernengo anota que para Kelsen, em última instância, “los problemas interpretativos no son problemas relativos a la objetividad del conocimiento ni tampoco a la determinación de valores: el problema de la interpretación judicial giraría alrededor de la cuestión de racionalizar el ejercicio de un poder autocrático”<sup>184</sup>. Também neste ponto Kelsen foi um liberal consequente.

#### 2.8.1.2 A Interpretação do Cientista do Direito

Para Kelsen, a interpretação científica seria aquela que descreve, com a máxima objetividade possível, o campo de possibilidades semânticas de uma norma. O papel da ciência consiste justamente neste descrever. A escolha não cabe ao cientista, mas sim ao político. Escolher seria o equivalente a valorar, o que me remete ao campo das preferências pessoais, da emotividade, da ideologia. A atividade do cientista do direito configura uma renúncia à razão prática, constituindo-se de conhecimento puro. O que se chama ‘interpretação’ da autoridade jurídica, sustenta Kelsen, é algo bem diferente de uma interpretação gnosiológica do conteúdo da norma que realizam os juristas científicos ou da interpretação, comparável a esta última, de um trecho da Bíblia feita por um teólogo. A

---

<sup>183</sup> Como observa Rocha: “Kelsen, ao contrário do que pensam seus críticos apressados, por filiar-se à tradição da ‘teoria do conhecimento’, assume como inevitável a complexidade do mundo em si. Para ele, o social (e o direito) são devido às suas heteróclitas manifestações constituídas por aspectos políticos, éticos, religiosos, psicológicos e históricos. E a esse respeito não cabe ao cientista do Direito nada comentar. A função do cientista é a construção de um objeto analítico próprio e distinto destas influências. A partir desta constatação é que Kelsen vai procurar, assim como Kant, depurar essa diversidade e elaborar uma ‘ciência do Direito’. Ou seja, na teoria pura uma coisa é o direito, outra distinta é a ciência do Direito. O direito é a linguagem objeto, e a ciência do Direito a metalinguagem: dois planos lingüísticos diferentes”. In: ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes da teoria jurídica. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo, 1999, p. 125.

<sup>184</sup> VERNENGO, Roberto. J. **La Interpretación Jurídica**. México: UNAM, 1977, p. 03.

interpretação da autoridade cria direito. Já o cientista do direito ou jurista científico cria com sua interpretação tanto direito quanto o teólogo cria com a sua novos trechos da Bíblia<sup>185</sup>.

Na opinião de Stanley Paulson, ao fixar como tarefa do cientista do direito apenas a tarefa de descrever a norma jurídica, Kelsen estaria se colocando contra as teorias normativas da interpretação, uma vez que estas prescrevem o modo correto de interpretar. Paulson afirma que a “teoria ‘pura’ distingue nitidamente o direito de visões da moral e da política que ele acredita estarem encobertas nas abordagens normativas da interpretação, e ele oferece em seu lugar uma teoria do ‘significado específico’ do direito”<sup>186</sup>.

O cientista estabelece o leque das opções interpretativas possíveis, cabíveis dentro da moldura, mas se abstém da defesa de qualquer uma das posições. Conforme pontua Sgarbi:

Atuar como “cientista”, para Kelsen, é assumir a postura enunciativa de “relatório” (função “descritiva” da linguagem), não de “comando” (função “prescritiva”). Portanto, quando um advogado aconselha seu cliente, ele atua no campo da política jurídica, mas, quando age como “jurista”, ele pratica a ciência jurídica, isto é, não se compromete com qualquer sentido potencial<sup>187</sup>.

O objeto da interpretação é a norma jurídica. Para Kelsen, por interpretação se entende a verificação do sentido da norma a aplicar-se, o resultado desta atividade somente pode ser a verificação do marco que representa a norma a qual se interpreta. Sendo assim, é possível verificar o as inúmeras possibilidades que estão compreendidas dentro deste marco (moldura interpretativa). O resultado da interpretação jurídica somente pode ser a fixação desta moldura e o conhecimento de suas possibilidades.

Uma vez estabelecida a moldura, não cabe ao cientista do direito afirmar a posição mais acertada, uma vez que qualquer escolha é necessariamente subjetiva e, portanto, fora do âmbito de controle da estrita racionalidade científica proposta por Kelsen. Atacando a corrente conhecida como “Jurisprudência dos Conceitos”, Kelsen irá sublinhar que a ciência jurídica não pode ser fonte do direito. Sendo assim, a dedução de normas positivas a partir de

<sup>185</sup> KELSEN, Hans. **Que es la teoria pura del derecho?** 1991, p. 26.

<sup>186</sup> No original: “His ‘pure’ theory distinguishes the law sharply from the moral and political views he believes to be shrouded in normative approaches to interpretation, and he offers in their place a theory of the ‘specific meaning’ of the law”. Ver PAULSON, Stanley. Kelsen on legal interpretation. In: **Legal Studies**, v. 10, n. 2, julho de 1990, p. 139.

<sup>187</sup> SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen**, 2007, p. 92.

conceitos jurídicos, como propunha a escola citada, não representa mais que uma forma de jusnaturalismo.

Na interpretação científica ocorre uma “despolitização”, cabendo ao cientista do direito verificar o conteúdo das normas avaliando todas as suas possibilidades semânticas. Trata-se de uma despolitização da ciência, mas não do direito, certamente, uma vez que este não pode ser puro – o direito é um dos instrumentos da política.<sup>188</sup> Na exposição das diversas possibilidades semânticas, não cabe ao cientista do direito sequer afirmar uma interpretação que seja preferível à outra, ou seja, não cabe afirmar qual a “melhor” interpretação. Sobre este ponto Sgarbi anota:

Nesse sentido, a atividade do doutrinador é científica apenas até o momento em que expõe as potencialidades do quadro interpretativo; a partir do momento em que sustenta haver um sentido normativo a que se deve preferir em relação aos demais sentidos possíveis, deixa o teórico o campo da descrição e passa para o campo da ideologia, assemelhando-se, assim, o seu produto, ao resultado da interpretação autêntica, embora sem seu efeito de solver o conflito, já que não é esta medida competência dos professores do direito e intérpretes em geral<sup>189</sup>.

Com sua teoria da moldura e sua negação da univocidade das normas jurídicas, Kelsen atacou a concepção tradicional do direito calcada no mito da segurança jurídica:

Con respecto a la interpretación de normas concretas por la ciencia del derecho, la teoría pura del derecho destaca la casi siempre existente y más o menos amplia, pluralidad de significaciones del material a interpretarse. Ella reconoce como única tarea de la interpretación científica el señalar las *posibles significaciones* y el confiar a las consideraciones políticas, la elección definitiva entre las igualmente posibles interpretaciones científico-jurídicas de la autoridad que aplica el derecho. Desde el punto de vista de la ciencia del derecho no puede afirmarse que sólo una de estas interpretaciones sea la “correcta”. Tal afirmación sirve sólo para mantener la ilusión de una seguridad jurídica que en verdad no existe. Naturalmente, esto no significa que los juristas encargados de la interpretación no puedan recomendar una determinada interpretación de la autoridad jurídica

---

<sup>188</sup> Kelsen irá frisar repetidas vezes este ponto essencial para compreensão do seu pensamento: “La despolitización que la teoría pura del derecho exige se refiere a la ciencia del derecho no a su objeto, el derecho. El derecho no puede ser separado de la política, pues es esencialmente un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas, es decir, funciones determinadas por juicios de valor”. E mais adiante: “La pureza de la ciencia del derecho reside mucho más en la separación de la ciencia del derecho de la política, que en la distinción entre el conocimiento normativo de la ciencia del derecho y el conocimiento causal de la ciencia natural. Pero la teoría pura del derecho es una teoría pura del derecho, no la teoría de un derecho puro como sus críticos han afirmado erróneamente a veces.” KELSEN, Hans. **Que es la teoría pura del derecho?** 1991, p. 29-30.

<sup>189</sup> SGARBI, 2007, p. 95.

considerada por ellos, desde el punto de vista de una valoración, como la mejor. Pero esto no puede hacerse – como tan a menudo ocurre – en nombre de la ciencia, invocando la autoridad de ésta, es decir, la autoridad de la verdad. Pues con su recomendación, el jurista que realiza la interpretación intenta ejercer influencia en la formación del derecho. En este caso, está realizando una función de política jurídica pero no de *ciencia política*<sup>190</sup>.

Vale a pena me deter um pouco na passagem acima. Para Kelsen não só o jurista não pode fazer mais que apontar as possíveis alternativas de interpretação semântica do texto<sup>191</sup>, como, ao fazer isto não pode, caso pretende manter-se no firme terreno da ciência, apontar qual das alternativas postas dentro da moldura pode ser tida como a melhor. Não só não há a única interpretação, como não há a melhor interpretação.

A ideia de que podem existir posições plurais que se equivalem, e são igualmente possíveis e igualmente defensáveis, casa com o relativismo ético de Kelsen. O jurista vienense acreditava na impossibilidade de uma determinação objetiva acerca dos valores. Estes não poderiam ser conhecidos cientificamente (objetivamente) uma vez que envolvem preferências subjetivas e emocionais. Daí sua célebre afirmação de que justiça, enquanto valor, constitui um ideal irracional, ou seja, algo impossível de fundamentar com base em parâmetros racionais e científicos. Kelsen não nega, por certo, a dimensão dos valores, mas argumenta que os mesmos não podem ser objeto de considerações científicas. E vai mais longe: entende que o relativismo é a postura adequada para uma sociedade democrática, uma vez que favorece o pluralismo dos valores. O contrário do relativismo seria o absolutismo ético, ou seja, a crença de que é possível fundamentar um ideal absoluto (e único) de justiça.<sup>192</sup> Kelsen relaciona duas oposições que se relacionam paralelamente: à oposição autocracia/democracia corresponde um outro antagonismo análogo, qual seja, absolutismo e relativismo ético. O absolutismo corresponderia a uma atitude metafísica da existência de uma realidade absoluta, uma realidade que existe independentemente do conhecimento humano<sup>193</sup>. Já o relativismo ético, argumenta Kelsen, “advoga a doutrina empírica de que a

<sup>190</sup> KELSEN, 1991, p. 27-28.

<sup>191</sup> Alternativas que *quase sempre existem*, de forma mais ou menos ampla.

<sup>192</sup> Todavia, para Kelsen como para Radbruch e depois Karl Popper, nem todos os valores são sustentáveis numa democracia. Uma vez que a democracia se sustenta na relação maioria/minoria e o fim desta última representaria a extinção da própria democracia, valores intolerantes, que visam eliminar discordantes, não podem ser tolerados. Pois o próprio pluralismo dos valores estaria em jogo. Especialmente é preciso proteger o indivíduo, uma vez que este constitui a minoria mais extrema. É possível tolerar a todos, escreveu Radbruch, menos os intolerantes: “El relativismo es la tolerância general; solamente no es tolerância frente a la intolerancia”. In: RADBRUCH, Gustav. **Relativismo y derecho**. 1999, p. 08.

<sup>193</sup> Segundo Umberto Eco, entre as inúmeras correntes filosóficas do século XX somente duas defendem a existência de uma realidade exterior que pode ser apreendida de forma objetiva pelo conhecimento humano. Ou seja, a crença de que possa existir uma “verdade objetiva”. São elas: o neo-tomismo ainda em voga em certos

realidade só existe no interior do conhecimento humano, e que, enquanto objeto do conhecimento, a realidade é relativa ao sujeito cognoscente. O absoluto, a coisa em si, está além da experiência humana; é inacessível ao conhecimento humano e, portanto, incognoscível”<sup>194</sup>. Nesta passagem posso ver os ecos do pensamento kantiano que formam a base filosófica das ideias kelsenianas<sup>195</sup>.

Na primeira versão da *Teoria Pura do Direito* tenho uma teoria da interpretação que é também uma recusa do ceticismo. A crítica ao formalismo da doutrina tradicional da interpretação não redundava numa teoria jus-realista que possa dizer-se plenamente discricionária (estou me referindo à teoria como exposta na TPD de 1934 – uma vez que, como verei adiante, na TPD de 1960 tenho uma alteração significativa da teoria da interpretação kelseniana). Não obstante a indeterminação dos enunciados normativos é possível distinguir, com relação à moldura, uma gama de decisões que se encontram dentro e não fora do quadro. Os limites estabelecidos são entre soluções corretas (dentro da moldura) e não corretas (fora da moldura). Kelsen está ainda preocupado com a inexistência de uma contradição lógica entre uma norma inferior e uma norma superior. Kelsen busca a coerência do ordenamento com base no princípio da não contradição. Se, por um lado, é verdade que toda a norma é produto da política judiciária de quem está encarregado de aplicá-la, também é verdade que tal decisão também deve estar fundada no direito positivo.

### 2.8.2 A Interpretação na Teoria Pura do Direito (TPD) de 1960

Como verei adiante, na edição da TPD de 1960, Kelsen irá aceitar uma concepção meramente voluntarista da interpretação, admitindo a escolha, por parte do aplicador do direito, de uma opção que se encontre “fora” da moldura. Irá recair também numa teoria cética da interpretação.

---

círculos do Vaticano (não por acaso a Igreja Católica declarou recentemente ser a “única Igreja de Cristo” – o tema do combate ao relativismo é especialmente caro ao papa Bento XVI) e na epistemologia defendida por Lênin no livro “O materialismo e o empiriocriticismo”.

<sup>194</sup> KELSEN, Hans. **A democracia**, 2000, p. 347-348.

<sup>195</sup> Kelsen escreverá ainda que “o absoluto corresponde à ideia de perfeição” (Op. Cit., p. 348). Algumas décadas depois caberá a Claude Lefort sustentar que a democracia é o lugar do inacabado, da imperfeição, uma vez que a mesma precisa reconstruir sua legitimidade permanentemente. Cf. LEFORT, Claude. **A invenção democrática**. 1983.



Como Kelsen chegou a essa conclusão? Em 1950, Kelsen elaborou um extenso comentário acerca da Carta das Nações Unidas, publicado sob o título *The Law of the United Nations*. No texto reafirma sua visão anterior sob o tema, afirmando que a tarefa de um comentário científico é em primeiro lugar achar, por uma análise crítica, os possíveis significados da norma legal interpretada. E, então, mostrar os resultados, deixando para as autoridades legais competentes a escolha de entre as várias possíveis interpretações, a que eles, por razões políticas, consideram ser a preferível<sup>196</sup>. Para Kelsen, apresentar uma única interpretação como correta representa uma ficção que serve a interesses políticos. E segue confirmando as bases já assentadas de sua teoria da interpretação, anotando que a interpretação como função legal só é possível na interpretação autêntica. Que qualquer outra interpretação das normas legais constitui uma atividade intelectual que pode ter muita influência na criação e aplicação da lei, mas não uma importância legal intrínseca. Interpretação como uma função legal só pode ser desenvolvida por aqueles que a lei autoriza a interpretar a lei: os órgãos de criação e aplicação. Interpretação “não-autêntica”, isto é, interpretação de pessoas não autorizadas pela própria lei, possui a mesma relevância legal do julgamento de uma pessoa privada sobre a culpa ou inocência de um indivíduo acusado perante uma corte competente de ter cometido um crime<sup>197</sup>.

Porém, Kelsen irá se deparar com um caso que irá o obrigará a alterar a sua teoria da moldura. Kelsen interpretou os poderes do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas de modo restrito. Segundo o artigo 24 da Carta das Nações Unidas, constitui obrigação do Conselho de Segurança promover a paz e a segurança. Mas, para Kelsen, constituiria uma interpretação errônea (e impossível) utilizar tal dispositivo para garantir competências outras que não as expressamente conferidas por outros dispositivos da Carta da ONU. Ocorre que o próprio Conselho de Segurança, com apenas um voto dissidente, adotou esta interpretação - tida por Kelsen como impossível -, assumindo funções não previstas<sup>198</sup>.

Num adendo ao livro *The law of the United Nations*, Kelsen irá argumentar acerca das resoluções da ONU sobre a Guerra da Coreia. Para o jurista de Viena, a agressão norte-coreana não constituiu um rompimento da paz, pois, de acordo com a Carta das Nações Unidas, só pode ser cometido por um Estado em suas relações com outros Estados. Como a

---

<sup>196</sup> KELSEN, Hans. **The Law of United Nations**, p. XVI (nota 32).

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. XVI (nota 32).

<sup>198</sup> PAULSON, Stanley. **Kelsen on legal interpretation**. In: *Legal Studies*, 1990, p. 147.

Coréia do Norte não foi reconhecida como Estado pelo Conselho de Segurança, ela não poderia quebrar a paz internacional. Desta forma, como se tratou de um ataque de coreanos a outros coreanos, somente às forças do Estado reconhecido, a Coréia do Sul, deveriam intervir no conflito (o que correspondia à tese da União Soviética na época, de que o conflito em questão seria, na verdade, uma guerra civil)<sup>199</sup>. Para Kelsen, o Conselho de Segurança não poderia interpretar a Carta das Nações Unidas como o fez, recomendando a ação de forças internacionais contra a Coréia do Norte<sup>200</sup>.

Com a edição da TPD de 1960, Kelsen irá se colocar entre os defensores de uma teoria cética da interpretação. Tal corrente, de larga aceitação pelo chamado realismo jurídico (seja norte-americano ou escandinavo), sustenta que a interpretação é uma atividade não de conhecimento, mas sim de valoração e decisão. Os textos podem ser entendidos de diversas maneiras e tais interpretações dependem das variadas posturas valorativas dos intérpretes. Os enunciados interpretativos não são verdadeiros ou falsos, mas sim conferem a um termo ou expressão um significado com preferência sobre outro. Tal maneira de encarar a interpretação leva à conclusão de que os ordenamentos jurídicos não são nem completos nem coerentes.<sup>201</sup> Um exemplo de ceticismo interpretativo extremo posso encontrar em Germe Frank em sua obra “Derecho e Incertidumbre”<sup>202</sup>.

---

<sup>199</sup> Aqui ficam claras as limitações da interpretação “despolitizada” que Kelsen propõe: a Guerra da Coréia (1949-1953), que começou com a invasão das tropas norte-coreanas à Coréia do Sul, foi planejada e articulada em Pequim e Moscou. Durante o conflito, Mao Tsé Tung, presidente chinês, enviou 03 milhões de “voluntários” chineses para combateram na Coréia. A certa altura do conflito todo o comando das operações militares das tropas norte-coreanas se encontrava nas mãos dos generais chineses. Mao queria usar o conflito para obter dos russos a tecnologia e o equipamento para produzir a bomba atômica chinesa (que, ao final, conseguiu). Em nenhum momento este triste episódio da Guerra Fria foi tão somente uma guerra civil envolvendo somente coreanos. Cf. HALLIDAY, Jon e CHANG, Jung. *Mao. A história desconhecida*. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. Especialmente os capítulos 34 (Por que Mao e Stálin começaram a Guerra da Coréia) e 35 (Mao explora a Guerra da Coréia).

<sup>200</sup> KELSEN, Hans. *Recent Trends in the Law of the United Nations*. Nova York: Frederik Praeger, 1951.

<sup>201</sup> Cf. GUASTINI, Ricardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Tradução de Marina Gáscon y Miguel Carbonell. México: UNAM, 1999, p. 15.

<sup>202</sup> Jerome Frank pertence à tradição do realismo jurídico norte-americano, inaugurada por Oliver Wendell Holmes, para quem o direito é, antes de tudo, comportamento judicial. É o que os juízes decidem no caso concreto. Tido como o mais radical integrante da escola do realismo jurídico norte-americano, Frank não se interessava pelos temas habituais da dogmática jurídica, como o estabelecimento de direitos e obrigações, classificações ou teorias sobre a natureza jurídica de um instituto. Não se interessava por questões normativas, uma vez que não as considerava a causa maior da incerteza das decisões judiciais. Tampouco se sentiu atraído pelas diversas teorias da interpretação. Frank irá sustentar que o momento crucial para a determinação das sentenças se encontra no tema da apreciação das provas e não na análise das normas aplicáveis ao caso. As divergências não estavam na determinação das normas a serem aplicadas, mas sim na determinação dos fatos em disputa. E uma vez que a determinação do valor das provas possui como locus privilegiado a primeira instância, pois aí reside a tarefa de declarar quais os fatos comprovados em torno do caso, é este juízo de primeiro grau a instância judicial verdadeiramente importante. No tema da teoria da prova, a credibilidade e a capacidade de persuasão das testemunhas ou ainda no depoimento dos peritos que avaliam as provas, introduzem um elemento psicológico que fazem com que a incerteza judicial não possa ser eliminada. A afirmação de tal incerteza leva

A teoria da interpretação surge na edição da TPD de 1960 como o VIII e último capítulo. Em linhas gerais o texto reproduz aquilo já escrito na edição precedente. Porém, surgem algumas diferenças. A primeira diz respeito à diferença introduzida nesta edição entre interpretação autêntica e interpretação científica. A segunda diz respeito à introdução da possibilidade de que a interpretação ocorra fora da moldura interpretativa – e com isto tenho uma fratura entre a validade de uma norma e a coerência do ordenamento. Diante de tal interpretação, que destoa das possibilidades determinadas pela moldura, caberia à ciência do direito declarar a sua validade / invalidade somente com base em critérios formais, rompendo com a possibilidade de coerência do ordenamento.

Logo no começo do capítulo dedicado à interpretação na TPD de 1960, Kelsen recoloca a distinção entre interpretação autêntica e não autêntica e segue, como nas edições anteriores da TPD, tratando do tema da indeterminação intencional ou não-intencional do ato de edição do Direito, critica a doutrina tradicional e rememora a teoria da moldura.

Mas, segundo Cattoni de Oliveira, “a grande diferença está no ponto 2, *A interpretação como ato de conhecimento ou como de vontade*”. Neste ponto, “Kelsen começa criticando a ideia, segundo ele subjacente à “teoria tradicional da interpretação”, de que a interpretação realizada pelos órgãos aplicadores do Direito seria uma atividade meramente de cognição do Direito preexistente, que levaria à determinação da “única interpretação correta”<sup>203</sup>. Antes de tudo, trata-se de um ato de vontade. É através de uma decisão volitiva que o órgão autorizado escolhe qual dentre as interpretações possíveis é a mais conveniente, produzindo assim a norma inferior. Se é a vontade que cria o direito, observou Vernengo, então este pode ser visto, simplesmente, como a imposição concreta da vontade do grupo que detenha o poder<sup>204</sup>. O direito seria a expressão da vontade da classe dominante – o que me remete a uma inusitada associação da doutrina kelseniana com o marxismo.

---

Frank a uma posição radicalmente cética quanto às possibilidades da interpretação jurídica de prever o resultado dos julgamentos. In: FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Tradução de Carlos Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968.

<sup>203</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica**. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (organizador). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos: 2004, p. 133.

<sup>204</sup> VERNENGO. 1977, p. 11.

Kelsen esclarece seu ponto de vista:

Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do direito, devemos dizer: na aplicação do direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.

Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica.

A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assume a forma de uma lei ou de um tratado de Direito Internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto, mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica representa a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito, é a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando este órgão apenas crie uma norma individual ou executa uma sanção<sup>205</sup>.

Mais adiante, Kelsen irá escrever uma passagem crucial, que representa uma mudança sensível em relação às edições anteriores da Teoria Pura do Direito:

A propósito é importante notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, *como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.*

Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado um direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância<sup>206</sup>. (destaque nosso).

---

<sup>205</sup> TPD-1960, p. 369.

<sup>206</sup> TPD-1960, p. 369 e 370.

Se antes era possível a decisão dentro da moldura, revelando um ceticismo moderado por parte da teoria da interpretação de Kelsen<sup>207</sup>, agora, com a edição da TPD de 1960 e com o reconhecimento – rendendo-se à realidade fática – de que é possível decidir por uma opção localizada “completamente fora da moldura”, o jurista de Viena termina adotando uma teoria cética da interpretação, abandonando qualquer pretensão possível de segurança jurídica.

Tal concepção merece ser chamada de voluntarista, comentará Vernengo, uma vez que o juiz, como transformador da informação fática e normativa prévias, é uma caixa preta: “no sabemos qué ocurre dentro de ella, no nos interesan los procesos psicológicos o gnoseológicos que puedan explicar los sucesos dentro de esa caja negra, dentro de la cabeza del juez”<sup>208</sup>.

Streck destaca que pensamento “normativista” de Hans Kelsen, constitui na verdade uma forma de “decisionismo”. Streck argumenta:

A discricionariedade positivista – embora “limitada” pelo ordenamento jurídico – gera, de forma inexorável, uma espécie de mundo da natureza, em que viceja a liberdade interpretativa (veja-se, por todos, o decisionismo kelseniano e a discricionariedade admitida por Hart para a resolução dos *hard cases*), em que, no fundo, queiramos ou não, ‘cada juiz decide como quer, de acordo com a sua subjetividade’<sup>209</sup>.

Toda interpretação é um ato de poder. O juiz não é um *rechtsautomat*: sua ação não é neutra nem mecânica, ou seja, o juiz age politicamente. Mas, ao reduzir o trabalho dos juízes a uma dimensão puramente política, Kelsen elimina a distância simbólica que deve existir, nas democracias, entre o direito e o poder. Tal distância existe em função da permanente busca do Estado democrático por sua legitimidade, pois ao contrário dos sistemas autoritários ou totalitários, a legitimidade dos sistemas democráticos não é dada como absoluta. A democracia foi construída, em boa parte, em lutas contra o Estado, arrancando do poder o reconhecimento dos direitos. Daí a distância simbólica que direito e poder devem manter

---

<sup>207</sup> Contrariando o ceticismo original kelseniano, fruto de sua concepção de ciência fortemente inspirada pela obra inicial de Wittgenstein, em especial, o *Tractatus Lógico-Philosophicus*, Hart irá propor uma atitude moderada, onde a questão da hermenêutica será compatibilizada com a defesa do positivismo. Hart partirá dos postulados da chamada filosofia linguística, que centra seu interesse na análise das linguagens ordinárias ou naturais, estando ligado filosoficamente ao chamado “segundo” Wittgenstein, o das *Investigações Filosóficas*. Tal abordagem levará Hart a descartar a concepção imotivista e irracionalista de Kelsen acerca da justiça. Ao postular que a regra de reconhecimento pode conter, além de um conteúdo formal, também um conteúdo material, Hart se distancia do ceticismo kelseniano de forma decisiva.

<sup>208</sup> VERNENGO, 1977, p. 11.

<sup>209</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 268.

sempre nos regimes democráticos. Se direito e poder se igualam, costuma frisar Streck, o jurídico se anula diante da política, uma vez que se “direito = poder”, tenho como consequência que “poder = poder”, e o direito perde então seu potencial emancipatório. A aporia é por demais evidente: Kelsen inicia sua *Teoria Pura do Direito* propondo uma separação (epistemológica: através do seu princípio da pureza metódica) entre política e direito (ou seja, entre direito e poder). Ao final, com sua teoria da interpretação, resulta que “todo acto jurídico es actuación política, que toda norma es ejercicio del poder. Quando se termina afirmando que todo hecho productor de una norma jurídica es fruto de una decisión volitiva, la pretendida autonomía del derecho y de su ciencia es difícil de mantener”<sup>210</sup>.

Ao estabelecer uma rígida separação entre a atividade do cientista do direito e as autoridades encarregadas de realizar o que chama de interpretação autêntica, Kelsen se revela prisioneiro de uma concepção estreita da relação sujeito/objeto. Ocorre que o cientista do direito, neutro axiologicamente, não está fora do objeto que se propõe observar e descrever. O cientista do direito, por viver conforme as normas da sociedade, sofre o direito como todos os demais indivíduos. Sua relação com o objeto que estuda não pode ter a assepsia imaginada por Kelsen. O olhar purificado sobre o direito não pode ser obtido por alguém cuja vida pode ser diretamente determinada pela própria interpretação do direito que realiza. Tal olhar purificado estaria fora do mundo jurídico e não captaria a verdadeira prática dos tribunais.

Como vi, Hans Kelsen está longe da caricatura que dele fazem seus críticos rasteiros, presente no que Warat chamou de “discurso universitário sobre Kelsen”<sup>211</sup>. Sua teoria antiformalista, e portanto, realista, da interpretação jurídica, o coloca a uma enorme distância dos postulados do positivismo legalista vigente no século XIX. Kelsen nunca pensou na atividade do juiz como uma “máquina automática”, cuja atividade se esgotaria na operação lógico-formal expressa na subsunção.

Não deixa de ser surpreendente que o autor tido como pai de uma teoria formalista do direito, culmine o seu sistema com uma visão antiformalista da interpretação. Ao quebrar o paradigma dominante do positivismo legalista vigente quando da publicação de sua teoria pura, Kelsen abriu o caminho para o combate aos mitos da segurança jurídica e à ideologia da subsunção. Sublinhou as relações entre o direito e poder, atacando as visões idealistas que

---

<sup>210</sup> MORENO, José Antonio Sanz. **Ordenación jurídica y Estado posliberal**, 2002, p. 176.

<sup>211</sup> WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983, p. 26.

mitificavam a figura do juiz como um super-herói da justiça, incansável na sua luta pelo bem. Atacou ainda as concepções que viam tanto o legislador como o juiz como seres plenamente racionais. Nisto reside o seu realismo. Também não deixa de ser irônico concluir que para Kelsen, o teórico por excelência da democracia parlamentar e adepto da reforma social pacífica, no próprio coração da normalidade, expressa no funcionamento regular do ordenamento jurídico, encontro a exceção aberta pelo decisionismo<sup>212</sup>.

---

<sup>212</sup> Que Kelsen pensa o direito a partir da normalidade (e não da exceção) vemos, por exemplo, em sua consideração num dos prefácios da Teoria Pura do Direito de que o “ideal de uma ciência objetiva do Direito e do Estado só num período de equilíbrio social pode aspirar a um reconhecimento generalizado”. In: KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito**, 1998, p. XIV.

### 3. HANS KELSEN E A CRÍTICA DA TRADIÇÃO JURÍDICA OCIDENTAL

Neste capítulo irei abordar especificamente a questão da justiça na obra de Kelsen, buscando contextualizar suas reflexões e buscando suas afinidades teóricas. Irei explorar as influências tanto de Hume quanto do Círculo de Viena. Entre as teorias da justiça que Kelsen critica, dedicarei especial atenção às suas críticas a Platão e ao marxismo. Ao final, buscarei evidenciar a concepção particular de justiça que Kelsen defende, ancorada na tradição do liberalismo político.

#### 3.1 O PROBLEMA DA JUSTIÇA EM KELSEN

Expulso da universidade alemã e perseguido pelo nazismo, Kelsen retornou à sua cidade natal (Praga) em outubro de 1936, lá permanecendo até 1938, ocasião em que retomará suas investigações acerca da questão da justiça, no que consistirá o seu particular “esforço de guerra” (para lembrar a expressão utilizada por Popper em circunstâncias similares). A permanência em Praga será abortada pelo avanço do nazismo na Europa e pela hostilidade dos partidários de Hitler entre os alunos da universidade<sup>213</sup>. Os textos de Kelsen acerca da questão da justiça devem ser lidos neste contexto de polêmica do teórico do positivismo contra as concepções que a seu ver desarmavam as pessoas contra o advento de regimes totalitários. Comentando a abordagem de Kelsen sobre a justiça, Robert Walter lembra o quanto uma fórmula de justiça pode ser usada para encobrir ideologicamente os piores abusos: “No es posible olvidar que sobre la entrada del campo de concentración de Buchenwald aparece la frase ‘a cada quien lo suyo’, que ha sido enseñada por muchos juristas como fundamental para la justicia”<sup>214</sup>.

O tema da justiça será incluído por Kelsen dentro do estudo dos valores. Tal estudo não faz parte da Ciência Jurídica que ele propõe na *Teoria Pura do Direito*, que teria como

<sup>213</sup> Ver a respeito: STEWART, Iain. *The Critical Legal Science of Hans Kelsen*. In: **Journal of Law and Society**. 17(3), 1990, p. 273. Stewart relata os apuros passados por Kelsen em Praga. Quando da primeira palestra de Kelsen em sua cidade natal, fascistas lotaram o auditório e gritaram que todos, com exceção de judeus e comunistas, deveriam se retirar. Na sequência, os estudantes que ficaram foram espancados. Somente com proteção policial Kelsen pode ensinar naqueles dias e planos foram encontrados visando assassiná-lo. Desiludido, só restou ao jurista da pureza metodológica fugir para os EUA.

<sup>214</sup> WALTER, Robert. **Kelsen, la Teoría Pura del Derecho y el Problema de la Justicia**. Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 28.



princípio metodológico descrever as normas jurídicas, o direito positivo. Dentro da abordagem normativista de Kelsen, a justiça é uma propriedade que pode ser predicada a um agente ou a um ato, mas não a uma norma. Como observa Atienza, os atos criadores de normas podem assumir os valores justo/injusto, “según se hayan dictado en conformidad o no con una determinada norma o principio de justicia. Pero las normas jurídicas solo tienen el valor que les atribuye el propio derecho positivo”<sup>215</sup>.

Mesmo a *Teoria Pura do Direito* se declarando incompetente para responder “se uma dada lei é justa ou injusta ou no que consiste o elemento essencial da justiça, não se opõe de modo algum a essa exigência”<sup>216</sup>. Tal esforço, todavia, não pode ser desenvolvido através da ciência, pois a razão somente pode conhecer normas, mas não criá-las. Esta disjuntiva irá levar Recasen Siches a propor uma dualidade dentro do pensamento de Kelsen: ao lado do Kelsen cientista do direito, preocupado com a coerência dos princípios metodológicos que formam a base do seu projeto, tem, também, um Kelsen filósofo do direito, preocupado com os temas clássicos da abordagem filosófica sobre o tema<sup>217</sup>. De fato, na visão kelseniana, o problema da justiça não constitui objeto da ciência jurídica, mas pertence ao campo da Ética e da Filosofia, porque o objeto a ser conhecido, ou seja, as normas de justiça, não são normas jurídicas, mas sim normas morais.

A ciência do direito em sentido estrito proposta por Kelsen não se ocupa do problema da autoridade legítima, mas tão somente da questão da autoridade válida positivamente. Fiel à sua intenção anti-legitimatória, Kelsen responde de outra forma à indagação levantada por Santo Agostinho em sua *Civita Dei*, onde este afirma que um Estado sem Justiça nada mais é do que um bando de salteadores de estrada. Para o jurista vienense, a diferença entre um bando de salteadores ou um grupo de coletores de impostos reside tão somente no fato dos segundos agirem de acordo com o ordenamento vigente num determinado país. Quanto ao

---

<sup>215</sup> ATIENZA, Manuel. **Introducción al derecho**, 1985, p. 152. Kelsen admite, portanto, que as normas jurídicas podem ser valoradas indiretamente, observando-se os atos criadores das mesmas. Mas para efetuar tal valoração, que não ocorre dentro dos limites do projeto de ciência em sentido estrito que formulou para o direito, é necessário ter em mente um critério de justiça prévio.

<sup>216</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 09.

<sup>217</sup> Recasen Siches escreveu: “Puede uno disentir diametralmente del relativismo kelseniano en materia de valores, sin que esta radical discrepancia afecte en lo más mínimo la validez que uno pueda reconocer a varias de las tesis de la teoría jurídica pura del eminente maestro austro-americano. Así tambien resulta perfectamente correcto estar de acuerdo con varios puntos de la Teoría general del Derecho de Kelsen y no compartir el relativismo axiológico de éste, antes bien, empeñarse en el desarrollo de una estimativa objetiva”. In: RECASSEN SICHES, Luis. **Tratado general de filosofía del derecho**. 4ª edición. México: Porrúa, 1970, p. 407.

sentido subjetivo do comando que determina que o dinheiro seja entregue, num caso e no outro, é o mesmo. A diferença está no sentido objetivo. Ou, utilizando a linguagem esculpida na Teoria Pura do Direito, a distinção entre os salteadores e os coletores de impostos se funda no fato de que é atribuído aos segundos o sentido objetivo de uma norma vinculadora de seus destinatários que seja objetivamente válida<sup>218</sup>.

Kelsen também argumenta sobre a impossibilidade de derivar da natureza uma teoria da justiça, uma vez que existem concepções distintas sobre o que constitui a própria natureza e com o fundamento na natureza foi possível justificar os direitos mais contraditórios entre si, como a propriedade privada ou a propriedade coletiva<sup>219</sup>. E ainda: não é possível encontrar nas sociedades humanas comportamentos tão invariáveis quanto aqueles que encontro nas leis naturais.

### 3.2 KELSEN E HUME

Analisando as diversas doutrinas acerca do tema da justiça, é possível encontrar em David Hume concepções que permitem uma aproximação com o pensamento de Kelsen a respeito do tema. Em contraposição ao *Logos* que quer se expressar dentro da doutrina platônica, Hume é firme partidário do *Nomos*, que se exprime através do costume e da convenção, ou seja, da artificialidade humana<sup>220</sup>. Também para Kelsen, o direito resulta como fruto de uma convenção social, uma técnica desenvolvida que é usada para regular o comportamento dos indivíduos numa determinada sociedade. Para Hume, a justiça nasce das necessidades que os homens experimentam na vida em sociedade, sempre oscilando entre a abundância e a escassez, o que o leva a contestar tantos as ficções poéticas de uma *idade de ouro* ou, ao contrário de um estado de natureza onde a escassez completa leva os homens a uma guerra permanente de uns contra os outros<sup>221</sup>. Também Kelsen se pronuncia como um pensador anti-utópico, buscando afastar-se de qualquer concepção política fundada na busca

---

<sup>218</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 49.

<sup>219</sup> KELSEN, 1963, p. 134.

<sup>220</sup> Cf. PISON, Jose Martinez de. **Justicia y Orden Político en Hume: sus fundamentos filosoficos**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 224 e seguintes.

<sup>221</sup> HUME, David. **Uma investigação sobre os princípios da moral**. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. Campinas: Unicamp, 1995, p. 43.

de uma sociedade ideal, pois em tais sociedades idealizadas não existem conflitos de interesses e em tais circunstâncias, não há necessidade de justiça<sup>222</sup>.

Também no plano das percepções sobre a moral, Kelsen e Hume partilham a mesma postura baseada no subjetivismo ético. Segundo Hume, a moral surge como vivência de um sentimento. Ou seja, na visão de Hume, o sentir é a raiz do julgar e a moral é, portanto, mais propriamente sentida do que julgada, pois toda “moralidade se funda na dor ou no prazer gerados pela perspectiva de algum prejuízo ou vantagem que possam resultar de nosso próprio caráter ou do caráter alheio, todos os efeitos da moralidade têm de ser derivados da mesma dor ou prazer”<sup>223</sup>. Rawls explica que, para Hume, “a lógica explica as operações de nossa faculdade de raciocínio e a natureza de nossas ideias. A moral e a crítica investigam nossos sentimentos e gostos, ao passo que a política trata das pessoas reunidas em sociedade e dependentes umas das outras”<sup>224</sup>.

Para o ceticismo de Hume, todos os valores morais são artificiais, pois não posso remontar a fonte da moral nem a Deus (pois nem sei se de fato existe), nem à religião, nem à natureza humana (pois esta é desconhecida) e nem tampouco à razão (que somente pode relacionar ideias, mas não pode penetrar na “essência” dos fenômenos). Desta forma, os valores morais só podem ser expressão de determinadas emoções humanas<sup>225</sup>.

Hume me adverte ainda para a confusão entre o bom/mau com o verdadeiro/falso:

A razão é a descoberta da verdade e da falsidade. A verdade e a falsidade consistem no acordo e no desacordo seja quanto à relação real de ideias, seja quanto à existência e aos fatos reais. Portanto, aquilo que não for suscetível desse acordo ou desacordo será incapaz de ser verdadeiro ou falso, e nunca poderá ser objeto de nossa razão. Ora, é evidente que nossas paixões,

---

<sup>222</sup> KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 4. O caráter anti-utópico do pensamento kelseniano fica sempre evidente nas suas críticas ao marxismo. Por exemplo, quando considera a fórmula de justiça de Marx nada mais que “pura utopia, a utopia típica de uma era dourada, situada no futuro, um estado paradisíaco”. *Ibid.*, p. 17.

<sup>223</sup> HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**, 2009, p. 330.

<sup>224</sup> RAWLS, John. **História da Filosofia Moral**. Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 60.

<sup>225</sup> Hume escreveu: “Tomemos qualquer ação reconhecidamente viciosa: o homicídio voluntário, por exemplo. Examinemo-la sob todos os pontos de vista, e vejamos se podemos encontrar o fato, ou a existência real, que chamamos de vício. Como quer que a tomemos, encontraremos somente certas paixões, motivos, volições e pensamentos. Não há nenhuma outra questão de fato neste caso. O vício escapa-nos por completo, enquanto consideramos o objeto. Não o encontraremos até dirigirmos nossa reflexão para o próprio íntimo e darmos com um sentimento de desaprovação, que se forma em nós contra essa ação. Aqui há um fato, mas ele é objeto de sentimento [*feeling*], não de razão”. In: HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**, p. 508.

volições e ações são incapazes de tal acordo ou desacordo, já que são fatos e realidades originais, completos em si mesmos, e não implicam nenhuma referência a outras paixões, volições e ações. É impossível, portanto, declará-las verdadeiras ou falsas, contrárias ou conformes à razão. (...) As ações podem ser louváveis ou condenáveis, mas não podem ser racionais ou irracionais. Louvável ou condenável, portanto, não é a mesma coisa que racional ou irracional. O mérito ou o demérito das ações frequentemente contradizem, e às vezes controlam nossas propensões naturais. Mas a razão não tem tal influência. As distinções morais, portanto, não são frutos da razão<sup>226</sup>.

Kelsen explica que os juízos de realidade podem ser verificáveis pela experimentação, mas os juízos de valor não permitem este tipo de verificação<sup>227</sup>. Com base nisto, Hume propõe uma ideia muito cara ao positivismo de Kelsen: não posso confundir o descritivo com o prescritivo<sup>228</sup>. Ou seja, posso afirmar que a terra é redonda, mas não posso afirmar que isto seja bom ou mau.

Como explica Farago, o pensamento empirista de Hume parte de uma antropologia que concebe o homem como uma criatura envolvida num amálgama permanente de debilidade e necessidade. O homem, incapaz de sobreviver sozinho, precisa da sociedade para conservar-se, mas ao mesmo tempo, é também incapaz de conceber, de forma espontânea, o interesse geral. Ao contrário, “o interesse, paixão insaciável pela aquisição de bens e posse para si mesmo e seus parentes, engendra o conflito social, a convenção política e jurídica revela-se necessária tanto quanto as convenções morais e intelectuais que são princípios de justiça”<sup>229</sup>.

Não há em Hume uma ideia de justiça que surge como derivada de uma reta razão, através do uso de uma adequada epistemologia. Para Hume, a justiça que nasce da necessidade humana de convivência é o resultado de uma combinação entre sentimentos e convenção: o sentido da justiça não está baseado em nossas ideias, mas sim em nossas impressões, engendradas pela convenção humana. A justiça é estabelecida por uma convenção ou um acordo: “a ideia do justo é indispensável para a harmonia e a paz social, mas ela não

<sup>226</sup> HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**, p. 498.

<sup>227</sup> KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução de Luís Carlos Borges, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 6.

<sup>228</sup> A influência humana é também muito forte com relação ao positivismo lógico do Círculo de Viena. Ouelbani considera Hume o “padrinho” do movimento. In: OUELBANI, Mélika. **O Círculo de Viena**. Trad. Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2009, p. 45.

<sup>229</sup> FARAGO, France. **A Justiça**. Tradução de Maria José Pontieri. Barueri: Manole, 2004, p. 176

remete a nenhum valor que esteja acima das leis”<sup>230</sup>. Tal convenção, todavia, e ao contrário de Locke, não possui a natureza de um contrato social. Mesmo sendo uma instituição que, como o Estado, nasce da vontade e do acordo, a justiça apresenta-se de forma tácita, implícita, sob a forma de um sentimento de interesse comum, sem que possa associar a ela as ideias de compromisso ou promessa<sup>231</sup>.

No pensamento de Kelsen acerca do tema, duas ideias se apresentam como similares: a de que a justiça (ou os valores morais) não são dedutíveis da razão, mas sim da emoção e, em segundo lugar, a compreensão de que o direito é fruto da vontade humana, ou seja, é produto do convencionalismo e do artificialismo da vida social. O direito de uma nação particular pode abrigar em seu seio as convenções adotadas na época, fruto da vontade da classe dirigente, filiando-se a um sistema moral determinado ou até mesmo a diversos e por vezes até mesmo contraditórios sistemas morais reunidos num mesmo texto legal (como é o caso da Constituição brasileira de 1934, que abrigava concepções liberais, socialistas e fascistas numa mesma carta). Assim como Hume, Kelsen é também um partidário de uma visão do direito (e da sua justiça convencionalizada) como expressão no *Nomos* (e não do *Logos*). Hume foi o primeiro a acusar o jusnaturalismo de irracionalidade em sua infrutífera tentativa de provar racionalmente a validade dos direitos naturais. Kelsen segue suas pegadas.

### 3.3 A INFLUÊNCIA DO EMOTIVISMO ÉTICO NA *TEORIA PURA DO DIREITO*

Tendo convivido muito proximamente com as formulações que consagraram o Círculo de Viena e sua revolução no campo da filosofia da linguagem, Kelsen irá incorporar em sua obra as concepções que irão receber o nome de teoria emotiva ou emotivismo, já presentes, como aponteí acima, na obra de Hume<sup>232</sup>. Para Kelsen, "é nosso sentimento, nossa vontade e

---

<sup>230</sup> Ibid., p. 178.

<sup>231</sup> Ou como sintetiza Farago acerca da Justiça em Hume: “A edificação da vida social através das virtudes é comparável à construção de uma parede onde cada operário traria sua pedra sem importar-se com o que fazem os outros operários. A parede poderia ser construída, no entanto, pela conjunção de todas as participações isoladas. Ao contrário, os atos regulados pelas convenções são semelhantes aos gestos dos operários que estão construindo uma abóbada: eles devem estabelecer regras uns aos outros, com muita precisão, sob pena de provocar o desmoronamento de sua abóbada. Da mesma forma, a justiça assegura o equilíbrio, a coesão de todo o edifício social pelo viés de suas leis fundamentais. E porque ela é o que faz sustentar a arquitetura do conjunto da sociedade que não se pode fazer, às vezes, os retoques de detalhes que pareceriam, no entanto, impor-se: isso colocaria em perigo o equilíbrio do conjunto. A ideia da justiça enquanto convenção implícita parece ser o caráter específico da doutrina humeniana da justiça”. In: FARAGO, France. **A Justiça**, p. 184.

<sup>232</sup> Apesar de não ter participado do grupo central de formuladores do Círculo de Viena, Kelsen participava ativamente dos debates sobre os temas que fariam o sucesso da escola. De acordo com Karl Menger, haviam

não nossa razão, é o elemento emocional e não o racional de nossa atividade consciente que soluciona o conflito"<sup>233</sup>. O autor inaugural do pensamento emotivista foi o sueco Axel Hägerström, em 1911, justamente no ano em que Kelsen publica a obra inaugural do seu projeto de uma teoria purificada do direito, intitulada *Problemas Capitais da Teoria Jurídica do Estado*. Posteriormente, o emotivismo foi tratado por autores como Alfred Jules Ayer e Charlie Leslie Stevenson.

A característica comum entre o realismo escandinavo representado por Hägerström e o neopositivismo do Círculo de Viena consiste na sua acentuada postura anti-metafísica. Para Hägerström, a metafísica não é nada mais que uma vazia combinação de sentido. Para Carnap, proposições metafísicas não passam de pseudo-proposições<sup>234</sup>. Kelsen, por sua vez, também foi um pensador decididamente anti-metafísico. Outro traço em comum entre o Círculo de Viena e o realismo jurídico escandinavo é o emotivismo ético ou não-cognotivismo ético. Com forte acento empirista, Hägerström afirmava que nunca posso identificar nenhuma obrigação e nenhum valor moral, mas sim, tão-somente, situações de fato, pois do fato de que uma coisa exista não se pode inferir que esta deva existir. Sendo assim, uma proposição moral não pode ser verdadeira nem falsa e a ciência não pode ter como tarefa estabelecer o que é o bem e o que é o mal. A afirmação de que “Getúlio Vargas governou o Brasil por quinze anos” pode ser considerada como verdadeira ou falsa, mas se digo “Louvemos a memória de nosso presidente Getúlio Vargas”, tal afirmação não pode ser entendida em termos de verdade ou falsidade. O juízo de valor é a expressão de um sentimento de prazer ou desagrado, sentimento conectado com o objeto julgado como bom ou mal<sup>235</sup>.

---

diversos grupos de discussão na Viena dos anos vinte, um deles era liderado por Kelsen, tratando de temas jurídicos e outro liderado por Von Mises, tratando de temas econômicos. O grupo principal, *Schlick Kreis*, era comandado por Moritz Schlick, que organizava reuniões todas as noites de quinta-feira. Cf. GRAÇA NETO. Antônio. Kelsen e Wittgenstein: as interfaces da lógica. In: **Revista Sequência**, n. 32, ano 17, jun 1996, p. 116.

<sup>233</sup> KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 5.

<sup>234</sup> Como comenta Ouelbani: “Em seu célebre artigo A superação da metafísica pela análise lógica da linguagem, Carnap explica que, se os enunciados da metafísica não tem sentido, isso se explica pelo fato de que os conceitos foram utilizados sem que uma definição correspondente a seu novo uso, que não é o uso cotidiano ou empírico, tenha sido previamente estabelecido. E dá como exemplo o termo ‘princípio’, amplamente usado em metafísica, apesar de não ter uma verdadeira significação, que só pode ser dada se a seguinte pergunta for respondida: ‘Em que condições um enunciado da forma ‘x é o princípio de ‘y’ é verdadeiro e em que condições é falso?’ Algo que os metafísicos são manifestamente incapazes de fazer e, assim como tantos outros, não tendo mais a sua definição de origem, esse termo ‘é apenas uma casca vazia’. Qualquer palavra só pode ter uma significação se algum procedimento de verificação for demonstrado. Os enunciados compostos por estes termos, que são pseudoconceitos e não conceitos verdadeiros, são pseudoproposições”. In: OUELBANI, Mélika. **O Círculo de Viena**, p. 31-32.

<sup>235</sup> CASTIGNONE, Silvana. **La máquina del derecho**. La escuela del realismo jurídico en Suecia. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2007, p. 31.

Do mesmo modo que Kelsen, que a atribuía à sua teoria pura do direito um sentido anti-ideológico, os juristas escandinavos irão desenvolver uma crítica à chamada “ideologia da justiça”, ou seja, às concepções segundo as quais com anterioridade e de forma independente do direito positivado e da organização social, existiria uma “justiça material” que o direito positivo estaria chamado a realizar e garantir. Como bem sintetizou Castignone, para os juristas escandinavos, e especialmente para Vilhelm Lundstedt, a “única realidad concreta está constituída por la ‘máquina del derecho’, por la organización de la fuerza y por los objetivos sociales: las normas separadas del derecho no son nada, solamente *empty labels* y *vacuous terms*”<sup>236</sup>.

Ao lado de Kelsen, compartilhando da sua visão emotivista acerca dos valores, encontro Alf Ross, outro teórico do realismo jurídico escandinavo e ex-aluno de Hägerström. Para Ross, falar de justiça consistia num apelo às emoções: “Invocar la justicia, es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. Esta no es la manera adecuada de obtener comprensión mutua”<sup>237</sup>. Quando alguém diz que uma situação é injusta porque não lhe agrada, está dizendo tão somente que tal situação não lhe agrada por ser injusta. As palavras dedicadas à questão da justiça constituem tentativa de persuasão, mas não argumentos válidos. Ross chega a remeter a questão da justiça para o terreno da fisiologia humana: “Es muy fácil creer en las ilusiones que excitan la emoción estimulando las glándulas suprarrenales”<sup>238</sup>.

Tais posições se encontram bem desenvolvidas em autores como Ayer, um dos filósofos centrais do positivismo lógico, que buscou elucidar o caráter lingüístico dos juízos morais. Em seu livro *Linguagem, Verdade e Lógica*, Ayer estabelece uma tipologia tripartida de afirmações, onde as primeiras correspondem às afirmações de tipo lógico e matemático, as

---

<sup>236</sup> CASTIGNONE, 2007, p. 173. Neste ponto precisamos assinalar também as divergências entre o realismo jurídico escandinavo e o positivismo kelseniano. Enquanto os primeiros acusavam Kelsen de ter criado uma visão metafísica do ordenamento jurídico, o teórico da teoria pura do direito rebatia argumentando que o realismo escandinavo recaía num sociologismo, ao situar o direito no plano do ser. O fato é que Kelsen opera com base no dualismo kantiano de ser e dever-ser, enquanto que os escandinavos rejeitam a epistemologia de Kant.

<sup>237</sup> ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia.**, 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2005, p. 340. Ross continua, na mesma página: “Es imposible tener una discusión racional con quien apela a la ‘justicia’, porque nada dice que pueda ser arguido en pro o en contra. Sus palabras constituyen persuasión, no argumento. La ideología de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto, puesto que por un lado incita a la creencia de que la demanda propia no es la mera expresión de un cierto interes en conflicto con intereses opuestos, sino que posee una validez superior, de carácter absoluto; y por otro lado, excluye todo argumento y discusión racionales con miras a un compromiso. La ideología de la justicia es una actitud militante de tipo bio-lógico-emocional, a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses”.

<sup>238</sup> Ibid., p. 340.

segundas de tipo empiricamente verificáveis (como os resultados estabelecidos pela ciência e pela experiência comum) e finalmente uma terceira classe de afirmações, que diferem das anteriores, que são as afirmações da ética, da estética e da teologia. Para Ayer, certas proposições, como por exemplo, “roubar é ruim” ou “isto é injusto”, não são propriamente proposições (uma vez que para os positivistas lógicos todas as proposições ou são puramente analíticas ou empiricamente verificáveis), ou seja, não são declarações científicas, são apenas expressões de um sentimento, que não podem ser tomadas por verdadeiras nem falsas<sup>239</sup>.

O emotivismo nega a facticidade da moral e afirma que os juízos morais não podem ter uma função descritiva. Tais afirmações éticas expressam as atitudes do falante, mas não possuem um valor de verdade. Ayer nega que as disputas morais sejam de fato possíveis, uma vez que não posso discutir sobre a aceitação ou rejeição de um princípio moral, pois é impossível encontrar um critério para determinar a validade dos juízos éticos. A única coisa que podemos fazer é discutirmos a relevância de determinados fatos, pois os juízos morais não lidam com verdade ou falsidade, mas sim com enunciados de aprovação ou desaprovação. Quando alguém afirma que “roubar é errado” está tão somente expressando hostilidade para com tal atitude<sup>240</sup>. Como explica Ferrater Mora:

A objeção de que elas são proposições porque podem ser traduzidas em proposições empiricamente verificáveis – a ‘proposição’ ‘roubar é ruim’, por exemplo, pode ser traduzida pela proposição ‘não aprovo o roubo’ – foi refutada mostrando-se que a desaprovação (ou aprovação) de algo não é de modo algum incompatível com a asserção de que esse algo é mau (ou bom). Por conseguinte, parece que se deve negar às expressões éticas, mesmo que não sejam empíricas, são emotivas, isto é, manifestam sentimentos de índole ética. Como tais elas não podem ser declaradas verdadeiras ou falsas<sup>241</sup>.

<sup>239</sup> AYER, A. J. **Lenguaje, verdad y lógica**. Barcelona: Ediciones Martinez Roca, 1971, p. 119.

<sup>240</sup> Ibid., p. 124. Ayer escreveu: “Comenzamos admitiendo que los conceptos éticos fundamentales son inanalizables, puesto que no existe ningún criterio mediante el cual pueda probarse la validez de los juicios en que aparecen. (...) Decimos que la razón por la cual son inanalizables consiste en que son simples pseudo-conceptos. La presencia de un símbolo ético en una proposición no añade nada a su contenido factual. Así, si yo digo a alguien: “Usted obró mal al robar ese dinero” no estoy afirmando nada más que si dijese, simplemente, “Usted robó esse dinero”. Al añadir que esta acción es mala, no estoy haciendo ninguna más amplia declaración acerca de ella. Solo estoy poniendo de manifiesto la desaprobación moral que me merece. Es como si dijese “Usted robo esse dinero”, com un especial tono de horror, o como si lo escribiese añadiéndole determinados signos de exclamación. (...) Porque, al decir que un cierto tipo de acción es bueno o malo, no estoy haciendo ninguna declaración factual, ni siquiera una declaración acerca de mi próprio estado de ánimo. Simplemente, estoy expresando ciertos sentimientos morales. Y el hombre que aparentemente está contradiciéndome no está haciendo más que expresar sus sentimientos morales”. Ibid., p. 124-125.

<sup>241</sup> MORA, José Ferrater. **Diccionario de Filosofía**. Tomo II (E-J). São Paulo: Loyola, 2001, p. 818.



Sendo assim, as afirmações (proposições) que expressam crenças tentam nos apresentar uma representação qualquer do mundo, enquanto que as afirmações morais expressam emoções (que não visam representar o mundo). Subjaz a este ponto de vista a opinião de que as questões morais não podem ser fundadas nem sobre juízos objetivos ou transcendentais (proposições analíticas) nem sobre fatos (proposições empíricas), mas tão somente na escolha autônoma do sujeito (o que constitui o fundamento do agir moral, ou nas palavras de Kelsen, “o verdadeiro sentido da autonomia moral”)<sup>242</sup>. A escolha dos fins morais somente pode ser uma escolha subjetiva, que não cabe à ciência<sup>243</sup>.

Assim como Kelsen, Ayer acusava as demais teorias éticas de incorrerem na chamada falácia naturalista, tentando extrair conteúdos morais de fatos naturais, ou seja, tentando derivar um ser de um dever-ser. Ocorre que os juízos morais não são passíveis de verificação, o que permitiria uma posição absolutista com relação a determinados valores. Ayer considerava que o código moral de cada sociedade estava, em parte, determinado pelas crenças (sem valor científico) de cada sociedade, relativas às condições da sua própria felicidade e que as próprias teorias éticas oscilam entre felicidade e moralidade<sup>244</sup>. Kelsen, por sua vez, irá escrever que, em geral, a justiça foi sempre confundida com a busca pela felicidade<sup>245</sup>.

Outro autor importante dentro do contexto do emotivismo ético é Charles Leslie Stevenson, autor de *Ética e Linguagem*. Stevenson parte de uma diferenciação entre atitudes e crenças, sublinhando que o que distingue o ético é sua ligação com as atitudes. Os desacordos sobre temas morais são desacordos acerca de diferentes atitudes. Por outro lado, as questões de crença são questões lógicas ou de fatos empíricos. Quando duas pessoas discordam sobre se Lee Oswald matou sozinho o presidente Kennedy ou se participava de uma conspiração, estão discordando sobre fatos e somente uma das posições pode ser verdadeira. Por outro

---

<sup>242</sup> KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**, p. 168.

<sup>243</sup> Nas palavras de Kelsen: “Se se considera um impulso como dirigido a um fim, se se admite que o ser ao qual é inato o impulso visa, com o seu impulso, realizar um fim, este só pode ser um fim subjetivo, isto é, não um fim que deva ser realizado, não um fim objetivo, mas apenas um fim que este ser pretende realizar”. In: KELSEN, Hans. *Ibid.*, p. 81.

<sup>244</sup> AYER, A. J. **Lenguaje, verdad y lógica**. 1971, p. 131.

<sup>245</sup> A respeito, Kelsen escreveu: “mas o que significa ser uma ordem justa? Significa essa ordem regular o comportamento dos homens de modo a contentar a todos, e todos encontrarem sob ela felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felicidade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social”. In: KELSEN, Hans. **O que é justiça?** p. 2. E, ainda: “O anseio por justiça é tão elementar, está tão profundamente enraizado no coração do homem, justamente por exprimir um anseio indestrutível da própria felicidade subjetiva”. *Ibid.*, p. 4.

lado, numa discordância sobre a adoção ou não de uma legislação para o controle de armas de fogo, temos um desacordo de atitude, pois *queremos* coisas diferentes<sup>246</sup>.

Para Stevenson, o significado de um signo é a sua capacidade de provocar certas respostas psicológicas. Se tais respostas são atos de conhecimento, o signo terá o significado descritivo. Por sua vez, quando os signos possuem significado emotivo, sua resposta são atitudes<sup>247</sup>. Quando alguém diz que “a homossexualidade é imoral”, isto significa algo equivalente a dizer “a homossexualidade, que horror!” ou então “não se envolva em atos homossexuais”<sup>248</sup>. As atitudes, como comenta Nakhnikian, “tienen que ver con intenciones, finalidades, deseos, intereses, preferencias etc. Según Stevenson, cuando dos personas tienen un desacuerdo ético, esto significa simplemente una oposición de actitudes”<sup>249</sup>. Desta forma, um juízo de valor que diga “X é bom”, quer dizer, antes de tudo, “Aprovo X. Faça-o também”<sup>250</sup>. A consequência do raciocínio de Stevenson é a eliminação da ética normativa como disciplina teórica.

Ocorre que o conceito de racionalidade operado pelos pensadores ligados ao neopositivismo lógico termina por se mostrar bastante estreito, pois se baseia na ideia de que um enunciado somente é significativo ou racional se é verificável, ou seja, se é suscetível de constatação empírica<sup>251</sup>. Hart irá apresentar uma outra abordagem sobre o tema, considerando a possibilidade de estabelecer racionalmente conteúdos mínimos de justiça, capazes de viabilizar a vida humana em comunidade. Tais conteúdos mínimos são derivados de algumas características universais da antropologia humana, ligadas à vulnerabilidade humana, sua relativa igualdade, a existência de recursos limitados e ainda os limites tanto da compreensão quanto da força da vontade humana. Tal conteúdo mínimo do direito em Hart possui uma forte inspiração hobbesiana e apresenta-se como distinto das abordagens jusnaturalistas por

<sup>246</sup> RACHELS, James. **Elementos de Filosofia Moral**. Tradução de Azevedo Gonçalves. Lisboa: Gradiva, 2004, p. 64.

<sup>247</sup> Cf. STEVENSON, Charles L. **Ética y Lenguaje**. Tradução de Eduardo Rabossi. Buenos Aires: Paidós, 1971.

<sup>248</sup> RACHELS, James. **Elementos de Filosofia Moral**, p. 62-63.

<sup>249</sup> NAKHNIKIAN, George. **El Derecho y las Teorías Éticas Contemporáneas**. Trad. Eugenio Bulygin e Genaro Carrió. México: Fontamara, 1991, p. 34.

<sup>250</sup> Do mesmo modo, o primeiro Russel, o da década de 30 do século XX, também entendia que “um juízo de valor intrínseco deve ser interpretado não como uma asserção, mas como uma expressão de desejo, relativa aos desejos da humanidade – de sorte que quando digo ‘o ódio é mau’, em realidade estou dizendo ‘gostaria que ninguém sentisse ódio’”. In: AYER, A. J. **As ideias de Bertrand Russel**. São Paulo: Cultrix e Editora da USP, 1974, p. 126.

<sup>251</sup> ATIENZA, Manual. **Introducción al derecho**, p. 156.

perceber que tal conteúdo não é nem imutável e nem universal, permanecendo ainda a distinção hartiana entre a validade da norma e o seu caráter justo ou injusto<sup>252</sup>.

Apesar de Kelsen enxergar a justiça como um sentimento, ou seja, como um atributo que aplicamos a depender de nossas emoções, não irá aceitar a doutrina que postula que o direito abriga um “sentimento de justiça”. Para Kelsen, podemos designar como sentimento de justiça aquilo que advém de uma origem emocional e que desemboca numa representação (ideia) do que é justo. Porém, tal sentimento jurídico “não pode ser o fundamento de um direito natural. Como efeito, ele é muito diferente e contraditório nos diferentes indivíduos”<sup>253</sup>. Tais sentimentos são diversos e contingentes, e se modificam no decorrer da evolução humana. Como Kelsen conhecia da obra de Freud, sabia também como os impulsos e sentimentos humanos são contraditórios, havendo tanto pulsões no sentido da autoconservação quando da autodestruição, o que impossibilita derivar uma teoria da justiça de uma suposta natureza humana, que, caso possa ser determinada, é preciso que seja tida como contraditória<sup>254</sup>. Freud, que desde 1905 já havia sedimentado sua concepção sobre o tema, irá tratar a questão de uma forma dualista: “o primeiro dualismo invocado é a das pulsões sexuais e das pulsões do ego ou de autoconservação; por estas últimas Freud entende as grandes necessidades ou grandes funções indispensáveis à conservação do indivíduo, cujo modelo é a fome”<sup>255</sup>. Já a pulsão de destruição, surge da libido narcísica e é dirigida contra o mundo e contra os outros seres vivos.

Verei mais adiante, quando tratarei da obra de Luhmann, que o mesmo também entende as comunicações morais como tão-somente expressões de apreço ou despreço, ou seja, não são entendidas como comunicações passíveis de uma verificação científica. Tal ponto em comum serve para colocar de guarda tanto Kelsen quanto Luhmann a respeito dos fundamentalismos morais que estão na base de todos os projetos totalitários.

---

<sup>252</sup> HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**, p. 201-228.

<sup>253</sup> KELSEN. **A justiça e o direito natural**, p. 131.

<sup>254</sup> Kelsen argumenta: “Quem pode, porém, negar que em muitos homens também se encontram vivos impulsos que se endereçam justamente à conduta oposta e que, conhecidos pela moderna psicologia sob o nome de impulsos agressivos, são reconhecidos como parte integrante da ‘natureza’ humana? Se do impulso do amor do próximo existente em muitos homens se conclui para o preceito do amor do próximo, do desejo de paz existente em muitos homens se conclui para o preceito da paz, então deve admitir-se que do impulso agressivo igualmente existente e, portanto, igualmente natural se segue o preceito que nos manda conduzirmo-nos de conformidade com este impulso. Haverá, porém, qualquer doutrina do direito natural que esteja disposta a tirar uma tal conclusão?” In: KELSEN. **A justiça e o direito natural**, p. 111.

<sup>255</sup> LAPLANCHE e PONTALIS. **Vocabulário da Psicanálise**. Tradução de Pedro Tamen., 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 395-396.

### 3.4 CRÍTICA DE KELSEN ÀS DIVERSAS FÓRMULAS DE JUSTIÇA

Na sua crítica às diversas teorias da justiça elaboradas através da história, Kelsen mobiliza um arsenal teórico que pode ser bem delimitado nos seguintes pontos: a) caráter tautológico e puramente formal das fórmulas de justiça; b) ocorrência do erro lógico consistente na falácia naturalista; c) argumento relativista ou não-cognoscivista; d) o argumento anti-ideológico (que visa demonstrar o caráter ideológico e geralmente conservador das fórmulas de justiça), que aparece também sob a forma da “tese da não valoração” (separação entre saber experimental e juízos de valor), conforme expressa por Weber<sup>256</sup>. Sem me ocupar em detalhes de cada uma das críticas kelsenianas às diversas fórmulas de justiça, irei demonstrar, de forma exemplificativa, o uso que o jurista de Viena faz de suas armas conceituais para demonstrar a inaplicabilidade das fórmulas de justiça propostas até então. À exceção ficará por conta de dois autores, Platão e Marx, com quem Kelsen se bateu mais detidamente e que serão objeto de estudo mais detalhado nesta tese.

Kelsen critica o caráter tautológico de diversas fórmulas de justiça. Devo compreender por tautologia a repetição de um mesmo argumento sob forma diferente ou ainda, num sentido filosófico preciso, como uma “proposição idêntica, cujo sujeito e o predicado são um só e mesmo conceito (expresso ou não por uma mesma palavra)”<sup>257</sup>. Kelsen usa no sentido pejorativo do termo, ou seja, como um “vício lógico que consiste em apresentar como significativa uma proposição cujo predicado não diz nada mais do que o sujeito”<sup>258</sup>. Um exemplo de fórmula tautológica encontra-se presente no famoso *suum cuique* de Aristóteles: dar a cada um o que é seu. Trata-se de um conceito estritamente formal e aparentemente perfeito, mas que não resolve a questão, pois não aponta o mais decisivo: qual o ‘seu’ de cada um. Como comenta Robert Walter:

<sup>256</sup> WALTER, Robert. **Kelsen, la Teoría Pura del Derecho y el Problema de la Justicia**. 1997, p. 25.

<sup>257</sup> LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia**. Tradução de Fátima de Sá Correa e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1107. Para os autores do Círculo de Viena, especialmente Carnap, “todas as proposições da lógica e das matemáticas apresentam a característica de serem assim puramente formais, e nada nos ensinarem sobre a realidade”. Ibid., p. 1107. Sendo assim, estas ciências são chamadas de tautológicas.

<sup>258</sup> Ibid., p. 1108.

La fórmula del *suum cuique* cae así en la tautología de que a cada quien debe asignarse lo que debe asignársele. La aplicación de esta ‘norma de justicia’ presupone con ella la validez de un orden normativo que ya há determinado qué es lo ‘suyo’ respectivo, esto es, lo que le es debido. Cada orden social puede pensar de si mismo que concede a cada uno lo ‘suyo’, puesto que él mismo determina qué es lo ‘suyo’. Esto puede en verdad ser enteramente distinto en diferentes sociedades. Pero con ello se evidencia que la doctrina del *suum cuique* puede facilmente ser mal usada, pues a cada orden político le es dable conceptuar que atribuye a cada quien lo suyo, inclusive cuando debe decidir que un grupo há de recibir unos mínimos médios de subsistência y outro una abundante cantidad de bienes<sup>259</sup>.

Essa norma pode legitimar qualquer ordenamento jurídico vez que quem vai determinar o que é devido a cada um (problema material dessa norma de justiça) é o direito positivo,<sup>260</sup> sendo assim, “a fórmula ‘a cada um o que é seu’ serve para justificar toda e qualquer ordem social, seja ela capitalista ou socialista, democrática ou autocrática”<sup>261</sup>. Por ser estritamente formal, o *suum cuique* é irrelevante para se formular um conceito absoluto de justiça.

Também o *mesotes* proposto por Aristóteles é definido por Kelsen como mais uma fórmula de caráter tautológico. Para Aristóteles, a justiça é uma virtude principal, que permite se por no meio de dois extremos<sup>262</sup>. Os extremos são os vícios, que podem surgir por excesso ou por falta. A virtude da coragem surge como meio-termo entre o vício da covardia e o vício da temeridade, que leva o homem a arriscar-se inutilmente<sup>263</sup>. Na base da formulação aristotélica, pontua Kelsen, temos a ideia de que o conhecimento dos vícios é pressuposto como algo evidente de per-si. Ora, tal conhecimento somente pode ser pressuposto de acordo com a moral tradicional do tempo em que vivia o filósofo grego. Kelsen comenta: “Isto significa que a ética da doutrina do *mesotes* apenas simula solucionar o seu problema, o

<sup>259</sup> WALTER, op. cit., p. 29.

<sup>260</sup> Roberto Aguiar também aponta o caráter tautológico da justiça em Aristóteles: “Tomemos alguns dos aspectos aqui trazidos: ‘A justiça é a virtude de dar a cada um o seu direito’. A pergunta que essa afirmação suscita é a seguinte: Qual é o direito de cada um? Quem determina qual é o direito de cada um? Seriam estes direitos deduzidos de uma ordem cósmica que os determinaria previamente? Como fica a historicidade, a mutabilidade na definição dos direitos de cada um? Infelizmente, a se tomar essa definição, nada fica explicado ou claro”. Cf. AGUIAR, Roberto A. R. **O que justiça?** Uma abordagem dialética. São Paulo: Alfa-Ômega, 1993, p. 45.

<sup>261</sup> KELSEN, Hans. **O que é justiça?**, p. 14.

<sup>262</sup> Aristóteles: “A virtude é, então, uma disposição estabelecida que leva à escolha de ações e paixões e que consiste essencialmente na observância da mediania relativa a nós, sendo isso determinado pela razão, isto é, como o homem prudente a determinaria. E é um estado mediano entre dois vícios, um constituído pelo excesso e outro constituído pela deficiência. Acresça-se que é um estado mediano no qual, enquanto os vícios carecem ou se excedem no que é certo tanto nas paixões quanto nas ações, a virtude encontra e adota a mediania”. In: ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.**, 2. ed. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007, p. 77.

<sup>263</sup> Aristóteles: “Com respeito ao medo e à autoconfiança, a mediania é a coragem”. Op. cit. p. 79.

problema de saber o que é mau e, portanto, o que é um vício, e, logo, o que é bom ou o que é uma virtude”<sup>264</sup>. O que é o excesso e o que é a falta, o demais e o de menos, precisam estar resolvidos com anterioridade por parte de quem irá utilizar-se da fórmula aristotélica. Ou seja, a pergunta essencial sobre “o que é a justiça” já deve estar pressuposta e não pode ser resolvida pelo *mesotes*.

O caráter vazio de mais algumas fórmulas de justiça está presente, por exemplo, no princípio da igualdade perante a lei. Para Kelsen, isto significa tão somente que os órgãos jurídicos não devem fazer distinções que a própria legislação a ser aplicada não faça:

Se a legislação concede direitos políticos somente aos homens, não a mulheres; somente a cidadãos, não a estrangeiros; somente a membros de uma determinada raça ou religião, não a membros de outras raças ou religiões, então o princípio da igualdade perante a lei estará inteiramente preservado se, em casos concretos, aqueles órgãos decidirem que uma mulher, um estrangeiro, o membro de uma determinada religião ou raça não podem ter direitos políticos. Esse princípio não tem mais quase nada a ver com igualdade. Significa, apenas, que a legislação deve ser aplicada de acordo com seu sentido<sup>265</sup>.

O mesmo caráter possui a chamada “regra de ouro”, que se apresenta em duas partes. A primeira assinalando que “não faças aos outros, o que não queres que te façam”. E a segunda, de modo positivo, expressando um comando imperativo: “o que queres que te façam, faze-o tu também aos outros”. Kelsen critica a lógica da fórmula, lembrando que “se devemos tratar os outros como queremos ser tratados, fica excluída toda a punição de um malfeitor, pois nenhum malfeitor deseja ser punido. Deste modo, é afastada uma parte essencial do direito positivo”<sup>266</sup>. Ou como argumenta Walter: “¿Puede un masoquista golpear a otras personas porque él está dispuesto a dejarse golpear de los demás? Puede alguien exigir de una persona que robe para él un determinado objeto, puesto que él está dispuesto a llevar a cabo un robo para el outro?”<sup>267</sup> Outra falha lógica consiste em postular que se qualquer um de nós quer tratar os outros como subjetivamente deseja ser também tratado, implica no pressuposto de que os outros também desejam ser tratados de igual forma, o que é contingente e não necessário. Aliás, Kelsen lembra que isto não passa de uma ilusão: “Se a regra de ouro

<sup>264</sup> KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**, p. 54.

<sup>265</sup> KELSEN. **O que é justiça?** p. 16.

<sup>266</sup> KELSEN, op. cit. p. 54.

<sup>267</sup> WALTER, Robert. **Kelsen, la Teoría Pura del Derecho y el Problema de la Justicia**, p. 32-33.

fosse observada, haveria concordância entre os homens quanto à sua conduta recíproca e não existiriam, portanto, quaisquer conflitos – alcançar-se-ia a harmonia social”<sup>268</sup>.

Outra fórmula vazia, na opinião de Kelsen, é a de Tomás de Aquino, quando este diz “faz o bem e evita o mal” e seu corolário como regra de justiça: “os homens devem ser bem tratados e não maltratados”. Kelsen aponta os limites da fórmula: “Como tratar ‘bem’ os homens apenas pode significar tratar os homens tal como eles devem ser tratados segundo uma norma que se pressupõe como justa, e não como eles desejam ser tratados, também esta fórmula é em si completamente vazia”<sup>269</sup>.

Tais fórmulas são muito usuais e representam parte do senso comum cotidiano dos tribunais. Roberto Gargarella apresenta sua crítica da conhecida fórmula “o direito de cada um termina onde começa o dos outros”: “La idea de que todos los derechos tienen un limite es una idea inteligible para todos, pero hasta que nos digan cuál es el límite, por qué razones y qué hacemos a partir de que descubrimos ese límite, no nos habrán dicho nada”<sup>270</sup>. Na visão de Gargarella, a expressão “os direitos têm um limite” pode constituir-se tão somente na frase inicial de um arrazoado, mas não se revela o bastante para elucidar nenhuma relação jurídica.

A crítica ao caráter puramente formal e, portanto, insuficiente, das fórmulas de justiça encontra-se presente nas mais diversas críticas que Kelsen faz aos pensadores anteriores. Um exemplo é o imperativo categórico kantiano: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer-te sempre como princípio de uma legislação universal”<sup>271</sup>. Para Kelsen, esse imperativo pressupõe uma moral universal, na qual se funde o querer de todos os indivíduos, caso contrário poderia um indivíduo extremamente mentiroso, por exemplo, querer que a mentira fosse elevada a máxima de uma legislação universal. Assim ele propõe uma reformulação do Imperativo Categórico Kantiano: “Atuas segundo uma máxima da qual *devas querer* que ela se transforme numa lei universal”. Entretanto mesmo com essa reformulação, Kelsen admite ainda a necessidade de uma moral pré-constituída para se regular o que *deve ser querido*. Kelsen critica o caráter contraditório da fórmula kantiana, como no exemplo seguinte: “É patente que um egoísta pode querer uma lei universal do

<sup>268</sup> KELSEN, op. cit. p. 55.

<sup>269</sup> Ibid., p. 63.

<sup>270</sup> GARGARELLA, Roberto. **Carta Abierta sobre la Intolerancia**. Apuntes sobre derecho y protesta. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2006, p. 15.

<sup>271</sup> KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Parte I. Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito. Tradução de Artur Morão. Lisboa: 70. ed., 2004, p. 30.

egoísmo e, simultânea e conseqüentemente, renunciar à ajuda dos outros, podendo, portanto, querer sem contradição que a sua máxima se torne uma lei universal”<sup>272</sup>. Ou seja, contra a ideia de que aquilo que é moralmente bom já se encontra determinado, Walter lembra que “dependiendo de las circunstancias en que uno pueda *querer*, se debe tener claridad sobre la *posibilidad de querer* algo por completo diferente, como ‘lo bueno’ o ‘lo malo’”<sup>273</sup>. De resto, por ser também estritamente formal, o imperativo kantiano se encaixa em qualquer ordem moral ou jurídica, não podendo constituir uma norma absoluta de justiça.

O argumento relativista de Kelsen possui várias nuances e tem como base a ideia de que o juízo de valor segundo o qual uma ordem jurídica é justa ou injusta é relativo, não podendo servir como característica que distinga o Direito de outras ordens coercitivas.<sup>274</sup> Para Kelsen inexistente um critério único válido de Justiça, pois a justiça é um valor descrito num padrão normativo que prescreve determinado comportamento como justo, e sendo um juízo de valor irá avaliar se determinada conduta (fato da ordem do *ser*) tem um valor de justiça positivo (está de acordo com o padrão normativo de justiça) ou tem um valor de justiça negativo (não está de acordo com o referido padrão)<sup>275</sup>. “Em ambos os casos a justiça se expressa por meio de normas morais que são sentidos objetivos de *dever ser*”<sup>276</sup>.

Portanto, para Kelsen e em conformidade com seu relativismo, o que pode ser avaliado como justo ou injusto é o comportamento humano, que se trata de um fato localizado no tempo e no espaço, bem como seu padrão de avaliação, que também pode variar no tempo e no espaço, pois o que há são várias teorias de justiça e não uma justiça absoluta, universal, que seja melhor do que as outras. Ainda nesta linha argumentativa, a avaliação da justiça não pode incidir sobre normas, pois equivaleria a reconhecer a existência de um sistema normativo juridicamente válido ao lado do direito positivo, determinando que uma ordem positiva somente seja justa se obedecer a este ordenamento pressuposto. Kelsen não aceita, com base no seu monismo, que duas ordens normativas possam ser simultaneamente válidas,

<sup>272</sup> KELSEN. **A justiça e o direito natural**, p. 60.

<sup>273</sup> WALTER, Robert. **Kelsen, la Teoría Pura del Derecho y el Problema de la Justicia**, p. 43.

<sup>274</sup> KELSEN. **Teoria Pura do Direito**, p. 54.

<sup>275</sup> Kelsen escreveu: “A justiça é, portanto, a qualidade de uma específica conduta humana, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens. O juízo segundo o qual uma tal conduta é justa ou injusta representa uma apreciação, uma valoração da conduta. A conduta, que é um facto da ordem do ser existente no tempo e no espaço, é confrontada com uma norma de justiça, que estatui um dever-ser. O resultado é um juízo exprimindo que a conduta é tal como – segundo a norma de justiça – deve ser (...)”. In: KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2001, p. 42.

<sup>276</sup> MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 141.



o que implicaria em afirmar que “se a norma de um direito positivo apenas vale na medida em que corresponda ao direito natural, então o que vale na norma de direito positivo é apenas o direito natural”<sup>277</sup>. A validade aqui é entendida em seu sentido objetivo, como norma vinculante, pertencente a um ordenamento jurídico positivo.

A questão ideológica será uma das críticas centrais de Kelsen às fórmulas de justiça. A variação entre os diversos critérios de justiça existentes entre os variados sistemas ideológicos é tema para Kelsen questionar as contradições jusnaturalistas:

Por exemplo, se a propriedade individual é um direito natural, como declaram alguns autores, então a ordem jurídica de um Estado comunista não é válida e não passa de uma organização de bandidos. Mas, se a propriedade jurídica for contrária à natureza, como afirmam alguns autores, a ordem jurídica de um Estado capitalista não tem nenhuma chance de ser reconhecida como um Direito válido, a que seus cidadãos devam obedecer. Se, como ensinava Locke, a democracia é a única forma natural e justa de governo, a obediência ao chamado Direito estabelecido por um governo autocrático não pode ser justificada. E se for aceita a doutrina do Direito natural de Filmer, segundo a qual a democracia é a forma mais injusta de governo porque está em conflito com a lei de Deus, que não governa o mundo de maneira democrática, então não há motivo para a validade de um Direito democrático, e a legislação é o direito exclusivo do monarca absoluto<sup>278</sup>.

Como Kelsen contrapõe ciência e ideologia, como já posto anteriormente neste estudo, a tarefa da ciência não será a de decidir sobre o que é justo ou injusto mas sim analisar objetivamente as diversas normas que os homens consideram como válidas quando valoram algo como justo, pois como ciência, “não tem que decidir o que é justo, isto é, prescrever como devemos tratar os seres humanos, mas que descrever aquilo que de facto é valorado como justo, sem se identificar a si própria com um destes juízos de valor”<sup>279</sup>.

Para Kelsen, em regra, o jusnaturalismo se apresenta como doutrina conservadora e apenas como exceção apresenta-se como uma doutrina de índole revolucionária<sup>280</sup>. Deste

<sup>277</sup> KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**, p. 44.

<sup>278</sup> KELSEN. **O que é justiça?** p. 253–254.

<sup>279</sup> KELSEN, op. cit., p. 51.

<sup>280</sup> Como observa Luis Villar Borda: “Ya hoy pocos discuten que el llamado derecho natural carece de valor científico, es decir, es imposible demostrar su existencia como derecho, y juega más bien el papel de una ideología, sea para preservar el *status quo* en una sociedad, sobre el supuesto de un derecho incommovible en sus líneas fundamentales, o para utilizar la justicia como arma política dirigida a subvertir un orden jurídico. Fue el caso de las revoluciones francesa e norteamericana, en donde el derecho natural sirvió de ideología legitimadora de los movimientos revolucionarios. Sin duda, desempeña una función progresista, pero evidentemente como ideología de legitimación. Estas son las excepciones, pues en general el derecho natural tiene una función

modo, por exemplo, Kelsen acusa de ideologicamente conservadora a norma de justiça de Aristóteles (dar a cada um o seu), pois pode legitimar qualquer ordenamento jurídico, uma vez que quem vai determinar o que é devido a cada um (problema material dessa norma de justiça) é o direito positivo. A mesma acusação recai sobre o marxismo, que em determinadas circunstâncias se apresenta como uma ideologia revolucionária, mas em outros, serviu para legitimar, como ideologia oficial, o *status quo* vigente em países como a URSS. Em última análise, para Kelsen, tal ocorre por conta da confusão entre direito e moral, ou do direito como um subproduto da moral (ou da política), que somente pode ser fundamentada assumindo uma posição absolutista no campo dos valores. O resultado será a ciência do direito a serviço do poder.

### 3.5 KELSEN *VERSUS* PLATÃO

Se por um lado Whitehead sustenta que a filosofia ocidental nada mais é que uma nota de rodapé ao pensamento de Platão, não é menos verdade a observação de Simon Blackburn de que tal trajetória também pode ser descrita como um conjunto de textos de pensadores *contra* Platão.<sup>281</sup> Kelsen não escapa deste debate, tendo elegido Platão como principal adversário intelectual, o que me permite afirmar que se é possível localizar um sentido de antagonismo na obra de Kelsen, digo que se tratou de um pensador radicalmente antiplatônico. De todos os autores com quem Kelsen manteve posições críticas e polemizou, Platão ocupou um lugar de franco destaque. A nenhum outro pensador Kelsen dedicou tantas páginas, como prova o extenso comentário a Platão publicado sob o título *A Ilusão da Justiça*, e inteiramente dedicado a refutar o autor de *A República*, percorrendo e criticando seus mais importantes diálogos, sempre de forma muito contundente<sup>282</sup>. Não por acaso, Vittorio Hösle escreveu que o ensaio de Kelsen acerca do amor platônico ainda não possuía equivalente, por demonstrar que por trás das técnicas de ocultamento e revelação que estão nos diálogos platônicos, se encontrava a sua paixão erótica, constituindo um “modo especialmente sutil de

---

conservadora del poder”. In: VILLAR BORDA, Luis. La justicia en la filosofía del derecho de Hans Kelsen. VILLAR BORDA, Luis (Org.). **Hans Kelsen (1881-1973)**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 53.

<sup>281</sup> BLACKBURN, Simon. **A República de Platão: uma biografia**. Tradução de Roberto Franco Valente. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 13.

<sup>282</sup> KELSEN, Hans. **A Ilusão da Justiça**. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

exercer poder sobre jovens mancebos pelos quais Platão ansiava sexualmente; pois erotismo tem de fato algo a ver com ocultação e revelação<sup>283</sup>.

Mais recentemente, no curso do século XX, após o trauma ocasionado tanto pelo advento do nazi-fascismo quanto pelo stalinismo, as críticas ao autor de *A República* se intensificaram ganhando uma maior virulência. O pensador grego foi responsabilizado como o teórico inaugural do totalitarismo, tendo sido atacado por autores como Popper, Talmon e Arendt. Kelsen também segue esta linha. Mas antes de apresentar as objeções de Kelsen ao pensamento de Platão, julgo conveniente fazer primeiro a apresentação das próprias ideias platônicas, o que faço no item seguinte.

### 3.5.1 Platão e *A República*

Quando Platão escreveu sobre sua teoria da justiça, a Grécia vivia um período turbulento de sua história. As guerras entre Atenas e as cidades-estado se sucediam, com seu habitual cortejo de horrores. Não por acaso, Platão toma como modelo de seu Estado ideal aquela que foi uma das máquinas militares mais bem sucedidas do mundo helênico, a cidade de Esparta, a mais decidida defensora da forma aristocrática de Estado. Tendo vivido muito (especialmente para os padrões de sua época), até os oitenta anos, Platão teve tempo de ver Atenas triunfar e ser derrotada, fracassando como Império. Apesar das inúmeras guerras travadas entre as cidades-estado, com breves períodos de hegemonia ora de uma, ora de outra, nenhuma força política pôde se tornar uma força dirigente com poder de unificar a Grécia (somente os macedônios o farão, mas num período posterior).

Além das guerras entre as cidades, as disputas intestinas no interior das cidades gregas, divididas entre uma minoria rica e os demais cidadãos livres, também irá impressionar o mais famoso discípulo de Sócrates<sup>284</sup>. Platão pode observar a política de seu tempo o suficiente para se convencer da necessidade de mudar radicalmente a forma de organização política da cidade. Também sofrerá com o julgamento e condenação à morte do seu mestre (Platão tinha trinta e um anos quando Sócrates foi executado, em 399 a.C. e esteve no tribunal

---

<sup>283</sup> HÖSLE, Vittorio. **Interpretar Platão**. Tradução de Antonio Celiomar Pinto de Lima. São Paulo: Loyola, p. 80.

<sup>284</sup> HARE, R. M. **Platão**. Tradução de Adail Ubirajara e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2000, p. 10.

assistindo ao julgamento). O resultado de suas reflexões se encontra nos diálogos que escreveu sobre o tema, especialmente em sua obra maior, intitulada *A República*.

Sua finalidade, como já adiantei acima, era a construção de um poder estável e conforme as leis que governam o cosmos: “Ele julgava que a guerra civil poderia chegar ao fim graças a um bom sistema de governo, e descrever e justificar tal sistema era um dos seus principais objetivos”<sup>285</sup>. Por mais que Platão tivesse dúvidas quanto à possibilidade real do advento de uma sociedade tal qual projeta em seu livro<sup>286</sup>, servindo suas reflexões mais como proposta de “un tratado de medicina política con aplicación a los regímenes existentes en su tiempo”<sup>287</sup>, suas reflexões servirão como paradigma para toda uma classe de pensadores da política que viram na imaginação utópica o modo de fazer avançar a sociedade de seu tempo, autores como Thomas Morus, Saint-Simon, Robert Owen, Charles Fourier ou Karl Marx. Como bem sublinhou Michel Villey, as preocupações de Platão são também essencialmente políticas: “Platão na verdade só chegou à filosofia pela política e para a política”<sup>288</sup>.

Posteriormente, no seu livro *As Leis*, na verdade sua última obra, Platão deixa de lado o caráter utópico de suas propostas e adota posições mais realistas, o que o leva a recomendar, inclusive, uma estrita obediência às leis, mesmo que estas não passem de uma cópia ruim da justiça perfeita, o que irá lhe valer a condenação de Michel Villey, de que Platão, “tendo partido de tão alto, acabe terminando, no fim das contas, numa espécie de positivismo jurídico bastante grosseiro”<sup>289</sup>. Também em *Política*, outro dos diálogos da fase sua final, Platão se mantém fiel ao seu anti-democratismo, pois as leis não podem proceder “da vontade popular;

<sup>285</sup> Ibid., p. 13.

<sup>286</sup> Trata-se da passagem 592b, onde está escrito: “Compreendo – disse-me; - falas da cidade cujo plano delineamos, e que existe apenas nos nossos discursos, pois não creio que ela exista em algum lugar da terra. Mas – respondi – talvez haja um modelo no céu para quem o queira contemplar e organizar, segundo ele, seu governo particular. De resto, não importa de modo algum que esta cidade exista ou deva existir um dia; pois só de acordo com esta é que ele se comportará, com mais nenhuma outra”. In: GUINSBURG (tradução e organização). **A República de Platão**. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 372. No presente estudo utilizaremos a numeração introduzida com a famosa tradução efetuada por Henri Estienne (ou em latim *Stephanus*), publicada em 1578. Tal numeração aparece nas edições mais cuidadosas de *A República*, como é o caso do texto que utilizamos em português, cuja tradução e organização, com boas notas explicativas, ficou a cargo de Jacó Guinsburg e foi publicada pela Perspectiva. Optamos por fornecer também a referência bibliográfica conforme as normas acadêmicas usuais.

<sup>287</sup> FERNÁNDEZ-GALIANO, Manuel. **Introducción**. In: PLATÓN. *La República*. Madri: Alianza Editorial, 1999, p. 09.

<sup>288</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 21.

<sup>289</sup> Ibid., p. 37. Villey reconhece a importância da doutrina do direito de Platão, mas não o considera que seu direito ideal seja verdadeiro direito natural, mas somente uma utopia (e para os jusnaturalistas, o direito natural é uma realidade e não um dispositivo utópico). Como parte significativa da tradição jusnaturalista, Villey preferirá vincular-se a Aristóteles.

nada é mais estranho a Platão que a doutrina do contrato social e o voluntarismo moderno; considera nulos e sem valor os decretos da assembléia do povo”<sup>290</sup>.

As paixões existentes no interior das comunidades resultavam no estabelecimento de formas de governo incapazes de proporcionar a unidade e a harmonia necessárias. A discórdia, fomentada pelos demagogos e pelos adeptos da tirania, resultavam na degeneração dos governos<sup>291</sup>, o que, no final poderia resultar no pior de todos os males, a anarquia. Para Platão, a tirania não deixa de ser uma espécie de anarquia, pois o cidadão se vê ai sujeito aos caprichos do governante tirânico. Dois tipos de discórdia podem surgir: a que pode ocorrer dentro da classe dirigente e a outra que pode envolver uma disputa entre dirigentes e dirigidos. Como sustenta Bobbio ao comentar a teoria das formas de governo platônica: “Na passagem da aristocracia para a timocracia, e da timocracia para a oligarquia, a discórdia destrutiva é do primeiro tipo; na passagem da oligarquia para a democracia, ao contrário, é do segundo tipo”<sup>292</sup>.

Bobbio argumenta ainda que Platão pensa as formas de governo de forma conservadora, pois a semelhança com todos os grandes conservadores, vê “o passado sempre com benevolência e o futuro com espanto”, tendo assim, uma concepção pessimista da história<sup>293</sup>. Ao contrário de outros pensadores, Platão vê as formas de governo como um processo de decadência, onde as formas se sucedem historicamente de uma forma ruim para outra pior. Ao refletir sobre o problema a partir de uma ótica *ex parte principis* (isto é, do ponto de vista dos detentores do poder) e não *ex parte populi* (que seria do ponto de vista dos governados), Platão põe como centro não a ideia de liberdade, mas sim a ideia de unidade (e de ordem) do Estado.

A fragilidade da civilização que deriva do descontrole das paixões humanas, levando a uma inevitável decadência da cidade, um argumento caro ao pensamento de Platão, somente pode ser contornada, evitando todos os males decorrentes, caso seja possível a construção de

---

<sup>290</sup> Ibid., p. 35.

<sup>291</sup> Como está expresso na passagem 545d: “Pois bem – continuei – tentemos explicar de que maneira se efetua a passagem da aristocracia à timocracia. Não é uma verdade elementar que toda mudança de constituição vem da classe que detém o poder, quando a discórdia se eleva entre os seus membros, e que, enquanto ela estiver de acordo consigo mesma, por menor que seja, será impossível abalá-la? - Sim, de fato é assim”. GUINSBURG. **A República de Platão**, 2006, p. 304.

<sup>292</sup> BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Tradução de Sérgio Bath., 10. ed. Brasília: UnB, 1998, p. 51.

<sup>293</sup> Ibid., p. 46.

um outro modelo de cidade, onde os homens possam ser efetivamente governados de forma justa<sup>294</sup>. O resultado das reflexões de Platão encontra-se no seu livro *A República*, que se inicia com uma discussão acerca da justiça, intimamente relacionada com suas concepções acerca do conhecimento do bem e sobre o papel da educação visando possibilitar uma vida virtuosa.

### 3.5.2 A justiça platônica

Nos diálogos que se encontram nos Livros I e II de *A República*, após várias definições acerca da justiça apresentadas por Céfalo e Polemarco, Sócrates, porta-voz das ideias platônicas no texto<sup>295</sup>, argumentará que a justiça é boa pelos efeitos que causa na alma, não pelas recompensas materiais, ou seja, a justiça anda é uma coisa boa e a injustiça, algo realmente ruim, e independentemente de recompensas ou castigos. Glauco não ficará conformado com esta ideia e também atacará a concepção de justiça como felicidade do homem justo. Para este participante do diálogo, a justiça não passa de uma máscara útil. E lembrará então do *Anel de Gyges*<sup>296</sup>, capaz de tornar qualquer um invisível, possibilitando ao seu possuidor a prática de crimes sob o manto da impunidade.

---

<sup>294</sup> O tema da fragilidade da civilização, especialmente quando a ordem posta é contrastada pela violência da revolução ou pelo caráter autodestrutivo da democracia, tema que ressurgiu com Edmund Burke e sua crítica à Revolução Francesa, permanece como tema central do pensamento conservador contemporâneo, como defende Jaime Nogueira Pinto: “A primeira ideia é que a civilização, tal como se começou a definir há dois mil e quinhentos anos, isto é, a ideia e os valores de uma polis, de uma comunidade política governada pela procura do bem comum, na equidade e na justiça e dentro da qual a vida espiritual, familiar, profissional, cultural, as capacidades e o trabalho das pessoas se processam em ordem e em paz, é, simultaneamente, um bem maior e extremamente frágil”. In: PINTO, Jaime Nogueira. **A direita e as direitas**. Lisboa: DIFEL, 1996, p. XXV. Os ecos platônicos em tal concepção que supervaloriza a ordem em detrimento da democracia (“e suas desordens”) fica bastante evidente.

<sup>295</sup> Sócrates nada escreveu durante sua vida, mas aparece com frequência nos diálogos escritos por Platão, a ponto de causar confusão nos leitores não especializados, dificultando a identificação daquilo que são as ideias do próprio Sócrates e quais as de Platão (este foi o primeiro filósofo ocidental cujas obras sobreviveram intactas: dos antecedentes somente conhecemos fragmentos transmitidos por outros pensadores). James Garvey nos explica que “embora não haja um comum acordo quanto à cronologia precisa dos diálogos, os pesquisadores dividem-nos geralmente em três grupos bem simples: os primeiros, os intermediários e os últimos. Os primeiros diálogos refletem os interesses e as visões do Sócrates histórico, ao passo que o Sócrates dos diálogos intermediários e últimos é mais um porta-voz da filosofia própria de Platão”. In: GARVEY, James. **Uma introdução aos vinte melhores livros de filosofia**. Tradução de Rogério Bettoni. São Paulo: Edições Rosari, 2009, p. 14. “A República” é considerado um diálogo intermediário no itinerário platônico, o que nos diz que em seus diálogos Platão fala pela boca de Sócrates. Também encontramos registro do pensamento de Sócrates em livros como “As nuvens”, de Aristófanes e principalmente “Ditos e feitos memoráveis de Sócrates: apologia de Sócrates”, de Xenofonte.

<sup>296</sup> Blackburn nos explica esta lenda utilizada no diálogo: “Gyges, um pastor da Lídia (região oeste da Ásia Menor, hoje Turquia), adquiriu um anel mágico que tornava invisível seu portador. Armado com esse anel, ele penetrou no palácio real, seduziu a rainha, matou o rei e usurpou o trono. Esse resultado é altamente satisfatório para Gyges, do seu ponto de vista. Mas, então, quem não faria o mesmo?” In: BLACKBURN, Simon. **A República de Platão: uma biografia**, p. 52. No livro *A República* a passagem que discute o tema está no trecho 360b. In: GUINSBURG. **A República de Platão**, p. 65.

A ideia exposta por Sócrates de que alguém somente pode atingir a felicidade sendo justo, também será combatida por Trasímaco, filósofo sofista que, no diálogo travado em *A República*, apresenta um ponto de vista radicalmente realista (e poder-se-ia dizer, cínico): apesar de toda aquela conversa edificante, o que chamam de justiça não é nada além da busca do interesse próprio, pois aqueles que detêm o poder criam as regras para a satisfação dos seus desejos. A justiça é filha do poder<sup>297</sup>. Um homem injusto pode ser mais feliz que um homem justo, pois geralmente consegue o que deseja. Trasímaco é então posto por Platão como paradigma de um pensamento marcado não só pelo realismo, mas também pelo niilismo e o relativismo.

Também no *Górgias*, outro de seus diálogos e uma espécie de esboço para o que mais adiante será o texto sobre a república, Platão (falando através de Sócrates) irá se deparar com a afirmação de Cálicles de que a injustiça (e não a justiça) é que constitui a chave para a felicidade. Para Cálicles, a retórica constitui uma peça chave na garantia da própria liberdade, pois permite que qualquer um possa ter poder sobre outros homens. Sócrates irá rebater argumentando que a felicidade consiste na virtude. Mesmo que alguém faça muitos discursos sobre a justiça, tais discursos serão vazios, pois uma vez que a justiça encontra-se associada à virtude, somente um homem que saiba a diferença entre o bem e o mal, ou seja, somente um homem justo pode falar com verdade sobre a justiça. O cozinheiro pode achar que sabe qual o alimento mais saudável para o corpo, e assim fazer muitos pratos, mas somente o médico pode sabê-lo realmente. Mas a cozinha não é verdadeiro conhecimento, mas tão somente habilidade, pois não possui um conhecimento racional da natureza do paciente ou da prescrição. Do mesmo modo, a retórica pode achar que sabe o que é realmente saudável para a alma, mas não o sabe. Criticando a tradição retórica dos sofistas, Platão apresenta uma conexão entre tal retórica e o rechaço das normas morais comuns (a retórica é vista como um

---

<sup>297</sup> Simon Blackburn relembra uma passagem de Tucídides, o historiador, onde o mesmo relata um episódio da Guerra do Peloponeso, ocorrido em 416 a.C. (40 anos antes da redação de “A República”), quando Atenas enviou 38 navios de guerra e aproximadamente 10 mil homens contra apenas 500 soldados de Melos, uma diminuta ilha que se constituía como Estado independente. Os emissários de Atenas ignoraram solenemente os apelos de justiça e afirmaram a lei do mais forte, modelo que aparece nas declarações de Trasímaco. Blackburn comenta: “No drama platônico, Trasímaco na verdade é o porta-voz dos emissários atenienses. Eles representam os homens maquiavélicos da realpolitik, sabendo que vivem num mundo onde as pessoas se entredorram e adaptando-se a ele. Eles e seus sucessores deixam um longo rastro rubro na história humana (os cidadãos de Melos não se renderam, e os atenienses assassinaram os homens e escravizaram as mulheres e as crianças). São os ancestrais diretos da blitzkrieg, do terrorismo, da adoração do livre mercado e da ética da escola de comércio”. In: BLACKBURN, Simon. **A República de Platão: uma biografia**. 2008, p. 41-43.

meio para a realização de fins imorais)<sup>298</sup>. A retórica não constitui uma técnica inofensiva, pois pode permitir até mesmo que um homem se apodere da cidade, obtendo um grande poder, usando-a para fins destrutivos<sup>299</sup>.

Diante do realismo e do relativismo de Trasímaco, Glauco e Cálicles<sup>300</sup>, Sócrates irá argumentar que o melhor lugar para procurar a justiça não é no homem, mas sim na cidade, pois esta também pode ser justa. Desta forma, a justiça, para Platão, não deve ser procurada no âmbito individual, mas sim no âmbito coletivo, pois é certo que “a justiça no indivíduo apresenta o mesmo caráter que na cidade”<sup>301</sup>. Um homem que vive numa comunidade regida de acordo com os ideais do bem vive de acordo com a justiça. Platão procura a justiça no Estado, não nos indivíduos. Para implantar-se, a justiça precisa ser pensada em termos da busca de um Estado ideal. Com isso, como bem assinala Paviani, “Sócrates afirma que seus interlocutores não enxergam bem, pois estão à procura da justiça nas condutas homem individual, quando a justiça é uma propriedade das comunidades”. E ainda: “quando soubermos o que é a justiça num Estado ou cidade, saberemos o que é um homem justo. Assim para entender a justiça é preciso investigar a gênese do Estado”<sup>302</sup>.

Nos primórdios da coletividade humana os homens descobriram que precisam uns dos outros e que precisam cooperar para viver. No âmago da visão platônica acerca da sociedade temos sua percepção de que o homem é intrinsecamente social, uma vez que no plano mesmo

<sup>298</sup> ROWE, Christopher. **Introducción a la Ética Griega**. México: FCE, 1979, p. 67. Rowe nos esclarece: “Lo que está debajo de la crítica socrática en este momento, es la vieja paradoja que dice, ‘virtud es conocimiento’. Supone que el orador que trata de persuadir a un jurado en cuestiones de justicia tiene que *saber* de justicia, de la misma manera como el maestro de matemáticas que trata de ‘persuadirnos’ acerca de la matemática tiene que conocer las matemáticas. Pero alguien que sabe de justicia tiene que ser justo”. Op. Cit., p. 69. E em outra passagem nos esclarece sobre o engano que a retórica pode nos oferecer, pois diz aos homens o que estes querem escutar, adulando as massas: “Sócrates contesta con la conocida distinción entre lo que la gente cree que quiere y lo que realmente necessita: los oradores y los tiranos (conjunción a la que hace alusión primero Gorgias) carecen de poder porque no tienen conocimiento de lo que es mejor”. Op. cit., p. 73.

<sup>299</sup> Por outro lado, para os sofistas, a retórica era a garantia da liberdade, pois permitia a um homem, dentro da Polis grega, defender seus próprios interesses além de poder participar ativamente das decisões públicas. Devo lembrar que neste período ainda não exista a figura do advogado, que só surgirá a partir de Roma. Na Grécia antiga cada cidadão se defendia pessoalmente quando em juízo.

<sup>300</sup> Fernández-Galiano comenta: “La doctrina de la fuerza como elemento dominante en las relaciones humanas aparece enunciada en el Górgias por Calicles y en *La república* por Trasímaco; La diferencia está en que el primero trata de darle una base teórica en su conformidad con la naturaleza y el segundo, más empírico, se aferra en presentarlo como una realidad universal e innegable. Claclices há sido comparado com Nietzsche; Trasímaco, com Hobbes”. In: FERNÁNDEZ-GALIANO, Manuel. **Introducción**, 1999, p. 29.

<sup>301</sup> GUINSBURG. **A República de Platão**, p. 170 (441d).

<sup>302</sup> PAVIANI, Jayme. **Platão & A República**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2003, p. 27.



das necessidades básicas, o indivíduo nunca é inteiramente auto-suficiente<sup>303</sup>. Surge então um processo de especialização onde cada um passa a desempenhar a tarefa para a qual possui melhores dotes naturais, numa espécie de divisão do trabalho amparada no princípio de “um homem, um ofício”.

Na sociedade ateniense, marcada pelo desenvolvimento do comércio e da produção, já havia uma significativa divisão social do trabalho, com o aparecimento de uma classe de comerciantes e artesãos ao lado de soldados profissionais. Platão irá se preocupar com o desenvolvimento deste princípio de especialização, buscando maximizar suas potencialidades. Numa cidade justa, o princípio maior determina que todos deverão ocupar os lugares que lhe foram destinados naturalmente de tal modo que quando alguém ocupa o lugar naturalmente reservado para outrem é como se perpetrasse um furto contra a sociedade. A justiça platônica depende de uma “estrutura social básica” (para usarmos a expressão consagrada por Rawls) que consiste no respeito estrito do princípio da especialização. A definição dos papéis que serão desempenhados na sociedade é obra de uma seleção rigorosa, baseada na eugenia e aliada a um projeto educacional bem definido. A justiça ampara-se não num ideal de igualdade social e de eliminação das diferenças de classe, como será a tônica de projetos utópicos mais modernos de inspiração socialista, mas sim no fortalecimento dos papéis sociais gerados pela diferenciação funcional<sup>304</sup>.

Somente uma aristocracia de filósofos educados de forma rigorosa, seguindo um plano pré-definido, encontrar-se-ia em condições de governar o Estado, concebido de forma ideal através da divisão da sociedade em três partes, como as que dividem a alma do homem: razão, força e apetite. As duas primeiras classes governaram o estado propriamente dito enquanto que a classe localizada no patamar mais baixo deve tão-somente obedecer, ficando excluída de toda a participação nos negócios estatais. A função dessa classe inferior consiste tão-somente em "atender às necessidades da comunidade dedicando-se a ofícios úteis"<sup>305</sup>.

---

<sup>303</sup> Como encontramos em *A República* (369b): “O que dá nascimento a uma cidade – disse eu – é, creio, a impotência de cada indivíduo de bastar-se a si próprio e a sua necessidade de uma multidão de coisas; ou pensas existir outra causa qualquer na origem de uma cidade?” In: GUINSBURG. **A República de Platão**. 2006, p. 75.

<sup>304</sup> Carracedo anota a respeito: “No deja de ser sorprendente esta anticipación, de más de dos mil años, del funcionalismo liberal en el constructo platónico de la sociedad minimal. El contrato social aparece como espontáneo y no se plantea ni la existencia de un gobierno ni las consiguientes obligaciones políticas ni morales fuera de lo estrictamente funcional”. In: CARRACEDO, José Rubio. **Paradigmas de la Política**, p. 76-77.

<sup>305</sup> HARE, R. M. **Platão**, p. 86.

Platão traça um paralelo entre a alma do homem e a justiça na organização das cidades que constitui um primeiro fragmento daquilo que mais tarde irá se constituir na moderna psicologia social, pois tanto o indivíduo quanto a cidade possuem uma estrutura tripartite, onde o equilíbrio entre as partes que compõem a alma humana (razão, força e apetite) também deve ser observado na vida social, de cuja harmonia depende o seu bom funcionamento.<sup>306</sup> Ou seja, a ordem na sociedade (e no Estado) possui como fonte a ordem na alma, entendida esta como “uma ordem social de forças”<sup>307</sup>, já que o próprio indivíduo deve ser tido como um campo de batalha entre impulsos e faculdades mentais conflitantes, especialmente a disputa constante entre a razão e os desejos. A justiça platônica, como bem sintetiza Martha Nussbaum, envolve o correto ordenamento da alma e de seus desejos, o que faz com que a justiça deva ser acalentada em prol do próprio bem do indivíduo. A ideia de bem se refere justamente a isto: trata-se de “um estado no qual se está ordenado e porque estar num tal estado ordenado, com nossos desejos regulados por uma correta consideração do que é digno de ser valorizado, é algo precioso”<sup>308</sup>. O que Platão propõe é ordenar a sociedade de forma a administrar os desejos dos indivíduos.

Seguindo sua observância estrita da especialização funcional, Platão associa a razão aos guardiões, a força aos auxiliares e o desejo aos produtores (comerciantes e artesãos). Para Platão, a razão deve governar a força (irascibilidade) e os apetites e tanto o indivíduo quanto a cidade que não obedecem a este comando estão condenados à infelicidade: “la injusticia consiste en la inversión de los tres principios y el caos consiguiente”<sup>309</sup>. No modelo da república platônica vejo a razão auxiliada pela força comandando os desejos. Um homem justo é mais feliz justamente por evitar que as partes inferiores da sua alma comandem as suas atitudes. A justiça virtuosa se traduz em felicidade do mesmo modo que a injustiça e a falta de

---

<sup>306</sup> A ideia da justiça como harmonia entre a ordem social e o indivíduo permanece na tradição jusnaturalista, de que Javier Hervada constitui um bem articulado representante: “Se falamos de ordem e harmonia, classificamos a referida situação social de um bem, o que quer dizer que está de acordo com a pessoa humana. De fato, não se trata apenas de uma ordem satisfatória, que satisfaz determinados desejos ou estimativas dos homens, mas de uma ordem necessária para a pessoa e a sociedade. Essa harmonia é uma exigência da pessoa humana, por sua qualidade de ser que domina o seu próprio ser e seu entorno, isto é, em sua qualidade de ser que tem coisas verdadeiramente suas. Quanto à sociedade, nada melhor que mencionar algumas conhecidas palavras de Dante: essa harmonia ou proporção *servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit*; preservada conserva a sociedade dos homens, e corrompida a destrói”. In: HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de Filosofia do Direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, p. 64.

<sup>307</sup> VOEGELIN, Eric. **Platão e Aristóteles**. Ordem e História. Vol. III. Tradução de Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Loyola, 2009, p. 71.

<sup>308</sup> NUSSBAUM, Martha. **A República de Platão: a boa sociedade e a deformação do desejo**. Tradução de Ana Carolina da Costa e Fonseca, Luiz Fernando Quintanilha, Lúcia Maria Britto Corrêa e Paulina Terra Nólibus. Porto Alegre: Bestirário, p. 31.

<sup>309</sup> CARRACEDO, José Rubio. **Paradigmas de la Política**, p. 82.

virtude conduzem à discórdia. Deste modo, já no diálogo *Górgias*, Sócrates repete a afirmação de que a virtude não pode ser entendida fora de uma ordem determinada, sendo que a ordem na alma consiste no domínio de si mesmo. Assim, a boa alma é a que possui domínio de si mesma<sup>310</sup>. Como sintetiza Blackburn: “uma vez que a justiça é um bom estado mental, e a injustiça, um estado ruim, a pessoa justa viverá uma vida boa, e a injusta, uma vida ruim. [...] Assim, a pessoa justa será feliz e realizada, e a injusta não; justiça é mais compensadora que a injustiça”<sup>311</sup>.

O poder projetado por Platão tampouco se submete a quaisquer limites, uma vez que seus dirigentes não devem se submeter às leis, podendo alterá-las a qualquer momento, adaptando-as às circunstâncias, pois, “desde que detenha a arte do governar, o regente deve estar livre para adaptar as leis ao seu conhecimento do bem”<sup>312</sup>. Para Platão, “mais vale a justiça viva e perfeita do filósofo-rei, dotado de poderes absolutos”<sup>313</sup>. Se o critério diferenciador entre as diversas formas de governo não é o fato de que numas o poder é de alguns e noutras é de muitos, ou ainda na liberdade ou sujeição ou na pobreza ou na riqueza, mas sim no fato de que quem governa o faz com base na ciência (*episteme*), e ainda no fato de que a ciência é a única capaz de permitir que o governante aplique uma justiça perfeita, resulta daí que os “filósofos governantes no precisam governar mediante leyes, sino mediante aplicaciones concretas de su ciencia política”, implicando ainda que as leis “solo son concreciones imperfectas de la verdad”<sup>314</sup>. Nas reflexões de *A República* fica claro que somente em formas estatais degeneradas, onde os governantes não são dignos de respeito por não terem o conhecimento do bem, é que a obediência universal às leis pode ser posta em questão. Também os juízes devem estar subordinados aos guardiões que governam o estado.

### 3.5.3 Críticas a Platão

Após a apresentação feita das ideias platônicas, irei agora me deter nas posições kelsenianas contra o pensador grego<sup>315</sup>. O primeiro ponto que abordo é para mim essencial:

<sup>310</sup> ROWE, Christopher. *Introducción a la Ética Griega*, 1979, p. 81.

<sup>311</sup> BLACKBURN, Simon. *A República de Platão: uma biografia*, 2008, p. 49.

<sup>312</sup> HARE, R. M. *Platão*, p. 88.

<sup>313</sup> VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 34.

<sup>314</sup> In: CARRACEDO, José Rubio. *Paradigmas de la Política*, p. 100-101.

<sup>315</sup> Quando Kelsen e Popper, conforme veremos, criticam a Platão, estão na verdade vinculando-se a uma tradição que remonta à própria época em que este viveu. O primeiro ataque às posições platônicas surgiu

enquanto para Platão é necessário que as forças do poder (Estado) e da cultura (filosofia) coincidam, para Kelsen tal coincidência ou aliança representa a verdadeira possibilidade do totalitarismo. Ao contrário, é necessário que as forças da cultura e da ciência se mantenham independentes do poder do Estado, para que possam municiar a sociedade com a massa crítica indispensável: eis o sentido político mais profundo do projeto contido na Teoria Pura do Direito<sup>316</sup>. Neste ponto, Kelsen pensa como uma cabeça política marcadamente liberal, pondo um pé atrás na relação entre o indivíduo e o Estado. Como ponto fundamental desta reflexão, encontro a proposta de uma teoria do direito e do Estado que se recusa a servir como fonte legitimatória do poder. Lendo os textos kelsenianos dedicados ao tema da justiça, vejo uma reencenação dos diálogos platônicos, desta vez com Kelsen ocupando o lugar dos sofistas, na defesa do relativismo dos valores como fundamento da democracia.

Na sua defesa das posições sofistas, Kelsen rediscute a famosa posição de Trasímaco, o personagem do diálogo platônico que, assim como Cálicles, defende que a justiça nada mais é que a conveniência do mais forte. Por trás da crítica de Platão à posição de Trasímaco está a ideia jusnaturalista tão combatida por Kelsen de que o direito e o justo coincidem. Trasímaco, apesar da rudeza de sua posição, faz “uma avaliação realista do efetivo estado das coisas”, tratando “do governo e do direito por ele declarado justo como ambos realmente são”<sup>317</sup>. Para refutar Trasímaco, Platão teria colocado na sua boca afirmações inteiramente abstrusas e contraditórias, numa estratégia argumentativa rasteira. O fato é que Trasímaco tem em mente o governo real e isso não é convenientemente rebatido por Platão. Robledo percebeu esta aproximação entre as posições de Kelsen e as de Trasímaco:

---

justamente de um dos seus discípulos, Aristóteles, que colocou sob xeque a ideia de abolição da propriedade privada. Abordando o tema de forma pragmática, Aristóteles fundamenta a necessidade da propriedade privada de forma negativa, argumentando que a coletivização total não é possível nem desejável, pois as supostas vantagens que traria não compensariam a subversão da tradição. Para Aristóteles, à política não cabia fabricar os homens, mas recebe-os da natureza. Os projetos de transformação do próprio homem, que o imaginam como uma matéria-prima a ser refundida, estão condenados ao fracasso. Aristóteles rejeita ainda o grau de unidade social proposto por Platão, que implica em uniformização e eliminação das diferenças. Como argumenta Hösle: O que Aristóteles rejeita é o grau de unidade e, com isso, o tipo de unidade que Platão preconiza para a comunidade política e que, segundo ele, desnatura esse tipo de comunidade. Enquanto Platão sonha em transformar a cidade em uma grande família em que os vínculos, entre indivíduos menos diferentes são mais estreitos, Aristóteles objeta que a cidade exige precisamente uma forma de unidade mais frouxa que a família, sob o risco de dissolver a necessária diversidade entre as partes que ela reúne e de não atingir a autonomia desta comunidade. Por isso ele considera que, mesmo que fosse realizável, o projeto platônico deveria ser proscrito”. In: HÖSLE, Vittorio. **Interpretar Platão**, p. 56.

<sup>316</sup> Kelsen escreveu: “La ley vital de todo conocimiento puro es la de practicarlo con desinterés; esto tiene especial aplicación en la ciencia social, ya que ésta, puesta al servicio de la política, ya no puede servir al ideal de la verdad objetiva, sino que se transforma en ideología legitimadora del poder”. In: KELSEN, Hans. **La Idea del Derecho Natural y otros ensayos**. Tradução de Luis Legaz y Lacambra. Buenos Aires: Losada, 1946, p. 128.

<sup>317</sup> KELSEN, Hans. **A Ilusão da Justiça**, 2000, p. 281.

Las cosas, empero, no son así de sencillas como para no ver en Trasímaco sino un inocente expositor de la teoría pura del derecho, para la cual igualmente – así lo dice Hans Kelsen – Derecho y Estado son dos nombres de una misma realidad. Trasímaco, en efecto, no se limita a decir esto mismo con otra lenguaje, sino que da igualmente por supuesto – y esto sí es algo completamente metajurídico, como diría también Kelsen – que el gobierno, todo gobierno sin excepción, se ejerce siempre no en interés de los gobernados sino en interés y para el 'provecho' de los gobernantes, los cuales, según sigue diciendo el sofista, se conducen con sus súbditos exactamente como el pastor con su rebaño, objeto de esquileo, venta o inmolación, según sea el 'interés' del dueño. Ni se trata tampoco simplemente de una comprobación de hecho, o cuando más de una insólita generalización de casos desgraciadamente muy frecuentes: una 'concepción demasiado pesimista del mundo', como dice Menzel en defensa de Trasímaco y lo han dicho outros en defensa de Maquiavelo<sup>318</sup>.

Ocorre que Kelsen consente que a afirmação de Trasímaco de que os governantes visam tão somente o interesse próprio é certamente exagerada e melhor seria dizer que 'predominantemente' é isto que ocorre. Tal tema não é novo para Kelsen e o mesmo considera como perfeitamente possível e, em regra, é o que se verifica, que “uma ordem jurídica positiva pode muito bem corresponder – no seu conjunto – às concepções morais de um determinado grupo, especialmente o grupo ou camada dominante da população que lhe está submetida”<sup>319</sup>. O fato é que Kelsen assume como sua a consideração dos sofistas de que “para além do direito positivo, como justiça relativa, inexistente qualquer justiça absoluta”<sup>320</sup>.

A forma realista como Kelsen vê o direito assemelhasse à forma como Maquiavel vê o poder. Ambos propõem uma separação de ambos os fenômenos (o direito e o poder) da dependência em relação à moral. Kelsen, ao perceber que o direito não é um subproduto da moral e Maquiavel ao perceber que o poder possui uma lógica própria, voltada para a conquista e conservação do próprio poder, que o autonomiza com relação à moral. Maquiavel presenciou e tomou conclusões sobre o fracionamento das cidades italianas, divididas em pequenos reinos e repúblicas rivais, impotentes diante da ação estrangeira, castigadas pela permanente guerra civil. Maquiavel irá pensar a política na base de um realismo feroz voltado para a estabilização de um poder capaz de liquidar as fraturas e dissidências internas, fazendo prevalecer sua soberania frente às potências rivais, trazendo a paz e a ordem para as cidades italianas e assim, criando as condições para emergência da unidade italiana (e ainda para o

<sup>318</sup> ROBLEDO, Antonio Gómez. Introducción. In: PLATÓN. **La República**. Introdução e tradução a cargo de Antonio Gómez Robledo., 2. ed. México: UNAM, 2000, p. XLV-XLVI.

<sup>319</sup> KELSEN, HANS. **Teoria Pura do Direito**. 1998, p. 77.

<sup>320</sup> KELSEN, 2000, p. 281.

triufo posterior da liberdade e da república). Mas se Maquiavel interpreta a história, valendo-se de exemplos do mundo antigo para ilustrar o seu realismo político, Platão também reflete sobre a desunião grega, mas de forma inteiramente idealista. Sua República é pensada em termos ideais, como um modelo de Estado e sociedade perfeita, organizada com base em preceitos filosóficos indiscutíveis e eternos.

Como já dito acima, Kelsen não estava sozinho na sua ata de acusação contra o pensamento platônico. São notáveis as semelhanças entre vários dos postulados teóricos de Kelsen e as ideias de Karl Popper, ambos oriundos de Viena, ambos nascidos em famílias judias assimiladas, ambos influenciados por Freud, ambos adversários do marxismo, ambos em diálogo crítico com o positivismo lógico do Círculo de Viena e ambos crédulos no poder da ciência de iluminar os caminhos da reforma social. Ambos partidários da máxima weberiana de que a academia não precisa nem de profetas nem de demagogos, mas sim de verdadeiros homens de ciência<sup>321</sup>.

Em sua autobiografia, Karl Popper anotou que havia escrito a *Miséria do Historicismo e Sociedade aberta e seus inimigos* como parte do seu esforço de guerra a favor dos aliados e contra o nazismo e o fascismo<sup>322</sup>. Mas também se colocando diante da ideia cada vez mais forte à época de que era necessário um amplo “dirigismo” da vida social sob a forma de planejamento, fruto de uma renovada influência do pensamento marxista no contexto daqueles anos. Já na introdução de sua obra sobre a sociedade aberta, censurou aqueles que afirmavam que o totalitarismo seria inevitável pois a própria democracia, na sua luta contra as sociedades fechadas, teria que copiar os seus métodos, além do que a própria sociedade industrial caminharia para o dirigismo econômico<sup>323</sup>. Naquela quadra histórica, a ideia democrática possuía um consenso muito limitado em volta de si, havendo defensores de peso da tese da “eficácia histórica das ditaduras”, o que teria levado até mesmo a uma crença compartilhada na época de que a democracia seria apenas um entreato na história, dominada por formas ditatoriais de governo. O pluralismo presente na democracia seria sua fraqueza, impedindo uma férrea unidade do povo e do Estado em face de seus inimigos. Como argumenta Kelsen:

---

<sup>321</sup> Weber escreveu: “Se me fosse perguntado, neste momento, porque esta última série de questões deve ser excluída de uma sala de aula, eu responderia que o profeta e o demagogo estão deslocados em uma cátedra universitária”. In: WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. São Paulo: Cultrix, 1968, p. 39.

<sup>322</sup> POPPER, Karl. **Autobiografia intelectual**. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota., 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1986, p. 123.

<sup>323</sup> POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. 1987, p. 16.

La repulsión hacia las ideologías quita fuerzas, al parecer, a la democracia, porque, con sus principios de la legalidad, tolerancia, libertad de pensamiento y protección de minorías, se crea sus propios adversarios, al paso que la autocracia los suprime sin contemplaciones. Es el paradójico privilegio de la democracia: poder darse a si misma su sentencia de muerte con sus propios métodos de elaboración de voluntad política, esto es, por medios legales. Ahora bien: uno de los más sérios peligros de la autocracia radica precisamente en la falta de medios para encauzar las voluntades adversas, no menos inexistentes que en la democracia<sup>324</sup>.

Tanto Kelsen quanto Platão, como bem observou Antiseri, se colocam como defensores da sociedade aberta e ambos colocam Platão como o ideólogo por excelência da sociedade fechada<sup>325</sup>. Entre os inimigos da sociedade aberta a que Popper se refere, encontro, além de Platão, também Hegel e Marx. De modo incisivo, Popper coloca Platão como um precursor do totalitarismo, que representaria a expressão moderna da sociedade tribal, baseada na mística e não na reflexão crítica. A abordagem platônica da justiça seria uma revolta contra a civilização<sup>326</sup>. Popper define a sociedade aberta como "não tanto um tipo de estado uma forma de governo, mas sim uma forma de convivência humana na qual a liberdade dos indivíduos, a não violência, a proteção das minorias, a defesa dos fracos são valores importantes". Popper também ressalta a importância do pluralismo como característica central da sociedade aberta, pois esta além da forma democrática de governo e da liberdade de associação, deve proteger e até mesmo fomentar a formação de sociedades livres, cada uma das quais podendo defender opiniões e crenças diferentes.

Para Kelsen, o *leitmotiv* do pensamento platônico consiste em subordinar a busca da verdade às razões do Estado, fazendo com que os interesses do Estado coincidam com sua concepção de justiça. O que importa não é a opinião dos governados, mas sim aquilo que é útil ao Estado. Na arquitetura platônica da cidade ideal, o interesse do Estado está em primeiro plano, fazendo com que os fins justifiquem os meios, como consequência do primado da vontade sobre o conhecimento e da justiça sobre a verdade<sup>327</sup>. Como sofisticado

<sup>324</sup> KELSEN, Hans. **Esencia y Valor de la Democracia. Forma del Estado y Filosofia**. 2005, p. 152.

<sup>325</sup> ANTISERI, Dario. **La Viena de Popper**. Madri: Unión Editorial, 2001, p. 404. Interessante observar que tanto Kelsen quanto Popper tiveram contato com suas respectivas produções intelectuais o que dificulta determinar o quanto cada um deve ao outro.

<sup>326</sup> POPPER, 1987, Tomo I, p. 19.

<sup>327</sup> Kelsen escreveu: "En la teoría política de Platón aparece como una máxima evidente el principio de que el fin justifica los medios, que es la consecuencia necesaria de la primacía de la voluntad sobre el intelecto, de la justicia sobre la verdad. Platón atribuye al gobierno el derecho de intervenir en la opinión de los ciudadanos por todos los medios adecuados, desde el momento que, situando em un primer plano lo político, lo que interesa no

aparato de justificação conservadora do poder, Platão legitima a ação dos governantes, exigindo obediência incondicional dos governados, utilizando-se da mística de que somente os governantes-filósofos podem conhecer a essência do Bem e, portanto, são os únicos aptos a governar. Por sua vez, a concepção do Bem platônica constitui a expressão de um irracionalismo de fundo místico, transmutando-se em política antidemocrática e ideologia de uma forma de governo autocrática<sup>328</sup>.

Popper aponta que Platão emprega a justiça como sinônimo dos interesses do Estado, interesses estes que visam bloquear toda mudança mediante a manutenção de uma rígida divisão de classes. O bloqueio da mudança é uma das características da sociedade fechada. Tal divisão em classes, conforme pontua Kelsen, nada resolve, pois se trata de uma simples descrição idealizada do Estado perfeito<sup>329</sup>. Quando Platão fala de injustiça está se referindo ao Estado e não ao conceito corrente nos dias atuais de justiça como igualdade dos cidadãos perante a lei. Não se trata de certo gênero de equidade no tratamento dos indivíduos, pois Platão considera a justiça não como uma relação entre indivíduos, mas sim como propriedade do Estado no seu conjunto. O Estado para Platão é justo se for sadio, forte, unido e também estável. A crítica de Popper vai mais além ao afirmar que Platão promove a legitimação da mentira e do racismo.

Kelsen repete contra Platão um dos seus pontos críticos principais contra as teorias da justiça, qual seja, a incursão na falácia naturalista, que consiste na pretensão de extrair um *dever-ser* de um *ser*. No dualismo platônico entre o Bem e o Mal, o mundo das ideias, ou seja, o mundo do Bem é o único que participa do ser da realidade, enquanto que mundo empírico, onde estamos presos à servidão do material sensível à experiência (como no Mito da Caverna), é, na verdade, um mundo do não-ser, um mundo de aparências, o que implica que na visão de Platão de que na esfera ética, o dever-ser seja o verdadeiro ser. Nas palavras do próprio Kelsen: “Y esta primacía – decisiva en el temperamento ético – de la voluntad sobre el conocimiento traduce en la teoría “objetiva” por la primacia del deber sobre el ser, del valor sobre la realidad”<sup>330</sup>. Para o jurista de Viena, a identificação geral do ser com o dever-ser está na base da teoria das ideias de Platão, “no qual a esfera das ideias é apresentada como a

---

es tanto si lo que creen los súbtidos es verdadero como si es útil para el Estado, si favorece el interés de un orden afirmado como justo”. KELSEN, Hans. **La Idea del Derecho Natural y otros ensayos**, p. 128-129.

<sup>328</sup> Ibid., p. 128. Mais adiante, Kelsen pontua: “La mística platônica, expresión la más perfecta del irracionalismo, es una justificación de su política antidemocrática, es la ideología de toda autocracia”, p. 142.

<sup>329</sup> Ibid., p. 136.

<sup>330</sup> KELSEN, p. 117.



esfera do Bem, isto é, do Dever-ser – a esfera do Ser verdadeiro. Assim como o Ser verdadeiro é tão somente o Ser do Bem, também o verdadeiro 'querer' é apenas o querer do Bem”<sup>331</sup>.

Todo o caráter ideológico, enquanto uma falsa consciência que oculta a realidade, está presente, deste modo, na filosofia platônica. O modo como Platão dispõe a antítese entre o Bem e o Mal também foi objeto da crítica kelseniana, pois para ele, o próprio pensamento grego já vinha relativizando o caráter absoluto deste dualismo<sup>332</sup>.

Ao contrário da autocracia, que sempre busca amparar a sua legitimidade em alguma mística ou em mitos fundadores incontestáveis, a democracia, segundo Kelsen, possui um nítido caráter racional, pois aspira a organizar o ente estatal como um sistema de normas gerais, preferentemente escritas, “en la que los actos individuales de la administración y la jurisdicción se hallen determinados del modo más amplio posible, pudiendo considerarse como previsibles”<sup>333</sup>. A democracia situa a legislação em seu centro de gravidade e se torna um Estado legislativo, o que implica ainda que tais textos legais devem ser justificados de modo racional. Nas autocracias, o chefe ou caudilho se coloca como guardião da justiça, agindo através da exceção que atropela a normalidade presente num ideal de legalidade e segurança jurídica. Enquanto que as autocracias tendem a se rodear de ideologias místicas, a democracia busca se amparar numa razão crítica, o que lhe confere ainda um viés anti-ideológico. A democracia não possui nenhum pai e aspira a ser uma sociedade de colaboração entre iguais<sup>334</sup>.

<sup>331</sup> KELSEN. *A Ilusão da Justiça*, p. 287.

<sup>332</sup> Como comenta Kelsen: “Siendo el Mal la negación radical del Bien, el dualismo ético es absoluto en su naturaleza; por eso, la tendencia a construir estas antítesis conceptuales con carácter absoluto, es un claro sintoma del punto de vista ético-normativo, orientado al valor y no a la realidad, al deber ser transcendente y no al ser empírico. El punto de vista empírico, por el contrario, lejos de operar con estas antítesis radicales trataría de relativizarlas en la medida de lo posible; aceptaría grados intermedios, transiciones paulatinas de uno a outro extremo, y aspiraría a resolver la multitud de los fenómenos en series de formas escalonadas, cuantitativamente diferenciadas. Por eso, su finalidad más clara sería el concepto de evolución. Precisamente la historia del pensamiento griego muestra como el conocimiento de la realidad natural comienza a separarse de la especulación ético-religiosa, relativizando las antítesis radicales que para dicha concepción constituían su visión del mundo, refiriéndolas a la contraposición fundamental del Bien y el Mal. El reconocimiento del carácter relativo de esta antítesis es una de las etapas en el camino que conduce de la Ética a la ciencia natural. El viraje decisivo consiste no solo en reconocer como existente al Bien, sino incluso al Mal, al paso que la realidad empírica es considerada no solo exclusivamente como mala, sino también como buena, es decir, como una mezcla del bien y de mal. Así se realizó el primer paso hacia la disolución del pensamiento especulativo en torno a dichos conceptos, hasta que, en definitiva, fué desplazado por el conocimiento de la realidad empírica”. KELSEN. *La Idea del Derecho Natural y otros ensayos*, p. 118.

<sup>333</sup> KELSEN. *Esencia y Valor de la Democracia. Forma del Estado y Filosofía*, p. 147.

<sup>334</sup> *Ibid.*, p. 150 - 151.

O contrário das sociedades abertas são as sociedades fechadas que se caracterizam pela crença em tabus mágicos e indiscutíveis enquanto que na sociedade aberta os indivíduos têm que tomar decisões pessoais e aprendem a adotar uma atitude em certa medida crítica a respeito destes mesmos tabus, baseando suas decisões na autoridade da própria inteligência. Outra característica das sociedades abertas é que nestas os governantes podem ser sacados do poder sem derramamento de sangue, fato que leva Popper a afirmar que a linha divisória entre uma democracia e uma ditadura consiste no seguinte critério: se vive em democracia quando existem instituições que permitem mudar o governo sem recorrer à violência, isto é, sem que isso signifique a eliminação física dos seus componentes. A democracia não pode viver sem tais instituições. Popper frisa ainda o nexó indissolúvel entre a falibilidade do conhecimento humano e a sociedade aberta: quando somos conscientes da falibilidade dos nossos conhecimentos nos abrimos à discussão e ao reconhecimento dos nossos erros e também dos alheios quer dizer nos abrimos à possibilidade de alternativas e de crítica. Se falamos em falibilidade devemos ter claro que isto é incompatível com as pretensões de todo pensamento utópico que propõe sociedade perfeita. A utopia da sociedade perfeita é a negação da sociedade aberta<sup>335</sup>.

A questão proposta por Platão “sobre quem deve mandar”, criou na opinião de Popper uma permanente confusão no campo da filosofia política. O problema não consiste na resposta a quem deve mandar, mas sim como podemos controlar aos que mandam e como podemos organizar as instituições políticas para impedir que os maus e incompetentes governantes façam demasiado mal à sociedade<sup>336</sup>.

Firmando posição sobre o conjunto da tradição grega, Popper salienta que a tradição da discussão crítica se inicia com pré-socráticos com exceção dos pedagógicos não encontrei uma escola dedicada conservação de uma doutrina. Ao contrário, a filosofia grega pré-socrática mostrava-se como uma sucessão de ideias novas e de crítica aos mestres precedentes. Trata-se de uma tradição que surge em resposta à dissolução de uma sociedade fechada calcada nas crenças mágicas. Os pré-socráticos modificam a tradição, pois

---

<sup>335</sup> POPPER. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tomo I, p. 184 e seguintes.

<sup>336</sup> Bobbio retomou este ponto proposto por Popper num ensaio de intenções polémicas dirigido aos comunistas italianos, destacando que a fórmula da “ditadura do proletariado” resolve a questão de quem deve governar, mas não a questão de como se deve governar (qual o poder dos governantes). Cf. BOBBIO, Norberto. **Qual Socialismo?** Discussão de uma alternativa, 3. ed. Tradução de Iza Salles Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

transmitiam uma teoria sobre um mito inovando e assim fundando uma nova tradição: a tradição de desafiar as teorias e os mitos e discuti-los criticamente. Ao contrário das sociedades fechadas, os gregos iniciaram uma trajetória onde as instituições sociais deixam de ser tidas como tabus<sup>337</sup>.

A tradição crítica encontrou seu ponto mais alto na figura de Sócrates e sua oposição mais decidida na figura de Platão. Sócrates ensinava uma teoria engole etária da razão humana como instrumento universal de comunicação insistindo na honestidade intelectual e na autocrítica, sua teoria e igualitária da justiça e sua doutrina de que melhor se vítima que autor da injustiça. Para Kelsen, Platão terminou sua vida cada vez mais alheio ao racionalismo socrático, além de prisioneiro de uma “creciente convicción de la transcendencia del objeto del conocimiento ético, así como la creencia en la imposibilidad de representar racionalmente su resultado”<sup>338</sup>. Para tanto Platão recorre o tempo todo em seus diálogos ao mito. Para Popper, Platão traiu a Sócrates. Platão foi o Judas de Sócrates<sup>339</sup>.

As raízes dessa tradição estão na filosofia da história que Platão se utilizou para justificar uma teoria política totalitária. Como expus anteriormente ao estudar a teoria das formas de governo de Platão, para este toda mudança social representa o risco da corrupção decadência e da degeneração como conseqüência de uma lei cósmica que afirma que todas as coisas geradas estão condenadas a decadência. Como pensador antiliberal, Platão enxerga o desenvolvimento das comunicações marítimas e do comércio como um perigo capaz de levar à dissolução da sociedade e do Estado.

Em todo caso, Platão estava firmemente convencido de que mediante um esforço humano seria possível abrir uma brecha na fatal tendência histórica representada pela decadência. A vontade moral do homem, através de um esforço político e pedagógico pode impedir a decadência, evitando a degeneração racial, a degeneração moral e a degeneração política. Este é em essência o Estado totalitário platônico: um Estado petrificado, construído à base de uma rígida divisão de classes, da identificação da sorte do Estado com o destino de sua classe dirigente. Tal unidade entre Estado e classe dirigente pode ser criada através de normas rígidas e pela coletivização dos interesses dos dirigentes. Deve ser reforçada pelo

---

<sup>337</sup> POPPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tomo I, p. 189.

<sup>338</sup> KELSEN, Hans. **La Idea del Derecho Natural y otros ensayos**, p. 125.

<sup>339</sup> BURKE, T. E. **The Philosophy of Popper**. Manchester: Manchester University Press, 1983, p.141.

monopólio nas mãos desta mesma classe dirigente das virtudes militares, do direito de levar armas e de receber uma educação completa. Aliado a tudo isso tenho um projeto que já comportava uma rigorosa censura de todas as atividades intelectuais e uma contínua propaganda dirigida modelar e a unificar as mentes. E finalmente um programa de auto-suficiência capaz de evitar a dependência do Estado com relação aos comerciantes.

Para Kelsen, Platão foi o primeiro a entender a função ideológica da arte e o perigo que esta representava para a sociedade, podendo levar a uma degeneração social, como ocorreu com o advento da detestada democracia, que para o autor de *A República* é pouco mais que sinônimo de anarquia<sup>340</sup>. Platão é acusado, a todo o momento, tanto por Kelsen quanto por Popper, de ser um inimigo da democracia. Concordando com Popper, Nussbaum argumenta que o aspecto central de *A República* consiste justamente neste ataque à democracia (Nussbaum fala até de “ódio à democracia” por parte de Platão), o que pode ser sintetizado na constatação de que as normas sociais devem ser formadas pela verdadeira sabedoria e não pelo voto majoritário. Platão teria a firme convicção de que “a democracia apodrece a alma e defende o governo total de uma elite, que imporá seus valores e suas ideias através de um sistema de controle social total que inicia com regras de amamentação e segue adiante englobando cada aspecto da vida de cada cidadão”<sup>341</sup>.

As reflexões de Kelsen sobre a filosofia platônica me coloca em guarda contra as habituais argumentações que reduzem Kelsen a um defensor do totalitarismo, aquilo que já foi chamado de *reductio ad hitlerum*<sup>342</sup>. Por maiores que sejam os equívocos teóricos e limitações

---

<sup>340</sup> Escreveu Kelsen: “Platón, que excluía la pintura de su Estado ideal, como 'fantasmagoría', porque engañaba a los hombres (así como el arte poético, meramente imitativo) no vacilaba en intervenir en la esfera más íntima del hombre con tan monstruosa mentira, sólo porque en esa esfera enraiza un interés vital del Estado”. Mais adiante: “En el mismo sentido se orientan outros proyectos, que siempre tienden en definitiva a colocar la religión, la ciencia y la poesía, en su función creadora de ideologías, al servicio exclusivo del Estado, a crear un monopolio estatal de ideologías, mediante la eliminación absoluta de toda libertad intelectual, erigiendo así una dictadura, a la que habría de someterse no sólo el querer y el obrar, sino incluso la opinión y la fe de los hombres”. In: KELSEN, Hans. **La Idea del Derecho Natural y otros ensayos**, p. 128-130.

<sup>341</sup> Ver NUSSBAUM, Martha. **A República de Platão: a boa sociedade e a deformação do desejo**. p. 21. Porém, a própria Martha Nussbaum aponta que Platão, paradoxalmente, é também o melhor amigo que a democracia pode ter, pois lança um desafio que obriga a democracia a se conhecer melhor e a se justificar. Se por um lado não podemos lidar com o problema das paixões e desejos descontrolados (que possuem como causa a própria expansão da liberdade) que caracterizam a nossa moderna sociedade de consumo permitindo a um governo todo-poderoso e constituído por sábios que regule os pormenores da nossa existência, por outro lado não podemos desconhecer o problema.

<sup>342</sup> Como argumenta Andityas Matos: “O argumento da *reductio ad Hitlerum* não pode ser utilizado para desqualificar a obra de Kelsen e do positivismo jurídico em geral, devido à sua completa inaplicabilidade. Com isso, não queremos colocar o positivismo jurídico em uma espécie de pedestal de pureza, intocável e imaculado. Como toda criação humana, as teorias juspositivistas possuem imperfeições, lacunas, erros e incongruências. Todavia, caso se deseje criticar o positivismo, tal deve ser realizado com clareza e honestidade, aproveitando a já

do projeto contido na Teoria Pura do Direito, não é correto afirmar que Kelsen silenciou acerca do grave problema das autocracias absolutas no século XX. Não por acaso suas observações sobre Platão estão em perfeita consonância com a obra de Popper e sua defesa da sociedade aberta. Kelsen, no entanto, não deixa de se mostrar pessimista, talvez por concordar com a máxima de Hume de que a razão segue como escrava das paixões. Se a justiça proposta por Platão (e por todos os absolutistas) é uma ilusão, trata-se, todavia, de uma ilusão mais forte que a realidade. Talvez por isto, conclui Kelsen, é provável que a humanidade “no se conforme nunca con la respuesta de los sofistas y busque, aunque sea a través de sangre y lágrimas, el camino andado por Platón: la vía de la religión”<sup>343</sup>.

---

citada fala de Hart. Não se pode responsabilizar qualquer teoria científica por consequências práticas nocivas as quais não deu causa. A acusação dirigida ao juspositivismo de legitimar sistemas jurídicos autoritários é não apenas falsa, mas injusta e mentirosa, visto que, como exposto no presente artigo, o positivismo jurídico nunca se colocou ao lado da ordem constituída, preferindo antes criticá-la com base numa epistemologia relativista e uma metodologia comprometida com a verdade, nunca com a górgona do poder”. Ver MATOS, Andityas S. M. C. *Positivismo jurídico e autoritarismo político: a falácia da Reductio ad Hitlerum*. In: DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio (coordenadores). **Teoria do Direito Neoconstitucional**. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008, p. 125.

<sup>343</sup> KELSEN, Hans. **La Idea del Derecho Natural y otros ensayos**, p. 143.

### 3.6 KELSEN *VERSUS* MARX

O que o marxismo diz sobre o direito? Antes de responder a tal indagação, devo ter em mente a observação de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, que viram no marxismo uma similitude com o cristianismo, no sentido de que ambos os sistemas de pensamento oferecem uma concepção global sobre o homem e ainda, ambos oferecem uma “ideologia de salvação” para os seus adeptos<sup>344</sup>. Antes disso, já na década de 20 do século passado, Bertrand Russel viu no bolchevismo uma semelhança decidida com a religião muçulmana: “El mahometismo y el bolchevismo son prácticos, sociales, no espirituales, y se interesan por conseguir el imperio en este mundo”<sup>345</sup>. De fato, esta inusitada mistura de cientificismo e utopismo (administrados em doses cavalares), não poderia deixar de ser criticada por Kelsen, que como procurarei demonstrar, irá acusar a concepção marxista do direito de operar com esquemas mentais idênticos aos utilizados pelas Escolas do Direito Natural.

Tendo uma “concepção integral do mundo”, como afirmou Lênin, o marxismo se apresenta não só como uma ciência da revolução, uma teoria econômica ou uma prática revolucionária, mas uma chave para a compreensão de problemas estéticos, éticos e também, por certo, jurídicos<sup>346</sup>. Sendo assim, mesmo Marx e Engels tendo escrito de forma fragmentada e insuficiente sobre o direito, seus seguidores trataram de reorganizar as ideias contidas nos clássicos, de modo a conferir um novo estatuto teórico capaz de criar uma autêntica teoria marxista do direito. Não sendo o caso de reproduzir tanto o quanto a tradição marxista disse sobre o direito, posso, todavia, apresentar a síntese elaborada por Atienza e Manero, que viram como teses comuns a todos os juristas marxistas (ou que, sendo marxistas, tentaram entender o fenômeno jurídico) as seguintes proposições: a) o direito possui um caráter de classe; b) trata-se de um fenômeno histórico vinculado a certas formas de organização social; c) desempenha um papel subordinado com relação aos demais elementos do todo social; d) possui uma função ideológica. A adoção das teses acima irá levar os pensadores marxistas a uma posição de rechaço aos modelos tradicionais de ciência jurídica e

<sup>344</sup> ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. **Marxismo y Filosofía del Derecho**. México: Fontamara, 2004, p. 10.

<sup>345</sup> RUSSEL, Bertrand. **Teoría y Práctica del Bolchevismo**. Barcelona: Ariel, 1969, p. 94.

<sup>346</sup> Lênin definiu a cosmovisão marxista numa frase lapidar: “A doutrina de Marx é onnipotente porque é exata. É completa e harmoniosa, dando aos homens uma concepção integral do mundo (...)”. Cf. LENINE, Vladimir I. **Obras Escolhidas**. Vol. 1, 3ª ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1986, p. 35.

uma atitude de desconfiança e suspeita frente aos pretensos valores que o direito pretende realizar, como a justiça e os direitos humanos<sup>347</sup>.

Para entender melhor a contradição exposta acima devo me debruçar um pouco sobre a obra do próprio Marx. A abordagem marxista do direito entende este enquanto um instrumento de domínio de classe dominante, se constituindo num reflexo de determinadas relações sociais, localizando-se num plano superestrutural. Ou seja, o direito deve ser visto como parte de uma “máquina de dominação”. Como bem aponta Rocha, os marxistas “aprisionados em suas armadilhas conceituais não conseguem, com raras exceções, pensar o Direito. O Direito sempre é o instrumento de alguma coisa, ou no máximo uma instância de um todo dominante”<sup>348</sup>. Em cada momento histórico, a classe no poder lança mão deste artifício ideológico para regular sua dominação. As raízes deste fenômeno somente podem ser buscadas na anatomia da infraestrutura social e constituem um fenômeno histórico. Ou seja, o “justo” de cada sociedade depende das relações econômicas e estruturais de cada época, como esclarece o próprio Marx, numa passagem já bastante difundida:

A equidade das transações efetuadas entre os agentes da produção repousa na circunstância de decorrerem elas naturalmente das relações de produção. As formas jurídicas em que essas transações econômicas aparecem – atos de vontade das partes, expressões da vontade comum, contratos com força de lei entre as partes – não podem, como puras formas, determinar o próprio conteúdo. Limitam-se a dar-lhe expressão. Esse conteúdo é justo quando corresponde, é adequado ao modo de produção. Injusto quando o contraria. No sistema capitalista, a escravatura é injusta, do mesmo modo que a fraude na qualidade da mercadoria<sup>349</sup>.

Tal ponto de vista possui o mérito de por em xeque as definições ingênuas acerca do direito, desocultando a dominação implícita nas relações jurídicas. Neste sentido, há um realismo implícito nas concepções Marx. O problema é que tal realismo mostra-se insuficiente e de fôlego curto para explicar a evolução do capitalismo moderno. Marx, por exemplo, “concebeu o funcionamento da economia capitalista segundo um modelo estritamente auto-reprodutor, do qual se excluía a necessidade da intervenção estatal”<sup>350</sup>. O advento do Estado *keynesiano* obriga a uma revisão da teoria marxista e a forma como podemos entender as múltiplas relações entre economia e Estado (“quem determina o quê”).

<sup>347</sup> ATIENZA, Manuel. **Marxismo y Filosofía del Derecho**. 2004, p. 11.

<sup>348</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**, 2003, p. 77.

<sup>349</sup> MARX, Karl. **O Capital**. Livro III, v. 5. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 454.

<sup>350</sup> GORENDER, Jacob. **Marxismo sem Utopia**. São Paulo: Ática, 1999, p. 64.

Se por um lado, o marxismo teve a vantagem de ressaltar o papel da economia dentro da sociedade, por outro, resvalou para uma explicação determinista da sociedade ao absolutizar este aspecto. Tal economicismo fica evidente na ideia de que as formas jurídicas “limitam-se a dar expressão” às relações econômicas, deixando de captar a autonomia (relativa) que o fenômeno jurídico pode ter. Sendo assim, inúmeras instituições que são parte componente do direito moderno e que não possuem um caráter classista ficam a descoberto, sem encontrar explicação suficiente na definição marxista<sup>351</sup>. A própria definição da democracia como “burguesa” resulta problemática diante dos avanços obtidos por mais de um século de afirmação de direitos sociais, resultando na formação de um novo tipo estatal, combatido diuturnamente tanto por liberais quanto por marxistas, qual seja, o Estado social ou de bem-estar social, vigente nos países europeus de capitalismo mais avançado<sup>352</sup>.

Diante da ideia de que a relação entre infraestrutura produtiva (onde se dá a reprodução da vida material) e superestrutura política (onde se encontra o Estado e o direito) poderia soar mecânica e determinista, Marx antecipou-se apresentando a tese de que tal determinação somente pode ser explicada como uma “determinação em última instância”. Mas como bem afirmou Genro, “este ‘em última instância’ não diz absolutamente nada. Apenas ‘tolera’ a existência de outros fatores, que operam sobre o Estado em ‘instâncias’ inferiores”:

Não compreende o Estado como relação político-econômica, como instituição permeada pela cultura e pela civilização, como relação social e jurídica e, inclusive, como instância ‘separada da sociedade’. Uma instância que reflete, nas suas próprias instituições, não só os antagonismos de classe

---

<sup>351</sup> O caráter monocausal do determinismo marxista e suas insuficiências na descrição do fenômeno capitalista foi posto ao relento por Max Weber, quando da redação de sua leitura das afinidades entre a ascese calvinista e a vocação para determinado trabalho, posta em prática cotidianamente para poupar e glorificar a Deus, o que desembocou na indireta relação entre o protestantismo e o desenvolvimento capitalista: “não cabe, contudo, evidentemente, a intenção de substituir uma interpretação causal unilateralmente ‘materialista’ da cultura e da história por uma outra espiritualista, também ela unilateral. Ambas são igualmente possíveis, mas uma e outra, se tiverem a pretensão de ser, não a etapa preliminar, mas a conclusão da pesquisa, igualmente pouco servem à verdade histórica”. In: WEBER, Max. **A ética protestante e o ‘espírito’ do capitalismo**. Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. Revisão técnica de Antônio Flávio Pierucci. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 167. Dentro do campo marxista, mas já revendo a teoria de Marx, Eduard Bernstein propôs a existência de uma mútua determinação entre infraestrutura e superestrutura.

<sup>352</sup> Não deixa de ser irônico assistir ao noticiário sobre a mais recente (primeiro semestre de 2010) crise fiscal européia, onde vemos os protestos capitaneados em seu país pelo KKE (Partido Comunista Grego, um dos mais ortodoxos da Europa), “contra os cortes nos gastos públicos” ou assistir cobranças até mesmo da esquerda marxista brasileira em favor de “políticas públicas mais eficientes” ou por mais transparência no gasto público. Ambas as cobranças estão em flagrante contradição com um programa político voltado para a conquista e destruição violenta do Estado burguês, pelo simples fato de que a sua conquista representa um reforço de legitimidade para este mesmo Estado, por mais que os ideólogos de tais organizações não se dêem conta de tal realidade.



que permeiam a sociedade, mas também – por meio delas – assegura algumas demandas de caráter universal, situadas acima das classes. (...). De fato, a visão de que todo Estado é uma ditadura de classe, além de ensejar a simplificação ao extremo da luta política na sociedade (que seria cada vez mais ‘simples’), tem a característica de proporcionar uma ‘ética de poder’ supostamente baseada numa moralidade proletária. Os valores desta ética estariam embasados na ‘inversão da dominação’, que, ao fim e ao cabo, torna a violência, segundo esta visão, uma violência legítima dos proletários, como o único meio possível de direcionar a sociedade atual para uma outra, mais justa<sup>353</sup>.

Deste modo, como bem apontou Coutinho, a definição da democracia como forma burguesa de dominação levou a uma relação instrumental e puramente tática da esquerda marxista com a questão democrática, o que se traduz numa série de ambigüidades na prática política destas organizações e ajuda a entender o caráter francamente autoritário assumido pelos países do chamado socialismo real<sup>354</sup>. Weffort comentou a respeito da ideia de democracia como a forma, por excelência, da dominação burguesa:

O problema é que muita gente preferiu esquecer que isso que era verdade para a Europa do jovem Marx, vai deixando de sê-lo, por exemplo, já para a Europa do velho Engels. (...) As democracias européias da época de Marx – ou seja, de meados do século XIX – eram burguesas em seus próprios fundamentos. Mudaram depois, a partir do último quartel do século passado, com a conquista popular do sufrágio universal, com o fortalecimento dos sindicatos e com o surgimento dos partidos operários<sup>355</sup>.

A definição da democracia contemporânea como “burguesa” é problemática por uma razão muito clara: confunde a origem histórica da democracia moderna (estritamente vinculada com eventos históricos como as Revoluções Americana e Francesa) com seu desenvolvimento posterior. De todo modo, tenho que lembrar que Marx operava diante do Estado existente no século XIX, muito mais próximo do Estado mínimo dos sonhos liberais que o atual. Ou seja, Marx concebe sua visão do direito tendo em mente um Estado de perfil restrito<sup>356</sup>, enquanto hoje tenho em minha frente um Estado ampliado, que é fruto não somente das lutas sociais (ou de classe), mas também da própria diferenciação funcional da sociedade. Em alguns países o gasto público chega a representar 30% do PIB (Alemanha e Suécia).

<sup>353</sup> GENRO, Tarso. **O Estado e o Manifesto Comunista**. In: AARÃO REIS FILHO, Daniel. *O Manifesto Comunista 150 anos depois*. Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1998, p. 134 e 135.

<sup>354</sup> COUTINHO, Carlos Nelson. **A democracia como valor universal**. São Paulo: Livraria e Editora de Ciências Humanas, 1980, p. 19 a 41.

<sup>355</sup> WEFFORT, Francisco. **Por que democracia?** São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 37.

<sup>356</sup> O Estado como um “comitê para gerir os negócios da burguesia” como na famosa frase contida no Manifesto do Partido Comunista. O Estado é visto como uma máquina de dominação classista.

Geoff Eley, em “Forjando a democracia”, mostra de forma bastante convincente como este Estado foi fruto das próprias lutas da esquerda européia<sup>357</sup>.

Para o marxismo, o Estado e o direito são expressões da sociedade classista, quando do advento da sociedade sem classes, o mesmo deveria fenecer até a sua completa extinção. Kelsen apontou uma contradição lógica em tal pressuposição, verificando que o programa econômico da evolução marxista, a nacionalização ou estatização dos meios de produção encontra-se em desencontro com o programa político, que propõe a extinção do Estado. De fato, no próprio Manifesto do Partido Comunista, Marx e Engels apresentam um programa poderosamente estatizante, propondo a “expropriação da propriedade fundiária e *emprego de suas rendas para despesas públicas*”, “centralização do crédito nas mãos do Estado”, “centralização do sistema de transportes nas mãos do Estado” etc.<sup>358</sup> A ideia de fim do Estado, tão acalentada na profecia utópica marxista, ao não levar em conta a inevitabilidade da diferenciação funcional como uma constante histórica empiricamente constatável, se perde na vinculação marxista entre o fim da sociedade dividida em classes antagônicas e o fim da divisão social do trabalho, terminando por se apresentar tão somente como uma revolta contra a complexidade da sociedade moderna<sup>359</sup>.

---

<sup>357</sup> ELEY, Geoff. **Forjando a democracia**. A história da esquerda na Europa, 1850 – 2000. São Paulo: Perseu Abramo, 2005.

<sup>358</sup> MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Moscou: Progresso, p. 53 e 54. Entre as propostas encontramos a ideia da constituição de “exércitos industriais, em especial para a agricultura”, conselho que parece ter sido levado à risca sob a forma dos numerosos campos de reeducação edificados nos países do socialismo real.

<sup>359</sup> Tal revolta contra a complexidade pode assumir um sentido trágico, como o ocorrido no Camboja dominado pelo Pol Pot, onde toda a sociedade foi dissolvida numa imensa comuna agrária, a um custo humano imensurável. Noutro sentido, algo ingênuo, como o defendido por Nicolai Bukharin, um dos primeiros dirigentes soviéticos, que chega a acreditar que com o avanço da instrução pública, os problemas trazidos pela especialização das tarefas será resolvido de forma a permitir uma espécie de ultra-multi-funcionalidade: “No regime comunista, por exemplo, não haverá diretores perpétuos de fábricas, ou pessoas que levam toda a vida no mesmo trabalho. [...]. Nada disto existirá na sociedade comunista. Nela, todos os homens gozam de uma larga cultura e tem um conhecimento de todos os ramos de produção; hoje, administro, calculo quantos chinelos ou pães será preciso fabricar para o mês próximo; amanhã, trabalho numa fábrica de sabão, na semana seguinte, talvez, numa serraria da cidade, e, três dias depois, numa estação elétrica”. In: BUKHARIN, Nikolai. **ABC do Comunismo**. Tradução de Aristides Lobo. São Paulo: Edipro, 2002, p. 63. Sobre o tema escreveu Campilongo: “A obsessão por transformações e a nostalgia com um futuro idílico, como se lê nas páginas de De Giorgi, expõem os sistemas aos riscos do auto-engano. Apetrechados por toda a sorte de transcendentalismos universais que não encontram eco no cotidiano, os ‘bem-intencionados’ não vêem que não vêem aquilo que não vêem. E esperam extrair do sistema jurídico algo que o direito não pode oferecer. Desperdiçam, assim, uma oportunidade preciosa: a de trabalhar com uma juridicidade à altura dos desafios de uma sociedade complexa”. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem”: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado. In: DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quatier Latin, 2006, p. 15.

Ora, como é possível que tal Estado, fortalecido em grau nunca visto por um inédito controle de todos os meios produtivos, irá, por sua própria ação, fenecer? A experiência concreta do século XX mostra a correção da crítica formulada por Kelsen, especialmente em face da hipertrofia do Estado soviético, que no seu auge burocrático chegou a contar com mais de mil ministérios.

Hans Kelsen, ao se alinhar na década de 20 com a social-democracia austríaca, defenderá um “regresso a Lassalle”, pensador com cujas ideias políticas irá se identificar. Para o jurista de Viena, o fato de que Marx tenha se tornado o pensador central da social-democracia alemã, resultava num paradoxo, uma vez que as concepções políticas de tal movimento haviam sido originariamente dadas por Lassalle<sup>360</sup>. Kelsen observa ainda que no programa do comunismo soviético havia uma contradição insolúvel entre as propostas econômicas (de direção centralizada da economia pelo Estado) e a própria tese da extinção gradual do Estado. Obviamente que um Estado assim fortalecido – detendo em suas mãos o controle de toda riqueza econômica – não deveria se “extinguir”, mas sim, como de fato ocorreu, transformar-se num Estado total.

Entre os marxistas, quem melhor defendeu as posições de Marx no campo jurídico foi Evgeni Pachukanis, jurista da época soviética autor de uma teoria que vinculava a forma jurídica com a circulação de mercadorias que caracteriza a sociedade capitalista. Uma vez abolida a sociedade capitalista e seu circuito produtor de mercadorias veríamos encerrada a principal finalidade do Estado burguês, qual seja, a de ser o fiador deste processo<sup>361</sup>. A definição de Pachukanis é equivocada pelos motivos já postos acima: correspondem a uma concepção restrita de Estado, que, como bem apontaram Atienza e Manero, não dá conta da juridificação da esfera pública (do qual o constitucionalismo é a expressão mais destacada) e termina por menosprezar o indispensável *garantismo jurídico* que tutela a liberdade individual e coletiva, ao propor uma substituição do direito pela política, o que teve conseqüências trágicas para o próprio Pachukanis, que foi assassinado a mando de Stálin<sup>362</sup>.

<sup>360</sup> KELSEN, Hans. **Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo.** Tradução de Alfonso García Ruiz. México: Siglo Veintiuno Editores, 1982, p. 366.

<sup>361</sup> Ver: PACHUKANIS, Evgeny. **Teoria Geral do Direito e Marxismo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1988. Sobre a obra de Pachukanis ver: NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e direito – um estudo sobre Pachukanis.** São Paulo: Boitempo, 2000 e SALGADO, Remigio Conde. **Pachukanis y la teoría marxista del Derecho.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

<sup>362</sup> ATIENZA, Manuel. **Marxismo y Filosofía del Derecho,** 1994, p. 13. Não há como reduzir institutos como o *habeas corpus* a uma expressão da *forma-mercadoria* que domina a sociedade burguesa. E exatamente a possibilidade de ingressar com um *habeas corpus* contra sua prisão ilegal perante um judiciário efetivamente

Sendo assim, a teoria de Marx pouco informa sobre a teoria do direito e seus temas habituais, que como lembrou Bobbio são aqueles vinculados “à origem, à natureza e à função dos sistemas normativos e à distinção entre o sistema normativo que habitualmente chamamos de direito e todos os outros sistemas normativos”<sup>363</sup>, apresentando, antes de tudo, uma posição de rechaço da normatividade, especialmente em face da sua visão teleológica de fim do Estado quando do advento da sociedade sem classes comunista.

A crítica de Kelsen contra a teoria marxista do direito encontra-se esboçada em três livros escritos em duas épocas distintas. O primeiro, *Socialismo e Estado*, foi escrito ainda na fase continental de Kelsen, quando o mesmo estava engajado num diálogo muito próximo com a social-democracia austríaca e alemã<sup>364</sup>. Os demais, *Teoria comunista do Direito e do Estado* e *A teoria política do bolchevismo*<sup>365</sup>, foram escritos durante o exílio de Kelsen nos EUA, para onde emigrou ainda durante a Segunda Guerra Mundial.

O ponto central da crítica kelseniana ao marxismo fica por conta da passagem que Marx faz de uma descrição (mundo do ser) para uma normatização utópica (mundo do dever ser). Ou seja, a teoria marxista não distingue fatos e valores e termina por identificar processos e progressos. Ou, na terminologia hegeliana, utiliza uma dialética que une e identifica a “evolução da história” com uma “progressiva realização do Bem”. Marx e Engels se utilizam de uma suposta lei da evolução social como disfarce para um postulado moral e político. O equívoco é maior ainda quando os mesmos apresentam seus juízos de valor subjetivo sobre a injustiça social como ciência objetiva. Para Kelsen, os fins de uma sociedade não podem ser derivados de uma forma lógica de nenhuma teoria descritiva<sup>366</sup>. A

---

independente, foi o que faltou ao desafortunado Pashukanis. Ele não foi assassinado por ter sido contra a promulgação de uma Constituição Soviética, por representar uma eternização do direito, incompatível com uma sociedade comunista, mas pela ausência de uma efetiva Constituição (entendida aqui como um conjunto de garantias contramajoritárias).

<sup>363</sup> BOBBIO, Norberto. **Nem com Marx, nem contra Marx**. Organização Carlos Violi; tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2006, p. 211.

<sup>364</sup> Cf. HERRERA, Carlos Miguel. **Kelsen y el socialismo reformista**. 1997, p. 77-115.

<sup>365</sup> Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Comunista del Derecho y del Estado**. Tradução de Alfredo Weiss. Buenos Aires: Emecé, 1957 e KELSEN, Hans. **A teoria política do bolchevismo**. Tradução de M. T. Miranda. Rio de Janeiro: Livraria Clássica Brasileira, 1958.

<sup>366</sup> Kelsen escreveu a respeito: “O enunciado de que certa organização social, que garante a liberdade individual, mas não a segurança econômica, é boa não é um enunciado sobre um fato, não pode ser verificado por experimento e não é verdadeiro nem falso. É, antes, válido ou inválido. Como juízo de valor (isto é, um juízo sobre a liberdade individual e a segurança econômica como valores), não deve ser confundido com o enunciado de que os homens efetivamente preferem a liberdade individual à segurança econômica, que é realmente um enunciado sobre um fato e pode ser verdadeiro ou falso. [...] Mas ele transgredir o campo da ciência quando

culpa por tal erro pode ser remontada a Hegel, que nega a oposição entre ser e dever ser, nega o dualismo entre faticidade e valor. O resultado é a pretensão tanto de Hegel quanto de Marx de descobrirem nas leis da sociedade, os elementos do progresso histórico. Ou seja, apresentam “sus postulados ético-políticos revolucionários como leyes de desarrollo que se realizan por necesidad natural”<sup>367</sup>.

Todavia, além de uma teoria do direito, Marx legou uma teoria da justiça, que se expressa na fórmula muito conhecida “De cada um de acordo com suas potencialidades, a cada um de acordo com suas necessidades”. É preciso explicar o significado desta fórmula antes de seguir adiante. Marx, como um homem do século XIX, estava fortemente influenciado pela ideia de progresso. No esquema evolutivo proposto no Prefácio do livro *Para a Crítica da Economia Política*, a contradição entre o desenvolvimento das forças produtivas (potencializado pelo progresso técnico) e as relações de produção termina por gerar uma época de revoluções sociais, que abrem caminho para um novo conjunto de relações de produção<sup>368</sup>. A substituição das relações de produção capitalistas pelas relações de produção socialistas teria como mérito um formidável destrave das energias produtivas, levando a humanidade a uma época de abundância nunca vista. O próprio capitalismo já teria esgotado as suas potencialidades produtivas e se veria enredado em crises cíclicas. O resultado da evolução socialista seria o desaparecimento da forma-mercadoria (partida entre valor-de-uso / valor-de-troca), advinda com a eliminação do mercado, eliminando assim o valor-de-troca (a produção seria inteiramente planejada de um modo racional). Posteriormente, o próprio dinheiro, enquanto equivalente universal seria abolido, e a

---

afirma que a segurança econômica para todos é um fim, ou o fim, da vida social; pois a ciência pode determinar os meios, mas não pode determinar os fins”. In: KELSEN, Hans. **O que é justiça?** p. 350-351.

<sup>367</sup> KELSEN, Hans. **Socialismo y Estado**, p. 184.

<sup>368</sup> A passagem onde Marx explica seu ponto de vista de uma forma lapidar é a que segue: “na produção social da sua vida os homens entram em determinadas relações, necessárias, independentes da sua vontade, relações de produção que correspondem a uma determinada etapa de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. A totalidade destas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se ergue uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem determinadas formas da consciência social. O modo de produção da vida material é que condiciona o processo da vida social, política e espiritual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, inversamente, o seu ser social que determina a sua consciência. Numa certa etapa do seu desenvolvimento, as forças produtivas materiais da sociedade entram em contradição com as relações de produção existentes ou, o que é apenas uma expressão jurídica delas, com as relações de propriedade no seio das quais se tinham até aí movido. De formas de desenvolvimento das forças produtivas, estas relações transformam-se em grilhões das mesmas. Ocorre então uma época de revolução social”. MARX, Karl. *Para a crítica da Economia Política*. In: MARX e ENGELS. **Obras Escolhidas em Três Tomos**. v. 3. Lisboa: Editorial Avante, 1982.

abundância proporcionada pelo desenvolvimento produtivo levaria à concretização da parte final da fórmula de justiça de Marx: “a cada um de acordo com suas necessidades”<sup>369</sup>.

Ora, não preciso ir longe para comprovar que perante a prática histórica do século XX, o que vi nos países do socialismo real foi a generalização da escassez, face à incapacidade de um planejamento realmente eficiente da vida econômica, capaz de prever todas as variáveis que se apresentam no cotidiano. A ausência de um sistema de referência capaz de ajustar escassez/abundância, oferta/procura, além de sinalizar a preferência dos consumidores por determinados bens, impediu o aprimoramento e o desenvolvimento do sistema econômico. A politização da vida econômica, com o menosprezo dos códigos próprios deste subsistema social, terminou cobrando o preço habitual da perda de funcionalidade das economias socialistas.

A abundância universal proposta por Marx, capaz de eliminar o dinheiro, ficando cada um livre para dispor de qualquer produto que porventura necessite, também encontra um forte obstáculo nos limites ecológicos do planeta e na escassez dos recursos naturais. Ou seja, o que surge na linha do horizonte é o aumento dos conflitos distributivos e não a sua eliminação. Como bem observou Walter: “La necesidad – sin duda real – de numerosos miembros de una sociedad de alcanzar su meta en una autopista vacía con la más alta velocidad, no será posible de ser realizada por todos al mismo tiempo”<sup>370</sup>. A sociedade da abundância irrestrita sonhada por Marx, ironicamente, guarda relação próxima com o sonho ultra-liberal de progresso infinito das forças do mercado (forças produtivas) livres das amarras postas pela voracidade legiferante e tributária dos governos (relações de produção)<sup>371</sup>.

Igualmente, não deixa de ser irônico que Marx utilize na segunda parte de sua fórmula o critério da necessidade de cada um, critério este adotado pelas famílias, ou seja, por uma organização social que pressupõe um grau relativamente limitado de complexidade. Hume já

---

<sup>369</sup> Como nos explica Goreneder: “Previam, contudo, o desaparecimento do dinheiro e das relações mercantis, o que permitiria à sociedade livrar-se dos males da opacidade e da anarquia do mercado. Na Crítica ao Programa de Gotha, Marx antevê a supressão do mercado e do dinheiro já na fase de transição ao comunismo (fase depois denominada socialismo)”. In: GORENEDER, Jacob. **Marcino e Liberatore**. Diálogos sobre marxismo, social-democracia e liberalismo. São Paulo: Ática, 1992, p. 42.

<sup>370</sup> WALTER, Robert. **Kelsen, la Teoría Pura del Derecho y el Problema de la Justicia**, 1997, p. 50.

<sup>371</sup> E ainda mais irônica a observação de que nenhuma situação representou mais a contradição entre o desenvolvimento das forças produtivas travadas pelas relações de produção do que os países do Leste Europeu, na quadra final da existência do chamado “Socialismo Real”. Quanto à fórmula de justiça, os cubanos, com seu humor característico redefiniram como “a cada um de acordo com sua obediência”. In: AROCHA, Modesto. **Chistes de Cuba**. Miami: Alexandria, 2003, p. 22.

advertia que somente nas famílias poderíamos encontrar um grau elevado de benevolência mútua capaz de eliminar os conflitos distributivos, ou seja, capazes de tornar desnecessária a existência da própria justiça<sup>372</sup>.

Kelsen critica a fórmula marxista de justiça como uma fórmula vazia. No momento em que a mesma for aplicada numa sociedade de economia planejada, a autoridade responsável se verá diante de problemas não resolvidos na fórmula: quais as aptidões de cada um, qual o tipo de trabalho que cada um é capacitado e quanto de trabalho pode ser exigido de cada um? Desta forma, a fórmula marxista de justiça “pressupõe – do mesmo modo que a fórmula ‘a cada um aquilo que é seu’ – que a resposta às questões decisivas para a sua aplicação seja dada por uma ordem social positiva”<sup>373</sup>. Cabe observar, também, que Marx utiliza-se do mesmo esquema de organização social proposto por Platão (entre as muitas afinidades entre os dois autores), ou seja, põe como um dos fundamentos de uma sociedade justa, a correta utilização das potencialidades e capacidades de cada um para uma perfeita harmonia social.

Kelsen aponta ainda mais uma contradição entre a fórmula que pressupõe que deva ser exigido de cada um de conformidade com suas potencialidades: e se um determinado cidadão não estiver disposto a oferecer para a sociedade tais atributos, deverá ser compelido a fazê-lo? Neste caso, não seria necessário o uso da técnica específica do direito, baseada na coerção e suas respectivas sanções, para obrigá-lo a cumprir com a sua parte de obrigações sociais? Tenho então, de volta, o Estado e o direito, justamente o que o marxismo põe como velharias que deveriam ser abandonadas na lata de lixo da história<sup>374</sup>.

A segunda parte da fórmula, “a cada um de acordo com suas necessidades”, entretanto, pode ter aplicação a âmbitos restritos, como apontou Alf Ross, que viu o princípio de necessidade sendo aplicado de forma crescente em matéria de proteção social<sup>375</sup>. Os sistemas públicos universais de saúde, a meu ver, como o Sistema Único de Saúde brasileiro, se encontram baseados neste princípio<sup>376</sup>.

<sup>372</sup> HUME, David. **Uma investigação sobre os princípios da moral**. 1995, p. 38.

<sup>373</sup> KELSEN, Hans. **O que é justiça?** 1998, p. 17.

<sup>374</sup> Acerca da fórmula marxista de justiça, comenta Ricardo Guastini: “La fórmula y las reglas que la componen es indeterminada. Ninguna de las dos reglas puede ser aplicada si no se enuncian otras reglas que especifiquen al menos, las modalidades para establecer las capacidades o necesidad de cada uno”. GUASTINI, Ricardo. Kelsen y Marx. In: CORREAS, Oscar (Org.). **El otro Kelsen**. México: Unam, 1989, p. 94.

<sup>375</sup> ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**, 2005, p. 336.

<sup>376</sup> De acordo com a Lei n. 8.080/90, art. 7º, o SUS – Sistema Único de Saúde encontra-se fundado nos seguintes princípios (entre outros): “I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; II

### 3.7 A JUSTIÇA LIBERAL DE KELSEN

Ao mesmo tempo em que declarou a justiça como um ideal irracional, Kelsen não se furtou em declarar qual a sua justiça, ou seja, qual a concepção de justiça de acordo com suas preferências subjetivas pessoais. Como já demonstrei anteriormente, o relativismo de Kelsen não nega a existência dos valores, tão somente aponta a impossibilidade da sua dedução através de métodos científicos e objetivos. Os valores, de acordo com o relativismo defendido pelo mestre de Viena, são fruto de uma eleição pessoal, através da vontade de cada um, mas não podem ser provados pela ciência. Com base neste critério, Kelsen não nega, de igual modo, a existência de diversas fórmulas de justiça, o que nega é a possibilidade da existência de uma única fórmula absoluta de justiça, que se pretenda válida em qualquer tempo e lugar<sup>377</sup>. No mesmo sentido, Kelsen argumenta que “no hay una justicia absoluta que sea susceptible de ser fijada en concepto racional. Este ideal es una ilusión. Sólo hay intereses, conflictos de intereses y su solución por la lucha o la transacción”<sup>378</sup>.

Tendo elegido a ciência como um valor fundamental, que só pode prosperar numa sociedade democrática<sup>379</sup>, Kelsen termina o seu famoso ensaio sobre “O que é a justiça?”, definindo sua concepção de sociedade justa:

Iniciei este ensaio com a questão: o que é a justiça? Agora, ao final, estou absolutamente ciente de não tê-la respondido. A meu favor, como desculpa, está o fato de que me encontro nesse sentido em ótima companhia. Seria mais do que presunção fazer meus leitores acreditarem que eu conseguiria aquilo que fracassaram os maiores pensadores. De fato, não sei e não posso dizer o que seja justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade. Devo satisfazer-me com uma justiça relativa, e só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade. É a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância<sup>380</sup>.

---

- integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”.

<sup>377</sup> CASALMIGLIA, Albert. **Racionalidad y Eficiencia del Derecho**. México: Fontamara, 1993, p. 93.

<sup>378</sup> KELSEN, Hans. **La Idea del Derecho Natural y otros ensayos**, 1946, p. 142.

<sup>379</sup> Como pontuou Andityas Matos: “A ciência não pode se desenvolver em uma realidade na qual inexistente liberdade política e de pensamento. Quando o Estado toma a verdade em suas mãos, acaba por negar o traço fundamental da ciência, qual seja, o criticismo”. MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia do Direito e Justiça na obra de Hans Kelsen**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 317.

<sup>380</sup> KELSEN. **O que é justiça?** p. 25.



O credo de Kelsen, por certo, é um credo liberal, baseado nas ideias de liberdade e tolerância, mas sendo o liberalismo uma tradição filosófica e política multiseular, cumpre verificar a qual liberalismo o jurista da Teoria Pura do Direito se filia. O Estado é pensado como um “vigia imparcial que salvaguarda a ordem social”<sup>381</sup>, utilizando-se do monopólio da força em favor da comunidade. Ao mesmo tempo em que defende os valores da liberdade, da democracia e da tolerância, Kelsen não relaciona estas questões com a dimensão econômica. Para ele, tanto o socialismo (regime de economia planificada) quanto o capitalismo podem ser democráticos, e ambos podem observar o princípio da “regra de direito” (como Kelsen se refere ao princípio da legalidade, essencial para a configuração de um Estado de Direito)<sup>382</sup>. Do mesmo modo que Tocqueville, Kelsen assenta a sua concepção de justiça no valor básico da liberdade. A igualdade está estreitamente vinculada à liberdade, mas ocupa uma posição secundária na sua doutrina<sup>383</sup>.

O liberalismo que Kelsen propõe é, portanto, um liberalismo de corte político, mas não de corte econômico. Kelsen rejeita aquilo que mais adiante Bobbio, seguindo os passos do jurista de Viena, irá chamar de “liberismo”, ou seja, um liberalismo centrado na ideia de que a liberdade econômica e a proteção da propriedade individual são as bases para as demais liberdades. Tal posição teórica irá lhe valer a ira de Friedrich Hayek, que acusará Kelsen de ser um ideólogo do socialismo, pelo fato de propugnar a onipotência do legislador (uma vez que as normas são frutos da vontade e não da razão)<sup>384</sup>.

---

<sup>381</sup> Cf. WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder**, 1983, p. 90. Warat comenta: “Não é muito difícil descobrir as razões ideológicas desta análise que coloca o Estado acima das tensões sociais; que, ao identificar o Estado com o direito, elimina, no plano do saber, a oposição entre a vontade do príncipe e o império das normas, como negação de um estado permanente de violência. Neste ponto, como bem observa Bobbio, aflora o pensamento liberal clássico que, através de uma idéia limitada do Estado como aparato coercitivo, funda a ideologia do Estado de Direito (o Estado limitado pelo Direito e limitado ao Direito). Esta ideologia do Estado de Direito é redefinida por Kelsen, na medida em que toda ordem coativa é um Estado de Direito. Com isto, nada mais faz que reforçar a ideologia do consenso em relação à sanção”. Idem, p. 91.

<sup>382</sup> KELSEN. **A democracia**, p. 265 e seguintes. Se bem que em seu raciocínio, formulado na década de 20, Kelsen anota que ainda não havia tempo suficiente para comprovar a incompatibilidade do socialismo com a democracia: “O experimento russo, restrito a um grande poder, a alguns pequenos satélites e a uma única geração, nada prova. Além disso, não se trata de saber até que ponto o socialismo pode ser implantado com sucesso sob um governo democrático; nossa preocupação é saber se, em princípio, o socialismo é compatível com a democracia, o que, pelo menos até o momento, não pode ser negado”. Op. cit., p. 268. A posição de Kelsen aqui guarda semelhanças com a defendida por Benedetto Croce, que negava a identificação necessária entre liberdade econômica e liberdade política, pois via na liberdade antes de tudo um ideal moral, compatível até mesmo com o socialismo. Ver: BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 87.

<sup>383</sup> VILLAR. **La justicia en la filosofía del derecho de Hans Kelsen**, p. 67.

<sup>384</sup> Cf. HAYEK, Friedrich. A. **Direito, Legislação e Liberdade**. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. v. 2. A miragem da justiça social. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Visão, 1985, p. 56 ss..

#### 4. SOCIEDADE E SISTEMA EM LUHMANN

Após a análise do pensamento kelseniano e dos limites de sua construção teórica, circunscrita aos limites da chamada *teoria da ação*, apresento a seguir o paradigma representado pela abordagem sistêmica de Luhmann, descrevendo sua compreensão da sociedade e de seus sistemas funcionais, mas também do direito e ainda sua peculiar visão das comunicações (e dos problemas) morais, consignados na sua “ética negativa”.

##### 4.1 LUHMANN E A ABORDAGEM SISTÊMICA DA SOCIEDADE

Luhmann nasceu em Lüneburg em 1927 e ainda muito jovem teve a experiência da guerra. Serviu na força aérea alemã no final da guerra e terminou como prisioneiro do exército norte-americano. No pós-guerra estudou direito na Universidade de Freiburg, dedicando sua atenção ao estudo do direito romano. Após uma curta experiência como advogado decidiu se incorporar à administração pública, tendo sido destinado ao Ministério da Educação. Aos poucos, decidiu que não lhe interessava prosseguir na carreira como funcionário e começou a se dedicar a temas teóricos (estudou Descartes, Husserl, o funcionalismo, Malinowski, Radcliffe-Brown, antropologia cultural, etnologia, Kant, Hegel, Marx etc.). Em 1960-61 passou um ano em Harvard, onde conhece e trabalha com Talcott Parsons. No seu regresso à Alemanha Ocidental, Luhmann abandona a administração pública e passa a se dedicar à pesquisa sociológica, estudando na Universidade de Ciências Administrativas. Após um curto período na Universidade de Frankfurt, Luhmann será nomeado catedrático da recém-fundada Universidade de Bielefeld em 1968, posto que manterá até a sua aposentadoria, em 1994<sup>385</sup>.

Tendo vivido o trauma da Segunda Guerra Mundial e a derrota alemã, Luhmann assistiu com interesse o reerguimento da sociedade germânica que já na década seguinte vivia um período de “milagre econômico”. Como foi possível para a Alemanha, destrozada espiritual e fisicamente pelo malogro no conflito mundial, reconstruir as bases da sua

---

<sup>385</sup> Cf. NAVAS, Alejandro. Apuntes para una biografía intelectual. In: **Revista Anthropos**, 173/174, p. 40 a 50.

sociedade num período tão curto de tempo?<sup>386</sup> Ou seja, quais as leis que permitem que a sociedade novamente se estabilize, de modo a continuar funcionando?<sup>387</sup> Luhmann apostou que somente uma teoria de matriz sistêmica poderia dar conta de responder a esta pergunta. A partir daí, irá articular de forma original a teoria da comunicação e a teoria da evolução, buscando renovar o entendimento da sociedade com base na teoria dos sistemas que constitui o marco teórico central do seu pensamento.

Antes de Luhmann, o funcionalismo havia avançado graças aos trabalhos de Talcott Parsons. A teoria de Parsons parte da existência de estruturas nos sistemas sociais, cabendo à sociologia a explicação das funções existentes para a sua manutenção. Parsons não se questionava sobre a função da própria estrutura e as dificuldades para explicar a história, a mudança e o desvio social. Analisando o pensamento de Parsons, Luhmann concluirá que não existe uma descrição teórica coerente sobre o estado dos problemas da sociedade contemporânea e o diagnóstico vai estar na própria sociedade: a sociedade atual já não pode se auto-descrever.

Para Luhmann, a sociologia nasceu para romper com as concepções ontológicas ao introduzir a suspeita, ao buscar segundas intenções não-ontológicas. A sociologia atribuiu funções a elementos isolados: a economia de produção em Marx, a solidariedade social em Durkheim, o inconsciente em Freud. O social é sempre mutante: o social pode sempre ser de outro jeito, pois é fruto das relações sociais e da história. O social é contingente, não possui nenhuma permanência ontológica. A sociologia nasce para dar conta dessa contingência, que na sociedade moderna somente se viu multiplicada.

A acusação de que Luhmann representa um caso de conservadorismo esbarra neste primeiro ponto, pois seu projeto crítico não possui compromisso com o status quo. Reconhece que vivemos nesta sociedade e que, portanto, não existe sentido em pensarmos numa sociedade distinta. E por outro lado, esta mesma sociedade muda tão rapidamente e em tantos sentidos que identificar-se com ela seria identificar-se com as mudanças. Não se trata de

---

<sup>386</sup> Para um quadro amplo da devastação e do ressurgimento não só da Alemanha, mas de toda Europa no segundo pós-guerra ver JUDT, Tony. **Pós-guerra. Uma história da Europa desde 1945**. Tradução de José Roberto O'Shea. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

<sup>387</sup> HORSTER, Detlef. Niklas Luhmann. In: HENNIGFELD, Jochem e JANSOHN, Heinz (orgs.). **Filósofos da atualidade. Uma introdução**. São Leopoldo: Unisinos, 2006, ág. 243.

rechaçar ou aceitar a sociedade, mas sim de compreender melhor os seus riscos estruturais, fazendo face aos perigos que ela mesma cria, gerando a sua improbabilidade evolutiva<sup>388</sup>.

Stichweh, analisando a trajetória intelectual luhmanniana, demonstrou como o sociólogo alemão manteve-se, na fase inicial das suas formulações, no campo da teoria da ação social, entendendo que não deveria existir uma separação entre “ação” e “sistema”: “La única pregunta en la qual existe una opción conceptual real posible está en como la acción y el sistema se relacionan entre ellos en las teorías sociológicas”<sup>389</sup>. Luhmann concebia as ações como elementos do sistema social, o que não nos causa estranheza uma vez que Parsons, autor decisivo na formação do pensamento luhmanniano, trabalhava com a perspectiva da ação social como elemento fundante da realidade social. O aporte de Parsons consistiu em propor uma teoria da ação que fizesse compatíveis as diversas conceituações utilizadas para compreender a ação social<sup>390</sup>. Nos anos oitenta, Luhmann irá mudar significativamente sua abordagem, passando a entender como elemento constitutivo do sistema social, não mais as ações, mas sim as comunicações<sup>391</sup>. Texto decisivo desta definitiva superação dos resquícios sociológicos da teoria da ação social será o livro “Sistemas Sociais” publicado em 1984<sup>392</sup>. Segundo Stichweh, a partir daí a

teoría de sistemas es reformulada como una teoría de la comunicación y el concepto de acción es relegado a un status secundario. Com ello aparece una alternativa real y de muchas consecuencias para construir teorías sociales: que se pueden formular ya sea como teorías de la comunicación u optar por continuar denominándolas teorías de la acción<sup>393</sup>.

<sup>388</sup> NAVAS, Alejandro. **La teoría sociológica de Niklas Luhmann**. Pamplona: EUNSA, 1990, p. 469.

<sup>389</sup> STICHWEH, Rudolf. **Teoría de Sistemas versus Teoría de la Acción**. In: Metapolítica. Volume 05, outubro/dezembro de 2001, p. 55.

<sup>390</sup> LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Luz Mônica Talbot. Barcelona: Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005, p. XIX.

<sup>391</sup> Como sublinha Rocha: “Nessa fase atual, mais evoluída, por alguns denominada autopoietica, Luhmann radicaliza a sua crítica da sociedade, graças a suas concepções de risco e de paradoxo, que apontam interessantes avanços para a discussão a respeito da racionalidade do Direito e da sociedade. A constatação da presença permanente do risco de não se obterem consequências racionais em relação aos fins pretendidos nas decisões, como pregara Weber, para Luhmann gero o inevitável paradoxo da comunicação na sociedade moderna. Ou seja, impede a diferenciação entre a operação de fechamento e abertura dos sistemas. Assim, rompe com o funcionalismo parsoniano, voltado à teoria do interesse, cuja racionalidade dependeria da objetividade da ação do autor em relação a determinados fins”. In: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**, 2003, p. 113.

<sup>392</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**. Lineamentos para uma teoría general. Tradução de Silvia Pappé e Brunhilde Erker. México: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.

<sup>393</sup> Villas Bôas Filho também comenta o tema: “Portanto, é a partir dessa reviravolta teórico-conceitual que Luhmann endereça suas críticas à sociologia tradicional por ele caracterizada, sobretudo, como ‘teoria da ação’, que centra nesse elemento (a ação) o vínculo de continuidade entre dois tipos distintos de sistemas: psíquico e social. A crítica que Luhmann dirige à ‘teoria da ação’ é extremamente elucidativa para a apreensão de seu posicionamento relativamente à tradição sociológica que focaliza sua atenção nos conceitos de ‘sujeito’ e de ‘ação’”.

Buscando um novo modelo explicativo para as ciências sociais, Luhmann encontrou dois antecedentes importantes no conceito de sistema da tradição *veteroeuropéia*<sup>394</sup>: os conceitos de organismo vivo e o conceito de máquina. Ambos têm uma mesma base ontológica: entendem que um sistema é um todo ordenado em partes. Um organismo vivo tem órgãos internos que o compõem, que organizam explicam seu funcionamento; uma máquina tem suas peças. Todavia, segundo Luhmann, nenhum dos dois conceitos serve para descrever a sociedade moderna, e ainda assim, foram utilizados pelos sociólogos uma e outra vez. Por isso, Luhmann utiliza o conceito de sistema da cibernética para construir com ele um conceito de sistema não-ontológico.

Uma vez que Luhmann rejeita qualquer perspectiva ontológica, os sujeitos da sua teoria não são os seres humanos, mas sim os sistemas<sup>395</sup>. Os seres humanos constituem um tipo de sistema, denominado como “sistema psíquico”<sup>396</sup>. Tais sistemas psíquicos observam o direito, mas não o produzem, pois de outro modo o direito ficaria preso naquilo que Hegel definiu como “la oscura interioridad de los pensamientos. Por eso no es posible considerar a

---

social'. Em certo sentido, como se observou anteriormente, a 'teoria da ação' pode ser considerada uma espécie de representante de várias propostas teóricas no âmbito da sociologia que apenas ostentariam diferenças epidérmicas, uma vez que, articulando-se ao redor do conceito de ação, estariam fundadas sobre os mesmos pressupostos. Por outro lado, é justamente a partir da crítica à 'teoria da ação' que Luhmann procura afirmar sua teoria dos sistemas, que implica a substituição do conceito de ação, enquanto elemento fundamental da sociedade, pelo conceito de comunicação”. In: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16.

<sup>394</sup> Como Luhmann gostava de se referir à “Velha Europa”.

<sup>395</sup> Como bem explica De Giorgi: “La epistemología de Luhmann identifica el modo de producción de la racionalidad moderna que es racionalidad del sistema y elabora la estrategia de la integración del sujeto en el universo descrito por esa racionalidad; con esto da un giro de ciento e ochenta grados a la imagen místicas del sujeto racional, del sujeto por encima y más allá del sistema social, e indica las condiciones epistemológicas para realizar la comprensión y la reducción de la complejidad del mundo, es decir, las condiciones por las que el sujeto, que ahora es sólo un equivalente funcional en el sistema, participa de la racionalidad del capital y se compromete totalmente en la realización de aquella racionalidad universal que lo guía, lo programa, que canaliza sus decepciones, que orienta sus ilusiones, que le mantiene latente todo aquello que pudiera empujarlo a no aceptar el juego”. In: DE GIORGI, Raffaele. **Ciencia del derecho y legitimación**. México: Universidad Iberoamericana, 1998, p. 233.

<sup>396</sup> Esta opção decidida de Luhmann, de rejeitar a ideia de que a sociedade é composta de indivíduos, irá ser a causa de uma persistente acusação feita ao sociólogo alemão de ter “matado o sujeito” substituindo-o por uma teoria da sociedade automatizada. Günther Frakenberg irá dizer que a teoria dos sistemas de Luhmann seria “pós-moderna como a bomba de nêutron que extingue o sujeito e deixa as coisas como são”. Aproveita para assinalar na teoria de Luhmann “uma paixão secreta pelo status quo”. Ver: FRAKENBERG, Günther. **A Gramática da Constituição e do Direito**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 283. Obviamente, a pretensão de Luhmann consistiu na construção de uma abordagem teórica que busca observar aquilo que se apresenta como observável, quais sejam, as comunicações, deixando de lado aquilo que é dificilmente observável, que são as consciências individuais, representadas pelos respectivos sistemas psíquicos.

los sistemas psíquicos, a las conciencias, o a todo el ser humano, como partes o como componentes internos del sistema del derecho”<sup>397</sup>.

Sendo assim, não se pode falar da estabilidade de um todo, só se pode falar de sistema diferenciando-o dos problemas que surgem pelo contato com um ambiente sempre em mudança. Um sistema só se pode definir pela sua diferença com um meio, com o seu ambiente<sup>398</sup>. Como lembra Nafarrate: “‘En el inicio está la diferencia’: este es el punto fundamental de la posición de Luhmann. A partir de aquí se construye todo el edificio de teoría”<sup>399</sup>. Ou seja, os sistemas são o que são baseando-se no que não são: o seu ambiente.

Toda diferença é resultado de uma observação. Antes da distinção efetuada pelo observador, o que tenho é uma massa sem forma e indiferenciada. Ao estabelecer uma diferença, imprimo uma forma, um recorte ou limite que nos ajuda a distinguir um sistema dos demais. Tal distinção possui duas faces: o sistema, como a parte interior da forma e o ambiente, como parte exterior, lembrando ainda que a diferença estabelecida não é uma separação física, mas sim um recorte de sentido<sup>400</sup>.

Ao mesmo tempo em que a sociedade se constitui como diferença em relação ao seu ambiente, tal processo de diferenciação ocorre também dentro da própria sociedade, processo que dá origem aos subsistemas que se constituem internamente dentro do sistema social. Um sistema baseia-se na diferença com seu ambiente. “También se puede dizer que o sistema é a diferenciação que se faz para se poder perceber o mundo de algum modo”<sup>401</sup>. O sistema é precisamente a diferença sistema/ambiente<sup>402</sup>, ideia capital na teoria dos sistemas<sup>403</sup>.

---

<sup>397</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, com a colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Felipe Segura. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 104. Luhmann não está sozinho nesta questão nem inaugura um ponto de vista inteiramente novo. Ludwig Siep trata desta semelhança entre o pensamento hegeliano e o luhmanniano: “Lo que une Luhmann con Hegel no es sólo el entedimiento de la autonomía de cada sistema y su capacidad para representar los demás sistemas en un lenguaje y perspectiva que le sean propios, sino también la tesis según la cual la subjetividad no puede ser abarcada ni desde la perspectiva interna, ni tiene en el individuo su lugar exclusivo. También las entidades y procesos naturales, sociales y conceptuales acusan las estructuras de la subjetividad y la reflexividad”. In: SIEP, Ludwig. **La actualidad dela filosofía práctica de Hegel. Hegel y el holismo dela filosofía política**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 22.

<sup>398</sup> Prefero a palavra “ambiente” ao invés de “entorno” como é habitual na língua espanhola, por traduzir melhor a conotação ecológica do pensamento sistêmico. Nas citações em espanhol, o leitor encontrará com bastante abundância o uso da palavra “entorno”.

<sup>399</sup> NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann: la política como sistema**. México: UNAM, 2004, p. 26.

<sup>400</sup> DALLERA, Osvaldo. **Breve Manual de Sociología General**. Buenos Aires: Biblos, 2006, p. 48.

<sup>401</sup> HORSTER, Detlef. **Niklas Luhmann**, págs. 246-247.

<sup>402</sup> Ou sistema/ambiente, como preferem alguns autores.

Devo ter em mente que o sistema é sempre menos complexo que seu ambiente. O sistema visa, para tornar-se funcional, reduzir a complexidade do seu ambiente, redução esta que ocorre a partir da seletividade do sistema com respeito à complexidade incomensurável do mundo. Para operar reduzindo complexidade, o sistema deve selecionar ao que será sensível. Ou seja, o sistema reduz complexidade tomando decisões.

O modo de Luhmann conhecer a sociedade guarda semelhanças com a categoria de totalidade, empregada no arsenal teórico hegeliano<sup>404</sup>. Como assinala Horster, Luhmann coloca “lado a lado uma multiplicidade de atos de conhecimento, conhecendo sistema por sistema, primeiro o sistema econômico, depois o sistema das ciências, do direito, da arte, da política, da religião e do sistema educacional”. Mas após o estudo de cada uma destas parcelas da sociedade, é fundamental reconstruir a visão da sociedade como um todo, ou seja, “juntar a todos os sistemas parciais no sistema global sociedade – o que faz na obra que encerra sua teoria social (*Die Gesellschaft der Gesellschaft*)”<sup>405</sup>.

Através destas reflexões, a teoria dos sistemas adquire dinamismo, uma vez que cada sistema se vê definido pela função que cumpre e a diferenciação funcional será o elemento fundamental de diferenciação dos sistemas, o que faz com que Luhmann articule suas posições teóricas desde uma perspectiva funcionalista, estabelecendo uma conexão entre função e teoria dos sistemas. “Todas as determinações de conceitos não ocorrem em Luhmann como determinações metafísico-ontológicas ‘da essência’, e, sim, com base na apuração de

---

<sup>403</sup> Como bem explica Cárcova: “Como punto de partida, una constatación: el mundo es de tal manera infinito que, por serlo, resulta inabarcable o mejor, inobservable. Tal infinitud es cortada, sin embargo, por una línea divisoria; de un lado se encuentra el sistema, del otro su entorno. Con estas nociones de “sistema” y “entorno” (o ambiente), Luhmann desplaza las de “unidad” y “partes” (componentes de esa unidad), que corresponden a una visión clásica, pero que han exhibido ya su insuficiencia, entre otras cosas, porque no dan cuenta de sus propios entornos. El par sistema/entorno desplaza también otras polaridades de teorías anteriores: Physis/nomos, ser/deber ser, sujeto/objeto, constituyéndose en una nueva perspectiva epistemológica”. In: CÁRCOVA, Carlos María. **Las Teorías Jurídicas Post Positivistas**. Buenos Aires: LexisNexis, 2007, p. 255.

<sup>404</sup> Tal peculiaridade não passou despercebida, especialmente entre os autores que contrastam a teoria dos sistemas com as reflexões de Marx, como por exemplo, Ramón García Cotarelo: “Es importante señalar que, en lo referente a la totalidad, es donde la teoría de sistemas y el marxismo alcanzan su punto más cercano. Para la teoría de sistemas, manifiestamente, el sistema mundial que está surgiendo requiere que se tenga una perspectiva totalizadora del desarrollo futuro del mundo: todo parece depender de todo lo demás. Es decir, para los teóricos de sistemas no solamente es cierto el enunciado de que la totalidad es una categoría que ayuda a comprender el sistema como proceso, igual que en el marxismo”. In: COTARELO, Ramón García. **Crítica de la Teoría de Sistemas**. Madri: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1979, p. 148.

<sup>405</sup> HORSTER, p. 247. O livro de Luhmann *Die Gesellschaft der Gesellschaft* foi traduzido para o espanhol como *La sociedad de la sociedad*: LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2006.

sua função social”<sup>406</sup>. Izuzquiza anota que em Luhmann, a função não se encontra nunca subordinada à manutenção do sistema<sup>407</sup>. Como sublinha o próprio Luhmann:

La diferenciación de los sistemas no es, entonces, otra cosa que una formación recursiva de un sistema, una aplicación de la formación del sistema a su propio resultado. Un sistema en el que se forman otros sistemas se reconstruye a través de una ulterior distinción entre sistema y entorno. Visto desde el sistema parcial, el resto del sistema omnicompreensivo, ahora, es entorno. El sistema total se presente, entonces, ante el sistema parcial como la unidad de la diferencia entre sistema parcial y entorno del sistema parcial.<sup>408</sup>

Para Luhmann, a sociedade deve ser observada como um conjunto de comunicações (e não de indivíduos), uma vez que as principais operações de um sistema social se traduzem em comunicações, especialmente na sociedade moderna, onde o fluxo comunicativo é mais intenso, com sobreposição de emissários e receptores<sup>409</sup>. Para Luhmann, a comunicação é uma síntese de três seleções: “información, acto de comunicación, comprensión. Cada uno de estos componentes es, en sí mismo, un evento contingente. La información es una diferencia que transforma el estado de un sistema, es decir, que produce una diferencia”<sup>410</sup>.

Aquilo que Luhmann chama de mundo ou de realidade constitui um todo indiferenciado, que não possui sentido. O observador estabelece um sentido através de um processo de estabelecimento de distinções, fazendo surgir a já comentada diferença sistema/ambiente, através da qual o sistema constitui sentido, o que nos leva a uma criação seletiva de todas as formas sociais e psíquicas<sup>411</sup>. Os sistemas psíquicos e os sistemas sociais estão acoplados graças ao sentido. A linguagem é o meio do sentido, o seu pré-requisito, onde cada sentido atualizado entre os possíveis é uma forma. A observação não somente permite a emergência do sentido, como também é a base para a continuidade da comunicação, de tal

---

<sup>406</sup> Ibid., p. 246.

<sup>407</sup> IZUZQUIZA, Ignacio. **La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo**. Barcelona: Anthropos, 1990, p. 102.

<sup>408</sup> LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoría de la sociedad**. México: Universidad de Guadalajara/Univesidad Iberoamericana/ITESO, 1993, p. 281.

<sup>409</sup> Como lembra Clam: “A comunicação é o último e único constituinte do social, por trás do qual não existem nem atores nem coisas, nem espaços, mas tão-somente operações (isto é, só-efetuações) da comunicação. Estas são os únicos componentes de todo sistema comunicativo, a serem diversamente especificadas de caso para caso”. In: CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**, 2006. p. 235.

<sup>410</sup> Ibid., p. 81.

<sup>411</sup> Luhmann define o observador como “aquele que é observado como observador”. Apud: DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**, p. 114.



forma que não posso pensar em uma comunicação inicial, “porque toda comunicação se hace posible porque lo que circula en ella es un sentido que la precede”<sup>412</sup>.

O sentido somente pode circular dentro de um processo comunicativo por conta da existência da linguagem. A linguagem realiza o acoplamento estrutural entre sistemas psíquicos e sistemas sociais e é o meio que faz provável a compreensão, pois permite que a comunicação ocorra, indo além da presença imediata. A linguagem permite que o sentido se apresente sob a forma de comunicações e o surgimento das comunicações faz possível a criação da sociedade: “observación, diferencia, sentido y comunicación hacen posible a existencia de la sociedad y, al mismo tempo, ayudan a explicarla”<sup>413</sup>.

O sentido opera através de seleções, atualizando algo inédito, estabelecendo limites: “hay sentido porque hay límites y hay límites porque, primero, hay observación”<sup>414</sup>. Nas palavras de Clam, o “sentido e seus correlatos ontologizados (as “coisas”) são os resultados de operações de diferenciação, que sempre fazem parte de um conjunto abrangente indeterminado de diferenciações alternativas possíveis também de outra maneira”<sup>415</sup>. O sentido, ao selecionar uma possibilidade, permite, ao mesmo tempo, referir-se a todas as possibilidades, mantendo assim a complexidade como complexidade aparentemente controlada. O sentido é a seleção de algo através da negação de todos os demais, mas ao negar não anulamos senão que o colocamos momentaneamente como possível. O sentido constitui uma estratégia de seleção que permite eleger entre possibilidades, reduzindo complexidade, uma vez que cada seleção é contingente, porém significativa<sup>416</sup>. Deste modo, o sentido emerge como condição de possibilidade para que algo seja parte do sistema social ou psíquico. É a complexidade estruturada e feita compreensível, possibilitando a seleção da categoria de sentido que deve ser aplicada aos dois tipos de sistemas: sistemas de consciência que experimentam sentido e sistemas de comunicação que reproduzem sentido<sup>417</sup>.

Nas palavras de Schwartz, o “sentido é o mundo de operação humana (e não a comunicação) e possui intrínseca a negação, a dicotomia básica sim/não. Os sistemas vão,

---

<sup>412</sup> DALLERA, Osvaldo. **Breve Manual de Sociología General**, p. 50.

<sup>413</sup> Id., p. 51.

<sup>414</sup> DALLERA, p. 49.

<sup>415</sup> CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**, p. 181.

<sup>416</sup> CUBEIRO, Manuel Torres. **Niklas Luhmann**. Coruña (Espanha): Baía Edicións, 2008, p. 74.

<sup>417</sup> Ibid., p. 75.

resumidamente, dar às ações humanas sentido”<sup>418</sup>. Sendo assim, todo sistema produz seu próprio sentido, “ya que los sistemas sociales se constituyen sobre la base de un nexo de comunicación que es unitário”<sup>419</sup>. Para os sistemas psíquicos e sociais, tudo é concebido com base num sentido, sendo este a permanente diferença entre a atualidade e a potencialidade. Como observam Mansilla e Nafarrate:

En un mundo constituido significativamente y, por lo mismo, altamente complejo y contingente, se hace necesario reforzar la selectividad. Los sistemas sociales afrontan la complejidad mediante una selección escalonada. Para ello, desarrollan estructuras cuya función consiste en hacer posible la doble selectividad. La estructura hace la primera selección y refiere sus selecciones entre si generando un punto escalón de las acciones o vivencias. La estructura, por consiguiente, cumple su función al seleccionar entre otras posibilidades y dejar las selecciones elegidas relativamente fijas, vale decir, relativamente incuestionables porque en caso contrario se perdería el efecto de reducción de la complejidad: el próprio efecto estructurante<sup>420</sup>.

Os sistemas sociais vão acumulando sentido no que Luhmann chama de semântica, que não é senão a tipificação do sentido. A semântica é o patrimônio conceitual da sociedade, o conjunto de significados condensado e reutilizado<sup>421</sup>. Dado que o sentido é um evento momentâneo, para ser coordenado deve entrar no esperado pela sociedade: elaborado, definido e tipificado. A semântica assegura que se faça uma separação do novo em função do já tipificado. O sentido é elaborado e generaliza para se tornar utilizável na comunicação. Cabe à semântica tipificar o sentido e orientar a comunicação<sup>422</sup>.

A partir daí ocorre uma ampliação de possibilidades e, paradoxalmente, a redução destas possibilidades por meio da referência. Como observa Garcia Amado: “en cuanto sistema, la sociedad consta de comunicaciones, solo de comunicaciones y todas las

<sup>418</sup> ROCHA, Leonel Severo, SCHWARTZ, Germano e CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 72.

<sup>419</sup> CARRERES, Joaquín Almuera. Kelsen y Luhmann, p. 70.

<sup>420</sup> MANSILLA, Darío Rodriguez e NAFARRATE, Javier Torres. El derecho de la sociología de la sociedad. In: SILVA, Artur Stamford (coordenador). **Sociologia do Direito**. Na prática da teoria. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 140.

<sup>421</sup> Teubner comenta que as “catástrofes sociais se verificam, segundo Luhmann, no âmbito da correlação entre estrutura social e semântica quando a mudança nas estruturas sociais deteriora a semântica. Os problemas de hoje são determinados pelo fato de que a mudança estrutural fundamental da diferenciação funcional destruiu, sem exceções, a semântica da velha Europa, e que também a polissemia pós-moderna mais frenética pode ser entendida somente como a busca inquieta por uma autodescrição socialmente adequada”. TEUBNER, Gunther. Tratando com paradoxos do Direito: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski e OLIVEIRA, Elton Somensi (org.). **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. Barueri: Manole, 2010, p. 167.

<sup>422</sup> CUBEIRO, Manuel Torres. **Niklas Luhmann**, p. 76.

comunicaciones”<sup>423</sup>. O fato é que a comunicação é o elemento diferencial entre a sociedade e o seu ambiente, ou como na expressão de Luhmann: “Um sistema social só pode comunicar; um sistema vivo só pode viver”.

Sua perspectiva não é a de uma teoria dos objetos, mas sim do modo como estes objetos são constituídos mediante a observação e a diferença. Este é o ponto mais controvertido da obra de Luhmann, uma vez que a teoria sociológica precedente (teoria da ação social) tem como pressuposto um sujeito antropológico que desempenha uma ação com fins e intenções determinados e que pressupõe a relação com outros sujeitos<sup>424</sup>. Daí as acusações recorrentes a Luhmann de ter “matado o sujeito”. Rebatendo seus críticos, o sociólogo alemão escreveu:

Una lectura aun superficial de estos planteamientos muestra, sin embargo, que los conceptos como hombre, sujeto, individuo, se usan en singular y se ahorra, con ello, la reflexión de quién es el relamente aludido. Cuando se toman empíricamente en serio los hechos ahí designados, no se puede hablar de que la señalización de algun individuo (por favor: nombre, edad, dirección, sexo, etc.) pudiera ser útil para el entendimiento de los fenómenos sociales. Les hacemos, pues, a aquellos que polemizan de esta manera la recriminación de que no toman en serio al hombre como individuo<sup>425</sup>.

Tais problemas repercutem fortemente na teoria do direito, uma vez que a dogmática jurídica se encontra impregnada da ideia de sujeito. Criticando a abordagem precedente do fenômeno jurídico, Luhmann irá argumentar que:

A sociología del derecho se conforma la mayor parte del tiempo con un concepto vago de acción o de comportamiento (*behaviour*) y llena los contenidos específicos del derecho con la consideración de las representaciones y las intenciones del que actúa o con la consideración del ‘sentido mentado’ (*gemeinten Sinn* de Max Weber) de la acción. Para nosotros esto no basta<sup>426</sup>.

<sup>423</sup> GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**, p. 110.

<sup>424</sup> Vale reproduzir as palavras de Cárcova: “Para no fracasar, la teoría de los sistemas sociales debe transformarse de teoría de la acción (Weber) en teoría de la comunicación (Luhmann), pero no como acción de comunicar o como transferencia de un sistema a otro. Tanto la teoría de la acción como la de la acción de comunicar, remiten a seres vivientes como consciência, en la tradición iluminista que llega hasta nuestro días, justamente como ‘filosofía de la consciencia’. Luhmann visualiza esta posición como teóricamente superada; corresponde a lo que denomina pensamiento ‘véteroeuropeu’ o ‘paleoeuropeu’, advirtiendo que la realidad social es un estado de cosas ya constituído y que la comunicación de que se trata, es la que establece cada sistema con su entorno, precisamente para resolver o atenuar la complejidad del entorno. La sociedad se describe, así, como un sistema recíproco de comunicaciones con sentido”. In: CÁRCOVA, Carlos Maria. **Las Teorías Jurídicas Post Positivistas**. Buenos Aires: LexisNexis, 2007, p. 256.

<sup>425</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 90.

<sup>426</sup> *Ibid.*, p. 103.

Para Luhmann, o sistema ocupa o posto de sujeito humano e a teoria da ação é substituída por uma teoria da comunicação. Com isso, Luhmann obterá uma descrição mais fidedigna do fenômeno social. Do ponto de vista da sociologia do conhecimento, a teoria da ação social poderia ser considerada como um fenômeno intelectual típico da sociedade industrial, enquanto que a teoria da comunicação pode ser classificada como uma abordagem mais apropriada para as sociedades da informação e do conhecimento.

O traço distintivo entre um sistema e outro é sua diferenciação dos demais sistemas e do ambiente. Através desta diferenciação funcional, os sistemas operam de forma fechada, sendo autônomos no nível de suas operações<sup>427</sup>. Ou seja, são operativamente fechados, mas cognitivamente abertos. Luhmann comenta o tema:

Um sistema é a forma de uma diferenciação, possuindo, pois, dois lados: o sistema (como o lado interno da forma) e o ambiente (como o lado externo da forma). Somente ambos os lados constituem a diferenciação, a forma, o conceito. O ambiente, pois, é tão importante para esta forma, tão indispensável, quanto o próprio sistema. Como diferenciação a forma é fechada. [...] tudo o que se pode observar e descrever com esta diferenciação pertence ou ao sistema ou ao ambiente<sup>428</sup>.

A sociedade, composta de comunicações, articula-se como sistema fechado, constituindo seus próprios elementos (que nada mais são que unidades de sentido) e produzindo comunicação mediante comunicação. Cada sistema reproduz uma operação específica, um modo de comunicação que se realiza apenas em seu interior, pois assim como não existem dois tipos de comunicação iguais, também não existem duas comunicações

---

<sup>427</sup> De acordo com Luhmann, “a sociedade é o sistema social mais amplo de reprodução de comunicação através da comunicação. É um sistema autopoietico. Ela é um sistema fechado, auto-referencial, já que não existe nenhuma comunicação entre a sociedade e seu ambiente, por exemplo, entre a sociedade e pessoas que vivem individualmente. Toda comunicação é uma operação interna à sociedade, é produção de sociedade e se expõe como acontecimento empírico, não somente à continuação, mas também à observação através de outras comunicações. Neste sentido, a sociedade moderna alcança uma complexidade que lhe permite reproduzir múltiplas autodescrições, não passíveis de serem integradas, e, simultaneamente, observar através de descrições de descrições que isto acontece. Isso significa, ao mesmo tempo, que é preciso renunciar a uma única correta representação do sistema, no sistema da sociedade na sociedade. No lugar da exposição competente surge a rede recursiva das observações e descrições; e, no lugar da verdade objetiva, que pode ser conhecida e autoritariamente preconizada, surge a sequência temporal das respectivas comunicações e um procedimento de seleção evolutiva daquilo que, sob condições de mudança, deve poder convencer”. LUHMANN, Niklas. **Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas**. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997, pág 58.

<sup>428</sup> LUHMANN, Niklas. **O conceito de sociedade**. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas**, p. 78.

idênticas: cada sistema produz um tipo específico de comunicação. Como bem sintetizaram De Giorgi e Luhmann: “En la medida en que comunican, todos los sistemas sociales participan de la sociedad; en la medida en que se comunican en un modo distinto, se distinguen”<sup>429</sup>. Resta lembrar que, para Luhmann, os sujeitos da comunicação são os sistemas e não os indivíduos, o que nos permite observar a sociedade articulada mundialmente e reconhecer o sistema global como sociedade. A comunicação só é possível se existe evolução, porque há um processo de seleção que inaugura uma história de seleções.

Luhmann entende que a comunicação é altamente improvável, porque nasce de uma tripla seleção. Chega-se a uma comunicação após três seleções: a primeira deve selecionar a informação; depois é necessária a seleção do ato de comunicar; finalmente, uma terceira seleção marca a diferença com outras teorias da comunicação: o sistema deve selecionar entender<sup>430</sup>. Para Luhmann, a comunicação é uma operação genuinamente social, já que é a única que pressupõe que estejam presentes pelo menos dois sistemas psíquicos. Isto leva implícita a tese de que nesta operação elementar da comunicação está já integrada, como parte constitutiva, a sociabilidade. Comunicar não é transmitir nada. A comunicação é a síntese das três seleções indicadas. Comunicar não é simplesmente perceber o comportamento do outro, porque comunicar implica perceber a seleção que fez o outro. A terceira seleção é a síntese das três seleções que supõe e implica que comunicar é a sincronização necessária dessas três seleções sucessivas para o sistema social. O que se dá na comunicação não é a transmissão de informação, uma vez que a informação se produz dentro do próprio sistema.

A comunicação, essa unidade de três seleções, não tem duração. A comunicação sempre acontece no presente, desaparece enquanto aparece, não há uma sequência de seleções. A comunicação é sempre um evento, o que implica que para poder falar disso é sempre necessário efetuar uma observação de segunda ordem. A comunicação é sempre nova,

---

<sup>429</sup> DE GIORGI, Raffaele e LUHMANN, Niklas. **Teoría de la sociedad**. México: Universidad de Guadalajara; Universidad Iberoamericana; ITESO, 1993, p. 67.

<sup>430</sup> Como exemplifica Dallera: “Una comunicación cualquiera, de cualquier sistema social, tiene tres componentes: el acto de comunicar (la alternância de las luces en el semáforo, el poner el guino em um auto, las líneas que separan los carriles), la información que produce (la luz verde del semáforo dice podemos avanzar, el conductor de adelante, al poner el guino, informa que va a doblar y las líneas que separan los carriles orientan para que los conductores mantengan su lugar en la carretera) y el acto de entender lo comunicado (me detengo ante la luz roja del semáforo, freno ante el encendido de las luces del stop del vehículo de adelante y mantengo el ritmo del tránsito de acuerdo con la velocidad que llevan los otros vehículos en la autopista”. In: DALLERA, Osvaldo. **Breve Manual de Sociología General**, p. 53.

diferente. Trata-se de um contínuo fluir produtivo e não pode ser observada senão por um observador social. Como bem salienta Rocha:

A comunicação para Luhmann se articula com a discussão dos chamados meios de comunicação simbolicamente generalizados. A comunicação, para Luhmann, é uma síntese entre a informação, o ato de comunicação e a compreensão. Esta síntese é possível dependendo da forma como os meios de comunicação permitem a produção do sentido. Assim, a comunicação não derivaria de suas pretensões de racionalidade consensual. Uma tal postura permite afirmar que as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica podem e devem ser redefinidas somente no interior dos sistemas<sup>431</sup>.

A comunicação é por isso a cooperação constitutiva dos sistemas sociais: não existe comunicação fora dos sistemas sociais e todo o sistema social tem na comunicação a sua operação básica<sup>432</sup>.

Deste modo cada sistema terá um código exclusivo, de caráter binário, que se caracteriza por operar tipos específicos de distinções. Segundo Luhmann, “os sistemas se baseiam em uma diferença codificada (verdadeiro/falso, jurídico/antijurídico, ter/não ter)”<sup>433</sup>, o que faz com que “toda auto-referência teria lugar dentro destes códigos. Opera dentro deles como relação de negação, que excepciona terceiras possibilidades e contradições”. Como consequência, este procedimento é quem estabelece o código e “não pode ser aplicado à unidade do próprio código. A não ser por um observador”<sup>434</sup>.

A teoria de Luhmann é uma teoria da diferença: não pode ser tida como uma teoria ontológica. O ponto de partida não é nem o sistema nem o ambiente, mas sim a diferença entre os dois. Um sistema estabelece a sua diferença com o ambiente ao começar a operar, ao iniciar o seu funcionamento. O que Marx tratava sob a forma da tríade “relações de produção,

<sup>431</sup> In: ROCHA, Leonel Severo. Notas sobre Niklas Luhmann. In: **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, n. 40, janeiro a julho de 2007, p. 52.

<sup>432</sup> CUBEIRO, Manuel Torres. **Niklas Luhmann**, p. 70.

<sup>433</sup> Como explica Marcelo Neves: “A diferença ter/não ter prevalece no sistema econômico, o código poder /não poder tem o primado no político e a distinção lícito/ilícito predomina do jurídico. Na ciência, arte, educação, religião e no amor, têm o primado, respectivamente, os códigos verdadeiro/falso, belo/feio, (afinado versus desafinado esteticamente), aprovação/desaprovação (enquanto código-limite da diferença gradual aprender/não aprender, expressa nas notas e predicados), transcendente/imanente e o código amoroso (prazer/amor ou amor/desamor), que serve de base à formação da família nuclear moderna”. In: NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 24.

<sup>434</sup> LUHMANN, Niklas. **O enfoque sociológico da teoria e prática do direito**. In: Revista Sequência, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 28, jun., 1994, p. 19.

estrutura de classes e ideologia”, Luhmann opera com uma nova tríade: “diferenciação funcional, estrutura social e semântica”<sup>435</sup>.

A operação é a base da construção de um sistema<sup>436</sup>. Um sistema pode ser definido como um conjunto de elementos relacionados entre si, baseando-se numa operação que diferencia o próprio sistema do seu ambiente. Um sistema é mais do que a soma dos seus elementos. No interior de um sistema devo diferenciar entre a sua composição - os seus elementos - e a sua estrutura - o conjunto das relações entre elas. O ambiente de um sistema é tudo que queda fora dos elementos e relações internas a ele, mas que o afetam se forem afetados pelo mesmo sistema. O ambiente é o conjunto de possibilidades a que pode acessar o sistema para efetuar, sobre este, todo um conjunto de seleções que sejam significativas. Os sistemas que se analisam são autoreferentes: são sistemas referidos a si mesmos mediante cada uma das suas operações. Todo o sistema usa sua operação para uma função essencial: manter a diferença com seu ambiente<sup>437</sup>.

Assim, segundo Mansilla, a “diferenciación de la sociedad en subsistemas ocurre cuando la operación de surgimiento del sistema como una diferencia sistema/entorno se hace recursiva, vale decir, opera sobre su propio resultado”<sup>438</sup>. Mas ao contrário do que poderia parecer a uma primeira vista, a crescente diferenciação funcional dentro da sociedade, com o surgimento de diversos subsistemas sociais, constituem um fator de integração, que tem lugar como forma “de la reconstrucción de la unidad de la diferencia. El principio de diferenciación que opere como prioritario determinará, por conseguinte, la forma de integración correspondiente”<sup>439</sup>. Cada subsistema cumpre suas funções dentro da sociedade de forma exclusiva. Deste modo, a política é assunto do subsistema político, a economia do subsistema econômico, o direito é assunto do subsistema jurídico etc.

#### 4.1.1 Contingência e Dupla Contingência

<sup>435</sup> TEUBNER, Gunther. **Os múltiplos corpos do Rei**: a autodestruição da hierarquia do direito, p. 352.

<sup>436</sup> CUBEIRO, Manuel Torres. **Niklas Luhmann**, p. 43.

<sup>437</sup> Id., p. 44.

<sup>438</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. La teoría de la sociedad. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: **Metapolítica**. Volume 05, outubro/dezembro de 2001, p. 43.

<sup>439</sup> Ibid., p. 44.

Um sistema social dispõe de contingência, ou seja, as suas possibilidades de ação são maiores que as que pode realizar. Sendo assim qualquer ação poderia ser diferente. Como já dito, a contingência é a possibilidade de escolher entre alternativas, ou, em outras palavras, é poder ser de outra maneira. Aristóteles já definia como contingente aquilo que não é necessário nem impossível. Contingência significa que algo poderia ser do outro jeito, contingente é algo não necessário, prescindível. Contingência significa casualidade, azar. Luhmann anota que na tradição escolástica se pensava que os entes, por não terem uma razão de ser em si mesmos, eram dependentes de Deus, que poderia ter criado o mundo de outra maneira<sup>440</sup>. Como bem escreveu Germano Schwartz, a “contingência reside no fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas”<sup>441</sup>. Existindo contingência é necessário ainda que cada sistema conte com regras de decisão que, segundo Mansilla

permitan establecer las condiciones en que asociar el valor positivo o el valor negativo del código es correcto o incorrecto. Estas reglas conforman los programas. Los programas pueden operar a corto plazo y variar en el tiempo, con lo que posibilitan que los subsistemas funcionales cambien aspectos relevantes de su estructura, sin perder su identidad. Estos programas se relacionan con solo un código y, por lo mismo, código y programa estructuran la autopoiesis del subsistema funcional<sup>442</sup>.

Uma vez que os sistemas se relacionam entre si, ocorre o que é denominado como dupla contingência, conceito herdado das concepções de Parsons. Para Parsons, em cada situação de ação interativa se supõe que cada um dos participantes na ação seja ao mesmo tempo, agente atuante e objeto da atuação. Cada participante da ação depende, pois, de si mesmo e dos outros e deve ter em conta sempre que é ao mesmo tempo sujeito e objeto da ação. Nenhuma ação é possível se Alter faz depender seus atos da atuação de Ego e se Ego pretende conectar seu comportamento com o de Alter. É necessário então, na visão de Parsons, sintonizar os comportamentos e coordenar os interesses e intenções dos diferentes atores para estabelecer uma condição básica da possibilidade da ação. Luhmann considera que Parsons não problematizou de modo suficiente a dupla contingência, o que lhe impediu de integrar esta noção de uma maneira sistemática no conjunto de sua obra: “La noción de doble

<sup>440</sup> LUHMANN, Niklas. **Introducción a la Teoría de Sistemas**. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 327.

<sup>441</sup> ROCHA, Leonel Severo, SCHWARTZ, Germano e CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 70.

<sup>442</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. **La teoría de la sociedad**. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: *Metapolítica*. Volume 05, outubro/dezembro de 2001, p. 49.



contingência le servía para explicar el surgimiento de los sistemas sociales, pero no como marco de explicación de la teoría de la acción”<sup>443</sup>. O conceito não teria em Parsons densidade explicativa capaz de responder à pergunta: como é possível a ordem social?

Sei que a dupla contingência é condição de possibilidade dos sistemas sociais, uma vez que, nas palavras de Luhmann, “los sistemas sociales se generan porque (y solo porque) ambos interlocutores experimentan la doble contingencia y porque la indefinibilidad de tal situación ofrece un significado estructurante para ambos participantes en cualquier actividad que ocurra”<sup>444</sup>. Deste modo, a dupla contingência indica o fato de que tanto Ego quanto Alter observam as seleções como contingentes. Seguindo o modelo de pensamento de Kant, que se propunha a perguntar pelas condições de possibilidade (do conhecimento, do juízo estético, da racionalidade etc.), Luhmann irá perguntar como se pode romper com a circularidade inerente à dupla contingência (que possui como base uma autoreferência circular: eu faço o que tu queres, quando tu faças o que eu quero). A resposta de Luhmann estará na consideração do fator tempo, que determina quem romperá primeiro com o círculo autoreferente.

Ao nos colocar a questão no estilo kantiano das condições de possibilidade e não do “que é” o sistema social, Luhmann se afasta de todas as metáforas, como a do contrato social na linha de Rousseau e Durkheim, que aludem a um princípio, a um começo, no qual “apareciera con nitidez el mecanismo pelo qual se rompe a circularidade pura de la doble contingencia”. E logo adiante: “La teoría de la doble contingencia se separa, así, de todas aquellas teorías que buscan dar con el punto culminante del comienzo”<sup>445</sup>.

A dupla contingência nos coloca o problema da coordenação das seleções, imprevisíveis e contingentes, de um *Ego* e de um *Alter* que se observam reciprocamente. *Ego* e *Alter* são sistemas psíquicos que integram em si mesmos as observações que cada um realiza do outro. A dupla contingência surge no momento em que um sistema psíquico (uma pessoa) atribui sentido, exigindo o começo da comunicação, o que implica num mínimo de observação mútua e um mínimo de expectativas recíprocas.

---

<sup>443</sup> LUHMANN, Niklas. **Introducción a la Teoría de Sistemas**, p. 327.

<sup>444</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**. Lineamentos para uma teoría general. Tradução de Silvia Pappe e Brunhilde Erker. México: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.

<sup>445</sup> LUHMANN, Niklas. **Introducción a la Teoría de Sistemas**, p. 331.

Dupla contingência é uma situação social na qual dois sistemas se comunicam. Os sistemas psíquicos são apresentados por Luhmann como caixas pretas (*black box*), sem transparência de um frente ao outro, que por causalidade entram em contato entre si, cada uma determinando sua própria conduta por meio de operações autoreferenciais complexas<sup>446</sup>. Dupla contingência implica uma interação social na qual dois sistemas poderiam perfeitamente ser de outro jeito em cada momento. A comunicação entre sistemas sociais baseia-se na dupla contingência porque as possibilidades de comunicação são só isso, possibilidades. Cada sistema social é uma espécie de caixa-preta para outro, os seus critérios de seleção não podem ser observados. A consciência não é diretamente observável por um sistema social. A comunicação fundamenta-se necessariamente sobre (in)comunicação. Nesta situação impera a casualidade e a alta probabilidade da (in)comunicação, uma vez que a dupla contingência possibilita a comunicação mas ao mesmo tempo é um obstáculo para o desenvolvimento da comunicação<sup>447</sup>.

Através das expectativas compartilhadas, a dupla contingência dá lugar a um mecanismo fundamental para os sistemas sociais, que é a confiança (*Vertrauen*), que facilita a comunicação e a formação de expectativas, o que instaura a dinâmica entre confiança/desconfiança como estratégias comunicativas que se revezam dentro da sociedade. A confiança sempre implica em maior risco, porém se revela como a estratégia de maior alcance, uma vez que possibilita uma ampliação considerável do seu campo de ação. Por outro lado, a confiança “cega” pode ser considerada como estúpida, causando diversos danos e qualquer situação onde ocorram abusos de confiança, a estratégia pode ser alterada, levando à desconfiança. A confiança depende de uma segurança simbólica, reagindo fortemente diante de informações críticas, que podem servir como indicadores de confiabilidade. Esta, por sua vez, é a estratégia limitante, mas também a que pode ser suscetível de maior aplicação. A

---

<sup>446</sup> Geertz, adepto da chamada antropologia interpretativa, corrente de inspiração hermenêutica da década de sessenta do século passado, concorda com Luhmann ao afirmar que a subjetividade do indivíduo é uma caixa preta, pois à “medida que se vai filogeneticamente, dos animais inferiores aos superiores, o comportamento é caracterizado pela crescente imprevisibilidade ativa no que se refere aos estímulos correntes [...] o fato de o cérebro humano maior e a cultura humana emergirem sincronicamente, e não serialmente, indica que os desenvolvimentos mais recentes na evolução da estrutura nervosa consistem no aparecimento de mecanismos que tanto permitem a manutenção de áreas dominantes mais complexas como tornam cada vez mais impossível fazer a determinação completa dessas áreas em termos de parâmetros intrínsecos (inatos). O sistema nervoso depende, inevitavelmente, da acessibilidade a estruturas simbólicas públicas para construir seus próprios padrões de atividade autônoma, contínua. Isso, por sua vez, significa que o pensamento humano é, basicamente, um ato em aberto conduzido em termos de materiais objetivos da cultura comum, e só secundariamente um assunto privado”. In: GEERTZ, Clifford. **As interpretações das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 1989, p. 61.

<sup>447</sup> CUBEIRO, Manuel Torres. **Niklas Luhmann**, p. 65.

confiança surge da dupla contingência e possui um caráter circular, propondo-se a si mesma e se auto-afirmando, fazendo possível, assim, a gênese dos sistemas.

A compreensão do problema da dupla contingência possui como consequência o entendimento do processo de diferenciação de uma dimensão universal especial para as perspectivas de sentido diferenciadas socialmente e o processo de diferenciação dos sistemas sociais, permitindo ainda sintonizar seletivamente as ações com os sistemas que podem se distinguir do seu ambiente.

Tais temas (da complexidade e da dupla contingência) nos colocam diante da questão de saber como é possível “el orden, la calculabilidad, la racionalidad, bajo condiciones extremas de contingencia (que son reales) introducidas precisamente por la complejidad”<sup>448</sup>, ou seja, nos remetem diretamente ao problema da decisão e assim, ao tema da justiça como fórmula de contingência, que trato mais adiante.

#### 4.1.2 Evolução, Diferenciação e Semântica

A teoria da evolução esposada por Luhmann representa também uma peculiar teoria da história, necessária, pois a dimensão do tempo não pode ser eliminada ou descuidada por nenhuma teoria da sociedade, com a ressalva de que a abordagem que apresenta não oferece uma direção a ser seguida, nem informações sobre o futuro, “ni en sentido tranquilizador, ni en sentido angustiante”<sup>449</sup>. A evolução não é melhorar, é só estabelecer uma diferença numa cadeia de repetições previstas<sup>450</sup>. Luhmann adverte ainda que uma teoria da evolução nunca terá êxito se “pretende convertirse en una teoría explicativa de los estados posteriores como consecuencia de otros anteriores dentro del ‘proceso de la historia universal’”<sup>451</sup>.

Como nos ensina Cubeiro, a teoria da evolução de Luhmann não traz nenhuma interpretação do futuro. Não possibilita nenhum prognóstico. Não há um fim da história que

<sup>448</sup> LUHMANN, Niklas. **Introducción a la Teoría de Sistemas**, p. 201.

<sup>449</sup> GEORGI, Raffaele e LUHMANN, Niklas. **Teoría de la sociedad**. México: Universidad de Guadalajara; Universidad Iberoamericana; Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993, p. 277.

<sup>450</sup> CUBEIRO, Manuel Torres. **Niklas Luhmann**, p. 90.

<sup>451</sup> LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**. De la unidad a la diferencia. Tradução de Jostxo Berian y José María García Blanco. Madri: Trotta, 1998, p. 88.

possa ser alcançado que detenha ou elimine a diferenciação funcional. As predições são comunicações geradas pelo sistema social para quem tentar dirigir a evolução, como profecias que pretendem cumprir-se a si mesmas, mas a evolução está sempre por todas as partes. A evolução deve-se à própria evolução e é impossível predizê-la, pois por definição trata-se de uma mudança não predizível, pois é impossível afastar a contingência da sociedade<sup>452</sup>.

Apesar de não enxergar na história uma finalidade ou um telos, Luhmann vê um sentido que pode ser observado na história: o de um crescente incremento de complexidade. Preciso lembrar que Luhmann não é partidário da ideia de progresso tão comum na visão de mundo de pensadores tributários da herança iluminista, especialmente no século XIX, e que posso encontrar em vários autores das ciências sociais. Para Luhmann não existe progresso, mas sim um incremento de complexidade, e assim sendo, a diferenciação sistêmica pode ser entendida como um dos fatores da evolução: “concretamente, el que estabiliza sus resultados y pone, por medio de ello, las condiciones para la evolución posterior”<sup>453</sup>.

Tal complexidade surge através da diferenciação sistêmica que ocorre em todas as sociedades e que pode ser concebida como “una reproducción, dentro de un sistema, de la diferencia entre un sistema y su entorno. La diferenciación es así entendida como una forma reflexiva y recursiva de la construcción de sistemas”, implicando ainda num “incremento de las posibilidades disponibles para la variación o la elección”<sup>454</sup>. Por isso posso dizer que a evolução é, para Luhmann, o triunfo da diferença sobre a unidade.

A diferenciação funcional é fruto de processos de autoajustamento que possibilitam que o sistema absorva as perturbações oriundas do seu ambiente, fazendo com que os diversos subsistemas sociais respondam com mecanismos de diferenciação e de seleção frente aos problemas e demandas procedentes de fora. Tais mecanismos geram novos sistemas diferenciados e novos critérios de funcionamento. Se, “por desgracia, este constante ajustamiento fallara, asistiríamos a la desintegración del sistema”<sup>455</sup>. O sistema vive um

---

<sup>452</sup> LUHMANN, op. cit., p. 91.

<sup>453</sup> Ibid., p. 88.

<sup>454</sup> LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**, p. 73.

<sup>455</sup> KERCHOVE, Michel Van de e OST, François. **El sistema jurídico entre orden y desorden**. Tradução de Isabel Hoyo Sierra. Madri: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1997, p. 137.

dilema perpétuo entre a manutenção de sua autopoiese ou a sua desintegração, sua busca permanente por um equilíbrio, mesmo que precário, que lhe garanta sua estabilidade<sup>456</sup>.

Luhmann introduz uma concepção da evolução que pensa a sociedade como um produto para implantação do improvável no tempo graças aos mecanismos de variação, seleção e estabilização, inspirando-se numa ideia central de Darwin, que partia da ideia de diferença e não de causa. O que explica a evolução é o êxito do diferente, mas estas diferenças não são causais, é fruto do azar e da influência do ambiente sobre os sistemas<sup>457</sup>. Uma vez que os sistemas sociais se diferenciam internamente na sua evolução para cumprir sua função, a evolução social é, portanto, a evolução da diferenciação social. A diferenciação gera primeiro sistemas e com o incremento da complexidade aparecem subsistemas, cumprindo funções específicas.<sup>458</sup> Luhmann não trabalha o seu conceito de sistema separado da evolução: o surgimento de um sistema é necessariamente fruto da evolução. E o mais importante: o sistema não é, ontologicamente, uma essência imutável<sup>459</sup>. O que implica ainda que devo abandonar a ideia de que as estruturas possuem algo de estável<sup>460</sup>. As estruturas possuem um enorme dinamismo pois não passam de caminhos onde as operações transitam, caminhos estes construídos pela próprias operações. Para Luhmann, as estruturas é que estão submetidas a mudanças, uma vez que a operação básica do sistema deve permanecer sempre a mesma.

Um sistema nasce ao operar repetidamente e diferenciar-se do seu ambiente. Mas ao fazê-lo encontra-se em relação com ambiente que o irrita, interrompe e põe em risco a sua operação. Luhmann vê nisso a explicação da evolução permanente dos sistemas. A evolução explica-se pelo ambiente, não por uma essência que a autodirige teleologicamente. Nenhum sistema pode evoluir a partir de si mesmo<sup>461</sup>. Por tais motivos rejeito a ideia de que a visão luhmanniana da evolução o aproxima da filosofia hegeliana da história como realização do espírito absoluto.

---

<sup>456</sup> De Giorgi comenta: “El problema fundamental de todo sistema siempre es su estabilidad, es decir, el reforzamiento y la estabilización de los límites entre sistema y universo”. In: DE GIORGI, Raffaele. **Ciencia del Derecho y Legitimación**, p. 240.

<sup>457</sup> Weber também nos fala da “afinidade eletiva de consequências imprevistas”, onde os aspectos não intencionais de uma dada realidade podem desembocar numa redefinição social. Em nenhum lugar estava pré-determinado, por alguma lei causal, que a Península Ibérica, após ter se transformado no lugar mais rico e poderoso do planeta no século XVI, tenha conhecido uma acentuada decadência econômica, com gradual perda de poder no cenário europeu.

<sup>458</sup> CUBEIRO, Manuel Torres. **Niklas Luhmann**, p. 95.

<sup>459</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>460</sup> Afirmação que por si só já põe em xeque a acusação, inaugurada por Habermas, de que Luhmann seria um conservador.

<sup>461</sup> CUBEIRO, Manuel Torres. **Niklas Luhmann**, p. 92.

O ponto que merece ser destacado é o de que cada sociedade se autodescreve de acordo com seus contextos de evolução. Daí nos vem a ideia de que o direito natural possui uma semântica apropriada para um determinado momento de evolução da sociedade, uma vez que as “concepciones del mundo varían a lo largo del tiempo de acuerdo con la creciente diferenciación sistêmica”<sup>462</sup>. Aquilo que Luhmann alcunha como “semântica” possui o sentido do entendimento geral que cada sociedade possui das “coisas” ou do “mundo”, de acordo com o modo que a sociedade usa tais entendimentos em sua comunicação<sup>463</sup>.

Tanto os jargões da academia quanto a fala comum dos homens nas ruas representam a semântica da sociedade. A semântica muda com a sociedade, conforme dito acima, e, por isso, como no exemplo dado por Moeller, não é mais aceitável, no contexto norte-americano, o uso da palavra “negro”, uma vez que tal palavra sugere uma aceitação do racismo e da separação entre as raças. A introdução da expressão “african-american” implica na afirmação da não aceitação do racismo. Todavia devo ter em mente que tais posturas nem sempre refletem adequadamente uma correspondência com a alteração das estruturas sociais. Sendo assim, a passagem do uso da expressão “negro” ou “nigger” para “african-american” não representa automaticamente que a condição do negro norte-americano alterou-se decisivamente, ou seja, não se trata de uma relação causal estrita ou automática entre semântica e estrutura. O que leva a circunstância onde a semântica pode revelar-se mais “progressista” que a estrutura: como no exemplo da semântica do amor apaixonado, criada antes do surgimento da moderna forma de casamento<sup>464</sup>.

A semântica do direito natural encontra-se hoje ultrapassada em face do próprio advento da diferenciação social que trouxe, para usarmos a expressão de Max Weber, o advento do politeísmo dos valores<sup>465</sup>. A sociedade em que vivemos não possui mais um

---

<sup>462</sup> LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**, p. 74.

<sup>463</sup> Teubner observa: “os sistemas não constituem uma criação ‘ex nihilo’ mas antes a emergência de uma infraestrutura material -, nem tão restrito como a visão hayekiana de uma pura criação espontânea de uma ordem sugere – pois que o sistema emergente, em vez de limitar-se meramente a reordenar os elementos existentes, cria verdadeiramente novas unidades a partir das unidades já existentes, que então se tornam elementos básicos do sistema”. In: TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**, p. 47.

<sup>464</sup> MOELLER, Hans-Georg. **Luhmann Explained**. From Souls to Systems. Chicago: Open Court, 2006, p. 51-52.

<sup>465</sup> Segundo Lallement, Weber busca compreender a ação humana por meio da relação entre os sentidos e os valores que os indivíduos dão às suas ações. Essas ações são analisadas por Weber por meio dos denominados tipos ideais, ou seja, categorias construídas ou idealizações de aspectos preponderantes de dada sociedade, que não são reflexos perfeitos dela, mas que enfatizam dados da mesma, ao facilitarem sua análise por meio de uma

centro único capaz de comandar toda a vida social com base num único valor<sup>466</sup>. Mas no que consiste essa diferenciação social? Antes de tudo devo admitir que o aumento da complexidade no seio da sociedade levou a uma autonomização dos sistemas que a compõem, implicando ainda a perda de prioridade de cada um desses subsistemas sobre os demais. Ao contrário de boa parte dos pensadores modernos, Luhmann não põe o Estado no centro da sociedade. O motivo da ausência de um centro repousa no fato de que a prioridade dada a um determinado subsistema implicaria na dissolução da própria diferenciação social. Luhmann indica existência de quatro formas de diferenciação: a diferenciação segmentaria; diferenciação centro-periferia; diferenciação estratificada ou hierárquica; diferenciação funcional das sociedades modernas<sup>467</sup>.

A diferenciação segmentaria é característica das sociedades arcaicas nas quais não se admite um nível de complexidade muito elevado, o que implica que tais sociedades somente podem desenvolver sua hierarquia sob a forma de organização piramidal<sup>468</sup>. Tal organização social se caracteriza pela igualdade dos subsistemas da sociedade, que se diferenciam a partir da descendência (origem étnica) ou a partir das comunidades habitacionais ou ainda mediante uma combinação de ambos os critérios: “la igualdad se refiere aqui a los principios de formación sistémica autoselectiva”<sup>469</sup>. Uma nova forma de diferenciação será aquela entre centro-periferia que ocorre com o surgimento das cidades: “aqui se admite un caso de desigualdade el cual al mismo tiempo trasciende el principio de la segmentación y, por tanto,

---

exageração de suas características. De Rickert, Weber retira, dentre outras contribuições, o destaque da relação da ação com os valores. Procura, na análise causal, conferir sentido à ação dos indivíduos, concluindo que nenhum indivíduo controla as consequências de seus atos, sendo, portanto, a relação entre o indivíduo, a ação e a consequência dessa ação, paradoxal. Associando tal noção com a pluralidade de pensamento advinda da modernidade, me deparo com o chamado politeísmo de valores, pois os indivíduos agem sob o domínio destes, como, por exemplo, os princípios da liberdade, da igualdade e da justiça. Os indivíduos são livres para escolher entre a ciência ou a fé. Sendo a ciência um valor que pode ser contestado, pois a sua verdade vale só para o cientista, e assim, sucessivamente. Toda atividade tem, portanto, relações com valores e o indivíduo tem autonomia para escolher entre deuses ou demônios, daí o termo politeísmo de valores, pois a modernidade trouxe um certo nivelamento destes, com a simultânea autonomização da religião e da ciência. Weber também acreditava que só uma pluralidade de causas pode propiciar uma compreensão da realidade, rechaçando o determinismo. Ver a respeito: LALLEMENT, Michel. **História das ideias Sociológicas**. Das origens a Max Weber. Tradução de Ephraim F. Alves. Petrópolis: Vozes, 2003.

<sup>466</sup> Diagnóstico com o qual Kelsen concorda: “Em vista, porém, da grande diversidade daquilo que os homens efetivamente consideram como bom e mau, justo e injusto, em determinadas épocas e nos diferentes lugares, não se pode determinar qualquer elemento comum aos conteúdos das diferentes ordens morais”. In: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 73.

<sup>467</sup> As formas de evolução de Luhmann podem ser pensadas à maneira dos tipos ideais weberianos, que representam uma exageração de aspectos da realidade, utilizados como instrumentos de interpretação da mesma, a exemplo dos tipos ideais de dominação e capitalismo.

<sup>468</sup> LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**, p. 85.

<sup>469</sup> *Ibid.*, p. 76.

preve un gran numero de segmentos (economias domésticas) en ambas parte de la nueva forma”<sup>470</sup>.

Com o posterior desenvolvimento dos conglomerados urbanos, a complexificação ocorrerá dentro da cidade com o surgimento da diferenciação estratificada ou hierárquica baseando-se na desigualdade por classe ou extrato, mais caracteristicamente na distinção entre nobreza e povo comum: “la estratificación diferencia la sociedad en subsistemas desiguales. Alínea la asimetría sistema/entorno con la de igualdad/desigualdad. La igualdad deviene así una norma que regula la comunicación interna, mientras la desigualdad se convierte em una norma que gobierna la comunicación con el entorno”<sup>471</sup>. Um exemplo histórico dado por Luhmann é o da Europa medieval e o surgimento da nobreza. Tal forma de diferenciação estabelece uma ordem clara e evidente para inter-relações entre os diversos subsistemas o que irá refletir numa desigualdade das possibilidades de comunicação, com a decorrente necessidade de impor aos demais subsistemas as autodescrições com pretensões globais realizadas pelo subsistema dominante<sup>472</sup>. A distribuição desigual é objeto de moralização, o que faz com que o problema moral da igualdade e da desigualdade seja um problema inerente às sociedades estratificadas: “moralizar tiene solo una función secundaria o atenuante – o como dirían algunos críticos, funciones ideológicas”<sup>473</sup>.

Porém, novos avanços da complexidade irão tornar inviável que a autodescrição da sociedade possa continuar partindo de um único estrato que concentra todos os mecanismos seletivos e pretendem representar, com êxito, a totalidade da sociedade<sup>474</sup>. Tal forma também se tornará insustentável, uma vez que traz como problema o fato de limitar a complexidade da sociedade, abrindo caminho para um novo tipo de diferenciação característica da sociedade moderna, a diferenciação funcional, que se caracterizará tanto pela desigualdade quanto pela

<sup>470</sup> GEORGI, Raffaele e LUHMANN, Niklas. **Teoria de la sociedad**, p. 288.

<sup>471</sup> LUHMANN, op. cit., p. 76.

<sup>472</sup> Jessé Souza, analisando as contribuições de Elias e Weber, afirma que o processo civilizatório não é fruto de mudanças racionais que buscavam melhores condições de vida, mas da necessidade de as camadas mais favorecidas se distinguirem das menos afortunadas, legitimando, assim, sua dominação. Na transição do medievo para o Era Moderna, a distinção social se dá por meio da mudança de hábitos e do refinamento dos costumes, o que gera o controle dos afetos ou a disciplina. Tal mudança se generaliza, gerando o homem civilizado. Porém, novas distinções são criadas para garantir a diferenciação e o poder. Comparando as abordagens de Elias e Weber, tenho que enquanto o primeiro analisa tal processo por meio da relação entre grupos ou estamentos sociais de uma mesma sociedade, ou pelo aspecto interno do processo de desenvolvimento do Ocidente, o segundo percebe o mesmo movimento entre diferentes culturas, comparando-as. Ver a respeito: SOUZA, Jessé. **Elias, Weber e a singularidade cultural brasileira**. In: NEIBURG, Federico et. al; WAIZBORT, Leopoldo (org.). **Dossiê Norbert Elias**. 2ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

<sup>473</sup> LUHMANN, op. cit., p. 77.

<sup>474</sup> Ibid., p. 76.



igualdade entre os subsistemas sociais. Nesta nova etapa de evolução social, “los sistemas de funciones son iguales en su desigualdad”<sup>475</sup>. A mudança ocorre por inúmeros fatores.

Luhmann destaca alguns:

La sociedad como un todo se transforma en dirección a la diferenciación funcional cuando introduce la educación obligatoria para todos, cuando toda persona (noble o plebeyo, cristiano, judío o musulmán, niño o adulto) tiene el mismo status legal, cuando “el público” asume la función política de ser electorado, cuando a todo individuo se le reconoce la capacidad de elegir o de no elegir un compromiso religioso y cuando todo el mundo, dados los recursos necesarios, puede comprar cualquier cosa y pretende conseguir cualquier ocupación<sup>476</sup>.

Comparada com a forma anterior marcada pela estratificação, a diferenciação funcional comporta duas importantes vantagens para o incremento da complexidade: “Los subsistemas funcionales no dependen de una definición complementaria de su entorno, ni prescriben dogmáticamente el status de este en relación consigo mismos”<sup>477</sup>.

Neste modo de organização da sociedade fica patente que o que importa não é mais a posição de cada subsistema, mas sim a função que cada um desempenha na sociedade a partir de um código binário que lhe é próprio e exclusivo, cada um desempenhando uma função específica. Nenhum subsistema funcional pode pretender uma posição privilegiada em relação aos outros. A sociedade moderna pode ser descrita como fragmentada em diversos subsistemas funcionais de forma acêntrica e policontextural, pois admite inúmeras codificações com validade simultânea, que implica ainda uma mudança relevante no padrão de dominação antes encontrado na sociedade estratificada, como nos coloca Luhmann:

En otras palabras, las sociedades funcionalmente diferenciadas no pueden ser gobernadas por partes dirigentes o elites, tal y como sucedía en las sociedades estratificadas. Tampoco pueden ser racionalizadas por medio de cadenas medios/fines, como sugiere la concepción tecnocrática. Su complejidad estructural solo puede ser formulada adecuadamente recorriendo a modelos que consideren diversas referencias sistema/entorno al mismo tiempo<sup>478</sup>.

Uma vez que cada subsistema observa a sociedade a partir de sua própria função, a totalidade da sociedade nunca está totalmente presente e assim não há como obter uma

<sup>475</sup> GEORGI, Raffaele e LUHMANN, Niklas. **Teoria de la sociedad**, p. 288.

<sup>476</sup> LUHMANN, op. cit, p. 86.

<sup>477</sup> Ibid., p. 80.

<sup>478</sup> LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**, p. 82.

descrição compreensiva ou mesmo representativa do todo social, o que marca uma diferença entre a sociologia compreensiva de Weber e a sociologia sistêmica de Luhmann. Não há como se fixar numa posição a partir da qual seja possível observar o todo social. A globalização, na visão de Luhmann, seria caracterizada pela difusão da diferenciação funcional, criando a sociedade mundial.

O que tenho em mente com esta explanação inicial acerca da evolução dos diversos tipos societários é a ideia de que cada uma destas etapas produziu autodescrições do subsistema jurídico, sob a forma de teorias do direito e da justiça, que de certo modo podem ser tidas como compatíveis com o seu grau de evolução. Luhmann irá frisar, por exemplo, que as representações do direito e da justiça efetuados pelo pensamento jusnaturalista são anacrônicas e não representam mais a moderna sociedade diferenciada funcionalmente.

O ponto a ser tratado diz respeito, então, à possibilidade de uma abordagem da questão da justiça que leve em conta o fato básico de que o direito não representa, junto com Estado, o centro da sociedade, não podendo impor aos demais subsistemas sociais uma visão de mundo totalizante. Uma teoria da justiça formulada nesses moldes deverá ter em mente estas limitações, sob pena de não alcançar o seu objetivo maior que é o de possibilitar uma descrição adequada do funcionamento do subsistema jurídico. Isto era o que Luhmann queria dizer quando insistia no fato de que só existe um “direito da sociedade”, ou seja, não é possível pensar o direito fora da compreensão de uma sociedade determinada.

#### 4.1.3 Construtivismo e Teoria dos Sistemas

Luhmann adota como ponto de partida epistemológico uma teoria construtivista (*konstruktivismus*), pressupondo que o conhecimento não se baseia na sua correspondência com a realidade externa, mas sempre unicamente sobre as construções de um observador. O conhecimento é um descobrimento da realidade, não no sentido de um desvelamento progressivo de objetos preexistentes, mas sim no sentido da invenção de dados externos<sup>479</sup>. Faz-se necessário abandonar o “fetichismo da realidade”<sup>480</sup>. O mundo conhecido é resultado

<sup>479</sup> Ver a respeito o verbete “construtivismo” em CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**, 1996.

<sup>480</sup> MARTÍNEZ GARCIA, Jesús Ignacio. **La imaginación jurídica**. Madri: Dykinson, 1999, p. 7.

de processos internos<sup>481</sup>. Para o construtivismo adotado por Luhmann todo conhecimento é inevitavelmente uma construção interna de um sistema. Como bem anotou Campilongo sobre o construtivismo: “Fundamentalmente, essas teses partem da afirmação de que todo conhecimento é, inevitavelmente, uma construção interna de um sistema. O conhecimento não passa de operação de observação”<sup>482</sup>.

Partindo de investigações neurofisiológicas, Heinz Von Foerster desenvolveu o conceito de codificação indiferenciada, segundo o qual as células nervosas codificam somente a intensidade e não a natureza de um estímulo perceptivo: o cérebro utiliza as mesmas operações (estímulos de base elétrica) para suas percepções de sentido, criando assim, de maneira interna as diferenças qualitativas correspondentes. A diferenciação ocorre por uma interpretação interna dos estímulos indiferenciados vindos de fora. Sendo assim, o mundo “como se conoce, com su variedad y poliedricidad es el resultado de procesos internos”<sup>483</sup>.

Maturana exemplifica o modo de operação do processo cognitivo através do experimento com a salamandra, anfíbio com enorme poder de regeneração de seus membros. É possível, por exemplo, cortar uma pata ou o rabo de uma salamandra e vê-la se regenerar logo em seguida. O mesmo pode ser feito com o olho do animal: é possível cortar o seu nervo óptico retirando totalmente o olho da cavidade e depois colocando-o novamente em seu lugar. A capacidade de recuperação da salamandra é de tal forma que o olho se regenera e o animal volta a enxergar. Pois bem, o experimento em questão consiste em retirar o olho da salamandra e coloca-lo no lugar, só que girando 180 graus. O que acontece intrigou Maturana: a salamandra possui uma invejável pontaria, podendo capturar insetos com sua língua certa a uma grande distância, comparando com seu tamanho. Nas palavras de Maturana: “Quando pomos um bichinho na frente da salamandra, ela lança sua língua e o captura. Mas se alguém gira o seu olho e põe o bichinho no mesmo lugar, a salamandra gira sua língua e a lança para

---

<sup>481</sup> Como observa Teubner, referindo-se ao direito: “A ‘realidade jurídica’ não constitui a parcela ‘jurídica’ da realidade social, nem se reduz à mundividência particular do jurista: representa antes uma construção de um mundo tal como ele acede à sua existência, através das limitações (e oportunidades) próprias do jogo comunicativo-jurídico. A ‘realidade jurídica’ distingue-se assim da consciência e da mundividência de um jurista em dois aspectos: constitui uma construção social e não psíquica (isto é, representa o resultado de comunicações), e uma construção social altamente selectiva, já que ganha a sua própria existência no seio de um sistema social autônomo, o hiperciclicamente organizado sistema jurídico”. In: TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**, p. 94.

<sup>482</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem”: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado. In: DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 18.

<sup>483</sup> CORSI, Giancarlo et al, p. 51.

trás e, é claro, erra, não o encontra”<sup>484</sup>. O experimento revela que a salamandra não aponta para algo fora dela. Quando o olho do animal é posto ao contrário e um inseto é posto à sua frente, a imagem do mesmo, que antes se formava na retina posterior, passa a se formar na retina anterior. No momento em que a imagem se forma em sua retina anterior, que agora está invertida, a salamandra gira e lança sua língua para trás. Maturana conclui: “O que esse experimento nos ensina é que o ato de lançar a língua e capturar o bichinho não é um ato de apontar para um objeto externo, mas de fazer uma correlação interna”<sup>485</sup>.

Facilmente percebo como tal concepção se encontra presente no próprio conceito de autopoiese, chave no pensamento de Humberto Maturana e também de Luhmann, uma vez que tal conceito afirma que a nível organizativo, todos os sistemas vivos operam em condições de fechamento, “sin input ambientales. El sistema nunca entra directamente en contacto con el entorno, sino que solo conoce sus propios estados internos”<sup>486</sup>.

Luhmann se pergunta quais garantias haveriam de que um conhecimento científico mantenha contato com a realidade. A observação como procedimento de acesso à realidade trata de produzir conhecimento e, portanto, de estabelecer uma conexão válida com aquilo que chamamos de realidade. Tal garantia não pode ser depositada nos sistemas psíquicos, mas sim nos sistemas sociais<sup>487</sup>. O próprio Luhmann estabelece que tal forma de colocar a questão é fundamentalmente diferente das teorias transcendentais, cuja técnica consistia em descobrir na consciência dos sistemas psíquicos a certeza de um conhecimento transcendentemente válido, seja sob a forma de regras, seja sob a forma de certezas objetivas fenomenológicas<sup>488</sup>.

Como posso ver não se trata de uma posição idealista, que negue a existência da realidade ou coisa parecida e muito menos tal discussão pode ser reduzida a uma simplificação grosseira do tipo “materialismo versus idealismo”<sup>489</sup>. A realidade existe na sua

---

<sup>484</sup> Maturana, Humberto. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Organização de textos e tradução de Cristina Magro e Victor Paredes. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001, p. 19.

<sup>485</sup> Id., p. 20.

<sup>486</sup> Corsi, op. cit., p. 51.

<sup>487</sup> Uma vez que a própria observação nunca é exterior ao sistema: são os sistemas que observam e por sua vez, são observados.

<sup>488</sup> Ver a respeito: Pintos, Juan-Luis. **La nueva plausibilidad**. La observación de segundo orden en Niklas Luhmann. In: **Revista Anthropos**, 173/174, p. 126.

<sup>489</sup> Ou como observa Martínez García: “El constructivismo se confronta con el realismo ingenuo abriendo el camino de un realismo crítico. Problematiza lo que se ha calificado como objetivismo, naturalismo o empirismo, actitudes demasiado frecuentes que propenden a tratar de la realidad como algo estático y estructurado. Pero la realidad no es solo pasividad y resistencia, sino también plasticidad, posibilidad, indeterminación. Al énfasis

atualidade e positividade, mas o conhecimento, que se baseia em observações, somente capta a realidade sob a forma de distinções. Tais observações podem ser de primeira ordem (observação de objetos) e de segunda ordem (observação de observadores) e pressupõem sempre uma demarcação, uma delimitação, uma distinção. Observar é traçar uma distinção e situar-se de um lado da distinção traçada. Ocorre que tais distinções não correspondem a nada que exista na realidade. Sendo assim, o observador conhece apenas suas próprias categorias. Para Luhmann, a realidade é tão somente aquilo que é observado. Conforme pontua Rocha:

Para Luhmann, o valor dessa observação não é plenamente percebido se o indivíduo continua preso à unidade de um sujeito do conhecimento, pois, na observação, sempre existe uma pluralidade de sujeitos. E também os sujeitos observam o mesmo mundo com olhares paralelos. De acordo com Luhmann, a epistemologia clássica se interessaria pelas relações intersubjetivas, em que cada sujeito produziria a mesma observação e o mesmo mundo<sup>490</sup>.

Uma vez que todo conhecimento é uma observação que guarda relação com as categorias do observador, não existem conclusões que possam ser tomadas como definitivas, até mesmo porque não existe uma referência última ou um princípio ordenador inicial que estabeleça quais as hipóteses corretas e quais as equivocadas. Sendo assim, não existe um observador último que conheça a verdade<sup>491</sup>. O construtivismo opera efetuando observações de observações que não refletem exatamente a realidade, mas que ao mesmo tempo se submetem as condições extremamente restritivas, que se autoregulam e que produzem estados ordenados compatíveis com a própria realidade<sup>492</sup>.

Luhmann propõe a expressão “construtivismo operativo” no lugar do correntemente designado “construtivismo radical”, uma vez que observar um observador consiste em observar um sistema que realiza operações de observação. A referência ao sujeito cognoscente que constrói a realidade é substituída pela referência a um sistema autoreferente, empiricamente observável e operativamente fechado.

---

puesto en la realidad no sucede ahora un movimiento hacia la irrealidad, sino la investigación de los artificios con los que se ha construído esa realidad. Para el constructivismo no existe propriamente realidad com independencia de un observador o de un actor. El concepto de realidad no constituye algo ya dado, un punto de partida sobre el que simplemente se opera”. MARTÍNEZ GARCIA, Jesús Ignacio. **La imaginación jurídica**, p. 4.

<sup>490</sup> ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana, p. 12.

<sup>491</sup> E com isto o construtivismo coloca em xeque a própria existência de Deus, tal como proposto pela tradição monoteísta, ou seja, de uma entidade superior onisciente.

<sup>492</sup> NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Européia. In: ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação**. Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997, p. 249.

Observar consiste em gerar uma distinção com a ajuda de uma distinção. Observar é elaborar diferenças. Luhmann se baseia no cálculo das formas, pensado por Spencer Brown quando publicou sua obra *Laws of Form* em 1969, livro que trata das operações necessárias para construção de formas. Spencer Brown apresenta um cálculo pré-matemático no qual reduz a álgebra de dois valores a uma única operação que consiste em traçar uma diferença e gerar uma forma, que não deve ser pensada em oposição ao conceito de contido (uma forma não é o continente de um contido) e muito menos o contrário do fundo ou da matéria. A teoria oferece uma definição abstrata e simples do que é uma forma. A forma é a indicação de uma distinção com dois lados onde se desenha um limite que separa os dois lados de tal maneira que um encontro num dos dois lados não pode ser alcançado sem cruzar o limite traçado pela distinção. Uma vez traçada a distinção devo indicar um dos dois lados. A distinção operada pela forma permite a criação de um código, que surge no momento em que estipulo um valor positivo para um dos lados e um valor negativo para o outro. O valor positivo do código indica que um determinado sistema pode continuar operando, pois não vê questionada sua operação<sup>493</sup>.

Ao incorporar as ideias de Spencer Brown, Luhmann apresenta um aspecto filosófico que transcende o cálculo formal e que consiste no fato de que a observação não somente é distinção, mas também é a unidade da diferença entre distinção e designação, confirmando o caráter paradoxal de toda observação e que encontro também na ideia de complexidade da realidade como o que transcende o potencial de entendimento humano<sup>494</sup>.

Sendo assim, toda distinção possui sempre duas partes, que consistem propriamente numa fronteira que faz possível diferenciar entre ambas as partes e passar de uma a outra. A distinção marca a fronteira entre as duas partes, sendo que o observador se coloca sempre desde um dos lados da diferença. Tal operação é possível porque toda distinção é concebida como operação delimitante-excludente (*form of closure*), isto é, que se diferencia de tudo o mais, pressupondo, como outro lado de si mesmo, um *unmarked space* que deixe de fora a operação-observação: “La operación-distinción se excluye ella misma al designar su dominio

---

<sup>493</sup> Cf. CUBEIRO, Manuel Torres. **Niklas Luhmann**, p. 54–58.

<sup>494</sup> RIVERA, José Rodríguez. Técnica y epistemología sistêmica. In: BLANCH, Antonio. **Nuevas tecnologías y futuro del hombre**. Madri: Comillas, p. 203.

marcado, y se incluye al mismo tiempo al connotar la dependencia de lo designado frente a lo no marcado”<sup>495</sup>.

Com isto chego à questão do ponto cego (*blind spot*), que pode ser definida do seguinte modo: ao fazermos uma distinção, esquecemos que a fizemos, considerando-a desde o momento da sua criação como algo natural. Esse é o ponto cego de qualquer distinção, que pode ser expresso no seguinte paradoxo: é o que não vemos que nos permite ver (do mesmo jeito que a retina não pode ver o ponto cego que lhe possibilita enxergar). De acordo com Campilongo, o ato de diferenciar “exige uma forma, uma fronteira e duas partes: interno/externo; auto-referência/hetero-referência; sistema/ambiente”<sup>496</sup>. Lembrando que para Luhmann, “a diferença entre sistema e meio ambiente não é ontológica, ela não divide toda a realidade em duas partes: aqui sistema e ali ambiente”<sup>497</sup>. Deste modo, a distinção se converte num ponto cego, que em cada observação se pressupõe como condição de sua possibilidade: o observador não é observável<sup>498</sup>. Só desde o exterior da distinção se pode observar o ponto cego de uma observação, o que Luhmann denomina como observação de segunda ordem<sup>499</sup>.

A própria observação pode ser compreendida como uma constante reelaboração dos resultados das elaborações anteriores, proporcionando materiais para as observações seguintes. A teoria do conhecimento, segundo Luhmann, trata de observar as observações através de uma observação de segunda ordem que não se orienta ao que é observado, mas sim como ocorre a observação de primeira ordem: “observa cómo observa el observador observado”<sup>500</sup>. Se o observador é o não-observável fica clara a necessidade de uma observação de segunda ordem<sup>501</sup>. Observar como o observador observa consiste em verificar a distinção que o mesmo utiliza para marcar um lado da distinção e não o outro. A distinção clássica entre sujeito/objeto, que pressupõe uma constância dos objetos analisados por sujeitos

<sup>495</sup> RIVERA, José Rodriguez. *Técnica y epistemología sistêmica*, p. 205.

<sup>496</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem”, p. 19.

<sup>497</sup> BÜLLESBACH, Alfred. Princípios de teoria dos sistemas. In: HASSAMER, W. e KAUFMANN, A (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p. 427.

<sup>498</sup> PINTOS, Juan-Luis. *La nueva plausibilidad* (La observación de segundo orden en Niklas Luhmann). In: *Revista Anthropos*, 173/174, p. 127.

<sup>499</sup> CUBEIRO, Manuel Torres. *Niklas Luhmann*, p. 57.

<sup>500</sup> CORSI, Giancarlo et al, p. 52.

<sup>501</sup> Manuel Cubeiro anota que para Luhmann a observação de segunda ordem generalizou-se nos sistemas sociais com o desenvolvimento das comunicações, mas não é própria dos sistemas psíquicos ou de consciência. Luhmann assinala algo não tão evidente na nossa tradição: a complexidade atual contemporânea tem multiplicada a observação de segunda ordem, o que nos permite realmente superar as autodescrições sociais baseadas na ontologia e no sujeito. CUBEIRO, op. cit. p. 61.

diferentes, é substituída pela distinção entre operação/observação<sup>502</sup>: operação que um sistema realiza de fato e observação que pode ser levada a cabo pelo sistema mesmo ou por outro<sup>503</sup>. A questão central consiste na capacidade de distinguir distinções<sup>504</sup>.

Na visão de Luhmann, a realidade não tem um papel positivo de condução do conhecimento, mas possui um *papel negativo* ao discriminar os conhecimentos que são aceitáveis. Como anota Martínez García: “Toda definición de realidade es una construcción. Hay múltiples definciones de realidad y por tanto múltiples realidades, ninguna de las cuales puede obtener el privilegio de ser la realidad”. E mais adiante: “Toda realidade es una realidad construída y por ello mismo es frágil y precaria”<sup>505</sup>. O que podemos fazer é estabelecer relações de compatibilidade que nos permitam saber o que podemos entender como realidade ou não. Negar a necessidade de uma correspondência não significa a adoção de uma postura relativista, uma vez que não se permitem todas as afirmações e podem ser construídos critérios precisos que discriminam entre conhecimentos aceitáveis e conhecimentos equivocados<sup>506</sup>.

#### 4.1.4 Sistema e Complexidade

Luhmann constrói uma teoria sociológica que procura incorporar o conceito de complexidade, ao mesmo tempo em que trabalha com a religação entre diversos saberes

---

<sup>502</sup> Conforme opina Martínez García: “Se abandona el dualismo tradicional de la distinción entre sujeto y objeto en favor de una perspectiva monista, más allá de la dicotomía clásica entre realismo e idealismo. Lo que llamamos realidad surge siempre em la interacción entre observador y un objeto de la observación”. E mais adiante: “No hay para nosotros realidad independiente de nuestra experiencia. El conocimiento no se refiere a una realidad ontológica, a una sancta realitas objetiva, sino exclusivamente a la organización de un mundo filtrado y articulado por nuestra experiencia”. In: MARTÍNEZ GARCIA, Jesús Ignacio. **La imaginación jurídica**, p. 6 e 8.

<sup>503</sup> LUHMANN, Niklas. **Introducción a la Teoría de Sistemas**. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996, p. 334.

<sup>504</sup> Rocha nos lembra que na “observação de segunda ordem, poder-se-ia ser tentado recuperar a metalinguagem do neopositivismo lógico e verificar se a linguagem de primeira ordem é verdadeira ou falsa. Mas Luhmann ultrapassa a questão desde Maturana e vai além dele, analisando se os sistemas sociais são sistemas operativamente fechados, autoreferenciais ou autopoieticos, colocando por base a comunicação. Desse modo, Luhmann substitui a teoria do conhecimento, baseada no sujeito, por uma teoria do conhecimento, que poderia denominar-se construtivismo operativo”. In: ROCHA, Leonel Severo. **Observações sobre a observação Luhmanniana**, p. 13.

<sup>505</sup> MARTÍNEZ GARCIA, Jesús Ignacio. **La imaginación jurídica**, p. 5.

<sup>506</sup> Devo lembrar que o subsistema encarregado da investigação científica possui como função a produção de conhecimentos sempre novos, mas com isso Luhmann não afirma a um relativismo absoluto, pois é necessário que o conhecimento seja viável socialmente. Não é o indivíduo que gera conhecimento, mas sim a sociedade.



(teoria da evolução, cibernética, neurociência, teoria dos sistemas, teoria da comunicação)<sup>507</sup>, resultando daí uma forte multidisciplinidade. Sua teoria também incorpora conceitos como a ideia de paradoxo e recursividade, o primeiro nos lembrando que a realidade é irreduzível a qualquer forma de simplificação racionalista<sup>508</sup>, o segundo implicando que devo buscar relações, ligações, associações não somente entre teorias mas também entre elementos da realidade.

A realidade constitui o exemplo máximo de complexidade. A complexidade não é nunca uma propriedade, mas sim um conceito multidimensional. Implica liberdade frente a toda determinação ontológica estática e frente a toda unidimensionalidade. Sempre que existe complexidade supõe-se a existência de um excesso de relações. A complexidade tem uma natureza relacional, é sempre a abertura para múltiplas relações possíveis. Pressupõe uma multiplicidade de relações e conexões entre estas. Quanto mais relações abarcar, mais complexa será uma determinada situação. Complexidade é sempre abundância de relações. De tal abundância de relações, possibilidades e conexões resulta que não é possível defender a existência de uma correspondência biunívoca e linear de um elemento para com outro elemento.

A complexidade é, assim, identificada por Luhmann como parte da própria realidade social:

o homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através de seu organismo. Desta forma o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, de 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

---

<sup>507</sup> DIAZ, Claudia López. **Acciones a próprio riesgo**. Exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima com base en una concepción funcional estructural de la sociedad. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2006, p. 49.

<sup>508</sup> Luhmann cita Kenneth Burke quando este diz que “Los seres humanos buscan un vocabulario que sea un fiel reflejo de la realidad. Com esse fin tienen que desarrollar un vocabulario que es una selección de la realidad. Y cualquier selección, en circunstancias determinadas, tiene que funcionar como una distorsión de la realidad”. Ver nota 4 na pág 181 de LUHMANN, Niklas. **Introducción a la Teoría de Sistemas**. O surgimento da temática em torno da ideia de risco põe em cheque a racionalidade trazida pela modernidade, uma vez que o risco pressupõe uma forma de tempo futuro que não pode ser conhecido de antemão. Sobre a questão dos paradoxos ver: WATZLAWICK, Paul. **A realidade é real?** Tradução de Maria Vasconcelos Moreira. Lisboa: Antropos, 1991, ps. 23 a 31.

queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar<sup>509</sup>.

A teoria dos sistemas é um método de análise de tais relações. O método adequado para abarcar a complexidade é o método relacional e recursivo. Implica numa superação do método cartesiano, que postula a distinção das noções, ideias, objetos entre si pelo seu isolamento. Como anota Fortin: “O princípio das ‘ideias claras e distintas’ justifica a separação entre o objeto e o seu meio ambiente, o objeto e o sujeito, a ciência e a filosofia”<sup>510</sup>. O método cartesiano decompõe e isola, gerando especialização e hiperespecialização, recortando a realidade em peças separadas, mas sem a possibilidade da sua recomposição. Tal método foi essencial para o desenvolvimento inicial das ciências, mas nos dias que correm tornou-se improdutivo.

Garcia Amado comenta:

Por complejidad se entiende el conjunto de todos los sucesos (Ereignisse, Events) posibles. Se designa así, por tanto, el campo ilimitado de los ‘mundos posibles’. Así tomada, la complejidad alude, por un lado, a un mundo de posibilidades que no es un mundo real, por cuanto la igualdad radical de lo posible, en tanto que posible, no se rompe hasta que alguna forma de prelación permita la decantación de uno de esos mundos posibles como mundo real; y por outro, esse campo ilimitado de posibilidades que se denomina complejidad, se concibe conceptualmente como caos y aún como cosmos. Una vez que se haya introducido alguna forma de orden en esa inabarcabilidad, se habrá sentado la base para la aludida prelación, que permitirá la autoafirmación como real de uno de los mundos; se habrá reducido complejidad, habrá comenzado a existir sociedad<sup>511</sup>.

Uma vez que existe complexidade, existe seleção, que é uma defesa contra a complexidade e, ao mesmo tempo, cria uma maior complexidade<sup>512</sup>. Ao selecionar, realizando uma determinada conexão cumpre um conjunto definido de relações. Conexão e seleção são pressupostos necessários num mundo complexo. Um sistema nada mais é que uma estrutura de relações apta a gerar novas relações. Não posso falar de uma realidade única e invariável. Tudo quanto existe pode ser de outro modo. E se é de determinado modo é porque constitui a concretização de determinadas possibilidades.

<sup>509</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45.

<sup>510</sup> FORTIN, Robin. **Compreender a complexidade**. Introdução a ‘O método’ de Edgar Morin. Lisboa: Piaget, 2007, p. 25.

<sup>511</sup> GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1997, p. 104-05.

<sup>512</sup> LUHMANN, Niklas. **Introducción a la Teoría de Sistemas**, p. 185.

A realidade é contingente. Para Luhmann, a complexidade é um conjunto de eventos possíveis, que se mantém sempre como horizonte e inclui sempre a capacidade de relação e de seleção. Ou seja, a complexidade de um sistema significa que um dos seus elementos não pode estar em relação com todos e cada um dos restantes elementos do mesmo sistema. Um sistema é complexo quando é impossível ter uma imagem clara, interna ao sistema, do próprio sistema. Como exemplo, tenho a própria sociedade moderna que é complexa porque não pode autodescrever-se, quer dizer, é incapaz de oferecer uma imagem de si mesmo devido a sua complexidade<sup>513</sup>. Neste sentido, a complexidade é a medida da indeterminação ou da carência de informações que faz falta ao sistema para poder apreender e descrever com precisão o seu ambiente e a si mesmo. Porém, preciso frisar, se os sistemas não podem compreender a própria complexidade nem tampouco a do seu ambiente, podem, todavia, problematizar a si mesmos e o seu meio<sup>514</sup>.

No sistema complexo sempre existem mais possibilidades do que é selecionado em cada caso. Complexo designa aquela soma de elementos que em razão de uma limitação imanente de capacidade de enlace do sistema, já não resulta possível que cada elemento quede vinculado em todo momento<sup>515</sup>. Os sistemas complexos obrigam sempre a eleição, pois entre as possibilidades equivalentes para funcionar com a sua operação constitutiva tem sempre que seleccionar uma. Luhmann nos diz que, se entre sistema e ambiente há uma diferença, tal diferença é antes de tudo uma diferença de complexidade: ambiente de um sistema é sempre mais complexo que o próprio sistema<sup>516</sup>.

A teoria dos sistemas debateu-se, inicialmente com tal problema ao tentar compreender como um sistema (menos complexo) poderia entabular sua relação com o ambiente (mais complexo)<sup>517</sup>. Se o sistema não possui capacidade para apresentar uma variedade suficiente para responder a todos os estímulos do ambiente, sendo impossível uma correspondência ponto por ponto do sistema com seu ambiente, torna-se necessário operar uma redução de complexidade, o que implica numa disposição de “ignorar, rechazar, crear

---

<sup>513</sup> CUBEIRO, Manuel Torres. **Niklas Luhmann**, p. 46.

<sup>514</sup> DIAZ, Claudia López. **Acciones a próprio riesgo**, p. 53.

<sup>515</sup> LUHMANN, Niklas. **Introducción a la Teoría de Sistemas**, p. 185.

<sup>516</sup> Id., p. 184-85.

<sup>517</sup> Id., p. 180.

indiferencias, recluírse sobre si mismo”<sup>518</sup>. Somente um sistema muito simples permitiria uma conexão entre todos os elementos. Luhmann observa que:

ya no es posible, en la actualidad, trabajar con el concepto de complejidad simple. En el contexto de la teoría de sistemas no hay ningún concepto para designar lo simple, sino sola la distinción elemental de una complejidad que permite enlazar simultáneamente todos los elementos y una complejidad de um nível superior que no lo permite<sup>519</sup>.

Na impossibilidade de uma relação completa entre os elementos, tenho que a relação deverá se basear na seleção. Luhmann anota que os sistemas reais são sistemas baseados numa complexidade complexa (complexidade seletiva) e não numa complexidade simples (complexidade não seletiva). A complexidade seria a necessidade de manutenção de uma relação seletiva entre os elementos<sup>520</sup>. Sendo assim, modelos de complexidade são também modelos de seletividade. A modernidade baseia-se nesta ideia de uma complexidade crescentemente posta diante de uma alta seletividade, o que nos conduz a conflitos incessantes entre diversas *epistemes*, entre uma pluralidade de discursos autônomos, pois não há mais um modo unitário de cognição<sup>521</sup>.

Os sistemas são compreendidos então como formas de simplificar, de reduzir, de fechar a complexidade do ambiente. Ou como anotou Büllesbach, “a estrutura de um sistema é a ordenação pela qual a complexidade se transforma em ordem”<sup>522</sup>. A redução da complexidade de um sistema leva-se a cabo através da seleção contínua entre diferentes opções<sup>523</sup>, o que leva a uma necessidade de generalização, o que implica num rompimento com a ideia de que é possível estabelecer uma correspondência ponto por ponto entre o ambiente e o sistema<sup>524</sup>. Operando sua diferença com o ambiente, mediante uma clausura

<sup>518</sup> Id., p. 180.

<sup>519</sup> Id., p. 186.

<sup>520</sup> LUHMANN, p. 186.

<sup>521</sup> TEUBNER, Gunther. **El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 37 - 38. Teubner escreve a respeito: “La sociedad se percibe fragmentada en una multiplicidad de redes comunicativas cerradas. Cada una de estas redes construye una realidad propia, en principio incompatible con las construcciones de la realidad de las otras redes. Al mismo tiempo, la multiplicación y fragmentación de las individualidades se corresponde con una multiplicación y fragmentación de los discursos sociales. Sobre la base de sus códigos y programas específicos, cada red de comunicación especializada produce ‘personas’ – artefactos semánticos de actores individuales – a las cuales atribuye acciones. El ‘Ser-Múltiple’ es el producto de la fragmentación de discursos sociales en la modernidad”. Id., p. 38.

<sup>522</sup> BÜLLESBACH, Alfred. Princípios de teoria dos sistemas. In: HASSAMER, W. e KAUFMANN, A (Orgs.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p. 410.

<sup>523</sup> CUBEIRO, Manuel Torres. **Niklas Luhmann**, p. 47.

<sup>524</sup> LUHMANN, op. cit., p. 181.

operativa, o sistema desenvolve também uma disposição de indiferença frente a este mesmo ambiente.

O complexo é sempre dinâmico e a complexidade é sempre um dinamismo irreversível. Sendo assim, dinamismo e complexidade se complementam. A complexidade possui sempre um elemento temporal (o que implica que qualquer retrocesso é sempre uma quimera). Na sociedade moderna, o crescimento da complexidade se traduz inevitavelmente no crescente aumento da própria diferenciação. A sociedade cria mecanismos para reduzir sua complexidade e tais mecanismos, por sua vez, aumentam a complexidade. A temporalização da complexidade implica que um sistema pode obter a realização de distintos modelos de resposta que possam ser ordenados sob uma sequência<sup>525</sup>.

A complexidade exige compreender o âmbito da diferença e valorizar a diferença e a distinção mais que a igualdade ou a identidade. Luhmann argumenta que no início não está a identidade, mas sim a diferença. Somente a diferença permite dar um valor e construir uma ordem. Tradicionalmente, a teoria partia da unidade para ir mostrando as diferenças ali contidas. Luhmann vai em sentido contrário, defendendo uma teoria cujo centro seja a diferença<sup>526</sup>.

Do ponto de vista da complexidade, a unidade ou a igualdade são apenas formas da diferença. A complexidade é sempre a presença constante de diferenças. A complexidade é o triunfo da negação sobre a afirmação. A complexidade não evita a negação, que passa a ser tratada como aliada de uma nova racionalidade. Para Luhmann, a negação é sempre mais complexa que a afirmação. Em todo “não”, em toda forma de negação esconde-se uma história de seleção e de relações selecionadas.

Rocha comenta que:

A partir de então, Niklas Luhmann assume a ideia de que essa sociedade é altamente complexa, pois tem muitas possibilidades diferentes de manifestação. De uma maneira simples, pode-se dizer que, na sociedade, pode acontecer tudo aquilo que pode acontecer. Tudo que se pode imaginar e observar pode acontecer. Porém, para se criar certos sentidos perante esse

---

<sup>525</sup> Ibid., p. 188.

<sup>526</sup> DIAZ, Claudia López. **Acciones a próprio riesgo**, Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2006, p. 53.

excesso de possibilidades, surgiram, na sociedade, nesse processo de enfrentamento da complexidade, sistemas<sup>527</sup>.

O entendimento da racionalidade sistêmica proposta por Luhmann significa a “posibilidad de hacer reversible que aspectos del entorno pueden ser tomados en cuenta por el sistema, mediante un aumento de la capacidad de irritabilidad y de resonancia que se refuerza en el sistema”<sup>528</sup>, o que nos conduz às reflexões sobre a questão da complexidade adequada que toda decisão judicial deve ter.

Em síntese, posso dizer, amparando-me em Díaz, que a complexidade é um conceito multidimensional, não um simples adjetivo ou propriedade. Possui independência própria, com unidade de perspectivas múltiplas e diferentes; a complexidade é essencialmente relacional. Quanto mais relações presentes numa situação, mais complexidade tenho. A complexidade se reproduz inevitavelmente em qualquer nível superior da formação dos sistemas; a complexidade é dinâmica, não pode deter-se, é irreversível, não pode voltar atrás<sup>529</sup>; a complexidade é um triunfo da negação frente à afirmação, uma vez que a negação é sempre mais complexa que a afirmação. Em toda negativa posso encontrar uma história de seleções e relações selecionadas. A negação diminui o excesso de relações; a complexidade exige entrar no âmbito da diferença e valorar a diferença acima da igualdade. A unidade, a identidade ou a igualdade são formas diferenciais. Algo é complexo quando contém diferenças e se encontra estruturado sobre a diferença; a complexidade significa também pressão para selecionar. E ao selecionar, há contingência e, portanto, risco<sup>530</sup>.

#### 4.1.5 Os Subsistemas Sociais

No nível social mais elementar tenho aquilo que Luhmann de interações cara-a-cara, que se caracterizam pela presença física dos sistemas implicados na comunicação. A

---

<sup>527</sup> ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado** -, n. 04, 2007, p. 168.

<sup>528</sup> LUHMANN, op. cit, p. 201.

<sup>529</sup> Observação que deveria ser tomada em conta pelas correntes políticas que possuem como programa máximo a busca de um tipo de sociedade onde não existiria, por exemplo, divisão social do trabalho. Tal sociedade é possível? Somente à base de um imenso retrocesso resultante da negação violenta da sua complexidade. Tal instrumento de negação seria o Estado, que avançaria no sentido da construção de um aparato burocrático ainda mais complexo. Posso perguntar: o que foi o reinado de terror de Pol Pot no Camboja que não uma revolta contra a complexidade moderna?

<sup>530</sup> DIAZ, Claudia López. **Acciones a próprio riesgo**, p. 54.

percepção reflexiva é um pré-requisito das interações cara-a-cara, assim como o uso da linguagem. Mesmo em se tratando do mais simples dos subsistemas sociais, isso não elimina a sua alta complexidade. Obviamente, sem tais interações não é possível a sociedade.

O subsistema família é uma forma de interação com a função de incluir a pessoa inteira dos participantes na comunicação que ocorre no nível interno da própria família, incluindo todos os aspectos (econômico, religioso, sentimental etc.) de todos os familiares. A comunicação relevante no âmbito familiar é o da intimidade, o que significa não deixar nada de fora da comunicação<sup>531</sup>.

O avanço evolutivo implicou o surgimento das organizações. Ao contrário das interações cara-a-cara, as organizações implicam um grau muito maior de complexidade comunicativa. Tal subsistema social forma-se através do estabelecimento de regras geradoras de estruturas comunicativas, como as regras de pertencimento, papéis ou de seleção de pessoal. O elemento essencial da organização é a forma decisão, que consiste numa comunicação<sup>532</sup>.

O subsistema político possui como função conferir à sociedade um patamar mínimo de capacidade decisória de um jeito coletivamente vinculante, usando o poder como meio de comunicação simbolicamente generalizado. Importa salientar que para Luhmann, a política não ocupa o centro da sociedade e nem mesmo é um lugar privilegiado da sociedade, “mas um sistema em concorrência com outros. A visão oposta, ao pôr a política no centro como supersistema da sociedade moderna, só tem levado a desilusões”<sup>533</sup>. Já o subsistema econômico trabalha com o paradoxo comunicativo da escassez: o intento de eliminar a escassez através do acesso aos bens cria novos problemas de escassez<sup>534</sup>.

O subsistema religião apresenta a comunicação da diferença entre o que é observável e o que não é. A religião fala do além, de Deus, do paraíso etc., para comunicar sobre um elemento que está presente em toda comunicação: toda a comunicação se fundamenta em algo que não se pode ver. A distinção imanência/transcendência é o código binário de sistema que

---

<sup>531</sup> CUBEIRO, Manuel Torres. **Niklas Luhmann**, p. 95-96.

<sup>532</sup> Id., ps. 81-82.

<sup>533</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 25.

<sup>534</sup> CUBEIRO, op. cit., p. 105-106.

não gerou um meio de comunicação simbolicamente generalizado<sup>535</sup>. Já a função do sistema educativo é tornar provável a aceitação da comunicação. O sistema educação diferencia-se na sociedade com função de induzir mudanças nos sistemas psíquicos particulares<sup>536</sup>.

O subsistema artístico possui como função oferecer a possibilidade de observar-se a si mesmo através das possibilidades excluídas. A obra de arte pode ser observada como objeto artificial criado com uma intenção a descobrir, por isso o sistema arte opera sempre desde uma observação de segunda ordem. A arte cria a sua própria linguagem e é também um equivalente funcional da linguagem<sup>537</sup>.

A função que diferencia a ciência no interior da sociedade é construir e obter o conhecimento, usando como meio de comunicação simbolicamente generalizado a verdade, através do código binário verdadeiro/não-verdadeiro. A verdade, desde a sociologia (que nada mais é que um subsistema dentro do subsistema ciência), não é uma atribuição referida à realidade, mas sim um conjunto de expectativas que fazem provável a aceitação de um saber novo<sup>538</sup>.

#### 4.2 O DIREITO DA SOCIEDADE EM LUHMANN

Como vi anteriormente, Luhmann constrói uma super-teoria sociológica capaz de observar a totalidade dos subsistemas sociais compreendidos no sistema sociedade. Tal teoria tem demonstrado um amplo alcance, sendo utilizada para observar a sociedade global nos moldes de um “sistema-mundo”, para usar a expressão popularizada por Wallerstein<sup>539</sup>. O direito representa, para Luhmann, um dos subsistemas que caracterizam a moderna sociedade funcionalmente diferenciada. Tal teoria não deve, contudo, ser confundida com as

---

<sup>535</sup> Ibid, p. 107-108.

<sup>536</sup> Ibi, p. 109.

<sup>537</sup> Cf. LUHMANN, Niklas. A obra de arte e a auto-reprodução da arte. In: OLINTO, Heidrum Krieger (Org.) **Histórias da Literatura**. São Paulo: Ática, 1996, p. 241-271.

<sup>538</sup> CUBEIRO. Niklas Luhmann, p. 117.

<sup>539</sup> Não deixa de ser interessante observar a leitura que Hardt e Negri fazem da abordagem de Luhmann da sociedade mundial entendida como uma situação de “governança sem governo”, ao mesmo tempo em que o associa a Kelsen, cuja contribuição central ao direito internacional residiu na sua controvertida tese da criação de um Estado mundial, como produto lógico da continuidade entre os ordenamentos jurídicos nacional e internacional (e a primazia deste sobre aquele). Ambos seriam teóricos (ao lado de Rawls) de um novo direito imperial. Ver a respeito: HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 31 e 33.



autodescrições que o próprio sistema efetua como forma de manter a sua autoreferência. Tal autoreferência somente é possível por conta do elevado grau de autonomia que o direito desfruta dentro da sociedade.

O direito que Luhmann estuda é o que posso encontrar nas sociedades altamente diferenciadas do ponto de vista funcional que caracterizam a modernidade, nas quais cada um dos seus subsistemas possui um modo de operação marcado pela autonomia. O que Luhmann faz, usando as categorias da teoria dos sistemas autopoieticos, consiste em descrever a auto-observação que o direito faz de si mesmo. Ou seja, Luhmann efetua uma observação da observação, que consiste numa meta-observação e numa hetero-observação. O objetivo consiste na construção de uma teoria capaz de indicar quais os limites do sistema jurídico, apontando qual a sua identidade. A falha do jusnaturalismo consistiu justamente na sua incapacidade de apresentar os limites do subsistema jurídico. Visando superar esta dificuldade, Luhmann parte da ideia de que o próprio sistema determina os seus limites por meio de suas operações recursivas.

Luhmann intitula sua principal obra sobre o sistema jurídico de “O direito da sociedade”, partindo da ideia de que direito e sociedade se determinam mutuamente. O título poderia ser alargado e concebido também da seguinte forma: “o direito das sociedades funcionalmente diferenciadas” (mesmo que em sua obra encontre também descrições do direito em sociedades estratificadas etc.). Refuta assim todas as teorias que trabalham com fórmulas como “direito e sociedade”. Como anota Villas Bôas Filho, ao conceber o direito como inserido na sociedade, “a teoria dos sistemas permitiria superar a dicotomia entre a autodescrição, característica das teorias jurídicas, e a descrição externa, própria das perspectivas com pretensões científicas, como é o caso da sociologia do direito”<sup>540</sup>. Efetuando uma observação de segunda ordem, a teoria dos sistemas pode ir além das descrições externas realizadas pelos sociólogos, que desconsideram as autodescrições efetuadas pelo próprio sistema.

Enquanto Kelsen opera numa perspectiva neokantiana que contrapõe os planos do ser e do dever-ser, localizando a normatividade no segundo plano, Luhmann rompe com tal dicotomia, entendendo o sistema jurídico em sua dimensão fática:

---

<sup>540</sup> VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**, p. 116.

Por ‘sistema’ no entendemos nosotros, como lo hacen muchos teóricos del derecho, un entramado congruente de reglas, sino un entramado de operaciones fácticas que, como operaciones sociales, deben ser comunicaciones – independientemente de lo que estas comunicaciones afirmen respecto al derecho. Esto significa entonces que el punto de partida no lo buscamos en la norma ni en una tipología de los valores, sino en la distinción sistema/entorno<sup>541</sup>.

Para Luhmann, toda experiência possui uma contingência fática, implicando que o fático abrange também o normativo, o que resulta em modificações substanciais no que diz respeito às distinções antes introduzidas por Kelsen (ser/dever-ser, eficácia/validade) e na assunção do paradoxo como constitutivo do direito<sup>542</sup>.

Levando em conta que a função última dos sistemas sociais é a de possibilitar a orientação da ação e da experiência humana e isso somente pode ser obtido mediante a fixação de estruturas como expectativas de condutas, o conceito de estrutura dos sistemas sociais está ligado com o conceito de expectativa, por isso está dito que as estruturas sociais consistem em expectativas e que estas constituem a forma temporal com que se constroem as próprias estruturas. As expectativas permitem que o sistema se oriente em meio à contingência, pois a incerteza e a imprevisibilidade poderiam paralisar as funções sistêmicas. A expectativa é uma antecipação voltada para o futuro, na intencionalidade do fluxo das experiências, em meio às mudanças constantes que operam na realidade. Por conta deste aspecto todo sistema constitui uma máquina histórica, “puesto que cada operación autopoietica modifica el sistema: coloca la máquina en otra posición y por ello crea condiciones de salida modificadas por las operaciones inmediatamente anteriores”<sup>543</sup>. A previsão das possíveis violações é o que nos conduz a fixar a expectativa como cognitiva ou normativa.

---

<sup>541</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 96.

<sup>542</sup> Luhmann adverte ainda sobre tal falha contida nas sociologias jurídicas precedentes: “O dever ser é pressuposto como uma qualidade experimentada, vivenciável mas não mais detalhadamente analisável, como o ‘fato’ básico da vida jurídica. Com isso bloqueia-se de imediato o acesso às indagações mais ricas ao nível teórico”. In: LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 42. Em outra passagem, Luhmann dissolve a distinção entre normas (dever-ser) e fatos (ser): “Si se habla de la distinción entre normas y hechos, entonces se habla de un hecho; precisamente del hecho de que en el sistema jurídico, por razones comprensibles, se utiliza esta distinción. El sistema de la ciencia tiene que ver unicamente con hechos”. In: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 88.

<sup>543</sup> LUHMANN, op cit, p. 113-114.

Ao tratar da questão das expectativas, Luhmann parte de uma concepção interacionista das relações sociais. Isto significa que o comportamento de uma pessoa (*ego*) é orientado pela ideia que possui do comportamento de outra pessoa (*alter*). Por sua vez, esta mesma pessoa (*alter*) também se orienta pela expectativa que possui do comportamento da outra (*ego*). Esta interação que implica em expectativas sobre expectativas recebe o nome de dupla contingência. Diante da experiência vivida com os comportamentos dos outros, posso adotar duas posições distintas: posso manter minhas expectativas originais ou posso abandoná-las. As expectativas que estou disposto a rever, posso chamar de cognitivas, enquanto que aquelas quero manter, posso chamar de normativas. Para Luhmann, o “oposto adequado ao normativo não é o fático, mas sim o cognitivo”<sup>544</sup>. As hipóteses formuladas pela ciência são expectativas cognitivas. Um texto legal, no entanto, contém expectativas tipicamente normativas, pois mesmo que algumas pessoas contrariem o que se encontra ali disposto, violando a lei e cometendo crimes, por exemplo, nem por isso as expectativas ali mantidas serão abandonadas<sup>545</sup>. Ou seja, “expectativas normativas são mantidas apesar da não satisfação”<sup>546</sup>.

A diferença entre expectativas cognitivas e normativas é que quando as primeiras são postas em questão, tal circunstância serve como nova fonte de conhecimento e uma nova expectativa então surgirá, enquanto que as expectativas normativas são mantidas mesmo em caso de violação da norma. As expectativas cognitivas pressupõem uma capacidade de aprendizado. Por outro lado, a orientação intersubjetiva das condutas somente é possível por conta das expectativas normativas, que devem ser mantidas, como garantia das regras jurídicas que disciplinam a vida social. Somente assim ocorre a estabilização das expectativas sociais.

O conjunto que permite manter as expectativas normativas é denominado por Luhmann de institucionalização de expectativas de conduta. Uma expectativa se encontra generalizada quando goza de consenso, o que lhe permite subsistir a eventos particulares, a desvios ou contradições. O direito não se baseia no consenso, pois nem todos podem estar de acordo com todas as normas. O direito como consenso é uma autodescrição que generaliza e

---

<sup>544</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**, p. 57.

<sup>545</sup> Referindo-se ao início da carreira de Luhmann, Guibentif lembra que a nitidez com que o sociólogo alemão estabelece a diferença entre expectativas normativas e cognitivas, certamente “tem a ver com a experiência concreta que fazia, precisamente nestes anos, da diferença entre a actividade administrativa a que se tinha dedicado no início da sua carreira e a actividade científica, na qual se envolveu a partir do início dos anos 60”. Cf. GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann. Etapas de uma evolução teórica. In: SANTOS, José Manuel (org). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005, p. 199.

<sup>546</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**, p. 45.

mantém o sistema, mas não é o sistema<sup>547</sup>. As expectativas mais importantes são as expectativas das expectativas, ou seja, as expectativas reflexivas, já que os que esperam também atuam e os que atuam também esperam<sup>548</sup>. Luhmann exemplifica se modo de pensar:

Se, por exemplo, uma mulher sempre serve ao seu marido comida fria no jantar e espera que o seu marido espere isso, esse marido, por seu lado, tem que esperar essa expectativa de expectativas – de outra forma ele não perceberia que ao desejar inesperadamente uma sopa quente ele não só causaria um incômodo, mas também enfraqueceria a segurança das expectativas de sua mulher com relação a ele próprio, podendo finalmente chegar a um novo equilíbrio, no qual ele teria que esperar em sua mulher a expectativa dele como alguém voluntarioso e imprevisível<sup>549</sup>.

O direito, na visão luhmanniana, é um subsistema social cuja função se relaciona com o uso específico da normatividade como meio de estabilização contrafática das expectativas comportamentais. Para tanto utiliza perspectivas conflituais para a formação e reprodução de expectativas de comportamento generalizadas no âmbito temporal, material e social<sup>550</sup>. Não se trata de um ordenamento coativo, mas sim uma forma de facilitar e possibilitar expectativas mediante generalizações congruentes que diminuam o risco das frustrações, imunizando a sociedade<sup>551</sup>. O direito utiliza-se das normas, que nada mais são que expectativas de comportamento contrafaticamente estabilizadas, independentemente de eventos e casos individuais, ou seja, capazes de resistir às decepções.

O direito cumpre funções compreensivas de generalização e estabilização de expectativas, o que faz através da garantia da vigência da norma. As normas jurídicas são estruturas temporais que se mantêm no futuro por possuírem características que lhes possibilitam a resistência frente a sua própria violação. Através da institucionalização das expectativas é possível pressupor a existência de um consenso geral “sin consideración del

---

<sup>547</sup> Cf. ALCOVER, Pilar Giménez. **El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**. Barcelona: Bosch, 1993.

<sup>548</sup> LUHMANN, op. cit., p. 49.

<sup>549</sup> LUHMANN, op. cit., p. 49.

<sup>550</sup> Como assinala Luhmann: “El derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no). Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas, uno se puede enfrentar a los engaños de la vida cotidiana.” In: LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**, p. 189.

<sup>551</sup> Inicialmente devo distinguir entre teoria jurídica (ciência) e dogmática jurídica (e também jurisprudência). A razão se encontra na diferenciação entre sistema científico e sistema jurídico, fazendo com que seja necessário distinguir claramente entre “las auto-abstracciones”. In: LUHMANN, Niklas. **Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 21.

hecho de que cada uno no este de acuerdo: el sujeto portador de la expectativa puede presuponer el consenso de los otros sin deber controlar opiniones y motivos individuales”<sup>552</sup>.

Uma das funções do direito consiste em lidar com a necessidade de segurança que surge como consequência da dupla contingência presente na própria sociedade. O problema da dupla contingência, como já posto, se resolve por meio da formação de expectativas de expectativas, que permite aos indivíduos lidar com o enorme campo de possibilidades que se abrem a cada relação. A necessidade de segurança faz surgir uma expectativa de congruência entre o comportamento próprio e o alheio com base em pautas comuns e por isso é possível dizer que o direito de um “sistema social son las expectativas normativas de comportamiento generalizadas de manera congruente”<sup>553</sup>. Congruente aqui, como lembre Rocha, quer nos dizer coerência<sup>554</sup>. Não se trata de garantir, com isso, a integração dos indivíduos através de um consenso imaginário, mas sim a delimitação do que pode ser esperado: “con la norma la sociedad trata de hacer posible un futuro que en sí es inseguro”<sup>555</sup>.

O direito usa a possibilidade de conflito como elemento dinamizador que permite sua evolução e adaptação às mudanças do meio social, mediante o reconhecimento de novas expectativas que substituem as outras mediante a manutenção de outras coercitivamente. A oportunidade para a evolução surge quando determinadas expectativas normativas são desatendidas. Sendo assim, “el derecho es un sistema que resuelve los conflictos, y al mismo tiempo genera otros, ya que con base en el derecho puede resistirse a la presiones o pueden rechazarse las órdenes expresas”<sup>556</sup>. O que faz com que o direito seja o lugar onde se luta principalmente para impedir a indiferença dos sistemas ou para conseguir que as instâncias de poder incluam em seu sistema determinadas demandas e respondam às expectativas sociais.

Os elementos do sistema jurídico são as comunicações referidas no código próprio do direito, “conforme o direito/não conforme ao direito” (*recht/unrecht*) ou “direito/não-direito”: o decisivo é que a comunicação se subordine ao código do sistema<sup>557</sup>. Em torno a este código

<sup>552</sup> DE GIORGI, Raffaele. **Ciencia del Derecho y Legitimación**. México: Universidad Iberoamericana, 1998, p. 250.

<sup>553</sup> Id., p. 253.

<sup>554</sup> In: ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes da teoria jurídica. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo, 1999, p. 130.

<sup>555</sup> CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**, p. 54.

<sup>556</sup> Ibid., p. 54.

<sup>557</sup> LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**, p. 125.

o direito processa a informação que precisa para a sua reprodução autopoietica: “existe comunicación jurídica toda vez que en caso de controversias alguien reivindica los derechos y em referencia a la normatividad vigente debe lograr decidir quién posee la razón de la legalidad y quién no”<sup>558</sup>. O código não deve ser confundido com nenhuma norma, que são programas condicionais do direito. O código é uma “estructura de un mecanismo de reconocimiento y un procedimiento de coordinación de la sociedad. Siempre que se hace referencia al derecho-de-uno/ no-derecho del otro, este tipo de comunicación se asocia al sistema jurídico”<sup>559</sup>.

Sendo assim, é o próprio sistema jurídico que delimita quais as comunicações que lhe são relevantes ou não. O que é relevante juridicamente passa a ser tratado internamente pelo subsistema jurídico. O que não é relevante permanece no entorno, uma vez que o direito não existe separado do todo social, ou seja, o subsistema jurídico tem outros subsistemas sociais em seu entorno e que reproduzem de forma particular a unidade do conjunto social, cada qual processando suas informações específicas.

O paradoxo constitutivo do direito pode ser apresentado do seguinte modo, como o faz Campilongo: “Não é possível indicar o lícito (direito) sem indicar também o ilícito (não direito): direito é não direito! A unidade da distinção constitutiva do sistema jurídico é paradoxal. O sistema é composto pelos dois lados: um, indicado; outro, subentendido”<sup>560</sup>. Ou

---

<sup>558</sup> CORSI, op. cit., p. 54. A operação do código também permite que a “seguridad del derecho debe consistir en primer lugar, y ante todo, en la seguridad de que los asuntos, si se desea, se traten exclusivamente de acuerdo con el código del derecho, y no de acuerdo con el código del poder o de cualquier otro interés no contemplado por el derecho”. In: LUHMANN, op. cit., p. 253.

<sup>559</sup> LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**, p. 126.

<sup>560</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem”, p. 23. Este é um dos pontos que Teubner enxergou na peça *Antígona*, de Sófocles: “Uma crítica mais radical do direito conseguira-a afinal Sófocles há mais de vinte séculos, quando, pela boca de Antígona, exprimia o paradoxo do direito ao opor-se à lei de Créon que a proibia de enterrar o irmão.

Créon: Desafias tão flagrantemente a minha lei?

Antígona: Naturalmente! Pois que não foi Zeus quem a promulgou, nem encontrarás tal lei imposta pela Justiça aos homens. Nunca acreditei que os teus éditos tivessem força tal que pudessem anular as leis do céu, as quais, não escritas nem proclamadas, têm uma duração eterna e uma origem para além do nascimento do homem.

Há que não reduzir o alcance da crítica de Antígona a um mero conflito entre a lei divina e a lei humana, mas antes entrever nela o insolúvel paradoxo subjacente ao direito, tornando familiar desde a reflexão feita atrás sobre a auto-aplicação da chamada “distinção jurídica”: Antígona aplica o código jurídico quando sustenta que a pretensão de Créon de definir aquilo que é legal ou ilegal é, em si mesma, ilegal. Aqui reside justamente a radicalidade da crítica sofocliana: para Antígona, o carácter paradoxal do direito é intrinsecamente inerente ao próprio direito, mais do que (como pretendem os “novos” críticos) o resultado da instrumentalização política da doutrina jurídica ou o reflexo da configuração histórica concreta dos seus “dogmas”. Não são as normas individuais, os princípios doutrinários, ou a dogmática jurídica que constituem a fonte das antinomias e paradoxos, mas sim a circunstância de ser o próprio direito que repousa, ele mesmo, sobre um paradoxo”. In: TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 14 – 15.

como observou De Giorgi: “A produção de direito é simultaneamente produção de não-direito. O paradoxo é tratado como se fosse uma contradição: a contradição entre direito e não direito”. E mais adiante: “A impenetrabilidade do equívoco é a inobservabilidade da unidade da diferença de um e de seu duplo, da graça e do crime, do direito e do não-direito. Já Luhmann tinha dito: não-direito porque direito”<sup>561</sup>.

O subsistema jurídico opera através do seu código com o intuito de reduzir a complexidade existente do seu entorno, atendendo ao mecanismo basilar de evolução social disciplinado como diferenciação social. Sem esta redução de complexidade torna-se impossível o funcionamento do sistema. O paradoxo é que tal redução de complexidade implicará, no correr do tempo, num novo acréscimo de complexidade, que levará a uma nova necessidade de redução de complexidade, num processo sem fim que se confunde com a própria evolução dos sistemas parciais da sociedade.

A constituição do direito como um sistema social autônomo permite colocar em relevo a questão da sua reflexividade, no sentido de que só o direito produz direito, ou seja, sua variabilidade se dá em termos autoreferenciais. De acordo com Luhmann a reflexividade é um processo na qual a comunicação trata de comunicação. Um sistema se auto-descreve como parte de sua própria autopoiese. Como sintetiza Guibentif: “o direito regulamenta-se a si próprio”<sup>562</sup>.

O processo de reflexividade típica da autopoiese dos sistemas sociais é mais claro no direito que na moral. De acordo com Luhmann, o conceito de Hart de regras secundárias claramente indica a natureza auto-referencial e a auto-regulada do moderno direito positivo e sua capacidade de definir os seus próprios domínios e identidade através do código direito/não-direito. A racionalidade do direito reflexivo ocorre por via da sua autonomia e auto-limitação evolutiva. O próprio direito gera conhecimento dentro do sistema e isto reflexivamente produz realidades autônomas legais. O termo reflexivo alude à capacidade que possui o sistema de tematizar os seus próprios elementos e identidade e a partir daí perceber seu ambiente, observando a operação de outros sistemas interdependentes.

---

<sup>561</sup> DE GIORGI, Raffaele. Sobre o direito Kafka, Dürrematt e a idéia de Luhmann sobre o camelo. In: **Veredas do Direito**, Vol. 04, n. 07, janeiro a junho de 2007.

<sup>562</sup> GUIBENTIF, Pierre. **O direito na obra de Niklas Luhmann**, p. 219.

O código do direito permite a sua positivação, o que constitui uma característica essencial do sistema jurídico nas sociedades modernas. Com efeito, após uma longa evolução o direito torna-se positivo, reforçando seu fechamento operacional e sua independência com respeito a outros subsistemas sociais. O direito não é positivo por haver sido estabelecido por uma decisão, pois a positivação se deve a uma atribuição ou imputação e não a uma causa. Desta maneira, o elemento definidor no direito positivo não é a decisão legislativa ou executiva, não é a existência do direito imposto, mas sim a atribuição de validade do direito, sua força vinculante, a esta decisão. Com a positivação, o direito moderno “distingue-se pelo fato de se poder alterar os seus conteúdos e as expectativas que neles se apóiam”, ou seja, “o direito positivizado permite produzir novas expectativas normativas e alterar as que em certo momento vigoram”<sup>563</sup>.

Para que o direito possa cumprir sua tarefa de estabilização das expectativas, lança mão dos programas que dirigem a assinalação de valores ao código de fechamento operacional do sistema: “mediante a instituição de processos visando a elaboração de decisões colectivamente obrigatórias, o direito torna-se num programa de decisão”<sup>564</sup>. Ou seja, todo direito positivo e também suas normas são programas, que surgem no sistema a partir do momento em que o próprio direito se converte em um programa decisório mediante a eleição de procedimentos<sup>565</sup>. Os programas efetuam a autoregulação e o autocontrole do sistema, permitindo que o sistema opere com algum grau de previsibilidade (relativa). Os programas

---

<sup>563</sup> GUIBENTIF, Pierre. **O direito na obra de Niklas Luhmann**, p. 203.

<sup>564</sup> BÜLLESBACH, Alfred. Princípios de teoria dos sistemas. In: HASSAMER, W. e KAUFMANN, A (Orgs.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p. 425.

<sup>565</sup> Simioni lembra que enquanto para Kelsen a validade do direito está na norma, para Luhmann a validade do direito está na decisão jurídica, pois o direito não pode justificar a si mesmo sem incorrer em paradoxos: “Como poderia o direito mesmo distinguir o que é conforme ao direito e o que não é conforme ao direito se essa distinção se aplica a ele mesmo? A saída desse paradoxo por ser a virtude de Cícero, a vontade de Deus, a vontade do povo, os interesses maiores de Jhering, a norma fundamental de Kelsen, a moral, os valores, o poder comunicativo de Habermas e qualquer outra referência externa ao paradoxo para invisibilizá-lo ou torna-lo, pelo menos, inofensivo. No fundo, essas referências externas são produtos de decisões. Até porque uma norma não teria sentido se não houvesse a sua aplicação na forma de uma decisão, como também não haveria decisão se não houvessem normas. Para Luhmann, é nessa relação circular entre norma e decisão que está a produção da validade do direito. E por isso, o direito só vale enquanto decisão. E vale exatamente porque a decisão é válida. É um paradoxo mesmo. O direito vale na forma de decisões válidas: a norma valida a decisão que valida a norma. Uma decisão é válida, portanto, não porque está referida a princípios, a um consenso, à vontade da maioria, enfim, à razão ou qualquer outro valor transcendental. Uma decisão é válida porque ela é contingente, porque ela se sustentou diante de inúmeras outras possibilidades. E isso não significa que Luhmann propõe um decisionismo, mas sim, que esse decisionismo acontece no sistema jurídico”. In: SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 284.



podem ser condicionais ou finalísticos<sup>566</sup>. As normas são programas condicionais que “permiten situar los valores del código legal/ilegal según los casos que se presenten; en cuanto programas tienen la forma si... entonces... y no están establecidas en vista del logro de algún fin”<sup>567</sup>, como por exemplo: matar uma pessoa, de 06 a 20 anos de reclusão.

O uso que o direito faz dos programas condicionais, como nos ensina Luhmann, não exclui que programas finalísticos de outros sistemas funcionais remetam ao direito. Sendo assim, os programas da política remetem ao direito constitucional, os programas do sistema educativo remetem à obrigatoriedade legal do ensino e às obrigações dos pais de família de prover a educação dos filhos, enquanto os programas da economia remetem à regulação da propriedade<sup>568</sup>.

Somente com o uso dos programas o código do direito pode ser operativo, distinguindo o que é relevante juridicamente ou não. Ou seja, a programação complementa a codificação, preenchendo o seu conteúdo<sup>569</sup>. A presença simultânea de código e programas é o que permite ao sistema ser aberto e fechado. É normativamente fechado, mas cognitivamente aberto. Não existem normas fora dele, mas seu funcionamento e a reprodução dos seus elementos se vinculam, enquanto os dados normativos internos se ligam a acontecimentos externos, cuja averiguação requer uma atividade cognitiva. O código do direito é insubstituível e um requisito de todo programa. Mas os programas são substituíveis a todo o momento, pois são eles que dão flexibilidade e amplitude para a auto-observação do sistema.

De que modo o subsistema jurídico se relaciona com os demais subsistemas da sociedade? Tais vínculos ocorrem sob a forma de acoplamentos estruturais, os quais servem para estimular – mas não determinar, os estados internos do sistema. A relação entre o

---

<sup>566</sup> Conforme esclarece Luhmann: “Para el sistema jurídico, no se puede considerar una programación orientada por fines; en todo caso, los programas finalísticos se pueden incluir sólo en el contexto de un programa condicional”. In: LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**, p. 254. Os programas finalísticos “se apresentam ligados a produção (resultados) do sistema, como efetivação daquilo a que o sistema se propõe realizar; é dizer, dos próprios fins a que se dirige o sistema. Ou seja, o programa finalístico regula – como constraints (condições restritivas) das decisões dirigidas a fins – as emissões do sistema direcionadas ao ambiente, consistentes naquilo (“produto”) que ele deva realizar. Por exemplo, o meio dinheiro, no subsistema da economia, reproduz-se e efetiva-se na forma de programas de investimento ou programas de consumo que se controlam por meio dos balanços e dos orçamentos”. In: VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 95.

<sup>567</sup> CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**, p. 54.

<sup>568</sup> LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la sociedad**, p. 262.

<sup>569</sup> Ibid., p. 263.

subsistema jurídico e o político nas sociedades modernas, por exemplo, ocorre através das Constituições. Como sublinha Nafarrate, o conceito de acoplamento estrutural pressupõe “que todo sistema autopoiético opere como sistema determinado por la estructura, es decir, como un sistema que puede determinar las propias operaciones sólo a través de las propias estructuras”<sup>570</sup>. Levando esta observação em conta, Villas Bôas filho observa que “a constituição separa os subsistemas ao mesmo tempo em que lhes acopla estruturalmente, ou seja, os distingue ao mesmo tempo em que não os isola”<sup>571</sup>. Os acoplamentos estruturais permitem uma descrição do subsistema jurídico como operacionalmente fechado a partir do seu código e ao mesmo tempo aberto, permitindo uma complexa inter-relação entre os mais diversos subsistemas que compõem a sociedade<sup>572</sup>.

Mas o que fazer em caso de violação das expectativas definidas normativamente? Existem vários mecanismos para ignorar a violação: um primeiro mecanismo seria ignorar a violação não tomando conhecimento da mesma<sup>573</sup>. Outro mecanismo para superar a violação é a imputação que faz o sujeito expectante ao sujeito atuante. A sanção é outro mecanismo para superar a violação, constituindo-se na estratégia institucionalmente privilegiada pelo direito. Como lembra De Giorgi, a “sanción es el instrumento expresivo de la validez del derecho y al mismo tiempo configura una estructura selectiva de canalización de la decepción que produce en el plano temporal confianza colectiva en el derecho”<sup>574</sup>. O que permite que a norma seja cumprida é a possibilidade da força, da sanção, para impor a expectativa normativizada. A garantia da positividade reside numa estreita relação entre o direito positivo e a possibilidade do uso da força para sua execução.

<sup>570</sup> NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann: la política como sistema**. México: UNAM, 2004, p. 350.

<sup>571</sup> VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 164.

<sup>572</sup> Como explica Neves: “Assim, na relação entre economia e direito, a propriedade e o contrato são apresentados como acoplamentos estruturais entre os sistemas econômico e jurídico. No âmbito do direito, o contrato e a propriedade servem como critério orientador da definição entre lícito e ilícito. No campo da economia, são instrumentos, critérios e programas para orientação do lucro conforme a diferença binária entre ter/não ter. O sentido econômico e o jurídico do contrato permanecem específicos a cada um dos sistemas, um primariamente normativo e outro primariamente cognitivo”. In: NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p. 36. E na página seguinte: “Além desses, Luhmann considera os seguintes acoplamentos estruturais entre sistemas parciais: a assessoria dos expertos na relação entre política e ciência; os diplomas e certificados na relação entre economia e educação; as galerias de arte na ligação entre economia e arte; os atestados médicos no relacionamento entre medicina e economia; a opinião pública na conexão entre política e sistema dos meios de massa. Por fim, aponta a Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito”. Idem, p. 37.

<sup>573</sup> VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**, p. 135.

<sup>574</sup> DE GIORGI, Raffaele. **Ciencia del Derecho y Legitimación**, p. 254.

### 4.3 A ÉTICA NEGATIVA DE LUHMANN

Num texto provocativo, Jorge Malem Seña se pergunta: ¿Pueden las malas personas ser buenos jueces? Começa o texto lembrando que os juizes espanhóis eram proibidos de fundamentar suas sentenças até o advento do século XIX. Tal proibição causa espanto ao leitor contemporâneo, que possui a convicção de que a obrigatoriedade da fundamentação das sentenças constitui um mandamento básico da democracia moderna. Todavia, na Espanha do século XVIII, os juizes foram proibidos expressamente pelo rei Carlos III de motivarem as suas sentenças. Tal proibição, efetuada através da Real Cédula de 23.06.1768, somente generalizou uma prática já comum no direito espanhol dos séculos precedentes. A razão central da proibição derivava de um problema de forte conotação político-ideológica: quem detinha o poder jurisdicional era o próprio soberano absoluto por força de direito divino e ele, por sua vez, adjudicava aos magistrados o poder de julgar, mas conservando a titularidade e o controle das decisões. Ora, uma decisão, cuja legitimidade em última instância repousava no próprio direito divino, e que, portanto, já se pressupunha justa, não podia ser questionada. Obviamente, a fundamentação abria as portas para tais questionamentos, o que não podia ser aceito: “un ataque a las sentencias constituía, en ese sentido, un ataque a la autoridad de los jueces y del monarca, en definitiva, un ataque a Dios”<sup>575</sup>. Daí a razão do uso até hoje, na práxis e na legislação processual, inclusive no Brasil, de palavras como “apelação” ou “suplicante”, que denotam não a posição de um cidadão inconformado que luta por seus direitos assegurados constitucionalmente, mas sim a condição de súdito que “apela” ou “suplica” pela generosidade ou clemência do soberano.

Por outro lado, os magistrados escolhidos pelo rei deviam possuir uma reputação moral inatacável, o que na época implicava ser católico praticante, observante de todos os ritos religiosos, e implicava levar um estilo de vida quase monástico. Os juizes deviam viver em isolamento quase total, não podiam ter relações de amizade, “ni asistir a celebraciones tales como casamientos, bautismos, banquetes, etcétera. Tampoco podían asistir a espectáculos como las corridas de toros o el teatro de comedias, ni participar en cacerías o en juegos de azar”.<sup>576</sup> Como forma de manter o seu alheamento da comunidade e garantir a sua imparcialidade, eram freqüentes as mudanças de localidade onde estavam lotados. Ou seja, o

---

<sup>575</sup> MALEM SEÑA, Jorge F. ¿Pueden las malas personas ser buenos jueces? In: **DOXA**, p. 381.

<sup>576</sup> *Ibid.*, p. 383.

juiz deveria ser um homem honesto, de boa fama, desinteressado, de bom coração, afável, mas de caráter firme. Devia se vestir de maneira grave, com roupas escuras. O cargo era incompatível com qualquer forma de luxúria, impiedade, avareza, lisonja, inveja, soberba etc. Ou seja, a legitimidade da decisão não repousava em seu conteúdo, mas antes de tudo na ética pessoal do magistrado que a proferia. Uma má pessoa não poderia ser um bom juiz.

Certamente as coisas mudaram e a maneira como os juizes conduzem as suas vidas privadas deixou de ser um ponto crucial para a legitimidade das sentenças. Se um magistrado se declara ateu, se possui muitos amigos, se frequenta boates, se leva uma vida boêmia nos finais de semana, se gosta de andar em automóveis conversíveis que chamam atenção, se usa joias e gosta de ostentar riqueza e poder, pode até ser um péssimo pai, um marido descortês, ou ser negligente com o afeto requerido por seus filhos, ou até ter filhos fora do casamento, poderá ainda ser homossexual e nunca freqüentar qualquer igreja, nada disto terá valor para questionar a qualidade do seu trabalho jurisdicional. Ou seja, uma “má” pessoa pode ser, nos nossos dias, um bom juiz.

A disjunção exposta acima, serve como uma luva para demonstrar a diferenciação funcional que se tornou acelerada com o advento da modernidade, pondo em xeque antigas semânticas baseadas na moralidade (mesmo que alguns resquícios permaneçam na forma como o sistema jurídico se auto-descreve). O processo de passagem de um modelo ao outro, da desobrigação para a obrigação de fundamentação das sentenças, foi acompanhado de uma ininterrupta secularização, ou para expressar em termos weberianos, de um desencantamento do mundo presente na raiz da nossa modernidade.

Tal processo de desencantamento se deu na Europa, por conta de uma radical transformação entre os séculos XVI e XVIII, tornando obsoleta a visão de mundo até então predominante. Essa mudança consistiu numa quebra da diferenciação estratificada característica tanto do mundo medieval quanto do início da modernidade. Tal diferenciação estratificada significa que a sociedade era hierarquicamente dividida em diferentes estratos. Na Europa Medieval havia uma única fonte que providenciava a semântica da sociedade: a religião cristã. Desta forma, a sociedade medieval era altamente integrada. Havia uma única autoridade inquestionável da moralidade imperante na sociedade: a igreja.

No início da modernidade, tais fronteiras entraram em colapso e foram substituídas por um tipo totalmente diferente de fronteira, separadas não por estratos sociais, mas sim por diferentes sistemas funcionais que operam sem padrões hierárquicos. Na sociedade moderna funcionalmente diferenciada nenhum dos subsistemas sociais pôde reclamar uma posição central dentro da sociedade. A diferenciação funcional obrigou a uma autonomia crescente dos subsistemas sociais, que se especializam na busca do cumprimento de sua principal função, tendo que reduzir complexidade a todo o momento, operando com códigos próprios capazes de selecionar as informações pertinentes que podem ser operadas pelo sistema. E como paradoxo, criando novas complexidades que fatalmente levam a novas especializações funcionais, num processo permanente, uma vez que a única constante na evolução histórica é o incremento de complexidade.

Como bem destaca Moeller, na sociedade diferenciada funcionalmente, o curso de uma vida não é mais pré-determinado pelo nascimento, por exemplo, na condição de mulher numa família camponesa ou como homem descendente de um clã aristocrático. Na modernidade, a vida social requer de cada um que atue em diferentes sistemas funcionais. Sendo assim, na economia ele tem que ganhar dinheiro, enquanto que na política ele deve portar-se como um cidadão etc. Com o incremento da diversificação funcional, a moralidade não pode ser mais medida pelas maneiras ou costumes e a desintegração da moral reinante acarreta à Igreja a perda da sua supremacia sobre o vocabulário da moralidade<sup>577</sup>.

Ou seja, as sociedades funcionalmente diferenciadas da modernidade, onde a moral se encontra deslocada, foram fruto de um processo de evolução semântica iniciado nos séculos XVI e XVII, e que finalmente irá provocar uma ruptura entre os sistemas sociais e a moral. Como observam Mansilla e Nafarrate:

Por una parte la moral se entiende cada vez más como el resultado del uso de signos en la comunicación, de las aparências, sin los cuales no se podría vivir en sociedad. Y, por outra parte, se separan motivos y fines en torno a lo que puede mostrarse en la comunicación, de las apariencias, sin los cuales no se podría vivir en sociedad. Una vez que esta distinción se há impuesto, se disuelve la unidad de lo social y lo moral y, en consecuencia, a partir de

---

<sup>577</sup> MOELLER, Hans-Georg. *Morality and Pathology: a comparative approach*. In: STEPANYANTS, Marietta. **Comparative Ethics in a Global Age**. Moscou: Institute of Philosophy / Russian Academy of Sciences, 2006, p. 54.

entonces el comportamiento humano se ve confrontado con exigencias morales que requieren ser fundamentadas<sup>578</sup>.

Tal processo de diferenciação do subsistema jurídico, que passou a operar com independência crescente das comunicações advindas da moral, foi captado pelo positivismo jurídico e radicalizado em sua versão kelseniana. O teórico da metodologia purificada do direito percebeu a clausura operacional do subsistema jurídico (somente o direito pode criar o direito), tratando de desvincular a descrição científica do fenômeno normativo de quaisquer considerações valorativas, vistas como conteúdos ideológicos transmitidos do sujeito cognoscente (jurista) para o objeto de estudo (normatividade).

Também Luhmann percebe o funcionamento do sistema jurídico como autopoieticamente autônomo com relação à moral, mesmo tratando do tema de forma esparsa, especialmente em textos que visam justamente demonstrar tal separação. Juntamente com positivistas e realistas, Luhmann rechaça qualquer abordagem do direito como um subproduto necessário das regras morais. Uma abordagem sistêmica pode até conceber que “o direito se auto-descreva como um produto da política ou da moral, mas não consegue compreender, mediante este tipo de auto-descrição, aquilo que o torna um sistema diverso do sistema político e das construções morais”<sup>579</sup>. Não quer dizer que o direito não se utilize de comunicações morais, mas sim que o uso de tais comunicações são encaixadas dentro da estrutura do discurso jurídico. Como lembra Teubner: “na busca de critérios para a distinção entre o igual e o desigual, o discurso jurídico explora os outros discursos – tomando ideias, regras e princípios emprestados de onde pode – e desfruta de argumentos morais, éticos, pragmáticos e estratégicos”<sup>580</sup>.

O direito funciona como uma “máquina histórica” que avalia os casos jurídicos lidando com argumentos estranhos ao direito:

Essa máquina força-os a entrar na rigorosa disciplina de um procedimento jurídico que decide baseado na situação jurídica atual, quais argumentos são admissíveis, quais aspectos do argumento externo são juridicamente relevantes e quais não são como as prioridades são definidas e como são tratados os pontos de vista em conflito. De fato, a situação jurídica atual,

<sup>578</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez e NAFARRATE, Javier Torres. **Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**, p. 534.

<sup>579</sup> NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Europeia, p. 251.

<sup>580</sup> TEUBNER, Gunther. **Alter Pars Audiatur**: o direito na colisão dos discursos, p. 110.

como produto histórico do sistema jurídico fechado, do ponto de vista operativo, decide como os casos não-análogos são decididos atualmente. Dispor sobre a desigualdade é privilégio do direito, que inclui o uso juridicamente legitimado de argumentos estranhos ao direito<sup>581</sup>.

A abordagem funcionalista de Luhmann “está completamente descompromissada no plano da correspondência entre normas e fatos ‘morais’ objetivos”<sup>582</sup>. Sendo assim, tenta captar a moral através do entendimento da sua função, abordagem que termina por afastar-se de qualquer subordinação a juízos morais, pois o modo como a tradição filosófica europeia “encarou a moral não foi independente da moral e constituiu, em si mesmo, uma moral”<sup>583</sup>.

Para Luhmann, cada sistema funcional possui o seu próprio código, que não está preso aos valores da moral: assim, como exemplo, tenho que “la distinción propiedad/no propiedad o pago/no-pago de la economía no puede ser subordinada – o siquiera evaluada – desde el código bien/mal, em el sentido de afirmar, sin más que los propietarios son buenos o malos”<sup>584</sup>. Todavia, e este é um ponto crucial, a invasão de um código sobre outro, naquilo que se convencionou chamar de corrupção sistêmica, torna-se um problema moral para a sociedade, como bem explica Neves:

A respeito, Luhmann – embora afirme a fragmentação da moral como forma especial de comunicação, por entender que o código binário da moral, a saber, a diferença entre consideração e desprezo por pessoas, não se combina com critérios ou programas generalizados – refere-se à corrupção sistêmica como o problema moral da sociedade mundial contemporânea: “Em suma: a autonomia dos sistemas funcionais, assegurada mediante codificações binárias próprias, exclui uma metarregulamentação por um supercódigo moral e a moral mesma aceita e, inclusive, re-moraliza essa condição. Pois,

<sup>581</sup> Ibid., p. 111. E mais adiante: “Máximas morais, identidades éticas, recomendações pragmáticas, considerações econômicas de custo, estratégias políticas sofrem um estranho processo de transubstanciação; após sua reentrada, aparecem como meros componentes do discurso jurídico, como valores e princípios jurídicos, objetivos normativos, interesses e pontos de referência para a tomada de decisão. Consequentemente, não se trata de moralização, de politização, de economização do direito, mas, ao contrário, de uma transformação em termos jurídicos dos fenômenos morais, econômicos e políticos, que leva a uma neutralização de suas diferenças discursivas. Desse modo, os aspectos de eficiência, os efeitos políticos e os princípios morais podem ser confrontados uns aos outros – mas, repetindo: somente dentro dos limites do discurso jurídico”. Op. Cit., p. 113.

<sup>582</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. Trad. Ivone Benedeti. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 345.

<sup>583</sup> PIRES, Edmundo Balsemão. O pensamento de Niklas Luhmann como teoria crítica da moral. In: SANTOS, José Manuel (org.). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005, p. 254 e 255. Pires observa ainda que no momento em que nos perguntamos pela função da moral “deixamos de estar dependentes do carácter totalitário da moral para compreender a própria sociedade e porque a evolução social produziu uma multiplicidade de ordenamentos normativos e ordens simbólicas que subtraíram à moral um território em que era hegemônica”.

<sup>584</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez e NAFARRATE, Javier Torres. **Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2008, p. 536.

agora, sabotagens de código tornam-se o problema moral – como a corrupção na política e no direito, o doping no esporte, a compra de amor ou fraude de dados na pesquisa empírica”. Assim sendo, apesar de descartado o “supercódigo”, afastada a “integração moral da sociedade” e, portanto, afirmada a “forma policontextual de auto-observação da sociedade”, a moral, ao concentrar “a sua atenção nas patologias”, atua difusamente no contexto dos sistemas sociais mediante um código binário que contribui para assegurar-lhes a autonomia, na medida em que alerta e “denuncia” a sabotagem dos respectivos códigos e as correspondentes corrupções sistêmicas<sup>585</sup>.

A assertiva principal de Luhmann a respeito da moral diz respeito ao fato de que a autoreferência própria dos diferentes sistemas sociais exige de cada um o uso de um código particular cuja funcionalidade requer um elevado grau de independência frente aos postulados morais: na sua visão o sistema social se “autonomiza radicalmente de la moral y la ética, en tanto en su capacidad de autoobservación se limita, de manera exclusiva, a dar razón de la primera sin pretender su código propio a la observación de otros sistemas sociales”.<sup>586</sup> Nas sociedades funcionalmente diferenciadas, nenhum dos subsistemas sociais pode ser submetido a uma norma moral superior, própria da sociedade<sup>587</sup>. Ou nas palavras do próprio Luhmann:

Los sistemas funcionales deben su autonomía a sus respectivas funciones, pero también a un específico código binario; por ejemplo: a la distinción verdadero/falso, en el caso del sistema científico, o a la distinción gobierno/oposición, en el de los sistemas políticos democráticos. En ninguno de ambos casos pueden ser ordenados los dos valores del código correspondiente en congruencia con los del código moral (...). Los códigos funcionales tienen que estar instituidos en un nivel de más alta amoralidad, ya que tienen que hacer accesibles sus dos valores para todas las operaciones del sistema<sup>588</sup>.

A complexidade das sociedades modernas somente amplifica a contingência presente nas suas estruturas, pois o aumento constante de comunicações amplia as possibilidades de que algo ocorra de um modo totalmente distinto do esperado, ou que existam sempre diversas possibilidades de que algo ocorra de um modo ou de outro. Um certo grau de relativismo pode então ser encontrado a partir de sua ideia de contingência, como negação de uma

<sup>585</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p. 43-44.

<sup>586</sup> QUINTANA, Oscar Mejía. **La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil**. La tensión entre los paradigmas autopoiético y consensual-discursivo em la filosofía jurídica y política contemporáneas. Bogotá: Unibiblos, 2001, p. 166.

<sup>587</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez e NAFARRATE, Javier Torres. **Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**, p. 536.

<sup>588</sup> LUHMANN, Niklas. **Complejidad y modernidad**. Madri: Trotta, 1998, p. 197.



causalidade determinista, mas isto não pode nos conduzir a uma ideia de arbítrio. Como esclarece Rocha:

Para o construtivismo, os problemas não estão presentes no mundo exterior, os problemas não existem sem um sistema que os cause. O sistema do Direito é que finalmente define os problemas que o sistema do Direito pode observar e decidir. Os problemas que não são parte do sistema do Direito não são problemas, não existem. Com isso, a autopoiese enfrenta o relativismo do mundo, pois o sentido é dado pela autopoiese, pela auto-organização, já que os limites foram os próprios sistemas que construíram<sup>589</sup>.

Observo ainda que a teoria de Luhmann representa também um ponto de inflexão dentro daquilo que se convencionou chamar de pós-modernidade, pois, ao contrário dos autores que apostam na dissolução de todas as “grandes narrativas”, a ambição do sociólogo alemão foi a de construir uma super-teoria capaz de lidar com a complexidade do mundo moderno<sup>590</sup>.

A apresentação das ideias de Luhmann sobre o tema é fundamental para uma abordagem da questão da justiça e para a própria compreensão do seu entendimento peculiar sobre o tema. Para Luhmann uma teoria sociológica da moral é possível, desde que tal teoria da moral implique numa “teoria da sociedade” como uma super-teoria “que contém a própria teoria da moral e que não é ela mesma ‘moral’”<sup>591</sup>.

---

<sup>589</sup> ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana, p. 38. Luhmann esclarece a questão nos seguintes termos: “El observador externo puede argumentar que hay estructuras latentes en el sistema observado, pero la latencia debe estar siempre referida al modo de observación que se realiza en el sistema mismo. Por lo tanto, el aspecto de un relativismo en el conocimiento de la estructura de un sistema no se puede eludir; pero este relativismo, como ya se há mostrado en la lección acerca de la observación de segundo orden, no conduce a la afirmación de que 'todo sucede al garate' (anything goes); por el contrario: las observaciones conducen a un proceso de autoenlace, a la deflexibilización, a la construcción de las tradiciones. La observación de las observaciones produce sus valores propios, y si no puede encontrar ninguno, interrumpe la operación y deja que se descompongan las formaciones iniciadas en los sistemas. Esto significa que generan marcas (tokens) que fijan los puntos de partida para otra observación contigua, y que pueden ser utilizados desde perspectivas distintas. El lenguaje es, para ello, el ejemplo de más lustre”. In: LUHMANN, Niklas. **Introducción a la Teoría de Sistemas**, 2007, p. 342.

<sup>590</sup> Este é o papel da ciência para Luhmann, como pontua Elena Esposito: “El sistema de la ciencia, por ejemplo, puede observar con base en el código verdadero/no verdadero tanto a sí mismo como los objetos externos, y ya sean las observaciones autoreferenciales o las heteroreferenciales pueden ser verdaderas o no verdaderas: las distinciones verdadero/no verdadero y autorreferencia/heteroreferencia se encuentran en una relación ortogonal, en el sentido de que no se da una coincidencia entre los respectivos valores positivos y valores negativos. Esto excluye una posición relativista, y corresponde por otro lado a la forma de diferenciación de la sociedad moderna, para la cual cada sistema de función se orienta a una propia realidad de referencia”. In: CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**, p. 53-54.

<sup>591</sup> PIRES, Edmundo Balsemão. **O pensamento de Niklas Luhmann como teoria crítica da moral**, p. 260.

Mas, precisamente, o que Luhmann entende por moral?

O fenômeno da moralidade constitui um tipo específico de comunicação que processa informações relativas a apreço ou despreço<sup>592</sup>. Ou na frase de Moeller: “a moralidade representa as condições no mercado de apreço social”<sup>593</sup>. Na esteira de Parsons, Luhmann faz uma distinção entre aprovação e apreço. Enquanto a aprovação é a distribuição de acordo com as conquistas obtidas em contextos limitados (como as medalhas nos esportes ou prêmios nas artes etc.), o apreço/despreço diz respeito à aceitação/recusa da pessoa inteira na condição de agente comunicativo<sup>594</sup>.

A moralidade é um tipo de comunicação relativa a apreço/despreço e não está confinada a nenhum subsistema social singular<sup>595</sup>. O tipo de comunicação que a moral veicula pode ser usada pelos diversos subsistemas sociais a todo o momento. Sei que os subsistemas sociais operam com base nos seus próprios códigos, mas a comunicação acerca da moralidade, como por exemplo, a distinção entre bom e mau não é bastante para que seja aplicada como um código no sentido da fundação de um subsistema social singular e autônomo. Todavia, os códigos específicos da moralidade podem ser utilizados por qualquer um dos subsistemas sociais. Nestes, os seus diversos códigos funcionais são amorais. Mesmo assim, cada subsistema social pode utilizar-se de comunicações morais na operação dos seus códigos<sup>596</sup>.

Sendo assim, a moralidade não é um código básico de nenhum subsistema social, mas ele pode ser aplicado dentro de cada um, o que ocorre frequentemente. A política, educação ou ciência podem operar com comunicações moralmente carregadas. Os sistemas políticos que seguem na direção do totalitarismo costumam equacionar a distinção governo/oposição

---

<sup>592</sup> Sempre lembrando, como faz Balsemão Pires, de que a “moral é sempre mais complexa que aquilo que é tematizado na comunicação moral”. In: PIRES, Edmundo Balsemão. **O pensamento de Niklas Luhmann como teoria crítica da moral**, p. 260.

<sup>593</sup> MOELLER, Hans-Georg. **Morality and Pathology: a comparative approach**, p. 53.

<sup>594</sup> Como aponta Hans-Georg Moeller: “Like his one-time teacher Talcott Parsons, he distinguishes between esteem and approval. Similar to my understanding of the moralist mindset as na extreme form of labeling people good or bad, Luhmann argues that moral judgments always concern the person as a whole. Approval is limited to certain acts or performances of a person and is therefore not a moral evaluation. We may approve or disapprove of one’s decision or one’s dress, but this is not yet a moral judgment. If, however, we esteem or disesteem people, then we either morally accept or disdain them. Moral distinctions distinguish between those whom we don’t”. MOELLER, Hans-Georg. **The moral fool. A case for amorality**. New York: Columbia University Press, p. 25.

<sup>595</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>596</sup> *Id.*, p. 55.

vinculando-a com a distinção entre bom/mau, ou como nos coloca Moeller, um professor tirânico irá vincular o desempenho nas notas a uma visão de que seus alunos são pessoas boas ou más, ou ainda, um economista de inspiração calvinista irá equacionar a distinção entre o rico e o pobre como pessoas boas ou más aos olhos de Deus<sup>597</sup>.

O uso de uma semântica moralmente carregada na política, implicando num elevado grau de vinculação das atribuições de apreço/desapreço nos leva a uma condição de sobre-engajamento, capaz de redundar numa espécie de “fundamentalismo comunicativo”. Foi assim com a inquisição, com o stalinismo e também com o nazismo, e o é, nos dias atuais, tanto na retórica do integralismo islâmico como na de muitos falcões neo-conservadores ligados à direita estadunidense. As concepções de Carl Schmitt acerca da política nos revelam exatamente qual a semântica capaz de levar a este sobre-engajamento. Para o jurista alemão adepto e apoiador do nazismo, a ação política caracteriza-se por uma distinção entre amigo/inimigo<sup>598</sup>.

Nestes casos, Luhmann nos aponta que a observação da moral, que pouco nos serve para as atividades mais cotidianas, pode ser de grande valia para a compreensão das patologias relacionadas ao uso da comunicação moral, como o “fundamentalismo comunicativo”. O sociólogo alemão nos alerta para o fato de que não existe exclusão possível na sociedade. Até mesmo os terroristas que atuam em segredo participam da sociedade e sempre fazem questão de comunicar a autoria dos seus crimes. Sendo assim, “a moral, pues, no se diferencia por la alternativa inclusión/exclusión, sino que se limita a esquematizar la

---

<sup>597</sup> Id., p. 56.

<sup>598</sup> Schmitt pensa tal distinção em termos de diferenciação funcional, conforme posso ler na passagem seguinte: “Uma definição do conceito do político só pode ser obtida pela identificação e verificação das categorias especificamente políticas. Isto porque o político tem suas próprias categorias, as quais se tornam peculiarmente ativas perante os diversos domínios relativamente autônomos do pensamento e da ação humana, especialmente o moral, o estético e o econômico. Por isso, o político tem que residir em suas próprias diferenciações extremas, às quais se pode atribuir toda a ação política em seu sentido específico. Suponhamos que no âmbito do moral as extremas diferenciações sejam bom e mau; no estético, belo e feio, no econômico, útil e prejudicial ou, por exemplo, rentável e não rentável. A questão é, então, se também existe – e em que consiste –, uma diferenciação especial como critério simples de político, a qual, embora não idêntica e análoga àquelas outras diferenciações, seja independente destas, autônoma e, como tal, explícita sem mais dificuldades. A diferenciação especificamente política, à qual podem ser relacionadas as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre amigo e inimigo, fornecendo uma definição conceitual no sentido de um critério, não como definição exaustiva ou expressãode conteúdo”. Todavia, um pouco mais adiante e próprio Schmitt, mesmo reafirmando a autonomia da distinção proposta como própria do universo político, reconhece que a distinção amigo/inimigo encontra-se carregada de elementos morais: “Na realidade psicológica, o inimigo é facilmente tratado como mau e feio”. Ver a respeito SCHMITT, Carl. **O conceito do político: Teoria do Partisan**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 27 a 29.

inclusión a la medida de sus valores bueno/malo”<sup>599</sup>. Porém, se não é possível excluir é necessário valorar: “ello conduce a la vehemencia, a la fúria del juicio moral. Si matar no es posible, debe hacerse algo en vez de ello”<sup>600</sup>.

Luhmann adverte que devemos tomar precauções ao nos aproximarmos da moral e da ética “desde el prisma sociológico, pues se trata de un terreno altamente infeccioso que solo puede pisarse con calzado manufacturado e instrumentos esterelizados”<sup>601</sup>. Luhmann não poupa palavras para advertir sobre o uso da moral: “La moral cresce y se desarrolla en terreno polemogenético. Tiende a recalantarse. Allana el camino al asesinato. Puede llevar a la ruína a quien determine de esse u otro modo su autoestima haciéndolo público”<sup>602</sup>. Como a ética representa tão-somente uma análise da moral (uma reflexão meta-moral)<sup>603</sup>, Luhmann nos propõe uma “ética negativa” voltada para a precaução contra a moralidade. Tal abordagem ética pode continuar insistindo na relevância do uso das comunicações morais, podendo ser aplicável em cada situação:

Pero al mismo tiempo debe atender a que no suceda esto bajo aplicación de otros códigos regidos por perspectivas opuestas. Entendiendo estos códigos (o incluso: todas las distinciones) como contextos de la observación y de la descripción, puede afirmarse: la ética debe centrarse en una observación y en una descripción del mundo y de la sociedad policontextural. Es decir, por repetir este punto importante, de ningun modo la ética debe renunciar a juicios de competencia universal y que sus descripciones, así como las salidas fácticas de comunicación moral, pueden ser contempladas bajo la colaboración de outro tipo de distinciones<sup>604</sup>.

<sup>599</sup> Luhmann escreve a respeito: “El dilema está em la línea de nuestra tesis inicial: la moral regula la inclusión en la sociedad, pero no dispone ninguna posibilidad de exclusión. En vez de ello, solo puede polarizar la inclusión en buena o mala, en buena y malvada. Esto lleva a lo imposible, a la paradoja de alcanzar la exclusión por la inclusión, por cierto que a través del énfasis. La moral se siente forzada a actuar con vehemencia. Y esto empeora la cosas. Tarde o temprano la ética excitará fuertes reacciones y tarde o temprano la ética no contemplará otra posibilidad que la inclusión, en caso que la moral tenga que determinar qué es bueno. Solo la determinación de qué es bueno se oscurece y debilita paulatinamente”. Ver LUHMANN, Niklas. *La moral social y su reflexión ética*. In: PALACIOS, X. e JARAUTA, F (organizadores). **Razón, ética y política**. El conflicto de las sociedades modernas. Barcelona: Anthropos, 1989, p. 53-54.

<sup>600</sup> LUHMANN, Niklas. *La moral social y su reflexión ética*, p. 48-49.

<sup>601</sup> Id., p. 47.

<sup>602</sup> Id., p. 57.

<sup>603</sup> Como bem pontua Hans-Georg Moeller: “Luhmann conceives of ethics as the theoretical reflection os morality. Ethics is therefore notmoral, but, so to speak, metamoral. It is the nonmoral analysis of how morality works. Ethics is thus not concerned with actually determining who or what is either morally good or bad, but with explaining how morality works in society. Ethics is the science of morality that observes morality. It does not distribute esteem or disesteem but reflects on the fact that such distribution takes place and plays a major role in social life. Ethics is the sociological discipline that investigates moral communication”. In: MOELLER, Hans-Georg. **The moral fool**, p. 25-26.

<sup>604</sup> LUHMANN, op. cit., p. 56.

Isso nos permitiria inclusive verificar o uso de moralizações na política e na economia, de forma a prevenir contra a moral. Para combatermos o uso das comunicações morais que se tornam um fenômeno patológico é necessário um exame crítico da moralidade, entendendo que a comunicação moral é uma comunicação de risco, pois se encontra muito próxima do conflito e da polarização: “quien moraliza, se somete a riesgos y hallará fuertes resistencias cuando busque sólidos argumentos o cuando sufra él mismo desprecio”. Em outras palavras: “la moral tiene una tendencia al enfrentamiento cuando trata de extenderse. Cada uno de los que sustenta una opinión moral diferente impone su autoestima para enfatizar su argumento”<sup>605</sup>. O que torna muito difícil voltar atrás. A solução para inúmeros conflitos sociais passa, necessariamente, por uma retirada da semântica moral empregada pelos contendores, tornando o acordo e o compromisso possíveis.

Não é preciso frisar que as reflexões de Luhmann sobre a moral e o seu instrumento descritivo, a ética, o afastem de modo decisivo da formulação de qualquer sistema ético que nos proponha a solução de dilemas morais cotidianos. Luhmann, assim como Kelsen, não é um pensador comprometido com a elaboração de uma razão prática. A moral não serve mais como meta-critério de análise de uma determinada sociedade, tendo se tornado, portanto, um “paradigma perdido”. Sua sociologia não possui conteúdos normativos, não serve para ajudar as pessoas ou as sociedades sobre como resolverem as suas crises morais. Porém, como bem lembrou Cohn, Luhmann nos ajuda a pensar a barbárie, inclusive a que se esconde por trás dos mais inflamados discursos moralizantes<sup>606</sup>. O direito, com sua diferenciação funcional tão bem captada por autores como o próprio Kelsen, nos alerta que é preciso manter as fronteiras jurídicas, resguardando a sua autonomia, como forma de impedirmos a entrada dos bárbaros da moral.

---

<sup>605</sup> Id., p. 50.

<sup>606</sup> Nas palavras de Gabriel Cohn, Luhmann “revelou uma aguda percepção do estado do mundo. Por isso ele é um interlocutor, capaz de dialogar criticamente com aqueles que provavelmente são nossos heróis. Portanto, ao se buscar um autor que contemporaneamente dialogue com o mundo de maneira fiel ao estado das coisas, com frieza analítica (Adorno falava de ‘frieza burguesa’; que diria ele agora?), esse interlocutor é Luhmann. [...] Luhmann faz exatamente o que você exprimiu tão bem: delinear os contornos da barbárie. Não porque fosse bárbaro, longe disso, mas porque cultivou com obstinada tenacidade a ideia de que a boa sociologia é a que retrata com precisão o seu objeto, ou, na sua linguagem peculiar, dá forma a uma ‘observação’ do objeto por ele mesmo. É de fato o mundo como ele é. Espero que não pareça mera irreverência depreciativa dizer que se trata do Nelson Rodrigues da sociologia, um realista desencantado que lança uma cortina de fingido cinismo e exibe de modo sedutor (a linguagem arrevesada também tem seu fascínio) o que preferiríamos ignorar”. Entrevista realizada em maio de 2004. In: BASTOS, Elide Rugai e outros (coordenadores). **Conversas com sociólogos brasileiros**. São Paulo: ed. 34, 2006, p. 123.

Como no exemplo de Moeller, a “ética negativa” de Luhmann não pode ser usada para ajudar uma mulher decidir se vai ou não fazer um aborto (ou numa semântica menos carregada: se vai proceder a uma “interrupção voluntária da gravidez”). No entanto, as reflexões luhmannianas sobre a moral podem nos explicar como uma comunicação moral acerca do tema do aborto pode ser traduzida num discurso sobrecarregado, que resulta assim em difamações e até mesmo no assassinato simbólico de agentes sociais<sup>607</sup>.

---

<sup>607</sup> MOELLER, Hans-Georg. **Morality and Pathology: a comparative approach**, , 2006, p. 57.

## 5. LUHMANN E A JUSTIÇA

A mudança de paradigma operada por Luhmann permitirá a este uma abordagem original da justiça, que passa a ser entendida como fórmula de contingência do subsistema jurídico, ou seja, como fórmula utilizada pelo direito para lidar com a extrema contingência que decorre de seu ambiente. Os diversos aspectos desta formulação serão apresentados a seguir.

### 5.1 LEGITIMIDADE, PROCEDIMENTO E JUSTIÇA.

A sociologia contemporânea já nos coloca o problema da legitimidade como um problema chave da reflexão sobre o poder e o Estado, operando um deslocamento com relação aos esquemas precedentes. Se, anteriormente, coube ao racionalismo europeu a construção de teorias legitimatórias visando transferir a titularidade do poder para a soberania popular, como é possível observar nas mais variadas abordagens contratualistas, Max Weber desloca a abordagem para perguntar-se sobre que condições e critérios um poder obtém a sua legitimação. Trata-se do conhecido modelo weberiano da evolução dos tipos de dominação que constroem as bases da sua aceitação nos modelos da dominação tradicional, carismática e legal-racional. A questão da legitimidade também não passa despercebida a Kelsen que, nos moldes de uma teoria puramente jurídica ou normativa, relaciona a validade da ordem jurídica à sua eficácia global, ou seja, é necessário que o ordenamento, de um modo geral, obtenha o consentimento e a adesão da sociedade para que possa ser considerado como válido: “uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, numa consideração global, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas”<sup>608</sup>.

Em seu estudo sobre a questão da legitimação, Luhmann parte da constatação de que um conceito de legitimidade que tão somente afirmasse que decisões justas são legítimas e decisões injustas não o são, seria um conceito supérfluo, até mesmo porque não estaria resolvida em tal fórmula o que seriam tais decisões justas. Geralmente, no uso de tais formulações, faz-se necessário ou “recorrer a mistificações como ‘consciência interior

---

<sup>608</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 1998, p. 237.

coletiva' ou imaginar um potencial de criação de consenso, que nunca poderá ser efetivado”<sup>609</sup>.

Tenho em mente, ainda, para os fins a que este estudo se destina, que na modernidade não há nenhuma regra para se sistematizar o estabelecimento de ordens de prioridade entre preferências axiológicas ou de interesses, e a própria legitimação de decisões jurídicas não pode mais ser feita lançando mão de valores supremos e inequívocos como a justiça, a felicidade ou o bem comum, o que instaura uma verdadeira crise de legitimação no direito<sup>610</sup>.

O texto principal de Luhmann sobre o tema, intitulado *Legitimação pelo procedimento*, publicado primeiramente em 1969, provocou uma grande repercussão na comunidade acadêmica. Já no início da obra, o sociólogo alemão adverte que o livro não trata de legitimar a instituição do processo legal através da sua justificação enquanto função. Ou seja, do mesmo modo que para Weber, a questão a ser resolvida por uma teoria da legitimidade consiste em explicar porque tal crença se produz.

Para Luhmann não se trata de apontar procedimentos ou critérios de correção das decisões e nem tampouco uma justificação funcional para o objeto analisado<sup>611</sup>, com isto rompendo com o problema que ele mesmo aponta como sendo problema subjacente à “todas as teorias clássicas do procedimento”, qual seja: “a relação com a verdade ou com a verdadeira justiça como objetivo”<sup>612</sup>. Ocorre que, como lembra o próprio Luhmann valendo-se de Lévy-Bruhl, a “apresentação de provas perante o tribunal não visa a verdade, mas sim a criar convicções relevantes dentro dum espaço de tempo restrito”<sup>613</sup>. Os procedimentos são entendidos, na doutrina tradicional, como portadores da “ideia duma verdade e duma justiça independentes dos detentores do poder e que lhes opõem”<sup>614</sup>. Por mais odioso e revoltante para a sociedade que um crime possa parecer, o criminoso não pode, nas mãos do sistema legal, receber uma pena sumária. É necessário um procedimento que somente se justifica se houver a possibilidade de um resultado diferente.

---

<sup>609</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980, p. 10.

<sup>610</sup> CLAM, Jean. **Droit et société chez Niklas Luhmann**. La Contingence des Normes. Paris: PUF, 1997, p. 322.

<sup>611</sup> LUHMANN, op. cit., p. 18.

<sup>612</sup> Ibid., p. 21.

<sup>613</sup> Ibid, p. 21 (ver nota de rodapé nº 11).

<sup>614</sup> Ibid., p. 23.



A teoria de Luhmann seguirá em outro caminho, concebendo o procedimento como um fenômeno em cujo centro se situa o problema da legitimidade da decisão e não da sua verdade ou correção material. O procedimento é entendido como sistema de atos juridicamente ordenados e sem sucesso certo. A legitimidade surge não em virtude de sua capacidade efetiva ou potencial de tutelar valores ancorados no ordenamento como aqueles de verdade ou justiça, mas principalmente em virtude dos mecanismos de assunção de papéis que vinculam aquele que participa a sentir-se obrigado a aceitar seu êxito pelo fato de ter, pelo menos em princípio, contribuído para produzi-lo e de ser por isso co-responsável com relação ao seu conteúdo. Ou seja, a legitimação é percebida como uma função ou operação do próprio sistema jurídico, que dispõe de um símbolo de validade capaz de descrever a função do sistema e assim reproduzir a unidade do sistema dentro da diversidade de suas operações<sup>615</sup>.

Como anota Gimenez Alcover:

Esta concepción de la verdad o la justicia como metas o fines del procedimiento es para Luhmann un ‘a priori’ o un ‘prejuicio’ inaceptable. Un sistema político no podría estabilizarse estableciendo unas metas tan altas o inalcanzables y si ello fuera posible no se plantearía el problema de su legitimidad o de su reconocimiento. Si una decisión es justa no ha de legitimarse ulteriormente y si es verdadera no há de reconocerse porque la verdad es autoevidente, es la transmisión de representaciones gracias a su certeza intersubjetiva<sup>616</sup>.

Nas sociedades complexas, a legitimidade não pode ser entendida como consenso fático atual e consciente sobre os principais conteúdos das decisões<sup>617</sup>. Não se trata do convencimento acerca da justeza das decisões tomadas, mas sim o seu reconhecimento ou aceitação. Tal aceitação “consistiría en la adopción de la decisión como premisa de la conducta del propio afectado y en la reestructuración correspondiente de sus expectativas”.<sup>618</sup> Mas, conforme argumenta Luhmann, somente quando renuncio a “vincular o conceito de legitimidade à autenticidade das decisões, na qual se acredita pessoalmente, se podem investigar convenientemente as condições sociais da institucionalização da legitimidade e a capacidade de aprendizado nos sistemas sociais”<sup>619</sup>. Também devo levar em conta que a

<sup>615</sup> Ibid., p. XXVIII e XXIX.

<sup>616</sup> ALCOVER, Pilar Gimenez. **El derecho em la teoria de la sociedad de Niklas Luhmann**. Barcelona: Bosch Editor, 1993, p. 261.

<sup>617</sup> É impossível aferir, por exemplo, de que forma a legitimidade de um sistema decorre de experiências psíquicas idênticas, compartilhadas por um número expressivo de participantes.

<sup>618</sup> ALCOVER, Pilar Gimenez. **El derecho em la teoria de la sociedad de Niklas Luhmann**, p. 264.

<sup>619</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**, p. 34.

exigência de convicção acerca da autenticidade das decisões corresponde a um objetivo exagerado para um sistema político. Seria desconhecer a “alta complexidade, variabilidade e capacidade de contradição dos temas e das premissas da decisão, que têm de ser tratadas, em cada caso, de acordo com o sistema político-administrativo das sociedades modernas”<sup>620</sup>.

Luhmann se depara com o problema clássico da aceitação tácita das decisões, por parte dos destinatários das normas, que ainda não ocorreram e cujo conteúdo se encontra indeterminado. A legitimidade consiste justamente na aceitação de decisões ainda indeterminadas, uma vez que o que o sistema realmente garante, conforme pontua Adeodato, são as regras do jogo<sup>621</sup>. Através do conceito de legitimação, Luhmann irá demonstrar que esta é obtida ao longo de uma série de interações previamente estruturadas em subsistemas de comunicação específicos, ou seja, através dos próprios procedimentos: “a legitimidade da decisão já não resulta do contexto social do litígio, mas sim do processo como produto do sistema”<sup>622</sup>. Como salienta Ferraz Jr., a legitimidade seria “uma ilusão funcionalmente necessária, pois se baseia na ficção de que existe a possibilidade de decepção rebelde só que esta não é, de fato, realizada”<sup>623</sup>.

---

<sup>620</sup> Ibid., p. 33.

<sup>621</sup> Como nos explica Adeodato: “No caso, o sistema jurídico garante à parte desiludida a possibilidade de manter-se em protesto com o apoio de todo o sistema, mesmo que não seja possível cumprir o estipulado. O problema com essa normatização contrafática das expectativas a respeito de acontecimentos futuros, no exemplo do sistema jurídico, no sistema político e em outros subsistemas, está em como obter dos destinatários das normas uma aceitação tácita de decisões que ainda ocorreram e cujo conteúdo específico é – por conseguinte – indeterminado. Quando duas partes entram em litígio processual, nenhuma delas tem qualquer certeza a respeito do que será efetivamente decidido, o que depende de um sem-número de fatores externos ao próprio sistema, como a habilidade dos advogados ou mesmo os preconceitos pessoais do juiz: o que garante, de fato, são apenas as regras do jogo. Essa predisposição à aceitação de decisões ainda indeterminadas é o que se denomina, modernamente, ‘legitimidade’”. In: ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63.

<sup>622</sup> BÜLLESBACH, Alfred. Princípios de teoria dos sistemas. In: HASSAMER, W. e KAUFMANN, A (Orgs.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p. 426.

<sup>623</sup> FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980, p. 05.

### 5.1.1 Justiça em Luhmann

Se a legitimação deriva das regras do jogo, em Luhmann posso encontrar uma abordagem da questão da justiça entendida em moldes rigorosamente processuais. A posição de Luhmann com relação à justiça será comparada com a de Kelsen, com quem o sociólogo alemão compartilharia uma atitude cética com relação aos valores<sup>624</sup>.

Já fica claro que a maneira como Luhmann lida com o termo justiça nada tem a ver com as diversas escolas jurídicas e pensadores que buscaram estabelecer as regras para uma sociedade ou para um direito justo. Na visão tradicional do direito, a justiça aparece como uma “hipernorma” (*Übernorm*) que comanda o conjunto da normatividade jurídica, localizando-se no cume de todas as outras construções axiológicas. Ela funda, em outras palavras, a legitimação de toda pretensão à adequação normativa<sup>625</sup>. Luhmann irá apresentar uma outra maneira de entender a justiça, através do paradigma sistêmico, argumentando que a justiça na sociedade moderna não pode ser estabelecida através da interpretação de uma norma ou de um valor, ou através de uma exegese do conceito de igualdade, mas sim através da análise da relação do sistema jurídico com seu ambiente<sup>626</sup>.

Luhmann se afasta de qualquer abordagem substancialista da questão da justiça, colocando-se numa atitude de desconfiança frente a qualquer tendência para a eticização e a axiologização da justiça, ou seja, da justiça enquanto uma virtude ou valor. Para o sociólogo alemão, tais visões sobre a justiça se encontram diante de um beco sem saída: “Quando o jurista não consegue mais tocar com os pés o terreno do direito positivo, porque está em jogo sua própria transformação, ele deve argumentar servindo-se da justiça.” Mas, continua

---

<sup>624</sup> Em sua defesa de uma abordagem da justiça que mantenha contato com a moral – que designa como “legitimação crítica” -, Otfried Höffe sustenta que entre as principais objeções contrárias estão as de Kelsen, Hart e Luhmann, teóricos que agrupa sob o rótulo de ceticismo jurídico (não por acaso o capítulo que trata do tema em seu livro foi denominado “Ceticismo contra a justiça”). As objeções viriam do “relativismo em matéria ética”, do positivismo jurídico e da “teoria sociológica de sistemas”. Para Höffe, as formulações de Luhmann – a quem considera como autor de um “positivismo jurídico orientado segundo a história social e ao mesmo tempo tributário da teoria da modernidade” – pretendem substituir o critério tradicional de justiça por um conceito sistêmico: para se adequar a uma sociedade hiper-complexa, “o sistema jurídico moderno deveria aumentar a sua própria complexidade, especialmente a sua capacidade à diferenciação interna e ao processamento de informações”. Ver HÖFFE, Otfried. **O que é justiça?** Tradução de Peter Neumann. Porto Alegre: Edipucrs, 2003, p. 42.

<sup>625</sup> CLAM, Jean. **Droit et société chez Niklas Luhmann. La Contingence des Normes**, p. 325.

<sup>626</sup> MACERATINI, Arianna. **Procedura come norma**. Riflessioni filosofico-giuridiche su Niklas Luhmann. Turim: Giappichelli, 2001, p. 144.

Luhmann, não pode fazê-lo, pois a ideia de justiça está “relativizada e reduzida a um juízo sobre o igual e o desigual, que depende de uma decisão sobre interesses, sobre valorações e sobre funções”. Usando o “conceito tradicional de justiça, o jurista se sujeita a uma política que ele mesmo não crê”<sup>627</sup>.

Como comenta Teubner:

Ao contrário de propagados preconceitos, Luhmann não abandona a justiça como um ferro velho de ideias européias antiquadas, mas coloca-a no lugar central de sua teoria, não mais como critério interno para a decisão de casos concretos, tampouco como a norma interna mais elevada do direito ou como valor moral ou político externo, pelo qual o direito deve se orientar, e sim como fórmula de contingência do direito, como relação do direito com seu ambiente<sup>628</sup>.

Luhmann não somente não abandona o tema da justiça para um “ferro velho de ideias européias antiquadas”, como trata da questão em diversos trabalhos, argumentando que o sistema jurídico não tem porque desistir desta ideia. O que deve fazer é recolocá-la em outros termos<sup>629</sup>.

Luhmann delimita o problema da justiça mediante distinções: a) como autoreferência, mas não como operação simples, mas sim como operação de observação; b) não como código (pois aí seria operação), mas sim ao nível de programas (como projeção de unidade entre programas)<sup>630</sup>; c) não na forma de uma teoria, mas sim na forma de uma norma (uma vez que

<sup>627</sup> LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto. Contributi allá sociologia e alla teoria del diritto**. Roma: Il Mulino, 1990, p. 318 e 319: “Dove il giurista perde il terreno del diritto positivo, che gli sta sotto i piedi, perché è in gioco proprio la sua trasformazione, egli dovrebbe poter argomentare servendosi della giustizia – e invece non può farlo, perché l’idea della giustizia è stata relativizzata e ridotta a giudizi su uguale e disuguale, che a loro volta, poiché sono logicamente dipendenti da decisioni sull’interesse, sulla valutazione o sulla funzione, non discriminano proprio queste decisioni. Nella attuali condizioni sociali, usando il concetto tradizionale della giustizia, il giurista si assoggetta ad una política alla quale stesso non crede”.

<sup>628</sup> TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**, p. 70-71.

<sup>629</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Trad., de Javier Torres Nafarrate, com a colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Felipe Segura. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 286. Luhmann continua: “Se trata, y por ello esta introducción tan puntualizada sobre el tema, de una representación de la unidad del sistema en el sistema. Mientras que en el caso de la ‘validez’ se entiende ésta como un símbolo que circula en el sistema y que enlaza operaciones al mantener en el recuerdo los resultados de las operaciones para una reutilización recurrente, en el caso de la justicia se trata de una autoobservación y la autodescripción derivan en una paradoja (porque si no el código tendría que afirmar la identidad de derecho y no-derecho), quedaria por ver si en el plano de los programas del sistema no pudiera existir una proyección de unidad: un programa para todos los programas. Parece evidente inferir que aqui se localiza el sentido de la idea de justicia”.

<sup>630</sup> Conforme enfatiza Villas Bôas Filho: “Ressaltando o caráter binário do código que baliza as operações do sistema jurídico, Luhmann enfatiza que a ideia de justiça não pode pretender ser um terceiro valor no nível da codificação. A ideia de justiça opera no nível da programação condicional, gerando expectativas contrafáticas, o

a ideia de justiça requer evidentemente uma qualidade normativa)<sup>631</sup>. Uma vez que o sistema jurídico realiza a função de estabilizar expectativas normativas, parece lógico permitir que também a justiça apareça como norma – mas esta norma não é critério de seleção. Vista como critério de seleção a norma de justiça se colocaria junto a outros critérios de seleção do sistema no sistema<sup>632</sup>. Tudo isto significa que podem existir sistemas jurídicos injustos (ou mais ou menos justos). Mas nem a autopoiese operativa do sistema, nem o código necessariamente invariável, podem ser “justos”<sup>633</sup>.

Palombella sumaria o conceito luhmanniano de justiça, que é: “a) um conceito de sistema, ou seja, apenas sob a condição de que vários casos possam ser decididos por meio de um (único sistema), é possível algo como a justiça do direito”; b) “complexidade adequada”: nem ideal normativo de justiça nem norma de ação, mas requisito do sistema jurídico, que implica que a sua complexidade seja “compatível com um decidir consistente no sistema”.<sup>634</sup> Comentarei em seguida estes dois aspectos.

### 5.1.2 Justiça como Fórmula de Contingência

A ideia de justiça pode ser entendida como fórmula de contingência do sistema jurídico, o que significa que o “direito já não possui um critério de justiça: ele se entrega à busca da solução contingente, mas falta-lhe um critério unívoco”<sup>635</sup>. Como substituto de tal critério de justiça perfeita, tenho que lidar com a forma capaz de conferir unidade ao direito, forma esta que emerge do sentido que constitui a distinção dos dois lados do código operativo do subsistema jurídico. Ou seja, diante da contingência de qualquer operação jurídica, nem tudo deve ser possível. Como ensina Prandini: deve “ocorrer um ‘freio’ à produção de contingência que pode explodir em um delírio de decisões”<sup>636</sup>. Assim, devo entender por fórmula de contingência o modo pelo qual o subsistema jurídico observa a

---

que a torna uma norma passível de frustração” In: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 146.

<sup>631</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 279.

<sup>632</sup> Ibid., p. 283.

<sup>633</sup> Id., p. 279.

<sup>634</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 352.

<sup>635</sup> Ibid., p. 351.

<sup>636</sup> PRANDINI, Riccardo. **Riflessioni sull’enigma della giustizia trans-immanente**. In: CALLIESS, Galf-Peter e outros. **Soziologische Jurisprudenz**. Festschrift für Gunther Teubner. Berlin: De Gruyter Recht, 2009, p. 133.

coerência/incoerência das próprias decisões. Por tal razão, a fórmula de contingência da justiça é também chamada de fórmula de variação ou de variedade (ou fórmula de incremento de variedade)<sup>637</sup>. Tais fórmulas recorrem ao potencial existente dentro de todos os sistemas e que possibilita lidar com situações diferentes, ou seja, com a contingência.

Luhmann chama de fórmula de contingência “este afinamiento que considera como solución del problema una concepción más estrecha del mismo”<sup>638</sup>. A fórmula de contingência “tiende a reprimir otras posibilidades que también se encuentren dadas”<sup>639</sup>. A fórmula serve para a unificação das operações e estruturas no interior do direito, fazendo com que “ninguna operación del sistema, y menos aún alguna estructura, debe ser exceptuada de la expectativa de ser justa; porque de otra manera, se perdería la referencia de la norma a la unidad del sistema”<sup>640</sup>. A unidade do sistema, dada pelo sentido, somente é possível caso tenha em mente a importância sistêmica da justiça para o direito.

A fórmula pode ser entendida ainda como um esquema de busca de fundamentos ou valores através de uma auto-transcendência cognitiva do direito dirigida ao ambiente do sistema, conduzindo o direito a uma busca de critérios de normatividade fora do direito<sup>641</sup>. Não por acaso, Teubner irá argumentar que a fórmula de contingência constitui uma espécie de cláusula de reposição da justiça, através da qual o direito observa as suas próprias injustiças e assim fazendo incorpora novos critérios jurídicos. A fórmula de contingência não é uma regra legal, não é um princípio, não é um valor, não é um critério de decisão dentro da lei. A justiça é um programa normativo entre muitos – legitimidade, bem-estar, eficiência. Dentro da lei a justiça é invocada como uma fórmula de orientação central não contestável. Como um programa dos programas legais, a justiça não compete com nenhuma outra fórmula legal ou extralegal.

---

<sup>637</sup> Conforme sublinha Nobles: “Justice as a formula for variety plays a role within the legal system that, within other systems, is played by other such formulas”. In: NOBLES, Richard e SCHIFF, David. **A sociology of jurisprudence**. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 112.

<sup>638</sup> LUHMANN, Niklas. **La religión de la sociedad**, p. 129.

<sup>639</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>640</sup> *Id.*, p. 285.

<sup>641</sup> Também as “fontes do direito” (uma vez que o sistema jurídico passa a ser visto como a própria fonte de si mesmo) funciona como uma fórmula de contingência, como nos explica Villas Bôas Filho: “a ‘metáfora da fonte do direito’ funciona como uma fórmula de contingência no que tange à validade do sistema, transformando algo que originalmente é tautológico em uma sequência de argumentos, de modo a permitir que aquilo que, de fora do sistema, é visto como artificial e contingente apareça, internamente ao sistema, como natural e necessário”. In: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 116.

Como fórmula de contingência a justiça é necessariamente um “esquema para a busca por razões ou valores, que se tornam legalmente válidos apenas na forma de programas”. Não é um princípio interno ou externo a lei, mas um processo social, um processo de auto-observação da unidade da lei na base desses programas, um auto-controle legal que trabalha como uma “máquina histórica” da lei, nas práticas intermináveis do tratamento igual ou desigual. Para Teubner esta pode ser a definição de Luhmann da justiça: um modo de tomar decisões consistentes com adequada complexidade<sup>642</sup>.

A fórmula de contingência da lei vai além da consistência interna. Ela se localiza nas bordas entre a lei e o seu ambiente externo. A invocação da justiça torna explícita a dependência da lei da sua ecologia, do seu meio ambiente social, humano e natural. Para além da consistência formal, aspectos substantivos de orientação entram em jogo, na definição da complexidade adequada e da consistência das decisões legais, o aspecto crucial é a adequação ecológica em face da consistência interna. A intenção da justiça não é maximizar a consistência doutrinal, mas responder sensivelmente as demandas externas extremamente divergentes. Empenhando-se ao mesmo tempo por sua alta consistência. Trata-se de uma estratégia comum aos diversos subsistemas sociais, que consiste num deslocamento do problema: “consiste en traducir la extrema complejidad del mundo en complejidad interna, relativa al sistema y, por tanto, en redefinir el problema desviándolo hacia el interior”<sup>643</sup>. Consistência interna implica em mais responsividade às demandas ecológicas: este é o duplo requerimento da justiça do jurídico<sup>644</sup>.

Como observa Mascareño, a fórmula de contingência abre cognitivamente o direito ao ambiente para buscar novos critérios de determinação que possam se fazer calculáveis no interior do sistema jurídico (transformando a indeterminabilidade externa em determinabilidade interna: fazendo determinável o que é em princípio indeterminável), por meio da seletividade da indeterminação existente no ambiente do direito<sup>645</sup>. O papel das

---

<sup>642</sup> TEUBNER, Günther. **Giustizia autosoversiva**: formula di contingenza o di trascendenza del diritto? Nápoles: Edizioni Città del Sole, 2008, p. 32. De Giorgi também opina sobre a questão da consistência: “Quanto mais relevante é o problema da consistência, mais a esfera de cognição do direito se estende. A extensão desta tarefa é o resultado da evolução. O direito deve estar presente a si mesmo em todas as suas operações, ou seja, em cada extensão individual de sua relevância e em cada tratamento dos eventos”. In: DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**, p. 61.

<sup>643</sup> DE GIORGI, Raffaele. **Ciencia del Derecho y Legitimación**, p. 243.

<sup>644</sup> TEUBNER, Günther. **Giustizia autosoversiva**, p. 33.

<sup>645</sup> MASCAREÑO, Aldo. **Legitimación em el derecho fragmentado de la sociedad mundial**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFG, V. 33, n. 2, julho – dezembro/2009, p. 11.

fórmulas de contingência consiste em potencializar a capacidade de cada subsistema social de lidar com a possibilidade das coisas transcorrerem de forma diferente, ou seja, de lidar com a contingência.

Tal fórmula pode ser comparada com outras fórmulas de contingência – por exemplo, o princípio de limitação no sistema científico<sup>646</sup>; o princípio da escassez no sistema econômico, formação na educação, a teoria de um Deus único no sistema religioso.<sup>647</sup> O conceito de fórmula de contingência toma assim o lugar de uma grande quantidade de outros conceitos decisivos na definição de justiça: virtude, princípio, ideia, valor etc. Aldo Mascareño, com base em Luhmann, observa que a fórmula de contingência serve para designar a unidade da descrição de uma função sistêmica. Não se trata da descrição da função mesma, mas sim de um conceito geral que serve para designá-la: “na ‘economia nos preocupamos com a escassez’, na ‘educação com a formação’, na ‘religião com Deus’”<sup>648</sup>. E no direito nos preocupamos com a justiça, por óbvio.

Como já dito acima, a justiça em Luhmann apresenta-se como a complexidade adequada do sistema jurídico, ou seja, a melhor consistência interna possível diante das

---

<sup>646</sup> Uma das características da ciência, segundo Luhmann, consiste na possibilidade de condicionar as suas próprias observações de forma específica, algo que chama de limitacionalidade. Como esclarece Giancarlo Corsi: “La limitacionalidad, en este sentido, no debe entenderse como limitación de los objetos observables, sino como premisa de la comunicación científica: si todo pudiera ser diferente de manera totalmente arbitraria sería imposible producir algún saber nuevo utilizable como saber verdadero”. In: CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**, 1996, p. 39.

<sup>647</sup> Nas palavras de Luhmann: “Las fórmulas de contingencia se encuentran en todos los sistemas funcionales cuyos códigos les permiten la apertura a la contingencia, a la reflexividad y a las posibilidades de auto-observación paradójicas/tautológicas. Se distinguen según a qué tipo de operación haya que abastecer de capacidad de acoplamiento. De esta manera, em el sistema econômico se utiliza la fórmula de contingencia ‘escasez’, que asegura que la economía pueda contar con una constante sumatoria independiente de las operaciones, aunque ésta no sea válida para los bienes, ni para el trabajo, ni para el dinero. La artificiosidad del principio se muestra en la dificultad de efectuar un control efectivo de la cantidad de dinero; su necesidad se muestra em la regla de que nadie puede pagar más de una vez con el mismo dinero. En el sistema político, se encuentra un correlato en el principio del ‘bien comum’; o por lo menos era un principio para la tradición de la Modernidad temprana, que partía del supuesto de que se podían distinguir los intereses públicos y los privados según su naturaleza. Desde que esto resulta cada vez más difícil, solamente se deja circular la ‘legitimidad’ como fórmula política de contingencia, em el sentido de una toma de posición frente a los valores totalmente aceptados, pero que a su vez dejan abierto de qué manera habrán de decidirse los conflictos de valores”. LUHMANN, Niklas. **La religión de la sociedad**. Trad., Luciano Elizaincín. Madrid: Trotta, 2007, p. 130-131. Também Teubner escreve a respeito: “Come formula di contingenza del diritto, la giustizia ha nel diritto uno status analogo a quello che le altre formule di contingenza hanno in altri ambiti: legittimità nella política, Dio nella religione, scarsità in economia, formazione nella pedagogia, “limitazionalità” nella scienza. Formula di contingenza vale a dire: divieto di negazione, canonizzazione, incontestabilità”. In: TEUBNER, Günther. **Giustizia autosovversiva: formula di contingenza o di trascendenza del diritto?** Nápoles: Edizioni Città del Sole, 2008, p. 32.

<sup>648</sup> MASCAREÑO, Aldo. **Sociología de la felicidad: lo incomunicable**. In: Revista Cinta de Moebio, Santiago (Chile), setembro de 2005, nº 023. Disponível em <[redalyc.uamex.mx/redalyc/pdf/101/10102304.pdf](http://redalyc.uamex.mx/redalyc/pdf/101/10102304.pdf)> Acesso em 15/02/2008.



exigências externas divergentes. Teubner anota, todavia, que tal formulação evidencia uma insuficiência, que consiste no fato da relação com o ambiente pode ser almejada, mas não “compreendida como tal, do ponto de vista da teoria dos sistemas, a não ser de forma assimétrica, seja da perspectiva interna do sistema jurídico seja da perspectiva externa do observador”<sup>649</sup>.

### 5.1.3 Decisões Consistentes e Complexidade Adequada

Luhmann se pergunta se pode haver justiça sem sistema (jurídico) e sem indicações históricas (nas quais se pode reconhecer o igual e o desigual), para as decisões de cada caso? Só se pode falar de justiça no sentido de complexidade adequada na tomada de decisões consistentes. O adequado da complexidade resulta da relação do sistema jurídico com o ambiente social, ou como argumenta Teubner: “Nella definizione ‘adeguata complessità delle decisioni consistenti’, l’adeguamento sociale è l’aspetto determinante in relazione alla consistenza interna”<sup>650</sup>. Tal complexidade interna só responde à exigência de justiça, enquanto seja compatível com a consistência, no momento da tomada de decisões.<sup>651</sup> Somente deste modo, as decisões poderão garantir ao direito um grau determinado de ajuste à pressão externa oriunda do ambiente.

Numa leitura empobrecida é possível apreender a ideia da absorção da complexidade pelo sistema jurídico como a construção de um processamento comunicativo essencialmente legalista. O modo de processar as informações recebidas pelo sistema converte-se numa operação de tradução dos elementos vindos do exterior em respostas simplificadas e padronizadas, capazes de operar de forma mecânica e funcional. Tal percepção, todavia, não leva em conta o requerimento presente na abordagem luhmanniana de que o sistema mantenha um grau adequado de complexidade de suas decisões com relação ao ambiente do sistema<sup>652</sup>.

<sup>649</sup> TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**, p. 71.

<sup>650</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>651</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 287.

<sup>652</sup> Como bem exposto por Cárcova: “La ‘complejidad’ no es más que ‘exceso de las posibilidades del mundo’. Es en tal sentido, como se indicó más arriba, que la complejidad implica necesidad de selección. A través de la selección se alcanza la estabilidad del sistema. Los sistemas reducen la complejidad del ambiente, seleccionando las opciones necesarias para sus fines, pero al hacerlo, transforman la complejidad externa em complejidad interna, produciendo una nueva situación de naturaleza paradójica. El ciclo así descrito, es un círculo virtuoso en el sentido de que implica un aumento permanente de la complejidad de los sistemas. El círculo vicioso es, en cambio, el que no aumenta la complejidad. Deberá tenerse aquí en cuenta que, para nuestro autor, solo el

Tal exigência, fundamental para a manutenção da funcionalidade do direito, permite colocar sob suspeita o reducionismo presente nas práticas legalistas, que produzem decisões inadequadas, pelo simples fato de que não operam num nível adequado de complexidade. Redução de complexidade não pode, assim, ser traduzido como abordagem legalista. Redução de complexidade e complexidade adequada são exigências operativas que devem se complementar, na medida em que o sistema jurídico processa as informações advindas do seu ambiente, processando-as de acordo com o seu código operativo, mas reconstruindo a complexidade simplificada sob a forma de uma nova complexidade. E é por isso que a teoria dos sistemas insiste no fato de que a redução de complexidade gera também uma nova complexidade. Como bem exposto por Cárcova:

Tanto más eficaz será el subsistema jurídico, cuanto mayor sea el grado de su diferenciación interna. Sin embargo, tal proceso de diferenciación que supone un correlativo aumento de la complejidad, debe tener un límite que impida su autodestrucción, como consecuencia de la sobrecarga de prestaciones contradictorias requeridas por los otros subsistemas. *Ese límite el que nuestro autor vincula con la idea de 'justicia'*. Ella no remite ya a um critério ético, sino a um critério de 'consistencia' del sistema en relación con las decisiones que provee. El sistema no provee decisiones consistentes, cuando violenta el principio de igualdad, es decir, cuando por cualquier operación propia, precluye la posibilidad ulterior de decidir, del mismo modo con ya ha decidido antes, un caso de naturaleza similar. Ciertamente, la cuestión que se plantea pasa a ser la de definir cuándo un caso es igual a outro. Es en este aspecto, en el que la ciência del derecho, la Dogmática Jurídica, cumple un papel sobresaliente, al elaborar conceptos y clasificaciones que facilitan el trabajo del operador jurídico, investido de la función de decidir. Así considerada, la Dogmática aparece como lo opuesto de la justicia. Mientras ésta expresa la unidad del sistema, aquélla refleja su complejidad<sup>653</sup>.

Assim, a justiça deve ser entendida não somente como fórmula de contingência, ou seja, como mecanismo capaz de permitir que o subsistema jurídico lide com a variação existente em seu ambiente, mas também como *fórmula de consistência*, que lhe permita manter um grau adequado de coerência na sua prática decisória. Tal coerência somente pode existir a partir da criação de um ponto abstrato de observação e comparação. Deste modo, a justiça funciona como um mecanismo duplo, capaz de regular ao mesmo tempo os níveis de complexidade e de consistência do subsistema jurídico, permitindo ainda sua evolução permanente, no sentido da aquisição de novas configurações.

---

adecuado nivel de complejidad de un sistema social, opera como garantia de la justicia. La justicia es una consecuencia del adecuado nivel de complejidad, de un determinado sistema social". In: CÁRCOVA, Carlos María. **Las Teorías Jurídicas Post Positivistas**, 2007, p. 261.

<sup>653</sup> CÁRCOVA, Carlos María. **Las Teorías Jurídicas Post Positivistas**, 2007, p. 262.

Como expõe Quintana: “mediante la justicia se trata de asegurar que el sistema pueda decidir todos los casos que se planteen y que pueda hacerlo coherentemente, es decir, que las variables estén relacionadas casi armónicamente al decidir por igual casos iguales”<sup>654</sup>. Somente deste modo, a justiça pode simbolizar a coerência dos critérios que determinam a aplicação do código específico do subsistema jurídico (direito/não-direito).

Desse modo, a justiça pode se designar como consistência da tomada de decisão, entendendo desde já que “garantir uma decisão consistente, do ponto de vista do sistema, significa coisa diferente de apurar a compatibilidade desta ou daquela avaliação de mérito com um conjunto de valores”<sup>655</sup>. Com isto perde sentido a velha exigência da justa medida e da media entre duas reclamações extremas. A decisão se baseia na possibilidade de delimitar o caso específico frente a outros casos, recorrendo a regras de decisão que por sua vez podem considerar-se justas quando selecionam consistentemente entre casos iguais e desiguais. Deste modo, nos garante Luhmann, a justiça não pode ser concebida como ‘virtude’<sup>656</sup>.

Um dos aspectos da contingência tratada pela fórmula da justiça refere-se à questão de tratamento dos casos similares, que serão decididos como semelhantes e não-semelhantes, o que nos indica que a sua operação implica numa observação capaz de fazer uma distinção (e, ao fazer tal distinção, marca também uma linha, indicando sua posição em um dos lados e indicando que do outro se encontra a injustiça). Num sistema legal cada vez mais vasto e complexo, com um número incomensurável de programas condicionais, a importância da justiça como fórmula de contingência se revela de pronto, na medida em que a regra do tratamento igual dos casos semelhantes permite a criação (através do estabelecimento de distinções) de um número igualmente elevado de regras substantivas e processuais, pois o que pode ser considerado como semelhante/não-semelhante somente pode ser obtido a cada observação. A justiça apresenta-se assim como uma aplicação infinita da regra do tratamento dos casos semelhantes como semelhantes gerando diferenças que operam por dentro do sistema.

---

<sup>654</sup> QUINTANA, Oscar Mejía. **Carácter y proyección de la filosofía derecho en el pensamiento contemporáneo**, p. 67.

<sup>655</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**, p. 352.

<sup>656</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 289.

Considerando que cada decisão é legal e não ética, o critério para igual decisão só pode ser legal, conseqüentemente por dentro do sistema legal. Como Luhmann escreveu: “já que somente a lei positiva é válida, isto é, capaz de usar o símbolo da validade legal, não deve buscar por critério de fora, mas dentro da lei. Estes critérios se tornam relevantes pela questão do como, em face do crescente acréscimo de complexidade da lei, é possível continuar tomando decisões consistentes (isto é, distinguindo entre casos que são semelhantes de casos que não são)”.

Como observa Philippopoulos-Mihalopoulos, cada decisão que trata um caso como semelhante ou não-semelhante a outro caso, é provável que seja justa. Uma probabilidade, portanto. Trata-se apenas de uma contingência e Luhmann admite que existam sistemas legais injustos. Mas qual o critério da probabilidade de justiça que pode ser encontrada na lei? Se a justiça aparece como contingência do sistema legal (e não de outros sistemas), a materialização da contingência somente pode acontecer através da disjunção entre os dois valores do direito e da justiça, no sentido de que um não pode observar o outro, na expressão luhmanniana típica. A observação é uma operação sistêmica que tem lugar entre sistemas. Observação também pode ser auto-observação, na forma de uma observação de segunda ordem. Mas a observação necessariamente estabelece (se bem que de uma maneira internalizada) um vínculo entre dois sistemas. A justiça não é um sistema, apenas um programa interno do sistema, voltado para lidar com a contingência. O sistema legal pode observar como se passam suas decisões, e, seguindo a seqüência da progressiva adaptação de seus critérios, observar qual dessas decisões atua socialmente. Somente é possível observar a justeza de suas decisões, porque esta última encontra-se além do sistema legal<sup>657</sup>.

Entretanto, o que posso entender acerca da justiça como um conceito do sistema jurídico e sua complexidade adequada? Para Luhmann, a reprodução do sistema é dada por seqüências operativas que possuem a capacidade de diferenciar entre sistema e ambiente, o que faz com que a “necessária cegueira da diferença sistema/ambiente” repercuta “massivamente no conceito de justiça da teoria dos sistemas”<sup>658</sup>. Para a sua própria sobrevivência como sistema, o direito precisa manter uma complexidade adequada e a justiça permite compreender qual complexidade é adequada para tal sistema, capaz de alimentar a

---

<sup>657</sup> PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. **Between Law and Justice**, p. 05.

<sup>658</sup> TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**, p. 70.

sua autopoiese recursiva. Luhmann não se refere a uma decisão singular, mas sim ao sistema jurídico visto como um todo<sup>659</sup>.

A crítica de Luhmann às concepções jusnaturalistas de justiça leva à conclusão de que não há mais espaço para pensar a justiça como uma qualidade concreta do agir como virtude, nem como norma suprema. Os sistemas jurídicos que se baseiam em concepções tidas como imutáveis ou se os princípios jusnaturalistas se revelam demasiadamente rígidos, será necessário todo um esforço de adaptação por meio da interpretação, o que torna tais concepções problemáticas<sup>660</sup>. Deste modo, a justiça não pode mais se relacionar, no meio do sistema jurídico, a decisões individuais ou mesmo às suas premissas. A justiça não pode ser relacionada senão à totalidade organizada, à estrutura complexa ou ainda a própria “seletividade do sistema”<sup>661</sup>. A semântica jurídica deve acompanhar a estrutura da sociedade, com quem guarda uma relação de afinidade eletiva<sup>662</sup>. Ela não pode de forma alguma representar um critério discriminador de decisões ou de normas, mas unicamente um “fator regulador para a análise e a crítica estruturais” do próprio subsistema<sup>663</sup>. Como também anotou Palombella:

Isso significa que a justiça não está na correspondência a esta ou àquela exigência do caso particular, mas, ao contrário, na salvaguarda do funcionamento global do sistema. Não são as decisões individuais que podem ser definidas como justas, mas o sistema jurídico como um todo, assim como, por exemplo, a qualidade de solvência de uma empresa está relacionada com sua capacidade global, e não com um único contrato. As decisões podem ser justas só como elemento de um sistema, não por sua relação específica com este ou aquele valor<sup>664</sup>.

<sup>659</sup> MACERATINI, Arianna. **Procedura come norma**, p. 146.

<sup>660</sup> Como pontua Büllesbach: “Se, pelo contrário, com a evolução civilizacional, a complexidade das condições de vida de uma sociedade aumentar, estas condições tornam-se cada vez mais variáveis; e, então, a anterior ordem jurídica rígida fracassará ou renunciará progressivamente à invariabilidade dos seus princípios: a complexidade de um sistema tem de estar correlacionada com a complexidade do seu meio ambiente”. In: BÜLLESBACH, Alfred. **Princípios de teoria dos sistemas**. In: HASSAMER, W. e KAUFMANN, A (Orgs.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994, p. 426.

<sup>661</sup> De Giorgi comenta: “El sistema tiene necesidad de disponer de una estructura estable, consistente, adecuada, de una estructura capaz de resistir las variaciones del entorno y de reaccionar de manera apropiada ante los eventos que se verifican en el interior del sistema; de una estructura capaz de controlar las interferencias y las desviaciones, de aislar las decepciones preparando los mecanismos que impidan a las decepciones prevalecer sobre la certeza y sobre la reducción de la complejidad alcanzados por el sistema”. In: DE GIORGI, Raffaele. **Ciencia del Derecho y Legitimación**, p. 246.

<sup>662</sup> TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do Rei: a autodestruição da hierarquia do direito. In: Vários autores. **Filosofia do Direito e Direito Econômico. Que diálogo?** Lisboa: Piaget, 2001, p. 342.

<sup>663</sup> CLAM, Jean. **Droit et société chez Niklas Luhmann**, p. 329.

<sup>664</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**, p. 352.

Se o direito como sistema autopoietico evolui autonomamente com relação ao seu ambiente social, sua capacidade de adaptação enquanto subsistema somente é possível através de processos de diferenciação (por conta da contínua diferenciação intrasistêmica que caracteriza a sociedade moderna funcionalmente diferenciada), onde irá extrair o seu sentido de justiça como indicador de equilíbrio de sua própria complexidade. A validade do direito é extraída do caráter contingente e mutável do seu ambiente<sup>665</sup>. Desta forma o sistema se atualiza e mantém a sua unidade. Em outras palavras: “la justicia es la unidad del sistema, la que determina la coherencia interna del mismo, es decir, la combinación adecuada de las diferentes variables de complejidad, diferenciación, interdependência, etc. en las decisiones”<sup>666</sup>.

No processo de adequação contínua entre o subsistema jurídico e o seu ambiente jogam um papel importante as reentradas múltiplas que ocorrem. Como assinala Teubner, a “reentrada não significa que material significativo externo é espelhado internamente do jeito que está. Representa que esse material significativo externo é reconstruído internamente e que novas decisões são tomadas nessa base”<sup>667</sup>. Na sua operação cotidiana, o direito traduz os conflitos discursivos em decisões jurídicas, que por sua vez são reconstruídas no discurso social dos outros subsistemas, gerando reações específicas a cada um. Tais reações são devolvidas ao direito sob a forma de reentrada, gerando material para novas decisões. Mas como salienta Teubner: “Como os discursos são operativamente fechados, eles só podem interpretar mal uns aos outros, neste processo de reconstrução recorrente”<sup>668</sup>. O direito só pode proceder desta forma, caso queira manter a sua autonomia enquanto sistema. Caso não consiga reconstruir os discursos sociais internamente, com base em seus próprios códigos e programas, o direito submete-se à invasão de outro subsistema, perdendo suas fronteiras delimitadoras. Tal ameaça surge especialmente da economia, que pode exercer sob o direito uma influência corrosiva, como adverte Teubner: “é preciso ficar atento ao imperialismo – para não dizer ao totalitarismo – da teoria econômica”<sup>669</sup>.

---

<sup>665</sup> QUINTANA, Oscar Mejía. **Carácter y proyección de la filosofía derecho en el pensamiento contemporáneo**. Bogotá: Universidad Nacional de Colômbia, 2006, p. 49.

<sup>666</sup> Ibid., p. 67.

<sup>667</sup> TEUBNER, Gunther. Altera Pars Audiatur: o direito na colisão dos discursos. In: ALVES, J. A. Lindgren e outros. **Direito e Cidadania na Pós-Modernidade**. Piracicaba: Unimep, 2002, p. 119.

<sup>668</sup> TEUBNER, Gunther. Altera Pars Audiatur: o direito na colisão dos discursos, 2002, p. 119.

<sup>669</sup> TEUBNER, 2002, p. 120.

Do mesmo modo que o direito reconstrói o discurso econômico traduzindo-o em linguagem jurídica, antecipando em sua argumentação as consequências econômicas possíveis e reformulando suas próprias normas, deve estar aberto aos demais discursos sociais, generalizando este jogo de reentradas múltiplas que possibilitam uma permanente adequação do direito à complexidade do seu ambiente. O papel do direito limita-se a participar deste jogo infinito de reentrada discursivas no seu âmbito operativo, enriquecendo tais discursos com suas formas específicas de racionalidade. Tais circunstâncias não permitem colocar o direito como um super-discurso salvador: “devemos nos resignar com o fato de que não existem princípios jurídicos gerais e sólidos, nem supernormas, nem metanormas que solucionem definitivamente os conflitos entre valores reivindicados como universais”<sup>670</sup>. No entanto, num mundo de policontextualidade radicalizada, o direito pode assumir um papel integrador ao lidar, através de suas reentradas, com a multiplicidade dos discursos sociais. Não se trata de reconstruir uma unidade perdida da sociedade, pois o direito não pode reverter a profunda diferenciação funcional da sociedade moderna e a sua conseqüente fragmentação discursiva, mas sim o de definir limites recíprocos, protegendo-os uns dos outros, evitando a invasão dos códigos e a corrupção sistêmica.

Enquanto a teoria de Kelsen redundava num incômodo relativismo, a pergunta que posso me colocar, junto com Teubner é “será que o pluralismo das racionalidades presente no direito leva, necessariamente, ao relativismo e ao niilismo”?<sup>671</sup> A sugestão do próprio Teubner consiste em desenvolver um novo direito dos conflitos:

um direito dos conflitos de discursos só pode ser compreendido como uma infinita série de decisões definitivas, no sentido de Max Weber, em que o argumento jurídico atravessa as diferentes racionalidades parciais instituídas no direito e chega a decisões sobre essa base sem jamais resolver o conflito permanente. Isso dificilmente satisfará o desejo romântico de reconciliar as divisões da sociedade, mas aumenta consideravelmente a variedade e pode levar a resultados mais adequados e aceitáveis<sup>672</sup>.

Desta forma, o discurso jurídico “reconstrói as diferentes projeções normativas das outras racionalidades parciais e chega às suas próprias normas mediante decisões sobre o que não pode ser decidido”<sup>673</sup>.

---

<sup>670</sup> Ibid., p. 124.

<sup>671</sup> Ibid., p. 103.

<sup>672</sup> Ibid., p. 104.

<sup>673</sup> TEUBNER, Gunther. *Altera Pars Audiatur: o direito na colisão dos discursos*, p. 104 - 105.

Kelsen pensa as normas jurídicas sob a representação arquitetônica de uma pirâmide normativa, constituída por um edifício com vários andares superpostos, somente se torna possível graças à suposição da norma fundamental hipotética, que passa a ser o fundamento de validade do ordenamento. Como bem argumenta Goyard-Fabre, a perspectiva de Luhmann é outra, uma vez que a “teoria da autopoiese não busca o ‘fundamento’ do direito: fornece um ‘modelo’ de organização do direito positivo. Este modelo é a auto-organização de uma ordem sistêmica”<sup>674</sup>. No enfoque mais tradicional, à política cabia determinar o direito, impondo-o aos mais diversos setores da vida social. Com o paradigma sistêmico, cada um dos sistemas e subsistemas da sociedade irá operar de modo relativamente autônomo. Sendo assim, arremata Goyard-Fabre, a “relação direito/sistemas sociais substitui hoje a relação direito/autoridade política. Os sistemas sociais produzem informações que, para o sistema jurídico, são de certa forma ‘modelos de pesquisa’”<sup>675</sup>.

A justiça surge então como “justiça para o heterogêneo”. O desafio da justiça é então traduzido da seguinte forma:

Um ordenamento jurídico reagiria ao desafio da justiça de duas maneiras: não apenas tentaria alcançar a consistência interna do direito mas, ao mesmo tempo, procuraria reconstruir internamente a racionalidade do outro discurso envolvido no conflito. Vista dessa maneira, a justiça colocaria o direito moderno sob uma dupla exigência. A questão já não seria mais, apenas, se o direito está tratando igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual; a questão, hoje, também seria se o direito faz justiça à lógica própria dos outros discursos interessados<sup>676</sup>.

Mas como ocorre este processo de entradas e reentradas discursivas no âmbito operativo interno do direito? Dado que só é válido o próprio direito positivo, quer dizer, só é válido o direito que pode utilizar o símbolo da validade, não há que perguntar por critérios externos ao direito, mas sim por critérios internos<sup>677</sup>. Ou seja, não existem critérios unívocos capazes de determinar o igual e o desigual fora da autopoiese do sistema. A justiça opera ecologicamente como um mecanismo que garante a autopoiese do sistema jurídico, criando incomodações que permitem adaptações ao ambiente. A validade extraída do ambiente deve

---

<sup>674</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 224.

<sup>675</sup> *Ibid.*, p. 223.

<sup>676</sup> TEUBNER, op. cit., p. 125.

<sup>677</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 294.



ser percebida como aquela que pode ser observada e operacionalizada de acordo com o código interno do direito, uma vez que os sistemas só se reportam a outros elementos (ambiente) se se reportam a si mesmos, de maneira reflexiva. A justiça não aparece como um terceiro valor que dialoga com qualquer um dos dois lados do código binário do sistema jurídico (direito/não direito), e não se refere a um sistema superior capaz de coordenar todos os setores sociais<sup>678</sup>. Como observa Mascareño, a justiça proposta por Luhmann não é um meio simbólico através do qual o direito outorga validade jurídica a suas decisões, “tampoco una norma que pudiese quedar a nivel de otras normas, ni menos una metanorma de decisión racional o una a la cual se pueda recurrir para decidir en los hard cases”<sup>679</sup>.

Para Philippopoulos-Mihalopoulos, a justiça não pode ser entendida pelo sistema legal, que somente pode entender as suas próprias operações, que são selecionadas de acordo com os códigos de direito/não-direito. Surpreendentemente, a questão do justo ou do injusto não faz parte do sistema legal. Luhmann nos diz que a questão tradicional acerca da justeza da lei perde toda razoabilidade prática. Os termos justo/injusto não podem ser localizados no vocabulário do sistema legal, caso contrário a justiça deveria ser entendida como um terceiro termo para o código legal direito/não-direito (*lawful/unlawful*). O paradoxo pode ser encontrado no fechamento operacional, que necessariamente elimina qualquer comunicação que não possa ser relatada por suas operações sistêmicas específicas<sup>680</sup>.

Como aponta Villas Bôas Filho, “a justiça, nesse sentido, diferentemente do que tradicionalmente ocorre no âmbito das teorias jurídicas que a ela se referem, deixa de apresentar quaisquer conotações valorativas”. O que significa que a mesma “passa a ser apenas um símbolo da congruência da generalização das expectativas normativas, o que a torna intimamente relacionada à função estabilização de expectativas normativas desenvolvida pelo direito”<sup>681</sup>. Não sendo a justiça um critério ético, a adequada complexidade se refere à exigência de que as decisões do sistema tenham consistência.

<sup>678</sup> MACERATINI, Arianna. **Procedura come norma**, p. 147.

<sup>679</sup> MASCAREÑO, Aldo. **Legitimación em el derecho fragmentado de la sociedad mundial**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFG, V. 33, n. 2, julho – dezembro/2009, pág.

<sup>680</sup> PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. Between Law and Justice. A connection of no-connection in Luhmann and Derrida. In: HIMMA, K. E. (coord.). **Law, Morality, and Legal Positivism**. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2004.

<sup>681</sup> VILLAS BOAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: PISSARRA, Maria Constança Peres e FABBRINI, Ricardo Nascimento (coordenadores). **Direito e Filosofia: A Noção de Justiça na História da Filosofia**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 142.

Uma vez que o direito estabelece seus limites, em sua operação sistêmica, o sistema se auto-observa (o que pode ser apreendido por uma observação de segundo grau). Como anota Gomes da Silva: “Representativa dessa ideia é o julgamento – observação – de casos jurídicos baseado em outros casos jurídicos já julgados por outros observadores – que são agora observados. A justiça se manifesta na observação e não na operação”<sup>682</sup>. Tais operações são diversas, pois ocorrem em momentos diferentes. O sistema se repete através do seu círculo autoreferencial, fazendo com que o sistema se refira a si mesmo<sup>683</sup>. O sistema precisa reconhecer as operações como operações reiteradas, para tanto precisa saber identificá-las. Tal procedimento é possível no direito porque o símbolo formal da validade jurídica facilita a referência sistêmica sem caracterizar o sistema quanto ao seu conteúdo<sup>684</sup>.

Nas sociedades modernas e diferenciadas funcionalmente, onde só existem comunicações, a observação de segundo grau torna-se a regra. A observação só possui acesso a si mesma mediante um paradoxo, como unidade daquilo que tem que operar como diverso. O paradoxo consiste na unidade de um código, como no caso do direito, em que o sistema jurídico, e só o sistema jurídico, utiliza o código direito/não-direito. Os códigos podem ser entendidos como paradoxos que podem se resolver em si mesmos: a unidade do direito é direito graças à unidade da diferença entre o direito e o não-direito. No código, a auto-observação e a auto-descrição resultam num paradoxo, pois senão o código teria de afirmar a identidade de direito e não-direito. O código é invariável, enquanto que os programas são variáveis – por programas entendam-se as normas, os julgados, os contratos.

---

<sup>682</sup> SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Observações sobre a justiça em Kelsen e em Luhmann. In: **Boletim dos Procuradores da República**. Ano IV, nº 39, julho, 2001, p. 09.

<sup>683</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 275.

<sup>684</sup> *Ibid.*, p. 276.

#### 5.1.4 Igualdade e Justiça

Já nas culturas jurídicas das sociedades arcaicas de alta cultura, vejo a justiça associada à questão da igualdade, no sentido desta só se dar onde há a manutenção da validade das normas no tempo, consistência objetiva dessas normas e consenso normativo em torno delas. O tratamento igual a casos iguais ou pessoas iguais só pode ser realizado se as normas não são alteradas ao longo do tempo, se a apreensão dos dados segue, de um caso ao outro, a mesma lógica. Justiça e igualdade são, nessa visão das coisas, conceitos autenticamente e puramente jurídicos, que têm um elo necessário e imediato com a questão de um critério de direito que informa derradeiramente sobre o nível de congruência de expectativas normativas. Resulta então uma justiça que emerge sob o signo de uma abstração, que dá ao direito um princípio e um critério, um símbolo, pela congruência da generalização de expectativas normativas de comportamento<sup>685</sup>.

Para Luhmann, nos tempos modernos, a igualdade é uma necessidade estrutural em um sistema normativo como o jurídico. Mas para compreendê-la sistemicamente será necessário abordar os problemas da igualdade evitando toda linguagem moralista, tratando de referi-la diretamente ao direito. Para tanto será necessário associar o princípio da igualdade com as de indiferença e equivalência. Para Luhmann, tratar igualmente aos que na realidade nunca são exatamente iguais constitui uma forma de reduzir complexidade, ou seja, de ordenar e simplificar. Despido de qualquer pretensão moralizadora, o princípio da igualdade ressurge como um mediador de complexidade, gerando seleções que elegem e conectam a realidade. A igualdade passa a atuar como um filtro que apresenta uma exigência lógica: toda desigualdade deve ser fundamentada<sup>686</sup>.

Clam salienta que para o entendimento de tal ponto é preciso resgatar a verdadeira função jurídica da igualdade, que só pode ser percebida dentro de um ponto de vista sistêmico. Para o direito, tal ponto de vista é aquele de sua função de congruência, o que permite a abertura de uma perspectiva sobre a igualdade revelada como um postulado que

---

<sup>685</sup> CLAM, Jean. **Droit et société chez Niklas Luhmann**, p. 330.

<sup>686</sup> MARTINEZ, Jesús Ignacio. El principio de igualdad y la producción de diferencias em el derecho. In: **Anuario de Derechos Humanos**, Universidad Complutense de Madrid, nº 06, 1990, p. 193-213.

inscreve dentro da unidade do subsistema jurídico uma “demanda de razões” capazes de justificar a decisão jurídica.

A diferença entre igualdade/desigualdade, como nos explica Neuenschwander Magalhães, pode ser descrita como um esquema de suas partes que exclui outras possibilidades que não sejam o atravessamento do seu limite, a passagem de uma a outra parte da forma. Na forma igualdade/desigualdade a assimetria é traçada a partir do espaço da desigualdade, pois esta representa o espaço da tensão, onde se encontra o problema posto como relevante pela comunicação social<sup>687</sup>. O que implica na observação de Clam: “De fato, toda desigualdade e somente ela deve ser justificada – porque que da igualdade não se precisa dar a razão”, uma vez que “o princípio da igualdade deve ser compreendido como princípio de uma necessidade de justificação da desigualdade”<sup>688</sup>.

Como bem nos esclarece Marcelo Neves:

Por diferença compreendemos “aquelas diversidades que podem tem uma relevância normativa para o direito, especialmente para o tratamento ‘igual/desigual’”. O conceito de justiça deve ser buscado como modelo normativo de tratamento igual/desigual em termos complexos, procedendo a uma análise do princípio da igualdade. A justiça é concebida como igualdade complexa. Luhmann define a igualdade como um conceito formal (uma diferença), que depende da existência de outra vertente, a desigualdade: a igualdade sem desigualdade não tem sentido – e vice-versa. Se o igual deve ser tratado igualmente, o desigual tem que ser tratado como desigual. Trata-se, por tanto, de um esquema de observação que sugere o desenvolvimento de normas e preferências, mas que em si não fixa, em última instância, a preferência pela igualdade. [...] Só quando a igualdade se transforma de uma forma em uma norma é quando se pode compreender o papel específico do princípio da igualdade no direito da sociedade moderna. O papel do princípio formal da igualdade, para Luhmann, é unicamente descrever a autopoiesis do sistema. O salto lógico reside na interpretação da forma como norma<sup>689</sup>.

A igualdade coloca toda decisão jurídica diante de uma mesma questão, aplicada igualmente a todos os casos, qual seja a de saber se o caso do qual ela se inteirará necessita de um tratamento desigual a todos os casos semelhantes, hipótese que exigiria uma justificação particular fundada em modos de apreensão formais<sup>690</sup>. A generalização da igualdade permite

<sup>687</sup> NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. **O uso criativo dos paradoxos do direito**: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Européia, págs. 267-268.

<sup>688</sup> CLAM, Jean. **Droit et société chez Niklas Luhmann**, p. 331 (tradução livre).

<sup>689</sup> NEVES, Marcelo. **Justicia y diferencia em uma sociedad global compleja**, p. 354 – 355 (tradução nossa).

<sup>690</sup> Explica Luhmann: “En el sistema derecho, el correlato se cumple por medio de la fórmula de contingencia ‘justicia’, que prescribe una decisión consistente del caso con la doble instrucción de tratar de manera igual a los

um redução das decisões possíveis, reduzindo assim a complexidade. Trata-se de uma redução decisiva da complexidade do direito. Contudo, tal igualdade aceita como símbolo universal dentro do sistema termina também por fundar uma nova complexidade, permitindo a aceitação da contingência pelo subsistema jurídico. Ao afirmar uma generalidade, a igualdade problematiza uma singularidade, exige que ela seja considerada e reduz assim a complexidade confusa do ambiente originário. A igualdade contribui para garantir, pela exigência de justificação de toda decisão jurídica, a decidibilidade necessária, aumentando ainda a sua consistência interna. Trata-se de uma aquisição evolutiva<sup>691</sup>.

Concluindo, posso dizer que no direito moderno, a fórmula de contingência justiça se evidencia como igualdade. Na igualdade se observa um momento formal genérico que contém todos os conceitos de justiça. A justiça permite fazer as mediações necessárias enquanto reelabora a jurisprudência no trato de casos iguais. A justiça se vê como um princípio que se fundamenta a si mesmo – não tendo necessidade de fundamentar-se. Igualdade designa unicamente um conceito formal que conota e exclui a desigualdade. A unidade do sistema exige que se trate de maneira igual o igual e de maneira desigual o desigual, de maneira que quede expressa a unidade da diferença: o igual e o desigual<sup>692</sup>.

### 5.1.5 Direitos Fundamentais e Justiça

Para entender melhor a proposta da abordagem funcionalista proposta por Luhmann é interessante verificar como ele aborda o tema dos direitos fundamentais já na primeira fase da sua obra, quando o paradigma da autopoiese ainda não havia sido incorporado. Luhmann tratou da questão da justiça juntamente com a temática dos direitos fundamentais. A justiça já aparece referida como “adequada complexidade do sistema jurídico”, ou seja, entendida como um atributo do subsistema jurídico na medida em que este consegue reduzir a complexidade do seu ambiente de forma conveniente<sup>693</sup>.

---

casos iguales y de manera desigual a los casos desiguales; que ofrece, por tanto, el esquema de observación igual/desigual, com lo qual se vuelve razonable buscar puntos de vista comparativos em el sistema derecho, aunque se deje abierto como es posible encontrarlos”. In: LUHMANN, Niklas. **La religión de la sociedad**, p. 131.

<sup>691</sup> CLAM, Jean. **Droit et société chez Niklas Luhmann**, pág. 332.

<sup>692</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 285.

<sup>693</sup> Ver LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come istituzione**. Bari: Edizioni Dedalo, 2002. Utilizarei nesta tese a tradução ao espanhol (ainda inédita) elaborada por Javier Torres Nafarrate.

Luhmann contesta as concepções hierárquicas, onde normas superiores estabelecem abstratamente uma definição equivocada do conceito de justiça. Na sua visão, a justiça deve ser expressão da complexidade do sistema jurídico, em particular como obrigação de aumentar a complexidade na medida em que esta possa ser compatível com a atividade decisória coerente. Subentende-se, aqui, uma relação entre o sistema jurídico e a sociedade. A justiça implica na capacidade de atuar efetuando uma adequada seleção entre as variações que constituem as possibilidades ambientais, garantindo assim uma adequada complexidade do sistema jurídico<sup>694</sup>.

Sendo assim, é necessário que o sistema jurídico acompanhe o aumento da complexidade, reagindo através de decisões consistentes. Trata-se de uma justiça percebida em termos fáticos e funcionais, concebida positivamente, como observação de um subsistema que, através de múltiplas e contínuas seleções, reduz a complexidade aportada por seu ambiente, através de decisões consistentes, o que remete não somente à quantidade das decisões, sua variedade e relação entre elas, mas também à frequência com que ocorrem mudanças nas próprias decisões, além do seu alcance e generalidade. Os direitos fundamentais são concebidos por Luhmann não como “normas supra-positivas de proveniência misteriosa”, mas sim como normas que cumprem para o Estado uma função essencial<sup>695</sup>.

Os direitos fundamentais, próprios das sociedades complexas, supõem a autonomia dos sistemas da personalidade frente aos demais subsistemas da sociedade, especialmente frente ao subsistema político. Desta forma, os direitos fundamentais impedem a expansão do sistema político contra a autonomia da pessoa, resguardando ainda o processo de diferenciação social, ou seja, funcionando como um elemento de salvaguarda contra o retrocesso social. Os direitos fundamentais contribuem para o desenvolvimento da personalidade, para a garantia das expectativas de comportamento e para a legitimação das decisões<sup>696</sup>. Tais direitos são percebidos por Luhmann como uma instituição, ou seja, como

---

<sup>694</sup> MACERATINI, Arianna. **Procedura come norma**, p. 144-145.

<sup>695</sup> LUHMANN, Niklas. **Derechos fundamentales como institución**. Tradução de Javier Torres Nafarrate (Inédito), p. 4.

<sup>696</sup> Ulrich Beck chama de “individualização” a esta constante pressão da sociedade para uma “desincorporação” e em seguida “reincorporação” de novos modos de vida, “em que os indivíduos devem produzir, representar e acomodar suas próprias biografias”. A individualização “significa a desintegração das certezas da sociedade industrial, assim como a compulsão para encontrar e inventar novas certezas para si e para os outros que não a

uma aquisição evolutiva que o subsistema jurídico incorporou, tornando-se essencial para o seu regular funcionamento. E como sublinha Luhmann, o termo instituição aqui não deve ser entendido como “un complejo de normas, sino un complejo fático de expectativas de comportamiento, las cuales enlazadas a un rol de la sociedad, cuentan con consenso social”<sup>697</sup>.

Ou seja, a institucionalização dos direitos fundamentais deve ser vista primeiramente como um acontecimento fático, cuja função pode ser investigada. Sendo assim, a justiça, no curso da sua atuação, produz expectativas de comportamento generalizadas e por vezes até mesmo contraditórias. Por um lado serve para estabilizar o sistema, estabilizando a aplicação do seu código operativo direito/não-direito, por outro lado, permite que as observações efetuadas produzam mudanças<sup>698</sup>. E por outro serve como obstáculo contra a involução do subsistema (que conduziria a uma forma ou outra de autoritarismo ou totalitarismo). De modo paradoxal, esta limitação do Estado aparece como condição de manutenção do próprio Estado, pois possibilita, via de regra, uma comunicação mais eficaz<sup>699</sup>. Por este particular ângulo de observação da teoria dos sistemas, os direitos fundamentais se apresentam tanto como uma conquista para o indivíduo quanto para o Estado.

Neste ponto devo lembrar que a teoria dos sistemas propõe passarmos de uma abordagem que tenha como tema um conflito entre indivíduos ou classes (ancorada, por certo, na teoria da ação social), para uma teoria que perceba os conflitos entre o sistema e o seu ambiente, o que no caso dos direitos fundamentais se revela como um conflito entre *Comunicações vs. Corpo/Psique*. Ao contrário da teoria tradicional sobre o tema, Teubner nos alerta para a errônea equiparação entre “consciência/corpo”, por um lado e “pessoa”, por

---

possuem. Mas também significa novas interdependências, até mesmo globais”. Tal individualização “não é baseada na livre decisão dos indivíduos”, pois as pessoas “são condenadas à individualização”. A individualização “é uma compulsão, mas uma compulsão pela fabricação, o autoprojeto e a auto-representação, não apenas da própria biografia, mas também de seus compromissos e articulações à medida que as fases da vida mudam, porém, evidentemente, sob as condições gerais e os modelos do welfare state, tal como o sistema educacional ‘adquirindo certificados’, o mercado de trabalho e a regra social, o mercado imobiliário e assim por diante. Mesmo as tradições do casamento e da família estão se tornando dependentes de processos decisórios, e todas as suas contradições devem ser experimentadas com riscos pessoais”. De tal forma que a individualização “significa que a biografia padronizada torna-se uma biografia escolhida, uma biografia do tipo ‘faça você mesmo’”. In: BECK, Ulrich, GIDDENS, Anthony e LASH, Scott. **Modernização Reflexiva**. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Magda Lopes. 2ª Reimpressão. São Paulo: Unesp, 1997, págs. 24 a 26.

<sup>697</sup> LUHMANN, Niklas. **Derechos fundamentales como institución**. Tradução de Javier Torres Nafarrate (Inédito), p. 5.

<sup>698</sup> NOBLES, Richard e SCHIFF, David. **A sociology of jurisprudence**. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 114.

<sup>699</sup> LUHMANN, Niklas. **Derechos fundamentales como institución**, p. 28. Lembrando que para Luhmann, o problema do poder político é, antes de tudo, um problema comunicativo.

outro. A solução é considerar a “pessoa” como um construto interno da consciência social, diferenciando, por outro, “consciência e corpo” como unidades vivas no ambiente da comunicação. Levar os indivíduos a sério, como já havia advertido Luhmann, implica em recusar a equiparação entre artefatos semânticos e homens concretos<sup>700</sup>. Ou seja, é preciso dizer, parafraseando o famoso quadro de Magritte, que diz “isto não é um cachimbo”, do mesmo modo, para a abordagem sistêmica, é possível dizer: “a pessoa não é um homem”<sup>701</sup>.

A vantagem da abordagem centrada na teoria dos sistemas e não na teoria da ação é que aquela nos permite pensar a afirmação dos direitos fundamentais ameaçados contra a violência estrutural dos processos comunicativos impessoais, que a rigor, não estão subordinados às fronteiras usuais dos Estados nacionais e nem podem se limitar a uma relação entre o Estado e o indivíduo. A autonomia dos processos comunicativos, que possuem uma dinâmica própria e expansiva constitui uma poderosa ameaça à integridade dos homens concretos. Com a palavra, Teubner:

El hecho de que los hombres no son partes de la sociedad, sino que se encuentran frente a ella en una separación insuperable, tiene una consecuencia inexorable. Sociedad y conciencia/cuerpo no están mutuamente al alcance a través de la comunicación. Ellos son, cada uno, procesos (psíquicos u orgánicos) independientes y auto-sostenidos. Ambos han producido comunicación, pero no la pueden dominar. La comunicación se independiza de los hombres y crea, frente a la conciencia individual, su propio mundo de sentido. Éste puede ser utilizado productivamente por los hombres para sobrevivir, pero también puede poner en contra de ellos – y éste es el punto en el que los derechos fundamentales adquieren relevancia – y amanzar su auto-conservación, o incluso aniquilar su existencia. Ejemplos extremos son el homicidio mediante una cadena de órdenes, los 'sweatshops' como consecuencia de las fuerzas anónimas del mercado, los mártires como resultado de la comunicación religiosa, la tortura política o militar como destrucción de la identidad<sup>702</sup>.

---

<sup>700</sup> Como bem pontua Bolz: “Está comprobado: cuando los individuos en la sociedad miran a su alrededor, ven a otros individuos. La ciencia, por el contrario, observa sistemas. Por lo tanto, nada más fácil para engatusar a los individuos, ni nada más persistente para confundir a la ciencia que la exigencia humanística de situar al hombre en el centro. El antihumanismo metódico de Luhmann es una reacción contra esto”. In: BOLZ, Norbert. **Comunicación mundial**. Buenos Aires: Katz, 2006, p. 31. E mais adiante: “Estas reflexiones también pueden resumirse en una frase paradójica: la humanidad de la teoría de sistemas se confirma en su antihumanismo metódico, pues solo una teoría radicalmente antihumanista puede tomar en serio a los individuos concretos, en otras palabras, la expulsión del hombre de la sociología crea lugar para muchos individuos concretos”. Idem, p. 31-32.

<sup>701</sup> TEUBNER, Gunther. *Sociedad Global - Justicia fragmentada*. Sobre la violación de los derechos humanos por actores transnacionales “privados”. In: **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, 39 (2005), p. 554 e 559.

<sup>702</sup> TEUBNER, Gunther. **Sociedad Global - Justicia fragmentada**, p. 559 e 560.



Tanto Luhmann quanto Teubner estão atentos ao potencial negativo da comunicação, mas entendem que os direitos somente passam a fazer parte da sociedade quando o sofrimento corporal e psíquico se faz ouvir, provocando novas diferenças:

La defensa de los cuerpos y almas maltratados sólo puede ser efectiva si se expresa en la comunicación misma. Éstos son los mensajes sociales de la violencia corporal, como comunicación anti-poder, y los mensajes de las almas sufrientes en la queja y la protesta. Sólo entonces existe la posibilidad de que se puedan desarrollar conflictos comunicativos sobre el núcleo de los derechos humanos, que, no obstante, tienen solamente un carácter vicario, y por lo tanto sólo re-presentan a los hombres, pero no los presentan. Estos conflictos comunicativos no son, en modo alguno, temáticamente idénticos con el verdadero conflicto que la comunicación provoca frente a sus ambientes psique/cuerpo<sup>703</sup>.

Palombella argumenta que a instituição surge, na perspectiva de Luhmann, como uma resposta frente à inexistência de metacritérios estáveis de transformação, e assim,

O direito não consegue regular suas transformações progressivas (transformações que ele realiza continuamente) por meio de critérios predeterminados e estruturas categoriais novas (adequadas a essa nova situação). A transformação contínua do direito é substancialmente sustentada por uma única condição mínima, por um único elemento de estabilidade, representado pela instituição e pela definição de competências. O direito pode contar apenas com a definição dos poderes e dos órgãos que sustentem a tarefa de transformação<sup>704</sup>.

Na visão de Luhmann, os direitos fundamentais são entendidos como estruturas intrasistêmicas que opõem limites estáveis e permanentes ao subsistema político, defendendo o subsistema jurídico das pretensões invasivas da esfera política: “los órganos del Estado entenderán los derechos fundamentales – igual que el principio de separación de poderes y la elección del pueblo – como contrapeso de una relación de poder, la cual habrá de poner institucionalmente diques al potencial de violación del suprapoder estatal”<sup>705</sup>. Ou seja, sua função consiste em servir como dique de contenção contra-majoritário e forma efetiva de proteção das minorias e dos indivíduos. O perigo da desdiferenciação reside precisamente na

<sup>703</sup> Ibid., p. 561. Em outro texto, Teubner anotou: “A inadequação fundamental da prática comunicativa, isto é, o problema da sua justiça temporal, é uma experiência inerente a cada comunicação com relação 'ao outro', mas também em relação 'ao mundo', como unidade de sistema e ambiente. Isto chama imediatamente a atenção para as 'injustiças' que as práticas comunicacionais como o direito infligem à consciência e à corporeidade, mas também aos seus ambientes não comunicacionais e, last but not the least, a outras práticas comunicacionais”. In: TEUBNER, Gunther. **Os múltiplos corpos do Rei**: a autodestruição da hierarquia do direito, p. 349.

<sup>704</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**, p. 354.

<sup>705</sup> LUHMANN, Niklas. **Derechos fundamentales como institución**, p. 27.

possibilidade do avanço do totalitarismo, especialmente se tal processo implica numa elevada concentração de poderes nas mãos de um único partido político.

A invasão da política em todas as esferas da vida social, com a politização até mesmo das fases da vida humana, onde os indivíduos são obrigados a pertencer a organismos políticos como os “pioneiros” (infância), “juventude comunista” (adolescência) e finalmente ao próprio partido comunista na fase adulta (sob pena de estancamento de suas possibilidades de ascensão social), para usarmos um exemplo ainda em vigor em países como Cuba, China ou Coréia do Norte, implica não num processo de diferenciação, mas ao contrário, constitui um forte conteúdo homogeneizador. A diferenciação, ao contrário, diminui as possibilidades de um controle absoluto do indivíduo pelo Estado.

Seguindo adiante, a democracia implica num forte processo de diferenciação social e incremento do pluralismo. O cisma ocorrido na cristandade, com o advento da chamada Reforma Protestante (Século XVI) estimulou o desenvolvimento das democracias ocidentais na medida em que provocou um crescimento do número de denominações religiosas, que tiveram que pactuar formas de tolerância capazes de manter a sua diversidade. A democracia pode ser vista, desta forma, como uma estabilização de ordens diferenciadas, em todas as esferas sociais e especialmente no sistema político, uma vez que a manutenção da diferenciação implica em mecanismos como a separação dos poderes. Neste contexto, os direitos fundamentais estabilizam o Estado, aumentando a confiança que lhe é depositada e representam, assim, uma aquisição civilizatória.

Ainda dentro de uma perspectiva sistêmica, Trindade vincula o tema dos direitos fundamentais à questão do atendimento das necessidades humanas, seguindo os passos de Perez Luño, buscando uma fundamentação do jurídico no biológico. Trata-se de não somente efetuar uma ligação fática entre o sistema biológico e o jurídico, tendo como elemento intermediário as contribuições da antropologia, mas também de efetuar uma trama epistemológica, capaz de dar uma nova fundamentação aos direitos fundamentais, propiciando um maior controle e segurança das decisões do direito. Uma vez que as necessidades humanas de cunho orgânico-biológico são imutáveis, ou seja, são objetivas e universais, com alterações tão-somente quanto à forma com que se manifestam numa dada

sociedade, a questão consistirá em observar como estas comunicações são supridas pelo meio<sup>706</sup>.

### 5.1.6 Crítica das Fórmulas Jusnaturalistas de Justiça

Como vimos anteriormente, nas sociedades pré-modernas, marcadas por uma diferenciação segmentaria ou estratificada, o subsistema jurídico encontrava-se preso aos postulados jusnaturalistas, onde a justiça foi pensada, de diversos modos, como uma forma de perfeição, ou ainda por uma teoria cuja proposta consiste em tomar por verdade as afirmações acerca do *ser* das normas jurídicas. Luhmann aponta que tais tentativas, “gracias no por último a Kelsen”, encontraram sérias dificuldades de fundamentação<sup>707</sup>.

A perfeição proposta pelo pensamento jusnaturalista acerca do direito funciona como mecanismo de bloqueio da contingência, cuja característica reside no fato de que a mesma repousa em valores últimos que se refletem nelas mesmas, auto-aplicando a cada uma seu próprio valor. Deste modo é possível dizer que “a justiça é justa e a verdade verdadeira” etc<sup>708</sup>. Como salienta Prandini, mediante a ideia de perfeição os valores específicos do sistema eram mantidos fixos, assim ficavam imunes diante do confronto com outras possibilidades<sup>709</sup>.

A justiça, como bem nos coloca Clam, surge neste momento evolutivo, como principio de direito, distinta deste e conhecida, ademais, dentro de uma certa abstração. Luhmann situa essa emergência dentro dos direitos pré-modernos das altas culturas, as quais conseguem, diferentemente das sociedades arcaicas, formular a ideia de um critério do que seja o direito e do que não o seja. Essas culturas podem assim se valer de um padrão com o

<sup>706</sup> TRINDADE, André. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoiética**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, págs. 136–137.

<sup>707</sup> LUHMANN, Niklas. **Derechos fundamentales como institución**. Tradução de Javier Torres Nafarrate (Inédita), p. 24 e 25. Luhmann vai além: “El pensamiento jusnaturalista, que carga sobre los hombros la capacidad de verdad del derecho, hace referencia a la representación de un orden relativamente indiferenciado, en el cual la ciencia social (y el científico social) son competentes para contenidos análogos de pensamiento como serían la religión, la moral, el derecho. Esta representación de un mundo unificado debió en esencia concebirse como inamovible, ya que en realidad no estaba tan diferenciado como para admitir que un cambio de una de las partes hubiera tenido que repercutir en la otra. Por eso su problemática total aparece en el horizonte de la naturaleza. Esta inmovilidad de la cultura ya no es factible en un orden social diferenciado. La autonomización del derecho de sus representaciones y contextos de fundamentación religiosos, morales y científicos, así como su positivación son una conquista moderna. No permiten volver atrás”.

<sup>708</sup> CLAM, Jean. **Droit et société chez Niklas Luhmann**, p. 333.

<sup>709</sup> PRANDINI, Riccardo. **Riflessioni sull’enigma della giustizia trans-immanente**, p. 133.

qual o direito pode ser medido. Tal critério chega a ser encontrado, por vezes, sob uma formulação diferenciada, como justiça e equidade. Nasce a “consciência da seletividade do nomos” e com ela, a questão do critério da justeza de tal seleção<sup>710</sup>.

Com tais conceitos era possível manter fixo um arsenal de valores que imunizava o sistema contra mudanças, reduzindo a possibilidade de abertura a novas possibilidades. O desenvolvimento social, com o advento da sociedade diferenciada funcionalmente, irá colocar em xeque a semântica do jusnaturalismo, processo que se inicia no século XVIII, a partir do momento em que o valor da justiça como perfeição passa a ser confrontado e substituído pelos valores expressos pelo desenvolvimento/progresso. Prandini nos lembra que progresso significa que a justiça não é mais um princípio imutável<sup>711</sup>. A crise das concepções jusnaturalistas acontece, para Luhmann, junto com a transição para a modernidade, a qual é identificada com a substituição do primado funcional do sistema político pelo primado funcional da economia nas sociedades hiper-diferenciadas<sup>712</sup>.

A partir do momento em que a modernidade substituiu a ideia de perfeição pela ideia de progresso (a despeito da crise pela qual passa tal ideia nos tempos que correm), tal alteração somente poderia significar que a justiça não pode mais ser imaginada como um princípio imutável. Ocorre que, numa visão sistêmica, a justiça, enquanto fórmula de contingência e de variedade, não é algo que está presente quando o sistema muda (quando mudam seus programas condicionais) e ausente quando permanece o mesmo, mas sim algo presente em ambas as situações<sup>713</sup>. A justiça deve ser pensada como uma fórmula que muda historicamente, junto com o subsistema jurídico. Tal alteração será percebida por Kelsen, cujas críticas ao jusnaturalismo apresentei anteriormente, a ponto do mesmo definir a justiça como um “ideal irracional” e desta forma desnudando a perda de operatividade sistêmica dos valores fixados pelo jusnaturalismo.

<sup>710</sup> CLAM, Jean. **Droit et société chez Niklas Luhmann**, p. 333.

<sup>711</sup> PRANDINI, Riccardo. **Riflessioni sull'enigma della giustizia trans-immanente**, p. 133.

<sup>712</sup> A ideia chave, que já foi exposta no capítulo anterior sobre o tema da evolução social, consiste na constatação de que as semânticas utilizadas para a auto-descrição da sociedade guarda estreita relação com as estruturas funcionais desta mesma sociedade. Neste sentido, Teubner irá destacar que a justiça não é cega! E que fórmulas como o ‘dar a cada um o que é seu’ (suum cuique) possuem um significado prático expressivo para indivíduos que vivem em hierarquias legitimadas pela estratificação social. In: TEUBNER, Günther. **Giustizia autosovversiva**, p. 38-39.

<sup>713</sup> NOBLES, Richard e SCHIFF, David. **A sociology of jurisprudence**. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 113.

Não há retorno possível para uma vida mais simples. A evolução apresenta-se como diferenciação contínua dentro da sociedade. Um dos frutos desta diferenciação consiste no surgimento do que Weber chamou de “politeísmo dos valores”, circunstância também aceita por Kelsen na sua crítica ao jusnaturalismo. Luhmann também se filia a esta constatação de que o direito contemporâneo serve como um limite à realização de um valor absoluto, ao contrário, visa “otimizar” a relação entre os graus de realização de diversos valores<sup>714</sup>. Ou nas palavras do próprio Luhmann, a justiça “não encontra mais em si mesma nenhum motivo de preferência por determinados valores, mas trata os valores de modo igual e indiferente”<sup>715</sup>. Kelsen também ligou a questão do relativismo dos valores com a própria questão da democracia e da ciência, como já vimos e associou como afins o absolutismo dos valores e o estabelecimento de regimes autocráticos. Com outros argumentos e partindo de outras premissas, Luhmann chega a resultados similares.

Com o uso da fórmula da contingência posso concluir, seguindo Luhmann, pela improcedência dos conceitos jusnaturalistas de justiça. A própria natureza não é justa nem injusta. Não existe nenhuma inferência que vá do “natural” ao “justo” (como já ficou demonstrado por Hume em sua crítica da falácia naturalista). Como resultado da evolução pode ser que exista um equilíbrio da natureza. No direito posso dizer que a prática jurídica está ajustada de acordo com uma quantidade normal de querelas e disputas. Mas não se pode concluir disto que a ordem jurídica seja justa. A ordem é um resultado fático da evolução<sup>716</sup>. Ou seja, Luhmann reconhece que as alterações ocorridas no âmbito da teoria do direito que levaram a uma crítica do jusnaturalismo, tiveram como ponto central a questão da *Lei de Hume*, ou seja, a impossibilidade de obter uma derivação recíproca e lógica entre os conceitos de *ser* e *dever ser*. Porém, e esta é uma diferença fundamental entre o seu pensamento e o de Kelsen, a aceitação de que a *Lei de Hume* cancela uma forma especial de relacionamento entre ciência empírica e ciência normativa, por outro lado, não exclui outras vinculações. Por exemplo,

no cancela la posibilidad de establecer un vínculo basado en la función, el cual podría consistir en una estrategia dirigida a que las ciencias interesadas

---

<sup>714</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**, p. 351. O que pode ser também traduzido na constatação de Palombella, na mesma obra e página, de que “Um Estado constitucional não tolera a adaptação da justiça apenas ao valor da igualdade sem que este último seja “equilibrado” com o respeito à liberdade; não tolera a maximização da propriedade individual sem consideração de sua função social, e assim por diante”.

<sup>715</sup> LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**, pág.s 318-319.

<sup>716</sup> LUHMANN, Ibid., p. 285.

en los hechos denominados como fácticos logren definir los problemas que les conciernen por medio de la distinción: problemas por investigar en el plano de la función normativa y problemas por investigar en función de determinadas normas<sup>717</sup>.

A partir desta idéia de função, a teoria sistêmica descreve e explica o fato de que um sistema autopoietico, determinado estruturalmente, possa alterar suas próprias estruturas e a forma de realizar suas operações, recorrendo ao esquema de observação que utiliza as três categorias de variação, seleção (de variações) e estabilização. Os direitos fundamentais servem para delimitar o poder do Estado, mesmo que esta função possa ser descrita como uma função positiva e sempre precária do sistema político<sup>718</sup>. A partir daí, como sublinha Villas Bôas Filho, a ideia de justiça em Luhmann serve como “fórmula de contingência do subsistema jurídico, cuja finalidade seria justamente fornecer um controle de consistência às decisões jurídicas”, o que permitirá a superação “tanto das teorias jusnaturalistas quanto positivistas”:

Essa superação seria obtida mediante a indicação de uma forma de autocontrole do subsistema jurídico que, por um lado, não seria identificável com a natureza, o que é inaceitável em função de sua fundamentação metafísica, mas que, por outro lado, não se reduziria a simples decisão, que conduziria ao decisionismo. Esta forma de autocontrole seria proporcionada justamente pelo conceito de justiça que, para cumprir essa função, deve ser reelaborado<sup>719</sup>.

Para Luhmann, é irrelevante uma teoria da justiça como critério exterior ou superior ao direito positivo<sup>720</sup>. Deste modo, os valores que circulam no discurso geral da sociedade são, após a diferenciação de um sistema jurídico, ou juridicamente irrelevantes, ou valores próprios do direito. Conforme comenta Neves:

Portanto, a justiça só pode ser considerada conseqüentemente a partir do interior do sistema jurídico, seja como adequada complexidade (justiça externa) ou como consistência das decisões (justiça interna). Trata-se, com outras palavras, por um lado (externamente), de abertura cognitiva adequada ao ambiente, capacidade de aprendizagem e reciclagem em face deste; por

<sup>717</sup> LUHMANN, Niklas. **Derechos fundamentales como institución**. Tradução de Javier Torres Nafarrate (Inédito), p. 25.

<sup>718</sup> LUHMANN, Niklas. **Derechos fundamentales como institución**, p. 27.

<sup>719</sup> VILLAS BOAS FILHO, Orlando. **Da ilusão à fórmula de contingência**: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann, p. 141.

<sup>720</sup> Como sustenta Teubner: o direito “não é determinado nem por autoridades terrestres, nem pela autoridade dos textos, nem tão-pouco pelo direito natural ou por revelação divina: o Direito determina-se a ele mesmo por auto-referência, baseando-se na sua própria positividade. (...) Significa isto que a validade do direito não pode ser importada do exterior do sistema jurídico, mas apenas obtida a partir do seu interior”. In: TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 02.

outro (internamente), da capacidade de conexão da reprodução normativa autopoietica. (...) Em suma: nos termos da concepção luhmanniana da positividade do direito, isto é, fechamento normativo e abertura cognitiva do direito moderno, o problema da justiça é reorientado para a questão da complexidade adequada do sistema jurídico e da consistência de suas decisões<sup>721</sup>.

A justiça não é nem uma afirmação em torno da essência ou da natureza do direito, nem um princípio fundador da validade jurídica, nem um valor que faça aparecer o direito como algo digno de preferência. A fórmula de contingência é unicamente um esquema de busca de fundamentos ou de valores que não podem obter validade jurídica a não ser na forma de programas<sup>722</sup>.

No contexto jusnaturalista, se podia partir da ideia de que as coisas se diferenciavam de acordo com a sua essência, que as coisas em si eram iguais ou desiguais. Não se podia dispor das essências<sup>723</sup>. O direito natural racional moderno rompe com esta tradição. O que se supõe agora como natureza não contém nenhuma informação acerca das restrições imanescentes à natureza. Pelo contrário: a ideia de uma superioridade natural de certos homens sobre outros se rechaça mediante os princípios inatos de liberdade e igualdade. Mas tais princípios, tidos como inerentes à condição humana, não servem para a interpretação contemporânea do direito<sup>724</sup>.

No lugar das presunções sobre a natureza, entram as suposições sobre a autoespecificação da fórmula. As fórmulas de contingência se referem à diferença entre indeterminabilidade e determinabilidade. Não podem se legitimar por sua função. Como argumenta Neves:

A justiça pode compreender-se, desde o ponto de vista da teoria sistêmica, como uma complexidade adequada do sistema jurídico (desde uma perspectiva externa) ou como uma consistência de suas decisões (desde uma perspectiva interna). De acordo com esta formulação, a justiça se concebe como fórmula de contingência do direito, em referência à “diferença entre indeterminabilidade e determinabilidade”. Mas tal compreensão sistêmica cai no vazio se a “justiça no sentido de complexidade adequada do decidir consistente”, que se apresenta como uma fórmula de contingência do sistema jurídico, não está relacionada com o princípio da igualdade, que pressupõe a forma-diferença “igual-desigual” e cujo objetivo é o tratamento igual dos

<sup>721</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, págs. 139 e 140.

<sup>722</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 284-285.

<sup>723</sup> *Ibid.*, p. 295.

<sup>724</sup> LUHMANN. **El derecho de la sociedad**, p. 295.

iguais e desigual dos desiguais. Assim, partindo de que o direito se apresenta como “mecanismo de tratamento igual/desigual” que se constitui com pretensões de universalidade no plano da observação de segunda ordem do sistema jurídico<sup>725</sup>.

Philippopoulos-Mihalopoulos anota que situar a justiça fora da lei seria uma posição banal se não nos lembramos que no direito natural considera-se que existe uma suposta continuidade entre o direito e a justiça. Aristóteles, por exemplo, faz da justiça uma “hipernorma”, oponível ao juiz e ao governante, enquanto que a justiça, na teoria luhmanniana, só pode ser oposta ao próprio direito como sua função<sup>726</sup>. A fórmula de contingência depende de circunstâncias históricas e das condições sócio-estruturais, uma vez que só existe a justiça do jurídico. O princípio aristotélico de justiça distributiva pressupõe uma sociedade estratificada na qual é irrefutável que os homens se diferenciam por nascimento em livre/não livre. Desta forma a expressão *suum cuique* adquire sentido<sup>727</sup>. Luhmann é particularmente inflexível neste ponto: a passagem do direito natural para o positivo inequivocamente acarreta uma interrupção destas construções teóricas de continuidade. A contribuição jusnaturalista para o entendimento do sistema legal é inadequada por não compreender a presença da complexidade.

Em vez disto, a justiça deve ser vista como um supra-programa do sistema legal, isto é, um critério para aplicação do código direito/não-direito, determinando sua seleção, e por meio disto deixando os portões abertos para uma complexidade filtrada que pode ser entendida pelo sistema. A justiça guia as decisões legais de fora, como um programa de todos os programas no nível dos programas do sistema. De acordo com Luhmann, a origem do programa não pode ser encontrada em nenhuma continuidade natural, mas nele mesmo na forma de sua auto-referencialidade. Esta localização dentro e ao mesmo tempo para além do sistema legal, sem nenhuma origem extrínseca exceto a própria auto-referência, permite à justiça aparecer como a contingência do sistema legal.

Luhmann anota a respeito da qualidade normativa de justiça, que pode ser que desde o ponto de vista ético se prefira um direito justo. Mas isto não é algo que se compreenda, como mostra uma larga tradição. Uma clara separação entre justiça e juízo moral não é só uma

---

<sup>725</sup> NEVES, Marcelo. **Justicia y diferencia em uma sociedad global compleja**. In: Revista DOXA nº 24, ano 2001, p. 350 (tradução nossa).

<sup>726</sup> CLAM, Jean. **Droit et société chez Niklas Luhmann**, p. 335.

<sup>727</sup> LUHMANN, **El derecho de la sociedad**, p. 286.



questão de autonomia do sistema jurídico. A separação garante também a independência jurídica da evolução moral do direito e, não por último, garante a possibilidade do desacordo moral na avaliação das questões jurídicas<sup>728</sup>. Como observa Palombella: “o discurso de Luhmann pode ser estendido também à concepção do direito como fiador do pluralismo dos valores. Assim entendido, o direito valeria como limite à realização da absolutez de um valor”<sup>729</sup>. A função do direito visa à otimização da realização entre “os graus de realização de vários valores”, o que implica ainda que a justiça não possua preferência por determinados valores, tratando-os de modo igual e indiferente.

---

<sup>728</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 294.

<sup>729</sup> PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**, p. 351.

## 6. APORTES PARA UMA COMPREENSÃO SISTÊMICA DA JUSTIÇA

Após o estudo da justiça como fórmula de contingência presente no pensamento de Luhmann, apresentarei as ideias conexas de três autores de grande relevância, cujos aportes permitirão aclarar ou até mesmo ir adiante com relação às formulações luhmannianas. São eles o provocativo continuador da seara sistêmica, o alemão Gunther Teubner, o incômodo pensador francês da “desconstrução”, Jacques Derrida, a quem o próprio Luhmann cita amiúde, e finalmente Michael Walzer, filósofo comunitarista estadunidense, autor do já clássico *Esferas da Justiça*. Ao tratarmos de Derrida e Walzer estaremos seguindo as pistas e sugestões teóricas apresentadas por Teubner em seus escritos. Ao final da exposição das reflexões destes três autores sobre a questão da justiça espero ter aclarado o pensamento do próprio Luhmann sobre a questão. O esforço serve para demonstrar também as potencialidades do caminho aberto pela abordagem autopoietica da justiça no entendimento do problema.

### 6.1 GUNTHER TEUBNER E A JUSTIÇA

No relato bíblico, a revelação da Lei (*Torá*) ocorre após a libertação do povo hebreu de sua escravidão no Egito dos Faraós. A saga recebeu o nome de Êxodo e compõe um dos cinco livros do Pentateuco. François Ost, no seu belo livro “Contar a Lei”, me convida a reler o livro do Êxodo, fugindo da ideia tradicional de que a revelação tenha sido um ato unilateral de uma divindade autoritária que impõe a um povo um conjunto de mandamentos. Mesmo antes da Lei, quando os hebreus se encontravam em cativeiro, a aceitação da jornada rumo à liberdade foi uma estrada tormentosa e cheia de relutâncias, pois o povo encontrava-se embrutecido pela escravidão. O próprio Moisés, líder do pequeno povo de escravos, foi um “homem dividido e hesitante, que só aceita a missão de Deus ao preço de uma longa negociação e de numerosas reticências”<sup>730</sup>. A libertação, após um conjunto impressionante de peripécias (das dez pragas à travessia do Mar Vermelho), irá desaguar num longo período de espera, ou de preparação, antes do ingresso na Terra Prometida.

---

<sup>730</sup> OST, François. **Contar a Lei. As fontes do imaginário jurídico**. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 76.

Ost se pergunta de onde o pequeno povo de escravos irá retirar forças para empreender sua perigosa fuga rumo a Cannã? A resposta vem sob a forma do *brith*, ou pacto, celebrado entre Deus e o povo hebreu e aqui chegamos ao ponto que me interessa: a Lei que será revelada no Sinai não foi uma lei imposta unilateralmente, mas sim fruto de um processo de negociação. Trata-se de um modelo diverso do representado pelo Faraó, cujo universo “é absolutamente tautológico, auto-suficiente e solipsista: literalmente, só existe ele no mundo”<sup>731</sup>. Ao invés da imagem de heteronomia de uma lei pronta, temos a apresentação de uma reivindicação bastante moderna de autonomia: a lei é livremente assumida, aceita pelo povo hebreu. Tal aliança não deixou de representar um equivalente judaico para o moderno contrato social. O que chama à atenção, na visão de Ost, no processo da revelação, é que ele representa a negociação de uma lei dialógica, onde “um Deus e um povo aprendem juntos as condições do respeito da alteridade que passa ao mesmo tempo pela afirmação da liberdade e pelo estabelecimento da lei”<sup>732</sup>.

A metáfora bíblica que narra o processo civilizatório e evolutivo de um povo rumo à sua autonomia serve também para pensar a relação sempre tormentosa entre o direito e a justiça, que pode ser posta em termos de uma passagem daquilo que é velado e encoberto para aquilo que é desvelado e descoberto. Trata-se de uma relação, mas também de uma diferença, uma vez que o direito nunca será capaz de exaurir todos os conteúdos da justiça. Esta relação se dá também no sentido da transcendência da justiça postulada por Derrida e que já vimos anteriormente. A justiça é pensada na qualidade de Outro do direito, assim como o Deus hebreu torna-se o Outro para seu povo. Bem a propósito, Ost lembra a observação de Paul Ricouer: “O Outro não é o Completamente Outro a partir do momento em que ele acompanha a história dos homens”<sup>733</sup>. Através da saga bíblica vemos um diálogo entre a transcendência divina e a imanência representada pela experiência concreta e cotidiana do povo gerando a lei, no que Ricardo Prandini irá chamar de “relação de trans-imanência”. O entendimento desta relação entre direito/justiça, imanência/transcendência, termos sempre separados e conectados, poderá fornecer uma resposta capaz de religar, ainda de acordo com Prandini, clausura normativa e abertura cognitiva, sistematicidade e criatividade, forma e vida, realismo

---

<sup>731</sup> Ibid, p. 76.

<sup>732</sup> OST, François. **Contar a Lei**, p. 70.

<sup>733</sup> Ibid, p. 70.

e utopia, disciplina e virtuosismo<sup>734</sup>. As respostas podem estar nas propostas de Gunther Teubner, que apresentaremos a seguir.

Teubner, que se apropria das contribuições de Luhmann de forma heterodoxa e é hoje considerado o principal jurista de inspiração sistêmica, desenvolve uma abordagem da questão da justiça que vai além do seu uso como fórmula de contingência. Teubner entende que não há uma teoria sócio-jurídica sobre a justiça, ou seja, não há uma explicação capaz de dar conta da “justiça do jurídico”. Sendo assim, a justiça aparece como o ponto cego da distinção entre a lei e a sociedade.

Dessa forma, a sociologia irá registrar um paradigma perdido: a justiça como um ideal de boa sociedade. Mas isso não significa, como Kelsen sugeriu, que a sociologia jurídica deve abandonar totalmente a ideia de justiça. É preciso reformular a velha ideia sob novas condições, para distinguir cuidadosamente entre diferentes *monocontextos* de justiça: entre justiça moral, justiça política, justiça econômica e justiça do jurídico. Tais *monocontextos* fazem parte de “uma dura realidade social imposta inexoravelmente ao direito”<sup>735</sup>. Assim como só podemos falar de um direito da sociedade, pois só o direito produz direito e só pode haver uma justiça do direito, uma justiça especificamente jurídica. A sociologia jurídica precisa desenvolver um conceito de justiça que seja específico da lei, ou seja, uma justiça do jurídico, como sublinha Gunther Teubner, mas isso não quer dizer que o direito monopoliza a justiça, muito pelo contrário, pois numa sociedade contemporânea, diferentes conceitos de justiça coexistem em diferentes contextos sem que nenhum meta-princípio lhes possa dar unidade<sup>736</sup>. Procurar por um *pancontexto* aonde os princípios de uma sociedade justa possam ser formulados de forma unitária é em vão. A procura por uma sociedade justa não pode ser encontrada num único caminho, desde o começo ela segue por diferentes avenidas. Cada contexto diferente de justiça é realizado numa prática social específica, obedecendo a uma racionalidade parcial e a uma normatividade parcial, que não podem ser fundidos em princípios comuns de justiça<sup>737</sup>.

<sup>734</sup> PRANDINI, Riccardo. Riflessioni sull'enigma della giustizia trans-immanente. In: CALLIESS, Galf-Peter et. al. **Soziologische Jurisprudenz**. Festschrift für Gunther Teubner. Berlin: De Gruyter Recht, 2009, p. 131.

<sup>735</sup> TEUBNER, Gunther. **Altera Pars Audiatur**: o direito na colisão dos discursos, p. 95.

<sup>736</sup> De acordo com Teubner: “La sociologia del diritto deve sviluppare anche un concetto di giustizia che tenga conto della propria razionalità e della propria normatività – la giustizia del diritto. Cio non significa, certamente, che il diritto ha il monopolio sulla giustizia. Piuttosto, coesistono in differenti contesti sociali differenti concetti di giustizia, che non si adattano a un principio unitario”. In: TEUBNER, Günther. **Giustizia autosoversiva**: formula di contingenza o di trascendenza del diritto? Nápoles: Edizioni Città del Sole, 2008, p. 28.

<sup>737</sup> Ibid, p. 24.

A proposta de Teubner é que a justiça deve ser compreendida como um conjunto de práticas subversivas de auto-transcendência do direito, o que é negligenciado na teoria legal e nas doutrinas oficiais. Vista deste modo, a justiça é uma auto-descrição do direito que mina os próprios esforços, uma vez que ao se realizar, cria sempre novas injustiças. Tal auto-descrição dos textos legais constitui o suporte não só do legalismo quanto do jusnaturalismo. A reentrada da teoria sociológica na prática legal pode criar um espaço imaginário para a normatização da justiça hoje, criando um espaço que está localizado para além do direito natural e do positivismo<sup>738</sup>, de tal forma que a dogmática e a teoria do direito, como auto-descrições, reflitam sobre o direito e sua prática (bem como seus limites), fazendo incluir no direito elementos do seu entorno, buscando elaborar conceitos adequados para tal. A justiça numa sociedade complexa é um princípio que critica constantemente o direito, subvertendo-o e pondo-o em conflito consigo mesmo: a justiça subversiva é um espinho na carne do direito!<sup>739</sup>

Teubner critica três postulados tradicionais da abordagem da justiça, quais sejam, a ideia paradigmática da reciprocidade, o pressuposto do consenso e a ideologia da racionalidade, que funcionam como obstáculos epistemológicos para compreensão do tema. Na sua crítica ao paradigma perdido da reciprocidade, Teubner lembra que Rawls e Habermas basearam sua tentativa de transformação da reciprocidade intersubjetiva em um princípio universal. Tanto o “véu da ignorância” quanto a “situação comunicativa ideal” representam tentativas em tal direção, baseando-se num processo de abstração que vai do particular ao universal. Ou seja, John Rawls e Habermas concebem a justiça sem história, justiça sem sociedade. Ambos reformulam os conceitos kantianos de justiça sob as condições históricas contemporâneas. Rawls através de uma adaptação da teoria econômica moderna e Habermas introduzindo a intersubjetividade e a evolução das estruturas normativas, mas tais ideias,

---

<sup>738</sup> Ibid, p. 19-20.

<sup>739</sup> Conforme Teubner: “Viceversa: la giustizia ‘boicotta’ la decisioni del diritto. Contrariamente alla spinta del diritto verso la certezza delle decisioni, la giustizia giuridica inaugura nelle vesti di una prassi discorsiva un nuovo spazio della incertezza e della indeterminatezza del diritto. La giustizia minaccia la routine del ricorso alle decisioni del diritto e domanda, fundamentalmente, se un conflitto non debba essere deciso diversamente, alla luce delle richieste esterne al diritto, non da altro. La giustizia agisce internamente al diritto come forza sovversiva, per la quale il diritto protesta contro se stesso. La giustizia protesta contro la naturale tendenza del diritto a vincolarsi al pregiudizio, alla consuetudine, alla sicurezza, alla stabilità, all’autorità e allá tradizione. Contrariamente alla tendenza del diritto, allá stabilità perfettamente ordinata, la giustizia gioca la sua preferenza per il disordine, la rivolta, la differenza, la variabilità e il cambiamento. Essa protesta in nome della società, degli uomini e della natura – dopo tutto risuona l’arcano interno del diritto. La giustizia sovversiva è una spina nella carne”. In: TEUBNER, Günther. **Giustizia autosovversiva**, p. 40-41.

critica Teubner, refletem as estruturas semânticas da velha Europa quando definem os componentes básicos de justiça: reciprocidade universal, consenso e racionalidade. Rawls e Habermas constroem o seu princípio moral de reciprocidade entre os seres humanos de forma universal, por meio de normas abstratas e gerais que formam a base de uma sociedade justa. O véu da ignorância de Rawls concebe as projeções normativas dos atores individuais racionais fora de suas circunstâncias particulares induzindo-os a desenhar instituições políticas justas. Em Habermas, a situação ideal de fala é tomada como um procedimento formal que pressupõe a garantia de uma expressão recíproca não distorcida dos interesses individuais, que podem ser universalizados no sentido de normas moralmente justas. Entretanto, a policontextualidade, “uma das mais perturbadoras experiências dos nossos tempos”<sup>740</sup>, trouxe descrédito a essas crescentes variações do conceito kantiano de justiça. A circunstância de que vivemos numa sociedade policontextual<sup>741</sup>, que não pode ser unificada com base em nenhum princípio universal, solapa de forma decisiva as tentativas de formulação de uma teoria da justiça como nas propostas de Rawls e Habermas<sup>742</sup>. Cada esfera de justiça, como bem argumentou Walzer, possui sua lógica distributiva própria, baseada em valores cujo sentido somente pode ser dado naquele contexto<sup>743</sup>.

De igual modo merecem críticas todas as postulações em torno à justiça baseando-a no consenso, que Teubner, assim como Luhmann anteriormente, reputam como impossível, pois

<sup>740</sup> Na expressão de Teubner: “una delle esperienze più ingarbugliate del nostro tempo”. In: TEUBNER, p. 21.

<sup>741</sup> Por policontextualidade, Gunther Teubner entende a emergência de estruturas sociais intermediárias altamente fragmentadas, baseadas em distinções binárias: a sociedade não pode mais ser pensada como resultado direto das interações individuais e a justiça não pode ser baseada numa universalização dos princípios de reciprocidade entre indivíduos. A ideia de policontextualidade já pode ser encontrada, em seus primórdios, na ideia de solidariedade orgânica de Emile Durkheim, no politeísmo das modernas racionalidades formais de Max Weber, no pluralismo dos jogos de linguagem de Wittgenstein ou na crítica sociológica feita por Theodor Adorno. Weber em particular analisou a modernidade como racionalização de diferentes esferas de valores que conduzem a conflitos insolúveis entre poderes despersonalizados. Nessas situações a justiça não pode ser encontrada como referência a uma única razão, na reciprocidade e na universalização. Kelsen tem uma percepção de “justiça” relacionada com o relativismo filosófico, ou seja, relativismo dos valores, para ele não pode haver uma justiça universal e única, mas várias justíças, assim como vários sistemas de moral, possivelmente relacionados a vários contextos históricos diferentes. No pluralismo dos jogos de linguagem de Wittgenstein as regras idiossincráticas de cada jogo de linguagem não podem ser justificados por princípios da razão ou por valores abstratos, mas apenas pela prática das reais “formas de vida”. E finalmente, de acordo com Adorno, a justiça universal kantiana necessariamente joga contra as estruturas da sociedade moderna: a incomensurabilidade das diferenciações verticais e horizontais da sociedade transforma o impulso moral de justiça no seu oposto.

<sup>742</sup> PRANDINI, Riccardo. *Riflessioni sull’enigma della giustizia trans-immanente*, p. 135.

<sup>743</sup> Tal policontextualidade está longe de estabelecer uma relação harmônica e pacífica entre os diversos monocontextos da sociedade, como bem argumenta Teubner: “A policentricidade ainda mantém a consoladora hipótese de uma unidade de contexto na qual vários centros de ação coexistem – por assim dizer, no Olimpo dos Deuses. É substituída hoje por um policontextualismo mais ameaçador, isto é, por uma pluralidade de perspectivas excludentes, constituídas por operações de sistema/ambiente e incompatíveis umas com as outras”. TEUBNER, Gunther. *Altera Pars Audiatur*: o direito na colisão dos discursos, p. 100.

implicam numa ilusória possibilidade de unificar numa única racionalidade toda a multiplicidade complexa dos diversos subsistemas sociais. E finalmente, Teubner irá dirigir suas reflexões críticas contra o racionalismo e o formalismo jurídico, que compreendem a justiça (assim como o direito) na esfera do calculável, e não como o incalculável, conforme vimos em nossos apontamentos sobre Derrida. A dedução, o silogismo, a subsunção, que justificam a decisão judicial não são imunes à realidade vivida que se apresenta ao sistema através da sua diferença com o entorno<sup>744</sup>.

As soluções propostas por Teubner, com o objetivo de superar os obstáculos epistemológicos expostos acima também aparecem em igual número. Primeiramente, Teubner convida a refletir sobre a assimetria e a reflexividade de uma justiça jurídica (uma justiça do jurídico, uma vez que a relação entre direito e justiça é de conexão necessária), levando em conta que cada operação do sistema jurídico deve ser calculada dentro das suas consequências internas e externas. Cada sistema deve refletir sobre os limites do próprio ponto de vista e confrontá-lo com seu ambiente. A justiça deve ser pensada, desta forma, como justiça ecológica. A complexidade adequada indicada na fórmula de transcendência tem a ver não só com a complexidade interna do direito, mas também com as suas relações com os demais subsistemas sociais. Como assegura Teubner: “La giustizia come formula di contingenza non è immanente al diritto, bensì trascende il diritto! Consistenza interna più capacita di rispondere alle richieste ecologiche – questa è la duplice formula della giustizia giuridica”<sup>745</sup>.

Em contraste com as teorias neo-kantianas de justiça que refinam mais e mais vários requerimentos procedimentais e formais de consenso e universalização, um conceito sociológico deve se concentrar na relação substantiva do direito com a sua ecologia. Uma orientação ecológica do direito é provavelmente o mais importante aspecto da teoria dos sistemas com sua insistência na distinção sistema/ambiente, adicionada ao debate sobre justiça. A justiça redireciona a atenção da lei para sua adequação ao mundo exterior: “La giustizia indirizza il diritto positivo a domandarsi problematicamente del suo adeguamento all’ambiente esterno”<sup>746</sup>.

---

<sup>744</sup> PRANDINI, op cit, p. 136.

<sup>745</sup> TEUBNER, Günther. **Giustizia autosoversiva**, p. 34.

<sup>746</sup> Ibid, p. 34 - 35.

De tal interação, a justiça incorpora elementos não só formais, mas também substantivos. Trata-se de uma abertura da autoreferência em direção ao ambiente, uma vez que a clausura do direito é sempre uma forma de injustiças. A dogmática, a jurisprudência e a teoria do direito permitem uma auto-observação do direito e da justiça que podem permitir uma reentrada (*re-entry*) de temas extraídos do confronto com o entorno.

Finalmente, Teubner irá apresentar a ideia de uma auto-subversão do direito mediante a justiça, onde o incalculável penetra no direito quando este se abre ao seu ambiente. Da imanência da autopoiese específica do direito partimos para uma transcendência proposta pela heteropoiese, e assim por diante, retornando à imanência. Não se trata de uma dialética existente entre o direito e a justiça, mas sim de uma relação de transcendência e alteridade (como propunha Derrida): a justiça torna-se o Outro do direito. Numa diferença marcante com o pensamento de Luhmann, Teubner irá se referir à justiça no caso concreto, possível se compreendermos que num encadeamento autopoietico, que vai do ato jurídico (operação) para norma de direito (estrutura) e volta para o ato jurídico (operação), abre-se um espaço de possibilidade, um momento de suspensão, no qual o direito será aplicado a uma realidade concreta<sup>747</sup>.

Temos assim um conceito de justiça reflexiva, no momento em que a própria justiça reconhece seus limites dentro dos códigos e programas do subsistema jurídico e ainda na necessidade da sua justificação. Tal experiência dos limites, causada pela reentrada da diferença sistema/entorno no próprio sistema, permite uma mediação entre transcendência e imanência, faz com que o direito seja constrangido a transcender-se, saindo de si para refletir sobre sua reação com o Outro. E sendo assim, a justiça reflexiva também deve responder acerca das consequências do direito no seu ambiente.

Como é possível pensar a justiça como uma transcendência dos limites da lei quando isso atinge o fechamento auto-referencial do sistema legal? Como a justiça pode transcender o fechamento da lei se a transferência da validade com base no código binário legal-ilegal toma lugar exclusivamente em cadeias recursivas de sentenças, leis ou atos contratuais? Teubner argumenta que em tal contradição reside o núcleo da eficácia da justiça no nosso tempo. A justiça é a necessária e ao mesmo tempo impossível auto-transcendência da clausura da lei –

---

<sup>747</sup> PRANDINI. *Riflessioni sull'enigma della giustizia trans-immanente*, p. 137.



tal paradoxo somente pode ser pensado como uma *coincidentia oppositorum* do direito, ou seja, como uma coincidência dos contrários ou conciliação dos contrários capaz de ser traduzida numa consciência do oposto. A justiça é confrontada com a clausura primária da lei: a clausura operacional pela concatenação de atos legais → estruturas legais → atos legais. Nessa auto-referência tautológica e radical isolamento da lei frente ao seu meio ambiente social, a clausura operativa se transforma na maior fonte de injustiça<sup>748</sup>.

No entanto, as práticas de justiça no mundo moderno têm tomado um curso diferente. A justiça do jurídico não pode quebrar a clausura operacional e retornar às operações primárias de um direito diluído na sociedade. Paradoxalmente, ela (a justiça jurídica) transcende a lei positiva pela segunda clausura através da auto-observação legal.

No momento de uma transformação crucial do direito quando num processo judicial legislativo ou de contratação, a argumentação legal começa a excluir argumentos *ad hoc* e *ad hominem* e a se referir a materiais legais especializados, o discurso da justiça começa a fazer parte de uma auto-observação legal que foca os limites da lei e busca transcendê-los. Sempre que a clausura das operações legais vier complementada pela clausura da auto-observação legal, as práticas da justiça estarão concentradas na adequação da lei ao seu ambiente.

Um paralelo interessante pode ser feito entre o papel que joga a utopia no sistema político, como elemento capaz de fazer com que as operações cotidianas ganhem uma dimensão voltada a um futuro idealizado, mas que se crê necessário e possível, e a justiça no sistema legal, a qual desafia o sistema a ultrapassar os seus limites. A justiça é a utopia do direito, somente ela pode mobilizar a imaginação dos juristas para que os mesmos possam ir além das fronteiras do sistema, inaugurando novas formas de conexão do calculável com o incalculável.

### **6.1.1 A justiça no direito fragmentado da sociedade mundial**

A sociedade mundial, como lembra Neves, “constitui-se como uma conexão unitária de uma pluralidade de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e,

---

<sup>748</sup> TEUBNER. *Giustizia autosovversiva*, p. 35.

simultaneamente, de complementariedade. Trata-se de uma *unitas multiplex*<sup>749</sup>. Uma das características da constituição da presente sociedade mundial consiste na inexistência de um centro político unitário, pois os processos globalizadores fragmentados da sociedade civil ocorrem com relativa independência da política<sup>750</sup>. Como fica, então, a questão da justiça no contexto de um direito crescentemente fragmentado da sociedade mundial? Especialmente na sociedade atual onde assistimos à emergência de uma normatividade que surge no contexto de uma globalização policêntrica, ocorrendo em níveis variados e de forma não coordenada, o que coloca em questão a tríade característica da modernidade jurídica: Constituição/Estado-Nação/Soberania<sup>751</sup>?

A diminuição da frota comercial marítima alemã a partir dos anos 70 serve como exemplo para entendermos o quanto a globalização coloca em xeque as conquistas civilizatórias obtidas no marco do Estado-nação, criando situações de “desordem global”. Desde os anos 70 que os armadores alemães passaram a adotar o registro dos seus barcos mercantes em outros países, de bandeiras consideradas baratas. Desta forma podem escapar da rigorosa regulação de segurança do trabalho, bem como dos custos laborais da legislação e dos convênios sindicais alemães. Como escreveu Denninger, tratando da desordem global do direito: o “armador podía ocupar su barco con la bandera cambiada, por ejemplo, con un capitán griego, oficiales polacos y marineros filipinos, a los que contrataba según el estándar filipino, que suponía una décima parte del nivel salarial alemán”<sup>752</sup>.

Tais problemas, intimamente relacionados com o tema dos direitos fundamentais, suscitaram o interesse de Teubner. O mote para suas reflexões foi o litígio ocorrido na África do Sul envolvendo a questão do acesso à medicação do combate à AIDS. Trata-se do caso “*Hazel Tau vs. Glaxo and Boehringer*”, onde a política de preços praticada por uma

<sup>749</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p. 26. A expressão *unitas multiplex* foi utilizada inicialmente por Teubner no seu estudo sobre a organização empresarial que consta da sua obra inaugural sobre a autopoiese: TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

<sup>750</sup> TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. In: **Revista Impulso**, Piracicaba, 14(33), 2003, p. 12. Teubner sustenta que o “que podemos observar hoje em dia, em matéria de globalização, não é a sociedade mundial paulatinamente configurada pela política internacional, mas um processo extremamente contraditório, integralmente fragmentado de globalização, impulsionado pelos sistemas parciais individuais da sociedade em velocidades distintas. Em tais processos, a política não apenas perdeu o seu papel de liderança, mas regrediu nitidamente em comparação com outras áreas parciais da sociedade”. Idem, p. 12.

<sup>751</sup> SCHWARTZ, Germano. Constituições Cívicas e Regulação: autopoiese e teoria constitucional. In: **Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 340-355.

<sup>752</sup> DENNINGER, Erhard. Derecho em “desorden” global. Sobre los efectos de la globalización. In: **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, nº 08, 2004, p. 127.

multinacional farmacêutica foi denunciada como em conflito com a questão dos direitos fundamentais dos pacientes incapazes de pagar os valores estipulados para a compra dos antibióticos contra o HIV (a mesma situação encontramos no Brasil no caso da quebra das patentes dos mesmos remédios). A questão que se colocou foi a de saber se existe no setor privado um “*Acess to Medication as a Human Right*”? Ou ainda: os direitos fundamentais são obrigatórios não somente em face do Estado, mas também diante dos atores multinacionais privados?<sup>753</sup> O problema jurídico decorrente dos argumentos de Teubner fica evidenciado na doutrina do *State-action* pela qual os atores privados, em princípio, estão excetuados da vinculação com os direitos fundamentais, a não ser que exista um elemento de ação estatal envolvido.

A fragmentação da sociedade interfere diretamente na questão dos direitos humanos, pois não “existe sólo la frontera entre la comunicación política y el hombre, en la que los derechos humanos montan la guardia”<sup>754</sup>. São inúmeras as fronteiras relacionadas, postas não como numa relação entre o todo e a parte, mas sim como diferença entre comunicação e consciência, envolvendo não só a política, a economia, o direito e a ciência, todos estes com relação ao homem entendido como “constructo-de-pessoa”: *homo politicus, oeconomicus, juridicus, organisatoricus* etc. Tais constructos ocorrem dentro da comunicação, que fazem possível a comunicação com os homens “de fora” (do sistema sociedade)<sup>755</sup>: “A través de la máscara de la 'persona', los sistemas sociales contactan con los hombres; no pueden comunicar con ellos, pero sí los pueden irritar de manera masiva y dejarse irritar a su vez por ellos”<sup>756</sup>.

---

<sup>753</sup> TEUBNER, Gunther. Sociedad Global - Justicia fragmentada. In: **Anales de La Cátedra Francisco Suárez**, Universidad de Granada, nº 39, 2005, p. 551. Teubner cita diversos exemplos de problemas relacionados: a contaminação do ambiente e o tratamento desumano de grupos étnicos locais, como realizado pela Shell na Nigéria; o acidente com produtos químicos em Bhopal; as condições de trabalho indignas em fábricas precárias na Ásia e na América Latina; o trabalho infantil em empresas como IKEA e NIKE; as acusações contra empresas de Myanmar de colaboração com a ditadura existente naquele país; o uso de trabalho forçado pela Adidas na China; o uso de pesticidas tóxicos em plantações; o desaparecimento de sindicalistas ou ainda os danos ao meio ambiente em obra de grande envergadura. Ver p. 552 e 553. Germano Schwartz apresenta outros exemplos: “códigos de conduta de empresas transnacionais que obrigam seus empregados, nos mais variados Estados da sociedade global, a respeitar certos direitos e valores universais. Outro: os direitos autorais transnacionais, regulados por tratados (TRIPs) que possuem equivalente normativo em cada país, podendo ser exigidos em qualquer nível de jurisdição mesmo que a violação tenha sido dada em outro Estado-Nação”. SCHWARTZ, Germano. **Constituições civis e Regulação**: autopoiese e teoria constitucional, p. 346.

<sup>754</sup> TEUBNER, op cit, p. 565.

<sup>755</sup> O acoplamento entre os sistemas psíquicos (consciência) e os sistemas de comunicação (sociedade) se faz através da linguagem. Cf. LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaele. **Teoría de la sociedad**, p. 55.

<sup>756</sup> TEUBNER, Gunther. **Sociedad Global - Justicia fragmentada**, p. 565.

Traduzindo a questão em outros termos é possível afirmar que ocorre um crescimento sem precedente “dos sistemas baseados em expectativas cognitivas, seja no plano estrutural (economia, técnica e ciência) ou semântico (meios de comunicação de massa) da sociedade mundial”<sup>757</sup>, colocando em xeque os sistemas baseados em expectativas normativas, como o direito. E não só o direito, mas também a política, que se vê ultrapassada pelos outros sistemas sociais. Com a política posta em questão, o direito pode, de uma forma crescente, se desvincular dos arcabouços democráticos erigidos em torno do Estado-Nação. No contexto do que se convencionou chamar de globalização, as Constituições perdem importância como mecanismo de acoplamento entre a política e o direito, em razão de seu forte vínculo com o Estado nacional<sup>758</sup>. O surgimento das “constituições civis” reclama que, “contrariamente à concepção de hierarquia e unidade do direito no Estado constitucional, a teoria do direito e a dogmática jurídica enfatizem a 'pluralidade heterárquica de ordens jurídicas’”<sup>759</sup>.

O perigo resulta da autonomização dos processos comunicativos de matriz anônima e que não são personificados como coletivos visíveis (Estados, partidos, empresas etc.), o que impede de ir além com base na teoria tradicional, pois não percebemos que a violação aos direitos ocorre não por homens mas sim por processos sociais impessoais, ou seja: “no son los hombres los que amenazan a otros hombres, sino procesos comunicativos anónimos, que son los que tienen que ser identificados antes que nada”<sup>760</sup>. Trata-se da possibilidade de enxergarmos não somente um ator privado como origem da infração dos direitos fundamentais, mas sim uma matriz anônima de um meio comunicativo que se tornou autônomo. Como o direito pode lidar com esta realidade? A solução pode estar na compreensão do que Luhmann chamou de *complexidade adequada do direito com referência à sociedade*, cuja análise apresentei anteriormente. O que remete novamente ao tema da justiça como fórmula de contingência presente dentro do sistema jurídico.

Mascareño relaciona a compreensão luhmanniana de justiça ao problema da legitimação procedimental e da auto-constitucionalização social, temas já abordados por Teubner. Enquanto mecanismo de legitimação, a justiça como fórmula de contingência aparece como mecanismo privilegiado, “un elemento clave para promover la autotranscendencia del derecho y la observación de las legitimaciones derivativas de espacios

<sup>757</sup> NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, p. 31.

<sup>758</sup> Ibid, p. 139.

<sup>759</sup> Ibid, p. 109.

<sup>760</sup> TEUBNER, op cit, p. 567.

extrajurídicos”<sup>761</sup>, numa sociedade global onde: a) normas são produzidas fora do contexto jurídico (e que concorrem com as normas dos tribunais); b) surgem referências estranhas ao direito em suas próprias autodescrições doutrinárias; e c) teorias não-jurídicas acerca do direito destroem a unidade da reflexão jurídica<sup>762</sup>. A auto-constitucionalização social surge como uma forma de pluralismo jurídico capaz de expressar o politeísmo da sociedade contemporânea, que se apresenta como um “complexo de vários mecanismos independentes de produção de normas sociais que geram normas jurídicas diretamente a partir dos vários subsistemas da sociedade”<sup>763</sup>. É preciso perceber, como fez o pluralismo jurídico, que o Estado não é o único centro produtor de normatividade. Para Teubner, o “direito global só pode ser interpretado adequadamente por meio de uma teoria do pluralismo jurídico e de uma teoria das fontes do direito, correspondentemente concebida em termos pluralistas”<sup>764</sup>. Tal teoria precisa colocar o seu foco nos processos espontâneos que ocorrem no interior da globalização. Teubner reclama a necessidade de uma teoria de uma “constituição civil global”, que deve ser construída de modo diverso da teoria constitucional do Estado-nação. A partir de então se poderia “construir gradualmente una *Constitución de la Sociedad Mundial* en la constitucionalización de una pluralidad de sistemas parciales autónomos en la sociedad mundial”<sup>765</sup>. Como ressalta Rocha:

Hoje, existem, cada vez mais espaços locais de poder, onde existem comportamentos obrigatórios, onde existem regras para serem cumpridas, onde há critérios de controle temporal das expectativas normativas da sociedade, que não derivam do Estado. E são extremamente variados: movimentos sociais, sindicatos, ONG's e comunidades, que têm regras próprias para a tomada de decisões para grupos de pessoas que as seguem. Assim, são outras regras de Direito que estão surgindo. De certa maneira, sempre existiram, mas estão surgindo sob a observação da sociedade. A globalização vai forçar a um outro tipo de observação que antes não havia. Não é que as coisas não existiam, elas não eram observadas. Então, o Direito, hoje, necessariamente, deve ser observado de forma diferente, não normativista. Do ponto de vista internacional, também, pois é importante analisar outros tipos de possibilidades de organizações que existem no exterior, como a ONU, grandes multinacionais e a União Europeia etc. Há, assim, uma observação plural do mundo ou, caso se queira, mais do que pluralismo, um multiculturalismo. Há muitas outras possibilidades de

<sup>761</sup> MASCAREÑO, Aldo. Legitimación em el derecho fragmentado de la sociedad mundial. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, V. 33, n. 2, julho – dezembro/2009, p.

<sup>762</sup> TEUBNER, Gunther. **Altera Pars Audiatur: o direito na colisão dos discursos**, p. 101.

<sup>763</sup> *Ibid*, p. 97.

<sup>764</sup> TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional**, p. 11.

<sup>765</sup> DENNINGER, Erhard. Derecho em “desorden” global. Sobre los efectos de la globalización. In: **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, nº 08, 2004, p. 123.

normatividade, e tudo isso faz com que se esteja muito longe da teoria kelseniana<sup>766</sup>.

O direito mundial aponta para proliferação de diversos tribunais supranacionais que operam com alta independência do marco estatal nacional clássico, cujos melhores exemplos são o *European Court of Justice* e o *Appellate Body*, o órgão de apelação da OMC<sup>767</sup>, além da emergência daquilo que pode ser denominado como regimes neo-espontâneos que surgem por conta de uma crescente complexidade da diferenciação funcional do direito na sua relação com outros subsistemas (econômico, financeiro, meios digitais, transporte, construção, esporte etc.), diagnóstico referendado por Teubner<sup>768</sup>. São regulamentações nas quais cresce um direito material sem Estado e com relativa autonomia frente às formas de legitimação democrática das comunidades nacionais, num fenômeno denominado como fragmentação do direito mundial. O que não quer dizer que tal direito mundial “sem Estado” se encontra a salvo de uma crescente re-politização: “justamente a reconstrução de (trans)ações sociais e econômicas como atos jurídicos globais solapa o caráter apolítico do direito global e fornece dessarte o fundamento da sua repolitização”<sup>769</sup>. Teubner sublinha que as ordens jurídicas internas das empresas multinacionais são as primeiras candidatas à definição de um “direito mundial sem Estado”<sup>770</sup>.

Teubner aponta os limites de uma solução que recorra aos modelos oferecidos pelo direito constitucional dos Estados nacionais, pois a própria lógica do direito não corresponde a um sistema de julgamento de cortes superiores, mas sim de *networks*, fazendo com que a lei deixe de ocupar o centro do próprio sistema jurídico<sup>771</sup>. A própria relação centro/periferia torna-se problemática, pois o “direito mundial desenvolve-se a partir das periferias sociais, a partir das zonas de contato com outros sistemas sociais, e não no centro de instituições de

<sup>766</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Observações sobre a observação Luhmanniana**, p. 34.

<sup>767</sup> MASCAREÑO, Aldo. **Legitimación em el derecho fragmentado de la sociedad mundial**, p. 09.

<sup>768</sup> De Giorgi e Luhmann criticam a resistência que a sociologia moderna oferecem quando o assunto é o reconhecimento da sociedade como um sistema global: “Y en particular, los autores que, en el ámbito de la teoría de la sociedad atribuyen un papel central al Estado moderno, rechazan, precisamente por este motivo, el reconocer el sistema global como sociedad. El fenómeno de la sociedad moderna se manifiesta, entonces, en la figura de la response to globalities. Nosotros ya habíamos caracterizado arriba esta fijación como un impedimento del conocimiento que actualmente bloquea la teoría de la sociedad”. In: LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaella. **Teoría de la sociedad**, p. 71.

<sup>769</sup> TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional**, p. 11.

<sup>770</sup> TEUBNER, Gunther. **Os múltiplos corpos do Rei: a autodestruição da hierarquia do direito**, p. 345. Também no domínio da padronização técnica, da *lex sportiva internationalis* e da autoregulamentação profissional, temos claros sintomas da emergência de formas de coordenação mundial com uma participação mínima das políticas estatais.

<sup>771</sup> SCHWARTZ, Germano. **Constituições civis e Regulação: autopoiese e teoria constitucional**, p.347

Estados-nações ou de instituições internacionais”<sup>772</sup>. Os limites de uma visão calcada numa concepção hierárquica da Constituição ficaram evidenciados com o fracasso do Tratado Constitucional que se pretendeu adotar na Comunidade Européia, que foi rechaçado por vários países. Tal modelo de racionalidade não consegue dar conta da existência de uma multiplicidade de constituições civis:

O grande desconstrutor não se chama nem Jacques Derrida, nem Niklas Luhmann, mas “globalização”. A *lex mercatoria* do mercado mundial e outras práticas jurídicas “isentas de Estado” fizeram explodir as dúvidas de princípio até então bem reduzidas ao silêncio: produzem um direito global sem Estado, tanto para lá das ordens jurídicas nacionais como além do direito tradicional dos povos, que se baseia em convenções entre Estados. A globalização do direito despoleta uma massa de fenômenos, impondo-se à prática do direito, que não pode incluí-los ou excluí-los da sua hierarquia normativa. (...) A *lex mercatoria*, a ordem jurídica transnacional dos mercados mundiais, revelou-se historicamente o caso mais bem sucedido de um “direito mundial” autônomo, transcendendo a ordem política internacional<sup>773</sup>.

Diante desta fragmentação, argumenta Mascareño, têm surgido quatro tipos de reação típica, que são: a) o restabelecimento da unidade dogmática do direito diante de sua segmentação substantiva; b) o descolamento de uma hierarquia de normas frente ao pluralismo jurídico; c) institucionalização hierárquica de tribunais diante da descentralização fragmentária dos mesmos; d) a politização dos conflitos de normas perante a desestatalização e supra-nacionalização das controvérsias. Tais abordagens falham, todavia, num ponto básico, pois acreditam que a fragmentação do direito possa ser superada, mas não o será<sup>774</sup>. Melhor apostar na proposta de Teubner que sugere a busca de uma *compatibilidade normativa débil* entre os fragmentos jurídicos, por dois motivos: não pode existir harmonia normativa no pluralismo jurídico; e segundo, da falta desta harmonia decorrerá sempre uma colisão de regimes jurídicos. Para impedir que tais colisões se transformem em paradoxos decisórios somente se pode aspirar a uma compatibilidade jurídica débil entre os ordenamentos.

<sup>772</sup> TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional**, p. 14. E mais adiante: “O direito econômico global é uma forma do direito com um centro subdesenvolvido, mas, ao mesmo tempo, uma periferia altamente desenvolvida. Mas precisamente, é uma forma jurídica cujo ‘centro’ foi criado pelas ‘periferias’ e permanece dependente delas”. Idem, p. 18.

<sup>773</sup> TEUBNER, Gunther. **Os múltiplos corpos do Rei: a autodestruição da hierarquia do direito**, p. 344. A *lex mercatoria* comporta a elaboração de contratos que não remetem a uma ordem jurídica nacional: “A *lex mercatoria* não remete para a vontade do legislador nacional, mas para um fundo de materiais semânticos não jurídicos, para hábitos do comércio, costumes de conduta e práticas comerciais surgidas sob as condições caóticas do mercado mundial, ou mais precisamente para práticas ditadas pelos interesses econômicos dominantes”. Idem, p. 356.

<sup>774</sup> MASCAREÑO, Aldo. **Legitimación em el derecho fragmentado de la sociedad mundial**, p. 10.

Mas o que pode consistir essa compatibilidade normativa débil? A hipótese de Mascareño é que se pode aspirar a ela quando se busca legitimação das operações jurídicas tanto dentro como fora do direito, levando-se em conta o conceito de legitimidade formulado por Luhmann, onde esta é definida como a disponibilidade generalizada de aceitar, dentro de certos limites de tolerância, decisões de conteúdo ainda indeterminado, ou seja, a legitimidade não é propriamente interna ao direito, tão pouco externa, parecendo ser ambas as coisas<sup>775</sup>. Teubner apresenta o exemplo dos contratos formulados no âmbito do direito fragmentado da *lex mercatoria* que pode ilustrar a opinião acima, uma vez que estes fundamentam a sua validade no próprio paradoxo da sua auto-referencialidade, externalizando a sua autovalidação através da atribuição a instituições externas da competência para solução dos conflitos, como os tribunais de arbitragem, que se apresentam como meros produtos internos dos contratos<sup>776</sup>. O contrato, e não o direito nacional, torna-se “o mecanismo decisivo da transferência da validade, dos usos e costumes comerciais ou qualquer forma de corporativismo global”<sup>777</sup>.

Mascareño lança mão do que Willke chama de *legitimidades derivativas*, que surgem como critérios em espaços como comércio internacional, finanças globais, transações digitais etc, onde são centrais os critérios de expertise, conhecimento, eficiência e viabilidade. Nas palavras de Mascareño:

estos criterios son los que la formula de contingencia justicia, en su referencia al exterior, logra captar al observar las expectativas en estos espacios, y son los que en su referencia al interior logra internalizar como un criterio jurídicamente valido para conectar operación jurídica con estructuras normativas en el derecho fragmentado de la sociedad mundial”<sup>778</sup>.

A ideia chave é a de que organizações, atores supra-nacionais, e espaços operacionais altamente especializados (atores semi-privados e privados) podem formar o seu próprio campo de legitimação de acordo com as expectativas que em cada espaço de papéis se privilegiem. Como pontifica Mascareño: “el derecho de los regimenes fragmentados [...] promuevem el aseguramiento de las expectativas de cada espacio”<sup>779</sup>. A fragmentação da sociedade mundial implica no estabelecimento não somente de um direito policontextual mas também no reconhecimento destas novas formas de legitimação que aparecem como

<sup>775</sup> MASCAREÑO, Aldo. **Legitimación em el derecho fragmentado de la sociedad mundial**, p. 11.

<sup>776</sup> TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional**, p. 22.

<sup>777</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>778</sup> MASCAREÑO, Aldo. **Legitimación em el derecho fragmentado de la sociedad mundial**, p. 18.

<sup>779</sup> *Ibid.*, p. 11.



“derivativos de legitimidade”. O ideal seria que tais legitimações não fujam do arcabouço democrático formal, mas sim apareçam como recursos adicionais capazes de dar conta da crescente fragmentação da sociedade mundial.

É preciso apostar, então, que a ideia de uma legitimação procedimental é a melhor resposta para lidar com o direito fragmentado supra-nacional e neo-espontâneo, que opera supra-territorialmente, uma vez que não há possibilidade de unidade objetual, social e temporal. As próprias partes envolvidas podem definir elementos substantivos do procedimento. É possível assim, conectar a reflexividade do direito com os processos reflexivos de outras esferas sociais, através de instituições de acoplamento intersistêmico que relacionam o direito por meio de uma normatividade jurídica secundária com os princípios de racionalidade fundamentais de espaços sociais autônomos: uma constitucionalização social não política e não estatal, mas sim civil, de regimes cujo produto se autonomiza operativamente. Este direito *policontextural* opera na base da substituição da hierarquia tradicional do direito por uma *heterarquia* e pode nascer mesmo sem se apoiar no direito positivo existente<sup>780</sup>. Como opina Rocha:

Na globalização, necessita-se acrescentar à dogmática jurídica mecanismos paraestatais (organizações internacionais), que permitam a influência de outras culturas, de outras estruturas, de uma diversidade social maior, para poder autoreproduzir o Direito a partir de critérios mais abrangentes, ou seja, um direito estruturalmente aberto para uma diversidade cultural mais ampla<sup>781</sup>.

<sup>780</sup> Como Sublinha Cárcova: “La idea de autonomia de cada subsistema social, implica además, que no existe entre ellos relaciones ‘jerárquicas’, no existe centralidad de uno respecto de los otros. Todos son igualmente imprescindibles, porque realizan alguna actividad que resulta crucial para el conjunto, pero sin que se establezcan supremacias”. In: CÁRCOVA, Carlos Maria. **Las Teorías Jurídicas Post Positivistas**, 2007, p. 259.

<sup>781</sup> ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana, p. 38. E mais adiante, no mesmo texto: “Nas sociedades complexas, está surgindo, assim, uma nova cultura jurídica. Se se quiser pensar, do ponto de vista normativo, na hipercomplexidade relacionada à lógica de empresas de informática, de biogenética e, principalmente, relacionada às questões ecológicas e manter, de certa maneira, a autopoiese, desesperadamente, é imperioso que se pense em provocar irritações dentro do sistema do Direito de maneira que a lógica estrutural seja uma lógica que não se confine somente na organização estatal e na Constituição. Por isso, a intenção de se refletir sobre um Direito multicultural: um Direito que permita, pelo menos a partir da ideia de sistema, pensar a equivalência (Luhmann aceita a ideia de equivalência). O Direito comparado é extremamente importante para se imaginar que, apesar de tudo, existem alguns critérios suscetíveis de equivalência universal nos sistemas jurídicos, que permitam esse diálogo entre culturas, desde que se tenha essa lucidez. Perante a crise da observação normativista e a dificuldade da autoreprodução autopoietica da dogmática jurídica, a teoria dos sistemas sociais recupera a ligação entre Direito, verdade e cultura na policontexturalidade. Essa é a condição necessária para a construção de um espaço pluricultural e democrático, que origine a estruturação e reestruturação de novas possibilidades de produção de identidade e sociedades mais igualitárias”. Idem, p. 40.

Neste ponto, é possível retomar, novamente, o conceito de *justiça como fórmula de contingência de Luhmann*, como ideia que amplia o horizonte de legitimidade do direito para além do direito, o que é vital para construir uma nova legitimação do direito fragmentado da sociedade mundial. Ou seja, a fórmula de contingência justiça não só auto-legitima as alterações jurídicas no interior do sistema como também aporta legitimação jurídica no entorno do direito frente àquelas esferas com os quais este se relaciona, o que promove uma compatibilidade normativa débil no contexto de um direito mundial fragmentado<sup>782</sup>.

## 6.2 LUHMANN E JACQUES DERRIDA

Num curto capítulo dedicado a “Luhmann e Derrida”, Peter Sloterdijk aventura-se a dizer que ambos possuíam uma dimensão tal que poderiam ser considerados como “os Hegel” do século XX, querendo dizer com isto que ambos representaram pontos culminantes de um desenvolvimento filosófico iniciado nos séculos precedentes. Os dois autores teriam em comum com Hegel o fato de esgotarem as possibilidades de uma gramática, dando aos seus sucessores a sensação de que iniciavam uma jornada já partindo de um ponto culminante. No caso de Derrida, o que chegava a término era o giro linguístico ou semiológico que marcaram o século XX e sua filosofia da linguagem. No caso de Luhmann, “chega a um ponto

---

<sup>782</sup> Convém reproduzir os argumentos de Mascareño: “Este esquema de búsqueda proporcionado por la fórmula de contingencia justicia es fundamental para el derecho, pues en conjunto con el símbolo de la validez y el procedimiento jurídico, permite conectar el ciclo de los actos jurídicos (operaciones comunicativas) con el ciclo de las estructuras de expectativas normativas condensadas en normas. Se trata del cuarto candidato que puede aportar legitimación al vínculo estructura-acto en el derecho, y esto lo hace —puesto de un modo provocativo— por medio de una autotranscendencia cognitiva del derecho hacia el exterior que se traduce, al interior del sistema, en argumentación jurídica. Dicho de otro modo, la fórmula de contingencia justicia conduce al derecho a una búsqueda cognitiva de criterios normatividad fuera del derecho. Con él se puede dar cuenta de la posibilidad del sistema de trascenderse a sí mismo sin que esa autotranscendencia se observe al interior del sistema como recurso a operaciones o estructuras externas. Puesto en términos técnicos esto significa la transformación de la indeterminabilidad externa en determinabilidad al interior del sistema. La justicia, en tanto fórmula de contingencia, permite que el derecho se abra a su entorno para tratar cognitivamente expectativas normativas externas a él, juridificarlas en forma de argumentación e integrarlas al derecho como sustento de la decisión. Permite hacer determinable lo que es en principio indeterminable. Permite diluir episódicamente la diferencia sistema/entorno manteniendo la distinción en su interior; o como lo señala Gunther Teubner: “posibilita analizar más de cerca el ‘entremedio’ en el acontecimiento de perturbación”. Para Teubner la justicia como fórmula de contingencia constituye una especie de cláusula de reposición de justicia con la que el derecho observa las ‘injusticias’ que él mismo produce y busca justicializarlas. Al hacerlo, incorpora nuevos criterios jurídicos que “a su vez producen nuevas injusticias contra las cuales la justicia debe protestar nuevamente para someterse a las obligaciones del sistema jurídico. Y así sucesivamente, en una eterna oscilación autotorturante”. In: MASCAREÑO, Aldo. **Legitimación em el derecho fragmentado de la sociedad mundial**, p. 16.

culminante o adeus à filosofia proclamado por Wittgenstein, na medida em que o pensamento se retira resolutamente da tradição das “filosofias del espíritu e del lenguaje, para resituarse en el campo de la metabiología, es decir, de la lógica general de las diferencias entre sistema y medioambiente”<sup>783</sup>.

Sloterdijk adverte, todavia, que Luhmann e Derrida, estes “mestres do ceticismo”<sup>784</sup>, ao mesmo tempo em que compartilham com Hegel as semelhanças acima, são autores que guardam uma enorme diferença entre si. Derrida, do mesmo modo que Heidegger, trabalhava nos extremos da tradição, conservando-a ao seu lado. Luhmann, ao contrário, colocou-se resolutamente contra a tradição, pois para o sociólogo alemão, a biblioteca filosófica da velha Europa (que ele chamava de *veteroeuropéia*) já não tinha outra significação que a de um “reservatorio de figuras verbales con las cuales los sacerdotes e intelectuales de antaño procuraban apoderarse del todo”<sup>785</sup>. Do ponto de vista da teoria dos sistemas proposta por Luhmann, a filosofia em seu conjunto revela-se como um jogo de linguagem totalizador cujos limites já tinham sido testados. Com base na história da diferenciação social, Luhmann irá vaticinar o esgotamento dos instrumentos da tradição, pertencentes a um horizonte semântico incapaz de dar-se conta da própria diferenciação dos sistemas sociais<sup>786</sup>.

Enquanto Luhmann seguiu atentamente a obra de Derrida, a recíproca não é verdadeira, ou, pelo menos, não é possível encontrar referências ao sociólogo alemão na obra do teórico da desconstrução. Luhmann enxergava na desconstrução um empreendimento

---

<sup>783</sup> SLOTERDIJK, Peter. **Derrida, um egípcio**. El problema de la pirámide judía. Buenos Aires - Madrid: Amorrortu Editores, 2007, p. 19.

<sup>784</sup> Ibid, p. 22.

<sup>785</sup> Ibid, p. 20.

<sup>786</sup> Sobre as relações entre Derrida e Luhmann, são oportunas as considerações de Josefina Granja Castro: “no es casual ni meramente azaroso la proximidad entre deconstrucción y observación de segundo orden. Si lo vemos así, Derrida forma parte de un grupo de pensadores profundos y radicales que han puesto en jaque al pensamiento de la unidad y sus pretensiones de aferrar la realidad a partir de encontrar su esencia y fundamento. El pensamiento de la diferencia viene, cuando menos desde Nietzsche, a través de las nociones de ‘desfundamentación’ y ‘hundimiento’. Hegel utiliza el concepto como tal y cumple un papel central en la dialéctica, pero la diferencia implicada en la dialéctica de Hegel desemboca en la unidad, ya sea como la síntesis de los opuestos, o en otro nivel, como el Espíritu Absoluto. Heidegger formula la diferencia ontológica entre ser y ente que después fue recogida y explorada por algunos exponentes del pensamiento posmoderno. La deconstrucción derrideana y la observación de segundo orden luhmanniana son herederas de los más agudos desafíos de esta tradición de pensamiento: diferencia como posibilidad misma del sentido, de la significación con Derrida, diferencia como operación de observación que hace posible el conocimiento con Luhmann. A la deconstrucción solo le faltó deconstruirse a si misma, es decir, aplicarse las premisas de la autoreferencialidad en las que tanto insistió Luhmann como medio para que una teoría se desontologizara haciéndose cargo de sus propias elaboraciones y mostrando las distinciones directrices mediante la cuales observa”. Ver CASTRO, Josefina Granja. Depoimento sobre Derrida. In: ESCALERA, Ana María Martínez de la (editora). **Adiós a Derrida**. México: Unam, 2005, p. 56-57.

similar ao seu, na medida em que a via animada pelas mesmas energias calibradas pela superação das ontologias. Conforme informa Sloterdijk, a visão luhmanianna da desconstrução pressupõe a “catástrofe da modernidade”, “que debe pensarse como el velco de la forma de estabilidad de la sociedad tradicional, centralizada y jerárquica, hacia la forma de estabilidad de la sociedad moderna, diferenciada y multifocal”<sup>787</sup>. Uma vez que estas distintas formas de enfoque se reconhecem como ponto de partida, toda teoria é elevada ao nível de uma observação de segunda ordem: “ya no se intenta tener una descripción directa del mundo, sino que vuelven a describirse las descripciones existentes de este, a la vez que se las deconstruye”<sup>788</sup>.

### 6.2.1 A Desconstrução

De fato, Derrida atua nos limites da tradição, estabelecendo previamente seus conceitos para em seguida operar nos mesmos transformações e deslocamentos no seu sentido, fazendo com que o leitor tenha que realizar um novo sentido, contrapondo-se ao conceito anterior e constituindo novos significados – mas ainda assim vinculados à tradição. Seu “método”<sup>789</sup> ou processo de trabalho consistia numa análise filosófica e crítica da metafísica ocidental, o que se traduz na desestabilização de certos conceitos (significado e significante; sensível e o inteligível; o ser; o logos etc.). O objetivo consistia em efetuar uma leitura cerrada de um texto de modo a revelar suas aporias e contradições retóricas. Desconstruir um texto é fazer com que a abordagem de algumas de suas palavras e expressões ponha em xeque as leituras postas do próprio texto, desconjuntando valores estabelecidos, significados unívocos e presença, reconstruindo seu significado por meio dos movimentos paradoxais da própria linguagem. “A desconstrução” – lembra Rachel Nigro – “é simplesmente uma postura diante da leitura de textos. Uma postura cuidadosa, atenciosa, amorosa, mas também desconfiada”<sup>790</sup>. Para Derrida, toda vez que linguagem expressa uma

<sup>787</sup> SLOTERDIJK, Peter. **Derrida, um egípcio**, p. 23.

<sup>788</sup> SLOTERDIJK, Peter. **Derrida, um egípcio**, p. 23-24.

<sup>789</sup> Derrida reluta em aceitar a desconstrução como “método”. Luhmann comenta: “debería observar-se que los norte-americanos, com su sentido dirigido a lo práctico, consideran la ‘desconstrucción’ como un método e intentan aplicarlo ante todo en la ciencia literaria, pero también en algunas escuelas jurídicas. Sin embargo, esto contradice el sentido original del concepto, que Derrida conscientemente há dejado impreciso y que con posteriores autocomentatios lo desconstruye continuamente”. In: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 434.

<sup>790</sup> NIGRO, Rachel. O Direito da Desconstrução. In: DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar. **Desconstrução e Ética. Ecos de Jacques Derrida**. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004, p. 94.

ideia, ela a muda. Todo texto, a partir de uma dada leitura, poderá dizer até mesmo o oposto daquilo que parece estar dizendo, gerando uma miríade de significados possíveis (uma vez que as estruturas do significado devem incluir as pessoas que procuram e criam o significado).

No seu comentário ao pensamento do filósofo francês, Derek Johnston ressalta que Derrida parte de uma crítica ao que chamava de “logocentrismo”. Haveria no pensamento ocidental um viés distorcido, que se colocava sempre a favor da fala e contra a escrita. Pois falar seria um sinal de presença enquanto que a escrita seria apenas um sinal de ausência. Quando falamos estamos a um grau de distância da ideia (a fala é um signo); quando escrevemos, estaríamos a dois graus de distância (a escrita é um signo de um signo). A fala passava, então, a ser priorizada em detrimento da escrita, pois na fala estamos mais próximos da essência do significado. Seguindo esta linha de raciocínio, o logocentrismo deseja controlar a linguagem, pois podemos chegar à verdadeira essência do significado somente quando fossemos bem sucedidos na escolha da palavra correta para a representação de uma ideia. Derrida propõe uma outra abordagem, atacando este viés logocêntrico, que a seu ver facilitava a criação de ideias absolutas. Para o pensador francês, ambas as formas de linguagem (a fala e a escrita) são signos e exibem uma ausência parcial e uma presença parcial. Assim, a linguagem é uma presença parcial e uma ausência parcial<sup>791</sup>.

Na abordagem proposta por Derrida, a busca desconstrutiva não é por um novo sentido canônico e absoluto, mas sim o desvelamento de uma pluralidade de sentidos presentes no texto, desmontando sua engrenagem retórica. Como assinala Dreisholtkamp, o método de trabalho de Derrida consistirá no desenvolvimento de reflexões em parte “em confrontação minuciosa com outros textos, cuja estrutura ele revela por uma nova maneira de leitura e cuja arquitetura em parte imponente ou também intimidadora ele *questiona*”<sup>792</sup>. A tradição estaria baseada numa leitura implicada num movimento hierarquizante envolvendo sinais, escrita e texto e subordinando-os àquilo que se expressa neles. Tal leitura dependeria, entretanto, de instâncias exteriores como a presença de uma instituição vivificante, do querer-dizer do autor, da presença de algo ou de um estado de coisas etc. (o que Derrida chama de logocentrismo, como vimos anteriormente). Dreisholtkamp anota que a desconstrução dessas suposições

<sup>791</sup> JOHNSTON, Derek. **História concisa da Filosofia**: de Sócrates a Derrida. Tradução de Rogério Bettoni. São Paulo: Rosari, 2006, p. 168 e 169.

<sup>792</sup> DREISHOLTKAMP, Uwe. Jacques Derrida. In: HENNIGFELD, Jochem e JANSOHN, Heinz (orgs.). **Filósofos da atualidade**. Uma introdução. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 294.

tradicionais pode ocorrer quando é possível mostrar que as aparentes autonomias e originalidades “dependem das dependências aparentemente não-autônomas e dependências não originais para poderem ser e, desse modo, poderem ser o que é capaz de funcionar como fundamento instituidor de significação dos elementos pós-ordenados, aqui portanto de sinais, escrito e texto”<sup>793</sup>.

### 6.2.2 Derrida, o direito e a justiça

Derrida irá utilizar a desconstrução para refletir sobre temas ligados à filosofia política, entre eles o tema da justiça. Em sua obra “Força de Lei”, Derrida irá se questionar: “será que a desconstrução assegura, permite, autoriza a possibilidade da justiça? Será que ela torna possível a justiça ou um discurso conseqüente sobre a justiça e sobre as condições de possibilidade da justiça?”<sup>794</sup>

O que a desconstrução tem para dizer sobre o direito e a justiça? Para Derrida, a pergunta que se coloca é: “será que a desconstrução assegura, permite, autoriza a possibilidade da justiça? Será que ela torna possível a justiça ou um discurso conseqüente sobre a justiça e sobre as condições de possibilidade da justiça?”<sup>795</sup> Tal reflexão pode ser buscada no direito, como uma busca pela justiça do direito. Como no direito penal, onde a pena começou por ser vista como adequação do castigo ao crime. Mas o que pode ser entendido como adequado? Derrida afirma que é o que se considera mais justo, próprio, melhor. Perante a sentença de um Tribunal, diz-se: “Foi feita justiça”. O que quer dizer que a pena foi considerada adequada ao crime. A adequação é o sentido primeiro da justiça penal: a adequação entre a pena e o crime.

Derrida tenta trabalhar filosoficamente tais temas, percebendo a tensão constitutiva que existe entre a justiça e o direito. Trata-se de um tema cheio de sombras e dificuldades, um tema de forte opacidade: *não é porque se fala em justiça que necessariamente se tem*

<sup>793</sup> DREISHOLTKAMP, Uwe. **Jacques Derrida**, p. 299.

<sup>794</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. Tradução de Leila Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 04.

<sup>795</sup> Ibid, p. 04.

*interesse ou preocupação por ela*<sup>796</sup>. Ninguém sabe ao certo o que se entende por justiça, quais os seus fundamentos, qual a sua condição de possibilidade. Será possível uma justiça para além do direito, de uma justiça que não se esgota na lei e nos seus modos de aplicação? Nigro comenta:

Afirmar que o direito não é justiça pode parecer, à primeira vista, algo precipitado, ou mesmo uma grande irresponsabilidade. Certamente, o direito, tal como constituído na modernidade, estritamente vinculado à máquina estatal, não corresponde nem de longe aos ideais envolvidos na noção de justiça. No entanto, ainda hoje e apesar de tudo, a justiça é o princípio regulativo do direito. Continua a ser o seu fim último, o substrato que lhe confere legitimidade e aceitação social<sup>797</sup>.

O que está em jogo, na busca por uma definição da justiça é a possibilidade de ultrapassarmos os limites do legalismo que confunde o direito com a observância estrita de uma norma lida na sua literalidade, servindo como aparato de dominação, como na crítica marxista ou foucaultiana. Sendo assim, ainda de acordo com Nigro, para o que o direito possa apresentar algo que não seja simplesmente a face da dominação precisa da noção de justiça, desde que seja entendida “como o código doador de sentido para o direito, seja como seu princípio regulador, seu fim último ou sua medida”, pois não é possível pensarmos uma ordem legal sem “nenhuma relação com critérios de justiça”<sup>798</sup>.

Derrida, trazendo a tona a contribuição de Kant, pergunta-se sobre o que significa aceitar a força da lei, a força sem a qual “não há direito”? De modo contrário, é possível perguntar: estar contra a lei é estar contra a justiça? Para Kant não há direito sem força.<sup>799</sup> Na justiça do direito, a força parece inerente à própria lei. Nas palavras de Derrida, a “aplicabilidade, a *‘enforceability’*, não é uma possibilidade exterior ou secundária que viria ou não juntar-se, de modo suplementar, ao direito”. A conclusão é a de que se trata da “força

<sup>796</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. **Razões Plurais**. Itinerários da Racionalidade Ética no século XX: Adorno, Bérghson, Derrida, Levinas, Rosenzweig. Porto Alegre: EDIPUCRS, p. 137.

<sup>797</sup> NIGRO, Rachel. **O Direito da Desconstrução**, p. 79.

<sup>798</sup> Ibid, p. 80.

<sup>799</sup> Ver a respeito o tópico “O direito está ligado à faculdade de coagir” in KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito. Parte I. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 38, onde Kant escreve: “Portanto, se um determinado uso da própria liberdade é um obstáculo à liberdade segundo leis universais (isto é, contrário ao direito), então a coacção que se lhe opõe, enquanto obstáculo perante quem estorva a liberdade, concorda com a liberdade segundo leis universais; a saber, é conforme com o direito: por conseguinte, ao direito está ao mesmo tempo associada a faculdade de coagir quem o viola, de harmonia com o princípio da contradição”.

essencialmente implicada no próprio conceito da justiça enquanto direito, da justiça na medida em que ela se torna lei, da lei enquanto direito”<sup>800</sup>.

Derrida toma a força da lei como propriedade que se impõe por si só, como ‘*enforceability*’, to ‘*enforce the law*’, na expressão inglesa. A expressão inglesa ‘*to enforce the law*’ daria conta, segundo Derrida, da força inerente à lei e que permite que a justiça do direito se justifique por si própria, fundamentando-a na força da lei. A força justificada, autorizada pela lei, é a força elevada a justiça (como supõe o termo justificação). Como distinguir a força como ‘*enforcement*’, ‘*to enforce the law*’, da violência (que julgamos sempre injusta)?<sup>801</sup> Será a força da lei análoga à violência? Podemos cogitar da existência de uma “força justa”? Tal força justa pode ser entendida como não-violenta? Não será uma força não-violenta uma contradição nos termos?

Derrida avança na exploração do tema através da desconstrução da noção de fundação mística da lei, presente no ensaio de Walter Benjamin sobre a *Crítica à Violência*. Ainda no campo da linguagem, Derrida começa por explorar o duplo sentido do termo alemão *gewalt*, que tanto significa violência como poder legítimo, autoridade, força pública<sup>802</sup>. Há, todavia, uma outra dificuldade que se coloca nas questões da força e da lei. A dificuldade que surge do problema da legitimação da autoridade que a lei supõe. Onde se fundamenta a autoridade da lei, uma autoridade tão forte que pode mandar prender um indivíduo ou mesmo matá-lo, nos sistemas jurídicos onde a pena de morte é legal?

No texto, Derrida cita Montaigne, que dizia que “as leis se mantêm em crédito, não porque elas são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico de sua autoridade, elas não têm outro [...]. Quem a elas obedece porque são justas não lhes obedece justamente pelo que deve”<sup>803</sup>. Para Derrida, Montaigne distingue as leis, isto é, o direito, da justiça: “A justiça do direito, a justiça como direito não é justiça. As leis não são justas como leis. Não obedecemos a elas porque são justas, mas porque têm autoridade”<sup>804</sup>. Através da expressão ‘fundamento místico da autoridade’, Montaigne legitima a autoridade da lei advinda tão

---

<sup>800</sup> DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*, p. 8.

<sup>801</sup> Ibid, p. 9.

<sup>802</sup> Ibid, p. 9.

<sup>803</sup> Ibid, p. 21.

<sup>804</sup> Ibid, p. 21.



somente da própria lei, tornando a obediência à lei obediência à autoridade. Não se obedece à lei por ser justa, mas por ser expressão da autoridade.

Pascal, por seu turno, ao mesmo tempo em que lembra que “É justo que aquilo que é justo seja seguido, é necessário que aquilo que é mais forte seja seguido”, ressalta que: “a força sem a justiça é tirânica” e sendo assim é “preciso pois colocar juntas a justiça e a força; e para fazê-lo, que aquilo que é justo seja forte, ou aquilo que é forte seja justo”<sup>805</sup>. Apesar da influência, Pascal distancia-se de Montaigne num ponto. Onde Montaigne vê o convencionalismo como fundamento da autoridade da lei, Pascal antevê uma força inerente à lei e sem a qual a lei e o direito não teriam qualquer valor nem autoridade.

Tanto em Montaigne quanto em Pascal, Derrida enxerga as premissas de uma filosofia crítica moderna, ou uma crítica da ideologia jurídica, “uma dessedimentação das superestruturas do direito que ocultam e refletem, ao mesmo tempo, os interesses econômicos e políticos das forças dominantes da sociedade”<sup>806</sup>. Com isso passamos a lidar com a questão da própria legitimidade do uso da violência para a manutenção dos comandos jurídicos.

Se, de acordo com Pascal, existe uma força fundadora e justificadora do direito, podemos concluir que a justiça fundar-se-ia nesse “momento fundador” em que a lei é feita, produzida como um “ato violento”, instaurada como discurso justificador, como escreve Derrida:

O próprio surgimento da justiça e do direito, o momento instituidor, fundador e justificante do direito, implica uma força performativa, isto é, sempre uma força interpretadora e um apelo à crença: desta vez, não no sentido de que o direito estaria a serviço da força, instrumento dócil, servil e portanto exterior do poder dominante, mas no sentido de que ele manteria, com aquilo que chamamos de força, poder ou violência, uma relação mais interna e mais complexa<sup>807</sup>.

A argumentação de Derrida o leva à conclusão de que a origem da autoridade, a fundação e o fundamento, a posição da lei só possa, por definição, apoiarem-se em eles mesmo, eles constituem em si mesmos uma violência sem fundamento. A desconstrução

---

<sup>805</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**, p. 18 e 19.

<sup>806</sup> Ibid, p. 23.

<sup>807</sup> Ibid, p. 24.

“significa revelar a violência imanente no coração do Direito em si”<sup>808</sup>. Não que dizer que a violência fundadora do direito seja ilegítima, ou ilegal, tão só injustificada. Em sua conclusão, Derrida vê a justiça como aporia, como impossibilidade. Timm de Souza comenta que a justiça aparece aqui como paradoxo, como “uma paradoxal realidade do real em si mesma, que não se oferece à ideia clara e distinta de seu reflexo intelectual, que com ela não mantém nenhum parentesco”<sup>809</sup>. A teoria da justiça, se assim podemos dizer, de Derrida, surge de tal paradoxo:

Que o direito seja desconstruível, não é uma infelicidade. Pode-se mesmo encontrar nisso a chance política de todo progresso histórico. Mas o paradoxo que eu gostaria de submeter à discussão é o seguinte: é essa estrutura desconstruível do direito ou, se preferirem, da justiça como direito, que assegura também a possibilidade da desconstrução. A justiça nela mesma, se algo como tal existe, fora ou para além do direito, não é desconstruível. Assim como a desconstrução ela mesma, fora ou para além do direito, não é desconstruível. Assim como a desconstrução ela mesma, se algo como tal existe. A desconstrução é a justiça.<sup>810</sup> (...) E a desconstrução é louca por essa justiça. Louca por esse desejo de justiça. Essa justiça, que não é o direito, é o próprio movimento da desconstrução agindo no direito e na história do direito, na história política e na história tout court, antes mesmo de se apresentar como discurso que se intitula, na academia ou na cultura do nosso tempo – o “desconstrucionismo”<sup>811</sup>.

“A justiça é a experiência do impossível”, escreve Derrida. O que é que esta afirmação significa? De que justiça falamos como impossibilidade? Derrida afirma: “O direito não é justiça. O direito é o elemento de cálculo, é justo que haja um direito, mas a justiça é incalculável.”<sup>812</sup> A decisão entre o justo e o injusto não está garantida por ‘uma regra’, um cálculo prévio, nem é redutível a um esquema, a uma norma ou fórmula, mesmo jurídica. O que me coloca diante da observação de Rachel Nigro sobre a possibilidade e a impossibilidade da identificação entre direito e justiça:

A infra-estrutura totalizante do discurso jurídico não deixa espaço para o incalculável que é a justiça. O binômio descoberta/criação da interpretação e decisão jurídicas revela a dualidade que constitui a prática social do direito, e, ao mesmo tempo, destrói sua pretensão de não-arbitrariedade, seu ideal de integridade. Essa dualidade problemática entre o determinismo do texto escrito, ou seja, o direito entendido como um texto auto-idêntico, cujo sentido está lá esperando para ser revelado, e a liberdade presente na

<sup>808</sup> TEUBNER, Gunther. **Tratando com paradoxos do Direito**: Derrida, Luhmann, Wiethölter, p. 173.

<sup>809</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. **Razões Plurais**, p. 143.

<sup>810</sup> DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*, p. 26-27.

<sup>811</sup> *Ibid*, p. 49.

<sup>812</sup> *Ibid*, p. 30.

possibilidade da autocriação do juiz da identidade do texto jurídico nos leva à conclusão de que não há sentido único, mas apenas interpretações possíveis, o que conduz o direito a um beco sem saída. [...] Ao determinar um sentido, que será arbitrário por constituição, estará sendo violento, estará calculando, e a justiça é incalculável<sup>813</sup>.

Trata-se da justiça como “experiência da aporia”, ou como bem anotou Timm de Souza: “imprevisibilidade total, da qual nenhuma regra dá conta, que de nenhuma regra deriva, nem ao menos das complexas regras do pensamento bem-ordenado”<sup>814</sup>. Como “experiência da aporia”, a “justiça é incalculável porque os múltiplos são demais, em número excessivo para o cálculo, já que habitam a origem da racionalidade”<sup>815</sup>.

A justiça como aporia implica na impossibilidade da sua realização no presente. A justiça, para a desconstrução, desafia o direito como uma possibilidade de ser, que remete ao futuro. Kozicki lembra que qualquer fechamento final ou definitivo de sentido é autoritário, pois a “desconstrução exige que toda leitura de um texto possa ser submetida a uma nova leitura, em um movimento que une presente e passado, futuro e presente”<sup>816</sup>. O sentido deve permanecer aberto, permitindo a própria desestabilização do direito e conseqüentemente a possibilidade da sua transformação, como condição de justiça. Sendo assim, qualquer decisão, para ser justa, “deve traduzir um novo julgamento, algo que surge com nova força e que atende ao fato de que, se o direito é geral, a justiça deve sempre atender à singularidade”<sup>817</sup>.

O direito e a justiça guardam uma relação íntima de tal modo que a justiça não pode ser compreendida fora do direito. Este, uma vez que é construído, pode ser desconstruído. A desconstrução opera no intervalo entre o direito e a justiça. Somente através da desestabilização do direito podemos abrir uma janela para a realização da justiça. Sendo assim, a justiça, separada do direito, não pode ser desconstruída. Como explica Kozicki:

A justiça, se considerada como algo imanente ao direito, instala um modo circular de justificação, em que algo se apresenta como justo porque conteúdo de um ordenamento jurídico que em si mesmo é justo. Nesta situação, descrição vira prescrição. Ou seja, o direito é considerado como algo inerentemente justo e, assim, a sua descrição implica, ao mesmo tempo,

<sup>813</sup> NIGRO, Rachel. **O Direito da Desconstrução**, p. 92-93.

<sup>814</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. **Razões Plurais**, p. 147.

<sup>815</sup> Ibid, p. 149.

<sup>816</sup> KOZICKI, Katya. **Conflito e estabilização**: comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. Tese de Doutorado em Direito aprovada pelo Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2000, p. 211.

<sup>817</sup> Ibid, p. 219.

a prescrição de que o seu conteúdo seja significado da justiça. Na perspectiva da desconstrução, a recusa em transformar descrição em prescrição justifica a insistência na separação entre direito e justiça, e esta transcende aos limites do ordenamento jurídico tal como ele é construído<sup>818</sup>.

Mas como sublinha Luiza Alvim, a desconstrução da justiça implica também na possibilidade de um “movimento de abertura em relação ao Outro. É, pois, uma possibilidade de justiça. Para Derrida, a justiça significa deixar o Outro ser outro, é um dom que não exige nada em troca, um amor incondicional”<sup>819</sup>. Nas palavras de Teubner:

A desconstrução não se reduz a uma simples crítica política do direito, isto é, a revelar as antinomias, as aporias e os paradoxos fundamentais do direito positivo, para tornar tanto mais prementes as exigências infinitas de uma justiça jurídica como extrajurídica. Quando Derrida exprime o problema da justiça numa linguagem da filosofia da alteridade, não se trata apenas, como diz Balkin, de compreender o outro com empatia falando a sua linguagem, mas de fazer direito às exigências infinitas provenientes da sua singularidade. Uma justiça compreendida neste sentido é impossível em sentido próprio, sem ser todavia separável do direito positivo: para Derrida, trata-se de uma 'prova' para o direito positivo, não se traduzindo na aproximação mas na provocação. A submissão do direito à alteridade parece hoje o caminho libertador dos sintomas de paralisia do movimento desconstrutor que recorrem a uma série de teóricos pós-modernos munidos das diretivas de Jacques Derrida e de Emmanuel Lévinas. A experiência imediata das exigências do “outro”, das percepções não ditas e não comunicadas da sua existência, a experiência da particularidade infinita da alteridade, dão ao mesmo tempo a sua partida à desconstrução do direito positivo incapaz de responder a estas exigências e à insistência sobre a justiça, cujas exigências não cessam de provocar o direito positivo<sup>820</sup>.

E aqui vemos ecos do pensamento de Emmanuel Levinas em Derrida<sup>821</sup>.

<sup>818</sup> KOZICKI, Katya. **Conflito e estabilização**, p. 212.

<sup>819</sup> ALVIM, Luiza Beatriz Amorim Mello. **Derrida: uma reflexão sobre a herança européia e a desconstrução do eurocentrismo**. In: NASCIMENTO, Evando e GLENADEL, Paula (organizadores). **Em torno de Jacques Derrida**. Rio de Janeiro: 7Letras, 2000, p. 143.

<sup>820</sup> TEUBNER, Gunther. **Os múltiplos corpos do Rei: a autodestruição da hierarquia do direito**, p. 348 e 349.

<sup>821</sup> Os ecos de Lévinas são frequentes no pensamento de Derrida. Na questão da justiça as referências aparecem de imediato. Para Lévinas, a justiça é a própria relação com o Outro, é a experiência do Outro como Outro, e que na visão de Derrida pressupõe uma dádiva sem restituição, sem re-apropriação e sem jurisdição. Para Lévinas, o começo da inteligibilidade surge com o sentido que nos é dado pela experiência do contato ou da inter-relação humana através do Rosto: “É à medida que tenho que responder não só pelo Rosto do outro homem, mas que, ao lado dele, abordo o terceiro, que surge a necessidade mesma da atitude teórica. O encontro com Outrem é imediatamente minha responsabilidade por ele. A responsabilidade pelo próximo é, sem dúvida, o nome grave do que se chama amor ao próximo, amor sem Eros, caridade, amor em que o momento ético domina o momento passional, amor sem concupiscência. Não gosto muito da palavra amor, que está gasta e adulterada. Falemos duma assunção do destino de outrem. É isto a “visão” do Rosto, e se aplica ao primeiro que aparece. Se ele fosse meu único interlocutor, eu só teria tido obrigações! Mas não vivo num mundo onde só há um “primeiro a chegar”; Sempre há no mundo um terceiro: ele também é meu outro, meu próximo. (...) Neste caso a justiça é, pois, anterior à assunção do destino do outro. Devo emitir juízo ali onde devia antes de tudo assumir responsabilidades. Ali está a origem do teórico, ali nasce a preocupação com a justiça que é fundamento do

### 6.2.3 O Fantasma da Indecibilidade

Na sua dimensão incalculável e aporética, a justiça apresenta-se como uma experiência impossível, o que remete ao tema da indecibilidade. Para entender o que isto significa devo recordar que para os linguistas, o significado acontece porque existe uma diferença entre os signos. Como explica Derek Johnston: “Se algum amigo me diz que seu braço está doendo, compreendo o significado porque reconheço a diferença (dentre outras) entre ‘braço’ e ‘baço’”. Ou seja, não chego diretamente a um significado, “mas faço a distinção entre um conjunto de relações possíveis. Derrida afirmava que o significado nunca é imediato; é sempre diferido”<sup>822</sup>. Mas e quando não nos deparamos com signos que não nos conduzem a uma operação binária e subvertem a ordem estabelecida? Johnston lembra os filmes de terror, que muitas vezes tentam chegar a seu objetivo subvertendo a ordem estabelecida e causando caos: “eles utilizam uma situação que não se encaixa em nossa lógica binária. Frankenstein é um exemplo: nem homem nem máquina, humano ou animal”<sup>823</sup>. Diante de tais situações a indecibilidade passa a ser a norma, pois existem ambiguidades nas palavras usadas na tradição ocidental que permitem que as mesmas possam ser interpretadas num sentido negativo ou positivo. Para Derrida, “existe uma indecibilidade básica sobre a linguagem, que faz parte de sua urdidura e trama. Nós nunca podemos chegar a um significado basilar”<sup>824</sup>.

Desta forma, o exercício da justiça é assombrado pelo fantasma do indecidível. Trata-se do que “se faz presente na decisão, sem que alguma articulação com os demais elementos da decisão possa esgotar seu sentido ou resolvê-lo em um todo completo”<sup>825</sup>. Nas palavras do próprio Derrida:

O indecidível não é somente a oscilação ou a tensão entre duas decisões. Indecidível é a experiência daquilo que, estranho, heterogêneo à ordem do

---

teorético. Mas é sempre a partir do Rosto, a partir da responsabilidade por outrem, que aparece a justiça, que comporta julgamento e comparação, comparação daquilo que, em princípio, é incomparável, pois cada ser é único; todo outrem é único. Nesta necessidade de se ocupar com a justiça aparece esta ideia de equidade, sobre a qual está fundada a ideia de subjetividade”. In: LÉVINAS, Emmanuel. **Entre Nós. Ensaios sobre a alteridade**. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto (coord.). 2 ed., Petrópolis: Vozes, 2005, p. 143 -144. Teubner escreveu a respeito que “Trata-se, por certo, de uma referencialidade que, distanciando-se do estilo científico atual, move-se rumo à transcendência, à força mística, que encontra o outro como na filosofia da alteridade de Levinas, a qual desafia a racionalidade moderna com a justiça pura, o dom, a amizade, o perdão”. In: TEUBNER, Gunther. **Tratando com paradoxos do Direito**: Derrida, Luhmann, Wiethölter, p. 171.

<sup>822</sup> JOHNSTON, Derek. **História concisa da Filosofia**: de Sócrates a Derrida, p. 169.

<sup>823</sup> Ibid, p. 169.

<sup>824</sup> Ibid, p. 170.

<sup>825</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. **Razões Plurais**, p. 159.

calculável e da regra, deve entretanto – é de dever que é preciso falar – entregar-se à decisão impossível, levando em conta o direito e a regra. Uma decisão que não enfrentasse a prova do indecível não seria uma decisão livre, seria apenas a aplicação programável ou o desenvolvimento contínuo de um processo calculável. Ela seria legal, talvez, mas não seria justa<sup>826</sup>.

E mais adiante:

O indecível permanece preso, alojado, ao menos como um fantasma, mas um fantasma essencial em qualquer decisão. Sua fantasmaticidade desconstrói do interior toda garantia de presença, toda certeza ou toda pretensão criteriologia que nos garanta a justiça de uma decisão. (...) Os efeitos dessa limitação não afetam apenas todo decisionismo (ingênuo ou elaborado); eles são concretos e suficientemente numerosos para que possamos dispensar exemplos<sup>827</sup>.

O indecível se caracteriza por sua novidade, pois no momento do exercício do ato justo surge como dimensão nova, como algo ainda não escrito, como um aparecimento. Como observa Timm de Souza: “*Novo* é outro nome para o indecível: o fulcro mais solene da decisão, aquilo que a caracteriza como tal, escapa à sua tematização intelectual pela incapacidade de organizar, em um todo sintético, todos os seus elementos”. O que faz com que alguns destes elementos inorganizados “permaneçam fora do alcance de sua justificação”<sup>828</sup>, fazendo com que a justiça permaneça incontrolável: a responsabilidade de uma decisão “sem a possibilidade de constituição de um código de regras para tal decisão”<sup>829</sup>.

Tal tema remete à dimensão política do direito, pois, nas palavras de Kozicki, a “ideia de justiça como experiência daquilo que não pode ser decidido (*undecidable*) é o que leva o sujeito à política (e pode-se dizer que ao direito, também), dada a necessidade da decisão”. O momento do julgamento, que conduz “do indecível para a decisão”, representa “a passagem de uma experiência ética da justiça para a ação política”<sup>830</sup>. Mas ao contrário do que poderia parecer, a indecibilidade não leva a uma postura relativista por conta da indeterminação do sentido. Significa simplesmente que a justiça não pode ser tratada como um programa qualquer, uma vez que, como observa Rachel Nigro, “em cada decisão, sempre nos

<sup>826</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**, p. 46.

<sup>827</sup> Ibid, p. 48.

<sup>828</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. **Razões Plurais**, p. 159.

<sup>829</sup> NIGRO, Rachel. **O Direito da Desconstrução**, p. 79.

<sup>830</sup> KOZICKI, Katya. **Conflito e estabilização**, p. 217.

encontramos face a face com uma singularidade, porque cada pessoa ou situação ou caso jurídico comporta uma ‘idiossincrática irrepetibilidade’”<sup>831</sup>.

#### 6.2.4 Desconstrução e Análise Sistêmica

Gunther Teubner chama a atenção para o fato de que tanto Luhmann quanto Derrida tenham chegado ao mesmo diagnóstico, qual seja, o da *loucura da decisão*: “a rotina das decisões jurídicas e econômicas contém um componente de loucura, de irracionalidade, de misterioso, de sacro”, como um componente indissolúvel do próprio processo decisório, “que não deve ser visto simplesmente como uma sobra desprezível num processo crescente de racionalização, mas como a verdadeira dinâmica condutora da própria decisão”<sup>832</sup>. Sendo assim, a desconstrução e a análise sistêmica concordam que “arbítrio, contradições, antinomias, paradoxos, irracionalidade e mesmo violência são os verdadeiros fundamentos até das construções mais refinadas da moderna racionalidade jurídica e econômica”<sup>833</sup>. Todavia, a descoberta do irracional da decisão não significa, para Luhmann e Derrida, suspender as “questões de justiça, e sim, ao contrário, aumentar as exigências de justiça”<sup>834</sup>.

Para Teubner, tanto Luhmann quanto Derrida pensam o direito não a partir de esquemas gnosiológicos como a norma fundamental ou a regra de reconhecimento, ou de princípios de validade material ou procedimental ou ainda de sua legitimação sociopolítica, e “sim de casos extremos de pura autoreferencialidade de operações jurídicas, dispostas, pela sua autoaplicação, em total confusão”<sup>835</sup>.

Assim como Luhmann, Derrida situa a justiça como algo que se encontra fora ou além do direito. Basta lembrarmos a distinção feita por Derrida entre o direito como instância do cálculo e a justiça como algo que remete ao terreno do incalculável. Mas apesar de incalculável, a justiça desafia o direito a calcular e tal cálculo somente pode acontecer a partir da relação entre o direito e a justiça, permitindo uma negociação entre o calculável e o incalculável, pondo um em direção ao outro. Tal cálculo não é somente uma questão de

---

<sup>831</sup> NIGRO, op cit, p. 97.

<sup>832</sup> TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Piracicaba: Ed. UNIMEP, 2005, p. 57.

<sup>833</sup> Ibid, p. 57.

<sup>834</sup> Ibid, p. 58.

<sup>835</sup> Ibid, p. 59.

programação e Luhmann claramente tem este tema em mente quando se refere à justiça como um “programa para todos los programas”<sup>836</sup>, ou como um supra-programa. A justiça, para ambos, é algo inatingível, mas, todavia, necessário e sua busca confere sentido para as decisões do direito. Diante da contingência da decisão legal, pensar na justiça oferece um sentido, desafiando o sistema legal com o fantasma da indecibilidade. A justiça é colocada no horizonte de probabilidades do direito em termos de possibilidade / impossibilidade, com significados que estão além do direito, mas operando dentro do direito. A justiça, tanto para Derrida quanto para Teubner, seria mais que uma fórmula de coerência e ainda mais que uma fórmula de contingência, seria uma fórmula de transcendência do direito<sup>837</sup>. Derrida, desta forma, intensifica o sentido da auto-transcendência do direito<sup>838</sup>. Transcendência aqui deve ser entendida também no sentido de transcendência da positividade, de uma “justiça que se opõe a um direito altamente tecnicizado”<sup>839</sup>.

A principal diferença entre os dois pensadores reside no fato de que para Luhmann, a justiça não é uma indicação de uma direção para o sistema legal no sentido da busca de uma maior justiça, uma vez que para o teórico sistêmico, a questão da justiça guarda uma relação com a diferenciação funcional da sociedade, como consistência adequada das decisões. Para Derrida, a justiça significa algo como um horizonte utópico para o direito, inatingível, porém inadiável, instaurando uma tensão capaz de permitir a transformação, o que termina por promover o encontro de suas formulações com o pensamento da alteridade de Lévinas: a justiça nos empurra na direção do Outro. Como sintetiza Teubner: “A justiça, segundo Derrida, não é um objetivo, não é uma fórmula coerente, nem contingente, mas é invocação, abismo, ruína, experiência da contradição, caos dentro do Direito”<sup>840</sup>.

---

<sup>836</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**, p. 278-279.

<sup>837</sup> Teubner argumenta que enquanto Luhmann “se interroga quanto à justiça do Direito em relação a seu ambiente, não se interroga quanto a sua justiça em relação ao mundo. Segundo seu sistema jurídico, o Direito possui uma fórmula de contingência no conceito de justiça, mas não uma fórmula de transcendência”. TEUBNER, Gunther. **Tratando com paradoxos do Direito**: Derrida, Luhmann, Wiethölter, p. 169.

<sup>838</sup> Teubner esclarece: “Allora, la giustizia sarebbe più di una formula di consistenza, ma anche più di una formula di contingenza, sarebbe formula di trascendenza [...]. Mentre Luhmann alla giustizia del diritto chiede un'autotrascendenza rispetto all'ambiente prodotto, ma qui questo confine e pretende dal discorso della giustizia dispensare la trascendenza al di là ogni significato – ‘il camminare attraverso il deserto’”. In: TEUBNER, Günther. **Giustizia autosovversiva**, p. 50.

<sup>839</sup> TEUBNER, op cit, p. 170.

<sup>840</sup> Ibid, p. 171.



### 6.3 MICHAEL WALZER E A IGUALDADE COMPLEXA

No início da década de 70 do século passado (mais precisamente em 1971), o mundo filosófico anglo-saxão foi sacudido pela publicação da obra principal de John Rawls sobre a filosofia do direito, intitulada “Uma Teoria da Justiça”<sup>841</sup>. O objetivo de Rawls consistia em tentar reabilitar o liberalismo político por meio da reconciliação dos princípios liberais com princípios igualitaristas. Através de uma concepção procedimental do liberalismo irá buscar uma elevação a um alto grau de abstração teórica, capaz de conciliar o pensamento liberal com os avanços igualitários típicos do *Welfare State*, utilizando para tanto categorias inovadoras como a posição original, a sociedade bem-ordenada e o equilíbrio reflexivo<sup>842</sup>.

Após o impacto inicial, um importante debate foi estabelecido na academia, tendo por um lado uma crítica à direita, capitaneada por Nozick, apontando na obra de Rawls um viés igualitarista inaceitável, e uma crítica pela esquerda, tendo à frente os pensadores que foram convencionalmente chamados de comunitaristas, vendo insuficiências no igualitarismo proposto. Ou seja, por um lado uma crítica que via a obra de Rawls como insuficientemente liberal e por outro uma visão da teoria da justiça rawlsiana como insuficientemente igualitária. Também Dworkin e Amartya Sen participaram ativamente do debate em torno das propostas do filósofo da Universidade de Harvard.

O comunitarismo surgiu assim como uma reação filosófica ao trabalho de John Rawls, através de trabalhos que foram publicados a partir dos anos 80 do século passado. Seus principais pensadores foram Michael Sandel e Alasdair MacIntyre, adeptos do comunitarismo orgânico e Charles Taylor e Michel Walzer, adeptos do comunitarismo estrutural. Também são considerados comunitaristas autores como Richard Rorty, Joseph Raz, Stephen Mulhall e Adam Swift. Para Garagarella, ao se debater com o a teoria da justiça de Rawls, o comunitarismo nada mais fez que ressuscitar a velha polêmica entre Kant e Hegel. Enquanto Kant fundamentava a justiça nas ideias do imperativo categórico e do dever, para Hegel, a

---

<sup>841</sup> RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>842</sup> Para uma exposição panorâmica da Teoria da Justiça de Rawls recomendamos a leitura do capítulo 3 do livro de Kukathas e Pettit sobre Rawls e a recepção da sua obra: KUKATHAS, Chandran e PETTIT, Philip. Rawls: “Uma Teoria da Justiça” e seus críticos. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 1995, p. 51 a 76.

prioridade estava na determinação dos laços comunitários. A integração plena do indivíduo na comunidade a que pertencia representava para Hegel a mais completa e profunda experiência pessoal e espiritual, o que pode ser descrito sob a fórmula da prioridade da comunidade sobre o indivíduo<sup>843</sup>. Tratava-se de opor a moral abstrata do liberalismo de matriz kantiana a uma moral substantiva, como visualizada por pensadores do quilate de Aristóteles e Hegel. Como bem observou Basilone Leite,

A crítica comunitarista contesta a noção liberal de universalidade, sob o argumento de que o conteúdo dos princípios que protegem os direitos fundamentais é definido a partir das razões particulares que determinam significados materiais diferentes para conceitos teóricos universais<sup>844</sup>.

A obra de Michael Walzer intitulada *Esferas da justiça*<sup>845</sup>, de que vamos tratar aqui, buscando suas possíveis conexões com a teoria da justiça que encontramos em Luhmann, faz parte deste esforço dos comunitaristas de combate às ideias expressas por John Rawls. Walzer introduz a ideia de igualdade complexa, em contraposição com a ideia de igualdade simples do liberalismo e da ideia de justiça precedente.

Para tanto vamos verificar no que consistem os postulados básicos da teoria de Walzer sobre a justiça. Walzer considerava que a ideia de justiça não pode ser determinada a partir de um único ponto, segundo a proposta do liberalismo igualitário de John Rawls. Em “Esferas da justiça”, Walzer parte do pensamento aristotélico, segundo o qual a justiça distributiva possui uma relação direta e imediata com a valoração que cada comunidade dá aos bens a serem distribuídos<sup>846</sup>. Walzer recorre a uma metodologia particularista, reconhecendo a historicidade das comunidades humanas e o pluralismo de significados que cada uma dá para os bens que produz ou adquire. Toda sociedade humana é uma comunidade distributiva<sup>847</sup>. Walzer entende como justa uma sociedade que distribui os seus bens de acordo com as significações dadas por uma determinada comunidade. Como escreve Walzer: “os bens sociais têm significados sociais, e procuramos o caminho que leva à justiça distributiva por intermédio da

<sup>843</sup> GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 137 a 153.

<sup>844</sup> LEITE, Roberto Basilone. **Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo**: a crítica de Jurgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. In: LOIS, Cecília Caballero (org.). *Justiça e democracia entre o universalismo e o comunitarismo. A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria da Justiça*. São Paulo: Landy, 2005, p. 199.

<sup>845</sup> WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**. Uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>846</sup> Weber, ao afirmar o politeísmo dos valores como característica da modernidade, já assinalava a existência de racionalidades distintas nas diferentes esferas de valores.

<sup>847</sup> WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**, p. 1.

interpretação desses significados”<sup>848</sup>. Uma sociedade justa é aquela na qual a distribuição de bens sociais obedece a uma repartição consciente que responda ao equilíbrio das diversas esferas de justiça, de diversas esferas distributivas e, em suma, a um critério de igualdade complexa. Dinheiro, educação, saúde, poder político<sup>849</sup> etc., são bens distintos que devem ser distribuídos por seus próprios critérios, socialmente definidos<sup>850</sup>.

Por outro lado, Walzer designa como injusta ou até mesmo tirânica toda sociedade na qual um grupo de indivíduos domina os demais processos distributivos pelo fato de monopolizar um determinado bem, violando os significados sociais e os seus princípios distributivos. No momento em que um critério distributivo de uma determinada esfera social consegue influir nos critérios distributivos de outra, o equilíbrio representado pela igualdade complexa é rompido, dando lugar à injustiça. Walzer toca num ponto crítico da tradição liberal, que sempre contornou a questão do poder dentro da esfera privada. Nascido na luta contra o absolutismo, o liberalismo conformou-se com a postulação de limites ao Estado, no sentido da proteção ao indivíduo. Mas não observou que acúmulos de riqueza e poder na esfera privada trazem como consequência a corrupção das demais esferas sociais, quando o dinheiro serve para “comprar” mandatos eletivos, assistência médica diferenciada e educação privilegiada. Walzer destaca o papel da ideologia na justificação de tais circunstâncias: “A pretensão de monopolizar um bem predominante constitui uma ideologia. Sua forma comum

---

<sup>848</sup> WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**, p. 23.

<sup>849</sup> Para Walzer, o poder político não passa de um tipo especial de bem, possuindo um caráter duplo. Por um lado é igual às outras coisas que as pessoas criam, valorizam, trocam e compartilham, sendo às vezes predominante e outras vezes, não. Por outro lado é diferente de todas as outras coisas, uma vez que o poder político é a iniciativa reguladora dos bens sociais em geral. Nas palavras de Walzer: É usado para defender os limites de todas as esferas distributivas, inclusive a sua própria, e para impor limites de todas as esferas distributivas, inclusive a sua própria, e para impor as interpretações comuns do que são os bens e para que servem. Mas também pode ser usado, obviamente, para invadir as diversas áreas e cancelar estas interpretações. Neste segundo sentido, pode-se dizer, de fato, que o poder político é sempre dominante – nas fronteiras, mas não dentro delas. O principal problema da vida política é manter essa diferença fundamental entre “em” e “dentro de”. Mas é um problema que não pode ser resolvido por intermédio dos imperativos da igualdade simples”. In: WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**, p. 18.

<sup>850</sup> Na exposição acima fica claro que Walzer incorpora uma concepção de diferenciação dinâmica à sua teoria da justiça, mas tal diferenciação não é meramente funcional, já que em cada esfera se desenvolvem formas específicas de justiça, o que o aproxima do pensamento de Hegel. Ludwig Siep critica Walzer neste ponto, apontando-o como insuficientemente hegeliano, pois não “logra plantear los diversos significados de la justicia como desarrollo de un sentido común. La modificación respectiva se produce más bien desde las categorías de los bienes presupuestos. La diferenciación nos es desarrollo sistemático de una idea normativa. Para Hegel, la diferenciación dinámica de las esferas sociales tiene un hilo conductor normativo, esto es, la idea de libertad, en la que el desenvolvimiento de las capacidades especiales del individuo y la persecución de sus intereses está unida a la elaboración de un ordenamiento totalmente justo”. In: SIEP, Ludwig. **La actualidad de la filosofía práctica de Hegel**. Hegel y el holismo de la filosofía política. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 23-24.

é vincular a posse legítima a algum conjunto de qualidade pessoais por meio de um princípio filosófico”<sup>851</sup>.

Comentando a obra de Walzer, Cittadino observa que:

Em uma sociedade capitalista, por exemplo, o dinheiro é o bem social predominante e pode rapidamente ser convertido em prestígio e poder. Ressalte-se, entretanto, que um bem predominante é distinto de um bem monopolizado, pois, segundo Walzer, o monopólio ocorre quando um grupo de pessoas se apropria eficazmente de um bem, enquanto o bem predominante *tiraniza* todos os outros<sup>852</sup>.

Para Walzer, as formas e critérios de distribuição dos bens sociais conformam aquilo que pode ser chamado de “sistemas distributivos”, sistemas estes que valoram os bens e determinam sua distribuição de tal modo que nenhum deles pode se arvorar como detentor de critérios únicos e absolutos<sup>853</sup>. Entre os critérios sociais de distribuição Walzer relaciona o mérito, a decisão democrática, a lealdade política, a qualificação, o nascimento, o livre intercâmbio, a necessidade, o sangue ou a amizade. As proposições da teoria dos bens de Walzer são as seguintes: 1) todos os bens tidos em conta pela justiça distributiva são bens sociais; 2) os indivíduos assumem identidades concretas pela maneira que concebem, criam, possuem e empregam os bens sociais; 3) não existe um só conjunto de bens básicos ou primários concebível para todos os mundos morais e materiais; 4) é a significação dos bens que determina o seu movimento, ou seja, os critérios e procedimentos distributivos são intrínsecos não a respeito do bem em si, mas a respeito ao bem social, o que implica que toda distribuição é justa ou injusta em relação com os significados sociais dos bens; 5) os significados sociais possuem caráter histórico, do mesmo modo que as distribuições; e 6) quando os significados são distintos, as distribuições devem ser autônomas<sup>854</sup>.

A teoria de Walzer centra o foco na sexta proposição acima, estabelecendo que os bens sociais possuem significados distintos e as distribuições devem ser autônomas e não dependentes de outros bens sociais. Na política, por exemplo, a distribuição do poder deve se dar pela capacidade de persuasão, enquanto que na academia o critério escolhido pode ser o

<sup>851</sup> WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**, p. 13.

<sup>852</sup> CITTADINO, Gisele. Verbete Walzer, Michael. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 855.

<sup>853</sup> VANEGAS, Camilo Alberto Enciso. **La igualdad compleja de Michael Walzer y los fallos económicos de la Corte Constitucional**. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007, p. 47.

<sup>854</sup> WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**, p. 6 a 11.

do mérito e nas artes deve predominar o talento. A luta pela justiça é uma luta pela manutenção da autonomia destas esferas específicas de distribuição de bens. Falar em justiça é falar em ausência de dominação, é impedir que os ricos usem seu dinheiro para impedir que os pobres deixem de ser pobres<sup>855</sup>. Como bem observou Cittadino:

A igualdade complexa supõe, nas democracias contemporâneas, não apenas uma pluralidade de bens sociais e esferas de justiça por ele constituídas, mas também cidadãos ativos que, protegendo as fronteiras e a autonomia das esferas em que atuam, impedem que o predomínio sobre bens se traduza em dominação sobre pessoas<sup>856</sup>.

Uma vez que a justiça distributiva proposta por Walzer é relativa aos significados sociais, fica clara a sua crítica a qualquer método ahistórico e descontextualizado, nos moldes propostos por Rawls. Walzer critica ainda o fato de que “a mais profunda hipótese da maioria dos filósofos que escreveram sobre a justiça, a partir de Platão, é que existe um, e somente um, sistema distributivo que a filosofia possa abraçar corretamente”<sup>857</sup>. Sendo a justiça relativa às pessoas, uma distribuição justa é aquela na qual os valores relativos dados às coisas correspondem com os valores das pessoas que as recebem. Ou seja, sua ideia de justiça gira em torno da coexistência de distintas percepções, igualmente válidas, ou pelo menos igualmente viáveis, do significado do que é justo. Walzer reconhece a complexidade do mundo contemporâneo, que faz com que a acessibilidade ao conhecimento do que é devido torna-se bastante problemática, mas nem por isso sua busca deva ser abandonada.

Como já mencionado anteriormente, os problemas surgem quando ocorre a prevalência de certo tipo de valores, que passam a ter posição de domínio sobre outros, referentes a outros âmbitos (“esferas”) da sociedade. Surge então o problema das minorias ou majorias subordinadas pelos que monopolizam um determinado bem social que se torne dominante, violando o princípio da não obstrução entre as distintas esferas. Isso acontece frequentemente com o direito, que facilita a obtenção de bens políticos, o acesso a cargos e a profissões, a privilégios educativos, acesso a serviços de saúde etc. Walzer nos convida a

---

<sup>855</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 125.

<sup>856</sup> CITTADINO, Gisele. **Verbete Walzer, Michael**, p. 856.

<sup>857</sup> Walzer vai adiante: “Mesmo que estejamos comprometidos com a imparcialidade, a questão com mais probabilidade de surgir na cabeça dos membros da comunidade política não é ‘O que os indivíduos racionais escolheriam em situações universalizantes de tal tipo?’. Mas, pelo contrário, ‘O que escolheriam indivíduos como nós, situados como nós, que compartilham uma cultura e estão decididos a continuar compartilhando-a?’” In: WALZER, Michael. **Esferas da Justiça**, p. 3-4.

imaginarmos uma situação na qual cada bem se encontre contido em uma esfera distributiva ou de justiça, mas que, por conta de um ato de agressão distributiva, ocorra uma invasão ilegítima, saindo de suas fronteiras. Tais situações são as que comumente chamamos de injustiça.

Walzer parte ainda do fracasso das experiências que tentaram estabelecer formas de igualdade simples, onde ocorre uma unificação dos critérios de distribuição dos bens, levando à uniformização e eliminação das diferenças, como no caso das experiências do chamado “socialismo real”, que punham a igualdade num *Leito de Procusto*, nivelando a todos. Tal igualdade, concebida em termos simples, requer para a sua permanente fixação o uso de um aparato repressivo que termina por subverter os próprios ideais iniciais de igualdade<sup>858</sup>. A ideia de igualdade de Walzer pressupõe que nenhum bem social pode servir como meio de dominação, através da subjugação das demais esferas distributivas, o que permitiria pensar um igualitarismo capaz de ser compatível com a liberdade. A igualdade complexa implica no surgimento de uma situação social na qual nenhum grupo de pessoas domina através de um critério único a distribuição dos bens sociais. Ou seja, a ideia de uma *complex equality* pressupõe a defesa da diferença<sup>859</sup>, da qual se deriva que bens sociais diferentes, distribuídos por diferentes razões, entre diferentes grupos, possam contribuir com a construção de uma sociedade justa.

### 6.3.1 As Esferas da Justiça e o Direito Reflexivo

A primeira aproximação que faremos entre as formulações de Walzer e a teoria sistêmica de Luhmann consiste na constatação de que o regime de distribuição baseado na igualdade simples não é adequado para as sociedades funcionalmente diferenciadas que caracterizam a modernidade. Reconhecer a crescente diferenciação funcional e a autonomia dos subsistemas sociais implica em reconhecer que cada esfera distributiva deve se orientar a partir de critérios próprios de distribuição de bens sociais. A afinidade entre o pensamento de

<sup>858</sup> WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 17.

<sup>859</sup> Walzer escreveu que “O objetivo do igualitarismo político é uma sociedade livre da superioridade. Essa é a esperança vigorosa à qual denomina a palavra igualdade: fim das medidas e rapapés; das bajulações e adulações; fim do temor trêmulo; fim dos todo-poderosos; fim dos senhores, fim dos escravos. Não é a esperança da eliminação das diferenças; não precisamos ser todos iguais nem ter a mesma quantidade de coisas iguais. Todos são iguais entre si (para todos os fins morais e políticos importantes) quando ninguém possui nem controla os meios de dominação”. WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. XVI.

Walzer e a abordagem sistêmica do direito aparece na própria ideia das esferas de justiça, cada uma delas funcionando sob a forma de um subsistema societal, cada uma delas possuindo uma racionalidade própria. A igualdade complexa implica então na aceitação de que a sociedade deve ser entendida por uma abordagem policontextual.

Na sociedade moderna, o direito reflexivo parte de uma forte afirmação da autonomia do sistema jurídico. Veremos como tal ideia de esferas expressa por Walzer, com um relativo grau de autonomia, pode se coadunar com a visão de Teubner de reflexividade e autonomia do direito. Desta forma, as teorizações de Walzer podem importar para uma abordagem sistêmica da justiça se levarmos em conta as propostas de um direito reflexivo, capaz de substituir as pautas de um Estado intervencionista cuja crise já foi bastante ressaltada<sup>860</sup>, por uma agenda que pode ser definida como “orientação contextual descentralizada”<sup>861</sup>.

Numa sociedade crescentemente diferenciada e complexa, o Estado, dentro da abordagem proposta pelo direito reflexivo, deve adotar uma posição que evite tanto o controle autoritário e direto quanto a autonomia absoluta, de forma que a orientação contextual possa funcionar na linguagem e nos critérios idiossincráticos de cada subsistema social. Uma vez que não é possível controlar diretamente os subsistemas por meio de políticas administrativas ou jurídicas, o Estado, como assinala Willke, “deveria modelizar ou representar precisamente a complexidade interna dos sistemas controlados”<sup>862</sup>. Para tanto é necessário acrescer aos programas condicionais (como o direito penal), típicos do Estado liberal moderno, e aos programas finalizados do Estado intervencionista (planejamento estatal), programas relacionais cuja função seja a orientação societal.

---

<sup>860</sup> As críticas feitas por Luhmann a respeito da sobrecarga de funções do Estado intervencionista não podem ser conduzidas a uma seara “neoliberal”, o que implica numa grande simplificação da abordagem luhmanniana, que não postula uma utopia regressista rumo a um modelo de Estado mínimo que é a grande batalha dos ultra-liberais. Alexandre Morais da Rosa, por exemplo, associa o direito reflexivo com Estado mínimo e as agências reguladoras. Ver ROSA, Alexandre Morais da. Direito de Família “Total Flex”. In: **Direito e Processo** – Estudos em homenagem ao Desembargador Noberto Ungaretti. São José: Conceito Editorial, 2007, p. 33. Vale transcrever o que escreveu sobre o tema Jiri Pribán: “Nevertheless, theories of reflexive and autopoietic law are hard to approach with an ideological critique because they escape traditional political categories of the left-right model and legal policy. They are too complex for any political and ideological interpretation”. PRIBÁN, Jiri. Reflexive and Autopoietic Law. In: CLARK, David Scott. (editor). **Encyclopedia of Law & Society**. American and Global perspectives. Volume 3. Califórnia: Sage Publications, 2007, p. 1279.

<sup>861</sup> WILLKE, Helmut. **Verbete “Direito Reflexivo”**. In: ARNAUD, André-Jean (direção). Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito. Tradução dirigida por Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 680.

<sup>862</sup> WILLKE, Helmut. **Verbete “Direito Reflexivo”**, p. 680.

### 6.3.2 Policontextualidade e Justiça

O conceito de *policontextualidade* foi criado por Gotthard Günther em oposição ao *princípio da monocontextualidade*. Pode ser formulado sobre a base de uma distinção ontológica: tudo aquilo que é pertence ao âmbito do ser e o que não pertence a ele é precisamente “nada”. Jokisch anota que em tal postulado (*monocontextualidade*) não há lugar para nenhum observador:

No hay ningún lugar para un observador, dentro de una contextualidad estrictamente bivalente de este tipo, dado que en caso contrario se diría: para que el observador participe en el “ser”, o sea, para que “sea”, debe ser observable. No obstante, si fuera observable, entonces no podría observar, a la vez, el “ser”, dado que el mismo también tiene cualidad de ser (Debe observar acaso la “nada”?). Sin embargo, si no puede observar el “ser” – como hemos dicho, el mismo forma parte del “ser”<sup>863</sup>.

Gotthard Günther se pergunta sobre como é possível harmonizar a heterogeneidade e a homogeneidade do mundo, pois, na base do princípio da *monocontextualidade* a redução de tudo aquilo que é ao ser termina por significar que “tudo” é homogêneo (e, assim, as diferentes “formas” do mundo não passam de aparências). Para escapar de tal perspectiva há que se adotar a perspectiva da policontextualidade, ou seja, é preciso tratar o mundo como composto por inumeráveis “monocontextualidades”, entendidas como estruturas bivalentes (*two-valued regions*). No momento em que temos uma observação de observadores (cibernética de segunda ordem), possamos de uma “observação monocultural a outra, *policontextural*”<sup>864</sup>. A totalidade das contextualidades bivalentes pode ser designada como policontextualidade. Günther radicaliza o policentrismo na forma de uma policontextualidade ameaçadora, como uma pluralidade de perspectivas mutuamente excludentes<sup>865</sup>. Cubeiro explica que a policontextualidade alude ao fato da existência de muitos códigos com validade simultânea, ainda que se rejeitem entre si. Implica na

<sup>863</sup> JOKISCH, Rodrigo. **Metodología de las Distinciones**. Forma – Complejidad – Auto-Referencia – Observación – Construcción de Teorías. Integrando lo macro y lo micro en las Ciencias Sociales. México: UNAM/Juan Pablos, 2002, p. 114.

<sup>864</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Observações sobre a observação Luhmanniana**, p. 12.

<sup>865</sup> Como observa Teubner: “A una più elevata astrazione, Gotthard Günther radicalizza la policentricità, nella forma di una minacciosa policontestualità, cioè in una pluralità di prospettive reciprocamente escludentesi, che sono costituite da differenze binarie. Queste non sono compatibili reciprocamente – e possono essere superate soltanto attraverso “rejection values”, che non conducono a nulla all’infuori di nuove distinzioni binarie. I collegamenti descritti (malgrado le considerevoli differenze sotto altri aspetti) concordano in un punto: la collisione, nell’attuale significato idiosincratico, esclude la riconciliazione con la razionalità societaria e, ancor meno, con lo sviluppo della giustizia sociale”. In: TEUBNER, Günther. **Giustizia autosovversiva: formula di contingenza o di trascendenza del diritto?** Nápoles: Edizioni Città del Sole, 2008, p. 24.



inexistência de vértices ou de um centro em contraposição a uma periferia, obrigando cada sistema parcial a refletir e portanto auto-observar-se<sup>866</sup>.

Para Rocha a “policontexturalidade é uma metáfora re-utilizada como critério de investigação da fragmentação do sentido na pós-modernidade, sendo uma interessante perspectiva para a análise do Pluralismo Jurídico Transnacional”<sup>867</sup>. As sociedades policontexturais são aquelas nas quais se produz a possibilidade de diferentes observações simultâneas, o que implica na renúncia à perspectiva de uma observação única (ou de unidade na observação). Não existe um único “mundo da vida” partilhado por todos os observadores como referência exclusiva<sup>868</sup>. O fato é que observamos a partir de uma pluralidade de mundos e de referências. Numa sociedade policontextural, a observação não contempla um horizonte dentro do qual nenhuma atividade parcial pode ser pensada como essencial, uma vez que todos os subsistemas existem em torno a uma função necessária, e, sendo assim, todas as atividades são essenciais. Se a sociedade é um sistema complexo, tal complexidade nos obriga a proceder selecionando a cada passo dentro deste excedente de possibilidades, e que tal seleção, como observa Pintos, para guardar relação com a pluralidade da sociedade, não pode ser formulada de modo binário (“ou isto ou o outro”), mas sim de forma ternária (“ou isto, ou o outro ou mais além”).

A justiça adequada do direito, ou a justiça do jurídico (para usarmos a expressão de Teubner: “juridical justice”), deve levar em conta que não é possível pensarmos em termos disjuntivos, ao modo de “direito e sociedade”, mas sempre de modo a conectar os dois termos, ou seja, como no título da obra de Luhmann, só existe “direito da sociedade”. A justiça, portanto, deve ser pensada em termos de uma sociedade policontextural, onde cada esfera estabelece seus códigos e programas específicos, gerando a cada momento, uma pluralidade de justiças: justiça distributiva, reparatória, comutativa, de acordo com o mérito ou com a necessidade, individual ou coletiva etc. Por conta do caráter policêntrico da sociedade

---

<sup>866</sup> CUBEIRO, Manuel Torres. **Niklas Luhmann**, p. 102.

<sup>867</sup> ROCHA, Leonel Severo e CARVALHO, Delton Winter. Policontexturalidade Jurídica e Estado Ambiental. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, 2006, n. 03, p. 129.

<sup>868</sup> Como observa Villas Bôas Filho: “Construtos como o de ‘esfera pública’ que estariam baseados no conceito de intersubjetividade, são rejeitados por Luhmann que, levando ao extremo da radicalização tese da diferenciação social, assume uma visão acêntrica e fragmentária da sociedade moderna que, em sua policontexturalidade, admitiria uma série de discursos sociais concorrentes e, muitas vezes, conflitantes. Trata-se, em última análise, de uma radicalização da tese weberiana do politeísmo dos valores”. In: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 113.

moderna, torna-se problemática a adoção de um critério único de justiça de padrão universalizante. Por tal motivo, Teubner lembra que, com boas razões, os críticos comunitaristas do direito moderno pedem por uma mudança radical que quebre os limites da lei para reintegrar o direito na sociedade e para estabelecer alternativas, procedimentos e critérios de justiça comunitária capazes de resguardar o pluralismo existente.

Ao mesmo tempo, o desafio consiste em pensarmos estas esferas em sua totalidade, uma vez que é possível, usando as ferramentas conceituais da teoria dos sistemas, observar a sociedade como um todo. Na busca do seu grau adequado de complexidade, cada esfera de justiça, ou cada subsistema encarregado da distribuição de determinados bens socialmente relevantes, deverá colocar-se diante do desafio de manter seus próprios limites, ao mesmo tempo em que incorpora de modo reflexivo demandas vindas do seu entorno. O perigo consiste na corrupção dos códigos, com a invasão, sempre frequente, da política ou da economia sobre as demais esferas de justiça, provocando o acesso privilegiado a bens com base em critérios que não são aqueles adotados como o sentido vigente daquela esfera.

A corrupção dos códigos pode levar ainda a perigos como os detectados por Gunther Teubner no seu *trilema regulatório*, onde podem ocorrer situações como uma invasão dos outros sistemas sociais pelo sistema político, conduzindo a fenômenos como os do “constitucionalismo simbólico” ou da “legislação propagandística”, ou ainda, levando a situações em que o sistema jurídico invade outros sistemas, judicializando a vida social. Ou ainda quando um terceiro sistema (econômico, por exemplo<sup>869</sup>) invade o sistema jurídico ou o sistema político. Teubner descreveu o seu *trilema regulatório* da seguinte forma: a) ocorre uma “indiferença” recíproca entre direito e sociedade, em face do elevado grau de autonomização do direito, fazendo com que a ordem jurídica perca a sua autoridade

---

<sup>869</sup> Uma “invasão” do direito pela economia é justamente o que propõe a chamada “análise econômica do direito” proposta por autores como Richard Posner. Teubner lembra o anúncio de Poesner da morte do direito enquanto disciplina autônoma. Nas palavras de Teubner: “A teoria dos custos de transação, a teoria dos direitos de propriedade, do public choice elabora os princípios racionais dessa nova ordem que reivindicam sua validade também nos confrontos do direito. Direito e economia pretende ser o novo paradigma triunfante, que elimina antigas orientações político-morais do direito e não tolera a coexistência de quaisquer outros paradigmas a seu lado: 'Não tereis outros deuses além de mim'. Direito e economia justifica essa exclusividade por sua histórica vitória nas sociedades modernas, pela institucionalização da racionalidade econômica em toda sociedade e, hoje, quase no mundo todo”. Porém, apesar do monoteísmo econômico, existe também a emergência de um politeísmo de outras racionalidades parciais: “Ao lado da economia estão, acima de tudo, a política, a ciência e tecnologia, o setor de saúde, a mídia, o direito e, possivelmente, também a moralidade do mundo da vida que desenvolveram individualmente suas próprias racionalidades, centradas em si mesmas”. E ainda: “Direito é política’ é o grito de guerra dos adeptos do critical legal studies, que atualmente é abafado pelo grito de guerra 'direito é economia’”. TEUBNER, Gunther. *Altera Pars Audiatur*: o direito na colisão dos discursos, p. 93, 94 e 96.

institucional. Pouco a pouco, o direito perde a sua possibilidade de “controlar” a sociedade; b) a “colonização” da sociedade por parte do direito, que em virtude do seu alto grau de especialização, tende a destruir a autenticidade e a identidade das relações básicas da sociedade; e finalmente c) ocorre a desintegração do direito por força do dinamismo da economia e da política. Tal quadro resulta de um diagnóstico da crise por que passa o Estado de Bem-Estar Social<sup>870</sup> e a resposta para o trilema consiste em dotar o direito de uma efetiva capacidade reflexiva, o que implica num reconhecimento de que o direito não pode estabelecer de modo autoritário quais as estruturas e funções dos demais subsistemas sociais, aceitando ainda o valor das auto-regulações existentes<sup>871</sup>.

Uma confusão entre os diversos subsistemas, através da invasão e corrupção dos respectivos códigos e programas, somente pode ter como consequência o desvio de suas funcionalidades. Não pode haver justiça, funcionalmente falando, se um subsistema do direito, como por exemplo, o direito penal, for invadido pela política. Tal invasão pode se dar por conta da exigência de punições imediatas ou “exemplares”, com aplicação de penas que não fazem parte dos programas condicionais do direito penal. No caso, teríamos uma politização do direito, assediado por demandas que o mesmo não consegue canalizar dentro de sua sistematicidade, e que o tornaria incapaz de tomar decisões consistentes, capazes de

---

<sup>870</sup> Como argumenta Faria: “Essa disfuncionalidade crescente tanto do Estado ‘social’ ou regulador quanto de seu instrumental normativo configura um processo que tem sido chamado de ‘ingovernabilidade sistêmica’ ou ‘crise de governabilidade’ pelos cientistas políticos. E de ‘inflação legislativa’, ‘juridificação’ (ou ‘sobrejuridificação’) e ‘trilema regulatório’, pelos sociólogos e teóricos do direito”. In: FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 117.

<sup>871</sup> Ver a respeito do trilema regulatório: OLGATI, Vittorio. Direito positivo e ordens sócio-jurídicas: um “engate operacional” para uma sociologia do direito européia. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, páginas 87 e 88. Carlos Ravina exemplifica, descrevendo um trilema regulatório: “Pensemos, por ejemplo, que el Gobierno, presionado por grupos ambientalistas, aprobara una norma por la cual los hospitales tienen que someter sus desechos tóxicos a un procedimiento de reciclaje de residuos tóxicos adecuado desde el punto de vista medioambiental en términos técnicos y de seguridad, pero muy costoso. Supongamos que el tratamiento de los residuos tóxicos venía siendo realizado en todos los hospitales por empresas privadas, que ante la nueva normativa deciden que nos es rentable el tratamiento de residuos al antiguo precio, y que los hospitales carecen de recursos para pagar los posibles nuevos costes por lo que las empresas dejan de prestar servicio. Obviamente los hospitales carecen de los recursos y del conocimiento técnico para hacerlo por ellos mismos. La situación que se produciría superaría los límites de la propia actividad regulada y, según el trilema regulatorio, o bien la norma no se cumpliría y todo seguiría funcionando como antes, o se cumpliría a corto plazo si los hospitales pagasen el altísimo sobrecosto, produciendo a medio y largo plazo serias complicaciones em el funcionamiento ordinario de los hospital debido a la desviación de los recursos o encareciendo el coste de la prestación de servicios sanitarios, o el derecho acaba sirviendo propósitos ecológicos y destruyendo totalmente la función que le es propia a favor de consideraciones provenientes de un lugar de la sociedad. Las situaciones que sobrepasan los límites del campo regulado producen, por lo tanto, lo que Teubner llama mutua indiferencia, desintegración social por efecto del derecho, o desintegración del derecho a través de la sociedad”. Cf. RAVINA, Carlos Morales de Setién. La racionalidad jurídica em crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner. In: BOURDIEU, Pierre e TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Estudio preliminar de Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Ediciones Uniandes; Instituto Pensar, 2000, p. 47-48.

guardar a coerência interna do subsistema jurídico dentro da sociedade, gerando ainda o bloqueio do subsistema jurídico. A justiça torna-se impossível para o subsistema, paralisando-o pela incapacidade de processar elementos estranhos e irreconhecíveis para o direito, trazendo ainda consequências negativas para a sociedade como um todo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

### I.

Na opinião de Otfried Höffe, Luhmann tentou construir “uma teoria da justiça sem justiça”, o que redundaria num relativismo moral inaceitável. Tal falha seria derivada do fato de Luhmann não aceitar uma “condição conceitual mínima de justiça”. Kelsen conheceu bem críticas de igual jaez. Mas, a tomarmos como certa a posição de Kelsen no seu ensaio *O que é justiça?* A busca obsessiva da tradição jurídica ocidental por uma fórmula universal de justiça redundou em fracassos exemplares, fórmulas vazias e enunciados tautológicos. Além de possuírem um caráter ilusório, ao venderem um produto insatisfatório, tais fórmulas universais, como “dar a cada um o que é seu” (mas sem dizerem qual o seu de cada um), terminaram servindo como instrumento de legitimação para grupos políticos. Como a ambição de Luhmann nunca foi a de construir um saber útil para o poder (ou para a luta contra o poder), tendo declarado que nunca pretendeu mais que ser um cientista<sup>872</sup>, sua abordagem também foge de tais conceitos universais de justiça de fundo instrumental.

Por terem se colocado sempre numa condição de distanciamento em relação ao poder e por terem desvinculado legitimidade e justiça, do mesmo modo que Maquiavel desvinculou moralidade e poder, tanto Kelsen quanto Luhmann podem ser considerados como “teóricos da suspeita”, como na expressão de Garcia Amado. A leitura de suas obras serve para nos colocar em guarda contra as tentações ideológicas. Sua busca pela autonomia do jurídico, longe de ser uma mera questão epistemológica, revela também um fundo realista, calcado na ideia de que a própria possibilidade da crítica depende do desvelamento e não da ocultação ideológica dos mecanismos e engrenagens íntimas do poder. As potencialidades críticas de Kelsen, ainda não exauridas de todo, e Luhmann, cuja recepção e decantamento de suas ideias ainda se encontram em curso, repousam neste ponto.

Encontramos em Kelsen um posicionamento claro contra a autocracia e o totalitarismo. Para Kelsen, nos seus trabalhos contra Platão, a junção proposta pelo filósofo grego das forças da cultura com as forças do poder, na sua república ideal governada pelos reis-filósofos, constitui a receita clara de toda autocracia. O cerne do projeto contido na

---

<sup>872</sup> O que Luhmann definia da seguinte maneira: “Los científicos no son sino ratas que observan a otras ratas em el laberinto, desde una esquina bien escogida”. *Apud*: BOLZ, Norbert. **Comunicación mundial**, 2006, p. 38.

*Teoria Pura do Direito* segue em direção contrária: é preciso colocar as forças da ciência em guarda contra as pretensões do poder. A própria objetividade científica do jurista, que não se deixa contaminar, na sua descrição purificada do ordenamento, pelos discursos políticos, revela a distância que Kelsen cuidadosamente tentou construir entre a ciência e o poder.

Vítima de várias perseguições pessoais, tendo que reconstruir sua vida profissional e acadêmica por mais de uma vez, Kelsen travou sua guerra pessoal contra as autocracias através da sua crítica das ideologias, e, especificamente, vendo nas fórmulas de justiça da tradição, construtos sofisticados de projetos de poder totalizantes. As ideias de justiça esgrimidas pelos mais diversos pensadores são alvos do ataque kelseniano justamente por isso, pelo seu potencial instrumental. Descartar a justiça como uma “ilusão” pode nos abrir os olhos para uma constatação: de boas utopias (e de bons ideais de justiça) está cheio o caminho do inferno. Sua investida teve um alvo claro: impedir a cristalização de uma destas fórmulas como única, como necessária, racionalmente provada e aplicável. As utopias só assustam realmente quando se tornam “viáveis”.

Como procurei mostrar ao longo do trabalho, Kelsen e Luhmann não pensam nem formulam projetos utópicos, apesar de Luhmann reconhecer o papel funcional que a utopia pode ter para determinados sistemas políticos. Em Kelsen, nitidamente e de forma recorrente, dirige seus ataques às formas de pensamento utópico, o que fica claro na sua crítica de pensadores como Platão e Marx (especialmente na questão da tese do “fim do Estado”). Todavia, ao anunciar sua concepção particular de justiça, Kelsen deixa claro o lugar da política em sua visão do direito: se a justiça é fruto do compromisso entre interesses divergentes, o lugar da política é inafastável. Em Luhmann, da mesma forma, não encontramos projeções utópicas, nem uma antevisão da boa sociedade. Ao contrário, os dois pensadores se colocam em posição de buscar nas entrelinhas do discurso científico e filosófico ocidental, a barbárie escondida por trás de boas intenções teóricas. Convidam-nos a pensar a partir da barbárie e não da utopia.

A realização do projeto platônico no século XX foi a construção não só do Reich nazista, mas também a edificação das sociedades do chamado socialismo real. Em tais países, os intelectuais transformaram o conhecimento num saber oficial, domesticado, posto a serviço do Estado. Por conta disto, Kelsen retoma contra os juristas marxistas as críticas feitas a Platão, numa sintonia intelectual perfeita com pensadores liberais como Popper. E contra as

teorias da justiça herdadas da tradição, Kelsen irá mobilizar um aparato conceitual que possui como ponto de destaque a lei de Hume, ou falácia naturalista, que consistiria em derivar de um ser a existência de um dever-ser, implicando em saltos lógicos como o efetuado pelo marxismo, que de uma descrição científica do funcionamento do capitalismo pula para um projeto revolucionário de cunho utópico. Muito antes de Kelsen, Hume havia percebido o potencial da falácia naturalista para a justificação de projetos normativos.

O antídoto antitotalitário passa pelo reconhecimento do relativismo ético, parte da complexidade das sociedades modernas, que não podem ser mais unificadas em torno de uma narrativa moral exclusiva. Kelsen escreve como um jurista criado no seio do imponente Império Austro-Húngaro, onde inúmeras nacionalidades, etnias e línguas se misturavam e conviviam (nem sempre pacificamente, por certo), criando um ambiente favorável para o desenvolvimento da própria cultura. Sua Teoria Pura do Direito representa o projeto por excelência desta sociedade onde somente a lei podia significar um elemento comum, numa espécie de primeira versão do patriotismo constitucional. O fim do velho império centro-europeu, destruído pelo nacionalismo, pelo irracionalismo e pelas emotividades que sempre acompanham processos identitários, serviu para reforçar as crenças de Kelsen acerca dos perigos inerentes aos projetos carregados de moralidade e ideologia.

Membro de uma minoria historicamente perseguida, mesmo na condição de judeu assimilado, tendo inclusive se convertido ao cristianismo, Kelsen não poderia deixar de refletir sobre a importância do pluralismo na democracia, daí sua defesa não só das minorias que encontramos em seus estudos sobre política, mas também dos partidos (contra as pretensões de monopólio de poder nas mãos de um partido único). O fato do pluralismo implica no reconhecimento da disputa permanente de interesses, que precisam ser reconhecidos como legítimos e que só podem ser bem equacionados através de compromissos que não impliquem na eliminação dos adversários. Tratando o tema, Kelsen relaciona absolutismo ético com absolutismo político, bem como relativismo ético, pluralismo e democracia. A coexistência de inúmeras moralidades concorrentes numa sociedade fragmentada, não pode ser vista como sinal de fraqueza, mas sim de força e riqueza.

Kelsen parte de uma abordagem emotivista das questões morais, afirmando que as comunicações morais não revelam mais que apreço ou despreço acerca de determinados fatos. Tal posição é também compartilhada por Luhmann, para quem as comunicações morais

não espelham juízos de verdade ou falsidade verificáveis cientificamente, mas tão somente apreço-desapreço. Como pensadores da suspeita, que visam desatrelar a ciência do poder, Kelsen e Luhmann recusam as abordagens que visam re-introduzir moralidades absolutas no direito. Em Luhmann, a crítica ao totalitarismo e ao fundamentalismo passa pela afirmação de uma ética negativa que sublinha o papel nefasto que uma semântica carregada de virulência moral pode representar. Ambos são teóricos que guardam distância com relação a projetos de poder e com relação ao próprio poder. São homens de ciência, acreditam que a ciência é um poderoso instrumento não somente para resolver problemas mas também para construção de sociedades livres e democráticas.

Uma teoria da justiça “com” justiça, como quer Höffe, pode representar o seu contrário, uma fonte de comunicações semanticamente carregadas, funcionando como combustível para incêndios políticos. O indivíduo, quase nunca “levado à sério”, como na advertência de Luhmann, torna-se vítima impotente do deslocamento de poderosas forças comunicativas amplificadas pelo discurso fundamentalista, pelas semânticas “carregadas” de moralidade. O descontrole sistêmico de tais processos comunicativos, que assumem sua autonomia autopoietica e se reproduzem a partir de si mesmos, como na “Guerra do Terror” do governo de Bush Jr., com sua retórica carregada de um ideário de luta entre o bem e o mal, com amplo potencial de retroalimentação, tão somente engendra mais terrorismo. Mesmo indiferentes ao deslocamento (ruidoso) de tais forças comunicativas, um descendente de árabes vivendo em qualquer lugar do Ocidente ou um turista alemão ou americano em visita ao Cairo podem ser vítimas da mobilização de tais processos, pagando um preço alto pela afirmação de semânticas destrutivas que já não conhecem quaisquer fronteiras.

## II.

Sendo assim, entre estes dois gigantes do pensamento jurídico aqui analisados, destaco como ponto comum a adesão de ambos a uma atitude crítica com relação a todas as correntes que buscam vincular o direito e a moral. Operando com a dicotomia entre jusnaturalismo e positivismo e aceitando o critério diferencial estabelecido por Hart, ou seja, o de que no primeiro campo se encontram os que estabelecem um vínculo necessário entre direito e moral, enquanto que os partidários do segundo campo trabalham com a tese da não coincidência necessária, tanto Kelsen quanto Luhmann estão no mesmo lado. Na dialética entre o necessário e o contingente, no tocante à relação entre moral e direito, ambos apontam a



contingência como o fator determinante. As diferenças, entretanto, são relevantes: enquanto Kelsen trabalha com a tese da separação, Luhmann opera com o conceito de diferenciação funcional. Em Kelsen, temos a ideia de que direito e moral constituem ordens normativas diversas, que estabelecem seus próprios postulados a partir de regras próprias. Luhmann, porém, vai mais além e descarta a possibilidade da moral constituir-se como um subsistema social no mesmo plano funcional que o direito. Para o sociólogo alemão, a moral constitui tão somente um tipo de comunicação específica que de forma contingente é utilizada a todo o momento pelo subsistema jurídico.

Com Kelsen, a crítica à tradição jurídica representada pelo jusnaturalismo atingiu um ponto elevado de elaboração. Seu trabalho de desmonte da ideologia jusnaturalista alcançou um verdadeiro estado de arte em termos de elaboração lógica e sistemática. Todavia, rapidamente nos vemos diante dos limites da teoria. Os limites estão postos na verdadeira maldição, para usarmos a contundente expressão de Streck, que o decisionismo expresso no capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito* lançou sobre os juristas. Se o juiz pode operar fora da moldura estabelecida pela variação semântica, o que resta de um projeto teórico que visava justamente compreender cientificamente o direito? Será o decisionismo expresso na teoria da interpretação de Kelsen uma outra face, necessária, de seu abandono da razão prática e da sua crítica ao absolutismo das teorias da justiça?

Estas diferenças entre Kelsen e Luhmann no tocante à moral, nos conduzem ao principal ponto de separação entre ambos, qual seja, a adoção de paradigmas diferentes: enquanto o jurista de Viena opera suas construções teóricas no campo da chamada teoria da ação, o sociólogo alemão rompe com tais postulados e trabalha com a teoria dos sistemas funcionais diferenciados. Kelsen permanece prisioneiro da teoria da ação social, uma vez que a criação do direito é sempre produto de um sujeito capaz de realizar atos de vontade (enquanto o cientista, como observador “valorativamente desinteressado”, pratica tão somente atos de conhecimento). A consequência será sentida na sua teoria da interpretação, especialmente se levarmos em conta as conclusões afixadas na última versão da *Teoria Pura do Direito* de 1960, quando Kelsen estabelece a possibilidade do criador do direito operar fora da moldura de possíveis significados semânticos da norma. Neste caso, como bem salientou Roberto Vernengo, a teoria de Kelsen acerca da interpretação se converte numa *caixa preta*.

Caberia aos cientistas do direito tão somente, através de atos de conhecimento, realizar uma descrição do conteúdo semântico das normas, estipulando quais as interpretações possíveis. O quadro das interpretações possíveis configura uma moldura de opções disponível para o intérprete. Ocorre que o próprio Kelsen concordará que a decisão do sujeito responsável pela criação do direito poderá extrapolar a moldura, escolhendo uma interpretação que seja puro ato de poder. Uma vez que a decisão que cria o direito não pode ser controlada, ficando a mercê dos subjetivismos ideológicos do juiz, a teoria da interpretação kelseniana redundava num decisionismo. Ou seja, para Kelsen, enquanto o ordenamento jurídico é “fechado” no *plano estático*, no *plano dinâmico* o mesmo se torna excessivamente “aberto”, com o reconhecimento de que os juízes decidem “fora da moldura” semântica apontada pelo cientista do direito.

A visão kelseniana do ordenamento jurídico, que pode ser descrito através dos seus atributos formais como a própria ideia de validade da norma jurídica que retira da norma superior o seu fundamento, uma vez que esta dispõe da forma em que há de produzir-se a inferior para ser considerada válida, aproxima-se bastante da noção de fechamento operativo característica da visão de Luhmann sobre o subsistema jurídico. Todavia, a base da autonomia da normatividade reside, para Kelsen, na localização do direito no plano do dever-ser, o que distingue a lei positivada de qualquer referência sociológico-causal. Kelsen, através do princípio metodológico da pureza metódica, rompe com as explicações sociológicas do direito e tenta por de pé uma explicação do direito à margem de qualquer teoria social – o que levará, no limite, ao esgotamento de suas potencialidades críticas. Luhmann reconstrói a explicação sociológica do fenômeno jurídico, mas sem recorrer à ideia – diríamos que “pré-kelseniana” - de que o direito seja um mero “reflexo” da sociedade.

Kelsen repousa a ideia de unidade do direito na noção de unidade do sistema, entendido como um conjunto normativo articulado por meio de uma trama de imputações onde cada norma retira o seu fundamento de validade da norma que lhe é superior, numa cadeia cuja progressão termina por encontrar o seu termo na hipótese da norma fundamental, cujo conteúdo consistirá tão somente em estipular que o ordenamento é válido. Em Luhmann, a ideia de unidade apresenta-se sob a forma de uma *unidade de sentido*, uma vez que todo sistema produz um determinado sentido, que pressupõe a totalidade de suas referências e remissões. O fechamento operacional ocorre por conta do código próprio do direito, ou seja, qualquer comunicação que adquira sentido graças ao esquema direito/não-direito constitui

uma comunicação jurídica. Tanto a concepção kelseniana quanto a luhmanniana acerca do sistema jurídico possui como tônica a ideia de que somente o direito produz direito, recusando explicações que conferem a elementos extrajurídicos a determinação do conteúdo das normas produzidas. A ambos é comum a ideia de que o sistema possui mecanismos de auto-reprodução regulada.

No momento em que tratei da teoria do ordenamento em Kelsen procurei demonstrar as potencialidades e limites da sua abordagem do direito enquanto um sistema que combina uma estática e uma dinâmica jurídica. Importa também destacar um ponto importante: para Kelsen um ordenamento somente pode ser considerado válido caso possua um grau determinado de eficácia, o que nos faz supor um determinado patamar de legitimidade por parte de quem governa. Vimos ainda, ao tratarmos da teoria da interpretação de Kelsen que o mesmo modificou a sua teoria original, adotando uma versão francamente decisionista, plasmada na ideia de que o julgador/aplicador do direito pode optar por uma decisão fora da moldura de decisões semanticamente possíveis. Ora, caso o sistema jurídico comporte-se sempre desta maneira, julgando de forma arbitrária, a implicação será uma perda progressiva de funcionalidade, capaz de conduzi-lo a uma perda de diferenciação em face de outros subsistemas sociais, temática muito bem captada por Luhmann, quando este propõe que as decisões judiciais guardem sempre uma adequada complexidade, refletindo a própria complexidade do ambiente/entorno no qual o direito está imerso.

Todavia, a diferença substancial entre as concepções sistêmicas de Kelsen e Luhmann é que o primeiro ainda se encontra aferrado ao esquema sujeito-objeto, que pressupõe a existência de um observador objetivamente isolado do objeto observado, numa posição de “neutralidade científica”, enquanto que o segundo leva em conta as relações inter-sistêmicas emergentes do conjunto de comunicações da sociedade. Luhmann, neste aspecto, possui uma visão mais avançada sobre o tema, superando a dicotomia que separa sujeito e objeto. Não há sujeito sem objeto, observador sem observado - o observador também é observado!

Uma característica dos sistemas sociais consiste no fato de que estes observam a si mesmos. Frequentemente, a observação recai sobre o observador, produzindo observações de segunda ordem. É neste sentido a observação de Maturana de que a linguagem constitui não apenas o (objeto) observado, mas também o observador. Luhmann sublinha que uma adequada teoria sociológica do direito não deve equivocar-se com respeito ao seu objeto: deve

descrevê-lo tal e como o entendem os juristas. Seu objeto é um objeto que se observa e se descreve a si mesmo. O compromisso com a auto-observação e a auto-descrição do objeto é condição de possibilidade de uma razoável descrição científica, realista e empiricamente adequada. Luhmann opta pela estratégia de proceder ao estabelecimento dos limites do conhecimento “por meio do objeto”, uma vez que o direito mesmo determina quais são os limites do direito. É o próprio direito que determina o que é que pertence ao sistema jurídico ou não. Este ponto é importante no entendimento da questão da auto-observação que o sistema jurídico faz de si mesmo como “justo”.

Uma vez que o sujeito que aplica a norma faz a ligação entre os diversos sistemas e subsistemas que operam na sociedade (sistema econômico, político, moral etc.), não é possível, nos moldes da teoria kelseniana, explicar como tal se dá, pois implicaria em dominar os mecanismos psíquicos que movem a ação humana, que para Kelsen são basicamente irracionais (como o ideal de justiça, que não pode ser formulado numa base racional, tratando-se da expressão de um desejo, uma vontade, uma projeção onírica: a justiça é uma ilusão!). Temos aqui uma confusão (no sentido de não reconhecimento dos limites) entre o sistema psíquico e o sistema jurídico. Preso à teoria da ação social, Kelsen resvala no decisionismo quando o assunto é a interpretação do direito. Luhmann pode ir além?

### III.

Luhmann formula a questão da justiça em outros termos, fugindo do subjetivismo voluntarista que se ampara na ação do sujeito moral. Para Luhmann, a questão da justiça passa a ser formulada em termos de recursividade e programação. Operando internamente, o sistema se refere a si mesmo, assumindo um caráter autoreferencial. A função do símbolo formal da validade jurídica consiste em facilitar a referência sistêmica sem caracterizar o sistema quanto ao seu conteúdo. Sendo assim, a pergunta tradicional pela justiça do direito perde qualquer significado prático, uma vez que junto a uma lei de construção, da lei de herança, da lei de circulação ou da lei sobre os direitos autorais, não existe uma ‘lei justa’. As perguntas sobre a justiça do direito são vistas como uma busca de legitimação do direito por meio da moral. Mas ao contrário de Kelsen, que considera a justiça como um “ideal irracional”, por depender dos valores e preferências subjetivas de cada indivíduo, Luhmann anota que o sistema jurídico não tem porque desistir da ideia de justiça.

Kelsen, na sua visão processualista do ordenamento jurídico, também percebe que o mesmo atua sob a forma de um código específico, mesmo não se expressando na terminologia típica da teoria dos sistemas. Na *Teoria Pura do Direito*, o teórico austríaco anota: “A regulamentação da conduta humana por um ordenamento normativo processa-se por uma forma positiva e por uma forma negativa”<sup>873</sup>. Kelsen, assim como Luhmann, também vê o direito como operativamente fechado, porém cognitivamente aberto. A abertura cognitiva, na visão kelseniana, ocorre por meio do indivíduo (ou indivíduos, no caso de um colegiado) que aplica o direito, carregando para o mesmo, através da sua esfera de discricionariedade, elementos não jurídicos, uma vez que tal ação representa um ato de vontade ou de poder – e não de conhecimento. Sendo assim, não há que se falar em direito puro: este é sempre produto de inúmeras determinações advindas do entorno social. Ocorre que em Kelsen, a abertura do sistema, observada através do indivíduo que toma decisões, redundando no decisionismo que já apontei. Luhmann não cai nesta armadilha e formula uma observação dos sistemas que dispõe de um conceito bem mais operativo para descrever o vínculo entre os diversos subsistemas sociais, qual seja o acoplamento estrutural. A comunicação entre os sistemas pode ser observada, mas ocorre dentro de limites estipulados pelo código operacional próprio de cada sistema. A não observação do código implica em corrupção do sistema, ameaçando a sua estabilidade e, no limite, a sua própria autonomia operacional.

Luhmann não se preocupa em tentar entender a “essência” da justiça, mas tão somente o seu funcionamento sistêmico, operando uma abordagem da sua autopoiese. Um ponto importante é que saímos de um completo ceticismo no trato do tema da justiça, com a negativa do pensamento kelseniano de reconhecer qualquer racionalidade aplicável ao tema, para uma pauta positiva, o que permite tratar a questão da justiça de uma forma inteiramente nova. Para Luhmann, o direito precisa lidar com a complexidade crescente não somente das suas próprias operações internas, mas também do seu entorno. Para tanto deve lançar mão da justiça como fórmula de contingência, que serve como um supraprograma capaz de conferir sentido ao fechamento operativo do sistema. Tal programa de justiça serve para diminuir a contingência, limitando as possibilidades infinitas que surgem na operação cotidiana do sistema. A justiça não é um sistema, mas sim um programa interno do sistema. A fórmula de contingência serve para unificar as operações no interior do sistema de tal forma que nenhuma operação do mesmo possa fugir da expectativa de ser justa. Ela assegura, por exemplo, que o

---

<sup>873</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad., de João Baptista Machado, p. 16.

sistema seja coerente ao decidir entre casos semelhantes e dessemelhantes. A justiça garante, assim, a unidade do sistema.

A fórmula de contingência da justiça opera também como um esquema de busca dirigido ao ambiente do sistema, em busca de critérios que se encontram fora do direito. Trata-se de buscar o direito através do não-direito. O sistema jurídico opera como uma *máquina histórica* que busca a todo o momento tomar decisões consistentes com a complexidade do seu ambiente: a consistência das decisões consiste na sua adequada complexidade. A justiça serve para regular os níveis adequados de complexidade e consistência do sistema jurídico, observando a sua funcionalidade social. Sua operação deve ser entendida como um processo social, uma vez que somente existe o “direito da sociedade”, não existe direito fora da sociedade. Se em Luhmann não temos uma teoria da justiça pensada como um ideal normativo da boa sociedade, temos uma discussão da racionalidade do direito e da sociedade, abordada em sua autopoiese, ou como nos propõe Rocha, nos moldes de uma *teoria pragmático-sistêmica*, uma teoria preocupada não com o consenso ou a identidade, pois não é o consenso que produz o sentido das decisões, mas sim a diferenciação, e sendo assim, uma teoria preocupada com “a produção da diferença, da fragmentação e da singularidade”<sup>874</sup>.

A justiça, no pensamento sistêmico de Luhmann, é pensada não como uma virtude que se apresenta em decisões individuais. Luhmann pensa a justiça na sua dimensão sistêmica, na totalidade das operações do próprio sistema jurídico, operando na salvaguarda do funcionamento global do mesmo. O tema nos remete a Kelsen, que punha como critério para a validade do ordenamento jurídico que o mesmo tivesse, globalmente considerado, uma eficácia mínima. Kelsen nos alerta que a perda da eficácia, como medidor empírico de legitimidade, implica no fim da validade de um ordenamento e sua substituição (via revolução, por exemplo) por uma nova ordem jurídica válida. Mesmo admitindo, em sua teoria da interpretação, que o operador do direito pode decidir de modo arbitrário, como no decisionismo presente em inúmeras sentenças, a multiplicação desta prática, conluo, pode levar à perda de funcionalidade do sistema, criando os germes de sua destruição. Ou seja, mesmo Kelsen admitindo as decisões “fora da moldura” como possíveis, sua prática pode ter consequências funestas para o ordenamento. Em Luhmann, tal temática reaparece sob a exigência contida no entendimento da justiça como fórmula de contingência do sistema

---

<sup>874</sup> ROCHA, Leonel Severo. Notas sobre Niklas Luhmann. In: **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, n. 40, janeiro a julho de 2007, p. 51.

jurídico e sua busca por decisões adequadas com relação à complexidade ambiental. O preço a ser pago por não lidar com a complexidade crescente da sociedade é o mesmo previsto por Kelsen: perda de validade, ou em termos sistêmicos, de funcionalidade.

A mesma temática podemos observar na relação que Luhmann faz entre estruturas sociais e semântica, que Teubner designa como de *afinidade eletiva*. O direito deve, de algum modo, acompanhar a evolução semântica da sociedade e sua relação com as estruturas de uma dada época. A justiça, neste caso, serve não somente para a estabilização do sistema, mas para a propositura de mudanças, capazes de atualizar o sistema em face das crescentes alterações nas estruturas sociais.

#### IV.

Ao tratarmos da justiça como fórmula de transcendência do direito, ou seja, como mecanismo que a todo o momento empurra o direito a buscar respostas “no mundo”, entrei em contato com as formulações do mais original continuador da obra de Luhmann, o também alemão Gunther Teubner. O ponto tratado é a diferença entre direito e justiça, como já enfocado nas ideias de Derrida. Na medida em que a justiça torna-se o outro do direito, através da constituição desta diferença, percebemos que o direito nunca será capaz de exaurir todos os conteúdos da justiça. O vínculo entre direito e justiça, como dois momentos separados e ligados, coloca em questão o tema do fechamento operacional e da abertura cognitiva.

Se a justiça não é mais um ideal de boa sociedade, só nos resta tratar cuidadosamente de cada contexto em que a justiça se apresenta, em sua dimensão política, econômica etc., sob a forma de uma prática social específica. Teubner propõe que a justiça seja pensada como um conjunto de práticas subversivas de auto-transcendência do direito, como uma auto-descrição do direito que mina os seus próprios esforços. Operando uma re-entrada da teoria sociológica na prática jurídica que possibilite uma auto-reflexão onde o direito inclua elementos do seu entorno e elabore conceitos adequados. Cada operação do sistema jurídico deve ser calculada com base nas suas consequências internas e externas, pois cada sistema deve refletir sobre os limites do seu ponto de vista e confrontá-los com seu ambiente. A justiça surge como justiça ecológica e a complexidade adequada de suas decisões deve se referenciar aos demais subsistemas sociais. A clausura do direito não deixa de ser uma fonte de injustiça e a teoria do

direito pode permitir uma re-entrada de temas extraídos do entorno. A justiça, como sublinha Teubner, ao assumir o seu aspecto ecológico e reflexivo, pode se apresentar ainda como a utopia do direito, como um elemento capaz de desafiar o sistema a ultrapassar os seus limites. Neste caso já estaremos numa posição bem distinta do ceticismo kelseniano.

## V.

Luhmann demonstra em sua obra um enorme interesse pelo pensamento de Derrida. Não são raras as citações feitas pelo teórico dos sistemas resgatando aspectos da obra do teórico da desconstrução. Mesmo sabendo da enorme distância que separa o pensamento de cada um destes autores, cada um com suas idiossincrasias teóricas e temáticas próprias, vale investigar se as concepções de Derrida sobre o direito e a justiça podem contribuir para levar adiante um entendimento autopoietico acerca da justiça. À respeito, a pergunta que coloquei no presente texto foi: o que a desconstrução tem para dizer sobre o direito e a justiça? A resposta parte da afirmação de uma diferença: direito e justiça são coisas diferentes, apesar de sua relação umbilical, de tal modo que não conseguimos pensar numa ordem legal sem nenhuma relação com critérios de justiça. E mais: existe uma tensão constitutiva entre estas duas noções.

Refletindo a partir de Montaigne e Pascal, Derrida apresenta uma crítica da ideologia jurídica, questionando a própria questão da legitimidade contida no uso da violência para a obtenção da obediência ao direito. A origem da autoridade e portanto do direito repousa num momento inaugural que não pode ser justificado, por constituir uma violência sem fundamento. A justiça aparece como um paradoxo: assim como não é possível desconstruir a desconstrução, a justiça não é desconstruível, pois a desconstrução é a justiça. A justiça é apresentada como uma aporia, como uma impossibilidade, como uma experiência do impossível. Derrida afirma claramente que o direito não é justiça. O direito remete ao âmbito do calculável, enquanto que a justiça pertence ao campo do incalculável. Não são as regras do direito que garantem a justiça, pois este, como experiência, é totalmente imprevisível, uma imprevisibilidade na qual nenhuma regra dá conta. No plano interpretativo a desconstrução nos alerta contra qualquer fechamento final do sentido, pois toda leitura pode ser submetida a uma nova leitura. O direito permanece desestabilizado e seu ideal de integridade e de não-arbitrariedade permanece ilusório. A desconstrução opera no intervalo (na diferença) entre o



direito e a justiça. A desestabilização do direito pode abrir uma janela pra a realização da justiça, como uma possibilidade de abertura em relação ao Outro.

Mas quando nos apresentamos diante de situações que fogem a uma simplicidade binária? Neste caso, diante do incalculável, a justiça nos remete ao tema da indecidibilidade. Somos conduzidos ao paradoxo que ameaça paralisar o próprio direito, a própria aplicação da lei. O paradoxo, como lembrou Teubner, pode nos conduzir à contradição, à incoerência, ao caos, ao horror e à paralisia. Tais momentos se multiplicam diante das ambiguidades contidas nas palavras usadas pelo direito, que oferecem variações interpretativas. Nestas situações, a justiça é assombrada pelo fantasma do indecidível. Como decorrência, a justiça permanece como incontrolável.

O ponto em comum entre a desconstrução e a abordagem sistêmica da justiça consiste em reconhecer que o arbítrio, as contradições, os paradoxos e as antinomias estão presentes dentro da operação jurídica. Para Luhmann, a maneira do subsistema jurídico lidar com a contingência reside justamente na sua fórmula de justiça. A contingência com o qual o direito lida revela inúmeras situações de puro arbítrio. Diante de tais paradoxos, todavia, não cabe suspender, mas sim aumentar as exigências de justiça. Tanto Luhmann quanto Derrida situam a justiça como algo que se encontra na dimensão do incalculável. Porém, como escrevi anteriormente, a justiça desafia o direito a calcular e tal cálculo somente pode acontecer a partir da relação entre o direito e a justiça, permitindo uma negociação entre o calculável e o incalculável. A justiça é inatingível, mas necessária. A justiça seria não somente uma fórmula de contingência do direito, mas sim uma fórmula de transcendência do direito.

## VI.

O esforço anterior de apresentação das teses de Luhmann me conduziu a outros autores, que foram estudados de forma separada, compondo a parte final desta tese. O primeiro deles, Michael Walzer, a partir de posições construídas a partir do debate entre liberais e comunitaristas nos EUA, propôs uma abordagem da justiça com claras referências sistêmicas, expressas na ideia de esferas. Mesmo sem estabelecer relações explícitas com o pensamento de Luhmann, as afinidades são evidentes. A sociedade é vista como composta por esferas (subsistemas sociais) que guardam um determinado grau de autonomia, devendo funcionar a partir dos seus próprios critérios distributivos (códigos operacionais próprios que

garantem o fechamento de cada esfera). O desrespeito a estes critérios distributivos estabelecidos em cada comunidade histórica leva a um processo de corrupção sistêmica, com conseqüente perda da autonomia de cada esfera. A invasão de um subsistema ao outro, como por exemplo, a invasão da economia no direito, viola a ideia de justiça que encontramos em Walzer, pois como já posto anteriormente, a luta pela justiça implica na luta pela autonomia de cada esfera específica de distribuição de bens. A dominação surge quando a posse de um bem social predominante, como o dinheiro, pode ser usado para interferir nas demais esferas da vida social, obtendo mandatos políticos, privilégios educacionais, serviços exclusivos de saúde etc.

O tema das esferas autônomas de justiça encontra-se presente na obra de Luhmann, na sua visão acerca dos direitos fundamentais, que possuem uma função muito clara de contenção das invasões indevidas da política nas demais esferas da vida social. A função dos direitos fundamentais consiste em proteger as minorias e os indivíduos contra a desdiferenciação, que traz sempre a possibilidade do totalitarismo.

Do mesmo modo que Luhmann, Walzer também pensa suas esferas de justiça de modo histórico, uma vez que as comunidades decidem quais os seus critérios distributivos válidos, de acordo com os significados (sentidos) dados socialmente. Ou seja, não existe uma atribuição arbitrária de critérios distributivos que possam ser pensados de modo independente das estruturas semânticas de cada época histórica. Do mesmo modo que nas ideias de Kelsen e Luhmann, a teoria das esferas de Walzer representa uma crítica das teorias de justiça pensadas como válidas para qualquer época e lugar, pensadas por uma reta razão ou deduzidas da natureza. Sociedade concreta e justiça não são pensadas de modo separado, mas sim de modo reflexivo, levando em conta o caráter inevitavelmente policêntrico da sociedade moderna. A vantagem da abordagem sistêmica sobre o tema consiste na possibilidade de pensarmos a totalidade da vida social, observando-a como um todo.

Ao diferenciar entre situações de igualdade simples e de igualdade complexa, Walzer está operando com conceitos similares aos utilizados pela teoria dos sistemas, entre *monocontextos* e *policontextos*. A ideia de *policontextualidade* implica no reconhecimento da complexidade social, com a existência de muitos subsistemas e seus respectivos códigos comunicativos operando de forma simultânea, num ambiente onde cada um constitui a fronteira do outro. A busca por uma igualdade simples, com a eliminação da autonomia dos

subsistemas sociais, encontra-se na raiz do fracasso de experiências como as realizadas nos países do chamado socialismo real. A perda de funcionalidade dos subsistemas ocorre fatalmente em tais casos, trazendo estagnação, ineficiência, corrupção etc. Apenas a igualdade complexa pode realizar a defesa da diferença, multiplicando os critérios distributivos de acordo com a diferenciação funcional em progresso contínuo em cada sociedade.

A ideia de justiça em Walzer encontra-se firmemente vinculada a sua concepção de igualdade complexa, que exige que os homens que possuem mais dinheiro ou mais poder ou mais saber técnico sejam impedidos de utilizar tais poderes na obtenção de qualquer outro bem social relevante. A moral reaparece, no pensamento de Luhmann, não como um discurso integrador da totalidade social, mas como um mecanismo que denuncia as patologias que surgem quando da invasão e da corrupção sistêmica que ocorre quando os valores de um sistema invadem o outro, subvertendo suas esferas próprias. Na sociedade contemporânea, “mesmo onde ocorre a corrupção sistêmica como 'patologia da normalidade', o problema da sabotagem de códigos reaparece, de perto ou à distância, como problema moral”<sup>875</sup>.

## VII.

Encerro o presente estudo contando uma estória que quando li, me animou a seguir adiante no trato do espinhoso tema que escolhi. O caso foi relatado por Darío Rodríguez Mansilla, conhecido estudioso da teoria dos sistemas e ex-aluno de Luhmann. Conta Rodríguez Mansilla que mal tinha terminado seu doutorado em Bielefeld quando se avistou com Luhmann e lhe contou acerca de um conceito novo que havia formulado. Luhmann mostrou-se muito empolgado com a ideia e o incentivou a escrever um artigo, o que Rodríguez Mansilla fez, num texto de dez páginas que submeteu então à apreciação do famoso sociólogo alemão. Uma semana depois, Luhmann devolveu o artigo junto com uma dura crítica de quase seis páginas, destruindo o texto ponto por ponto. Rodríguez Mansilla conta que ficou gelado e não soube como contestar. Tão somente pôde dizer que iria “consertar” seu artigo. Mas então Luhmann respondeu de imediato: não! Publique-o! Mas como vou publicar, replicou Rodríguez Mansilla, se você mesmo acaba de fazê-lo em pedaços? A resposta de Luhmann revela muito da maneira como o teórico da moderna teoria dos sistemas sociais via o seu próprio trabalho: “em ciência ninguém jamais escreve uma

---

<sup>875</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, p. 45.

verdade definitiva”. Se você não tivesse escrito teu artigo jamais me ocorreriam os argumentos para criticá-lo, continuou Luhmann, e o debate sobre o tema não avançaria. O pior que poderia acontecer ao texto de Rodríguez Mansilla era nunca ser lido, nunca ser comunicado, nunca ser criticado. A ciência avança a partir da crítica e, em seguida, da crítica da crítica, e mesmo que a recepção a uma comunicação científica seja negativamente carregada, a ciência irá se beneficiar com tal processo. De todo modo, ao final deste estudo, o episódio narrado por Rodríguez Mansilla bem me serve de consolo. Que a compreensão do tema avance, um milímetro que seja, senão a partir do texto, mas do debate que venha a suscitar com seus examinadores, e este estudo já terá cumprido seu papel.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AGUIAR, Roberto A. R. **O que justiça?** Uma abordagem dialética. São Paulo: Alfa-Ômega, 1993.
- ALCOVER, Pilar Giménez. **El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**. Barcelona: Bosch, 1993.
- ALVIM, Luiza Beatriz Amorim Mello. Derrida: uma reflexão sobre a herança europeia e a desconstrução do eurocentrismo. In: NASCIMENTO, Evando e GLENADEL, Paula (organizadores). **Em torno de Jacques Derrida**. Rio de Janeiro: 7Letras, 2000.
- ANTISERI, Dario. **La Viena de Popper**. Madri: Unión Editorial, 2001.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 2ª ed. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2007.
- AROCHA, Modesto. **Chistes de Cuba**. Miami: Alexandria, 2003.
- ATIENZA, Manuel e MANERO, Juan Ruiz. **Marxismo y Filosofía del Derecho**. México: Fontamara, 2004.
- ATIENZA, Manuel. **Introducción al derecho**. Barcelona: Barcanova, 1985.
- AVAS, Alejandro. **Apuntes para una biografía intelectual**. In: Revista Anthropos, 173/174.
- AYER, A. J. **Lenguaje, verdad y lógica**. Barcelona: Ediciones Martinez Roca, 1971.
- \_\_\_\_\_. **As ideias de Bertrand Russel**. São Paulo: Cultrix e Editora da USP, 1974.
- BARCELLONA, Pietro. La teoria dei sistemi e il paradigma della modernità. In: BARCELLONA, Pietro, GIORGI, R. de, NATOLI, S. **Fine della storia e mondo come sistema. Tesi sulla Post-Modernità**. Bari: Dedalo, 2003.
- BARELLI, Ettore e PENNACCHIETTI, Sergio. **Dicionário das citações**. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- BASTOS, Elide Rugai e outros (Coord.). **Conversas com sociólogos brasileiros**. São Paulo: ed. 34, 2006.

BAYER, Kurt. G. Hans Kelsen. Vida y obra. In: **Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM** – Universidad Nacional Autónoma de México. Tomo LV, n. 245, 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Vicente Sabino Junior. São Paulo: CD Editora, 2002.

BECK, Ulrich, GIDDENS, Anthony e LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes. 2ª Reimpressão. São Paulo: Unesp, 1997.

BERNSTEIN, Eduard. **Socialismo Evolucionário**. Tradução de Manuel Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar: Instituto Teotônio Vilela, 1997.

BETTELHEIN, Bruno. **A Viena de Freud e outros ensaios**. Tradução de Lia Wyler. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BLACKBURN, Simon. **A República de Platão: uma biografia**. Tradução de Roberto Franco Valente. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BOBBIO, Norberto. **Qual Socialismo?** Discussão de uma alternativa. 3ª edição. Tradução de Iza Salles Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.

\_\_\_\_\_. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 7ª edição. Brasília: UnB, 1996.

\_\_\_\_\_. **A teoria das formas de governo**. Tradução de Sérgio Bath. 10ª edição. Brasília: UnB, 1998.

\_\_\_\_\_. **Contribución a la teoría del derecho**. Puebla (México): Cajica, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito e Poder**. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Unesp, 2006.

\_\_\_\_\_. **Nem com Marx, nem contra Marx**. Organização Carlos Violi; tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2006.

\_\_\_\_\_. **O futuro da democracia**. 10ª ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

- BOLZ, Norbert. **Comunicación mundial**. Buenos Aires: Katz, 2006.
- BUKHARIN, Nikolai. **ABC do Comunismo**. Tradução de Aristides Lobo. São Paulo: Edipro, 2002.
- BÜLLESBACH, Alfred. Princípios de teoria dos sistemas. In: HASSAMER, W. e KAUFMANN, A (Orgs.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.
- BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho? In: MALEM, Jorge et al (Org.). **La función judicial: Ética y democracia**. Barcelona: Gedisa, 2003.
- CALSAMIGLIA, Albert. **Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica**. Barcelona: Ariel, 1978.
- CAMARGO, Luis. **Encrucijadas del campo Psi-Jurídico**. Diálogos entre el derecho y el psicoanálisis. Buenos Aires: Letra Viva, 2005.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem”: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado. In: DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Tempo e Memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quatier Latin, 2006.
- CÁRCOVA, Carlos Maria. **Las Teorías Jurídicas Post Positivistas**. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.
- CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo e a evolução do direito**. Tradução de Leda Boechat Rodrigues. 3ª edição. Porto Alegre: Ajuris, 1978.
- CARRACEDO, José Rubio. **Paradigmas de la Política: del Estado justo al Estado legítimo** (Platón, Marx, Rawls, Nozick). Barcelona: Anthropos; Málaga: Universidad de Málaga, 1990.
- CARRERES, Joaquín Almuquera. Kelsen y Luhmann. In: RAMOS PASCUA, J. A. e RODILLA GONZÁLEZ, M. A. (Org.). **El positivismo jurídico a examen**. Estudios em homenaje a José Delgado Pinto. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006.
- CARRERES, Joaquín Almuquera. Metafísica y virtualidad del ordenamiento jurídico: Kelsen y Luhmann. In: TORRES, Miguel Ayuso (ed.). **De la geometría legal-estatal al redescubrimiento del derecho y de la política**. Estudios en honor de Francesco Gentile. Madri: Marcial Pons, 2006, p. 85.
- CASALMIGLIA, Albert. **Racionalidad y Eficiencia del Derecho**. México: Fontamara, 1993.

CASTIGNONE, Silvana. **La máquina del derecho. La escuela del realismo jurídico en Suecia.** Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2007.

CASTRO, Josefina Granja. Depoimento sobre Derrida. In: ESCALERA, Ana María Martínez de la (Org.). **Adiós a Derrida.** México: Unam, 2005.

CICERO, Antônio e SALOMÃO, Waly (Org.). **O relativismo enquanto visão de mundo.** Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1994.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva.** Elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

\_\_\_\_\_. Verbete Walzer, Michael. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coordenador). **Dicionário de Filosofia do Direito.** São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CLAM, Jean. **Droit et société chez Niklas Luhmann.** La Contingence des Normes. Paris: PUF, 1997.

\_\_\_\_\_. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade:** contingência, paradoxo, só efetuação. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

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

CORREAS, Oscar. **Kelsen y los marxistas.** México (D.F.): Ediciones Coyacán, 1994.

CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann.** Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

COTARELO, Ramón García. **Critica de la Teoria de Sistemas.** Madri: Centro de Investigaciones Sociologicas, 1979.

COUTINHO, Carlos Nelson. **A democracia como valor universal.** São Paulo: Livraria e Editora de Ciências Humanas, 1980.

COVER, Robert. **Derecho, narración y violencia.** Barcelona: Gedisa, 1993.

CRACOGNA, Dante. La interpretación del derecho en Kelsen. In: **Anuario de Filosofía Jurídica y Social da Asociación Argentina de Derecho Comparado**, nº 09, Buenos Aires. 1989.

CUBEIRO, Manuel Torres. **Niklas Luhmann.** Coruña (Espanha): Baía Edicións, 2008.



- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Filosofia Jurídica Prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DAL RI JR., Arno. **O Estado e seus inimigos**. A repressão política na história do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- DALLERA, Osvaldo. **Breve Manual de Sociología General**. Buenos Aires: Biblos, 2006.
- DE GIORGI, Raffaele e LUHMANN, Niklas. **Teoría de la sociedad**. México: Universidad de Guadalajara; Universidad Iberoamericana; ITESO, 1993.
- DE GIORGI, Raffaele. **Ciencia del derecho y legitimación**. México: Universidad Iberoamericana, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Direito, tempo e memória**. Tradução de Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- \_\_\_\_\_. Sobre o direito Kafka, Dürrematt e a idéia de Luhmann sobre o camelo. In: **Veredas do Direito**, Vol. 04, n. 07, janeiro a junho de 2007.
- DENNINGER, Erhard. Derecho em “desorden” global. Sobre los efectos de la globalización. In: **Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional**, nº 08, 2004.
- DENT, N. J. H. **Dicionário Rousseau**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.
- DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. Tradução de Leila Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- Deutscher, Isaac. **Stalin**. Uma biografia política. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- DIAZ, Claudia López. **Acciones a próprio riesgo**. Exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima com base en una concepción funcional estructural de la sociedad. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2006.
- DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio (coordenadores). **Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?** São Paulo: Método, 2008.
- DREISHOLTKAMP, Uwe. Jacques Derrida. In: HENNIGFELD, Jochem e JANSOHN, Heinz (Org.). **Filósofos da atualidade**. Uma introdução. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- EDMONDS, David e EIDINOW, John. **O aticador de Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Difel, 2003.

- ELEY, Geoff. Forjando a democracia. **A história da esquerda na Europa, 1850 – 2000**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2005.
- FARAGO, France. **A Justiça**. Tradução de Maria José Pontieri. Barueri: Manole, 2004.
- FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FERNÁNDEZ-GALIANO, Manuel. Introducción. In: PLATÓN. La República. Madri: Alianza Editorial, 1999.
- FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.
- FORTIN, Robin. **Compreender a complexidade**. Introdução a ‘O método’ de Edgar Morin. Lisboa: Piaget, 2007.
- FRAKENBERG, Günther. **A Gramática da Constituição e do Direito**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Tradução de Carlos Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968.
- GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1997.
- GARGARELLA, Roberto. **Carta Abierta sobre la Intolerancia**. Apuntes sobre derecho y protesta. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2006.
- \_\_\_\_\_. **As teorias da justiça depois de Rawls**. Um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GARVEY, James. **Uma introdução aos vinte melhores livros de filosofia**. Tradução de Rogério Bettoni. São Paulo: Edições Rosari, 2009.
- GAVAZZI, Giacomo. Introdução. In: KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GEERTZ, Clifford. **As interpretações das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 1989.
- GENRO, Tarso. O Estado e o Manifesto Comunista. In: AARÃO REIS FILHO, Daniel. **O Manifesto Comunista 150 anos depois**. Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1998.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2. ed. Tradução de Antônio Manuel Hespanha e Manuel Luis Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1995.

GORENDER, Jacob. Marcino e Liberatore. **Diálogos sobre marxismo, social-democracia e liberalismo**. São Paulo: Ática, 1992, pág. 42.

\_\_\_\_\_. **Marxismo sem Utopia**. São Paulo: Ática, 1999.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAÇA NETO, Antônio. Kelsen e Wittgenstein: as interfaces da lógica. In: **Revista Sequência**, nº 32, ano 17, junho de 1996.

GUASTINI, Ricardo. Kelsen y Marx. In: CORREAS, Oscar (Org.). **El otro Kelsen**. México: Unam, 1989.

\_\_\_\_\_. **Estudios sobre la interpretación jurídica**. Tradução de Marina Gáscon y Miguel Carbonell. México: UNAM, 1999.

GUIBENTIF, Pierre. O direito na obra de Niklas Luhmann. Etapas de uma evolução teórica. In: SANTOS, José Manuel (Org). **O pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005.

GUIBOURG, Ricardo. **Derecho, sistema y realidad**. Buenos Aires: Astrea, 1986.

GUINSBURG (tradução e organização). **A República de Platão**. São Paulo: Perspectiva, 2006.

HALLIDAY, Jon e CHANG, Jung. **Mao**. A história desconhecida. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HARDY, Hugo. La critique perelmanienne de la théorie pure du droit: essai de synthèse. In: **Canadian Journal of Law and Society**, volume 21, 2006.

HARE, R. M. **Platão**. Tradução de Adail Ubirajara e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 3ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HASSAMER, W. e KAUFMANN, A (Orgs.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HAYEK, Friedrich. A. **Direito, Legislação e Liberdade**. Uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. Volume II. A miragem da justiça social. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. São Paulo: Visão, 1985.

HENNIGFELD, Jochem e JANSOHN, Heinz (Orgs.). **Filósofos da atualidade. Uma introdução**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

HERRERA, Carlos Miguel. Kelsen y el socialismo reformista. In: **Revista de Estudos Políticos** (Nueva época), número 96, abril-junho de 1997.

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de Filosofia do Direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. Organizado por Richard Tuck. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOERSTER, Norbert. **En defensa del positivismo jurídico**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Barcelona: Gedisa, 2000.

HÖFFE, Otfried. **O que é justiça?** Tradução de Peter Neumann. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

HÖSLE, Vittorio. **Interpretar Platão**. Tradução de Antonio Celiomar Pinto de Lima. São Paulo: Loyola, 2008.

HÜLSMANN, Jörg Guido. **Mises: the last knight of liberalism**. Alabama: Ludwig Von Mises Institute, 2007.

HUME, David. **Uma investigação sobre os princípios da moral**. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. Campinas: Unicamp, 1995.

\_\_\_\_\_. **Tratado da Natureza Humana**. Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução de Déborah Danowski. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: UNESP, 2009.

IZUZQUIZA, Ignácio. **La sociedad sin hombres**. Niklas Luhmann o la teoría como escândalo. Barcelona: Anthropos, 1990.

JANIK, Allan e TOULMIN, Stephen. **A Viena de Wittgenstein**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

JOHNSON, Allan G. **Dicionário de Sociologia**. Guia prático da linguagem sociológica. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

JOHNSON, Paul. **Os intelectuais**. Rio de Janeiro: Imago, 1988.

JOHNSTON, Derek. **História concisa da Filosofia: de Sócrates a Derrida**. Tradução de Rogério Bettoni. São Paulo: Rosari, 2006.

JOKISCH, Rodrigo. **Metodología de las Distinciones**. Forma – Complejidad – Auto-Referencia – Observación – Construcción de Teorías. Integrando lo macro y lo micro en las Ciencias Sociales. México: UNAM/Juan Pablos, 2002.

JUDT, Tony. **Pós-guerra. Uma história da Europa desde 1945**. Tradução de José Roberto O'Shea. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Parte I. Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004.

KELSEN, Hans. **Sociedad y Naturaleza**. Una investigación sociológica. Buenos Aires: Depalma, 1945.

\_\_\_\_\_. **La Idea del Derecho Natural y otros ensayos**. Tradução de Luis Legaz y Lacambra. Buenos Aires: Losada, 1946.

\_\_\_\_\_. **Recent Trends in the Law of the United Nations**. Nova York: Frederik Praeger, 1951.

\_\_\_\_\_. **Teoria Comunista del Derecho y del Estado**. Tradução de Alfredo Weiss. Buenos Aires: Emecé, 1957.

\_\_\_\_\_. **A teoria política do bolchevismo**. Tradução de M. T. Miranda. Rio de Janeiro: Livraria Clássica Brasileira, 1958.

\_\_\_\_\_. **A justiça e o direito natural**. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Coimbra, 1963.

\_\_\_\_\_. ¿Que es el positivismo jurídico? In: **Revista de la Facultad de Derecho de México**, n. 61, 1966.

\_\_\_\_\_. **La Teoria dello Stato in Dante**. Bolonha: Massimiliano Boni Editore, 1974.

\_\_\_\_\_. **Teoria General del Derecho y del Estado**. Tradução de Eduardo Garcia Máynez. México: UNAM, 1979.

\_\_\_\_\_. **Socialismo y Estado.** Una investigación sobre la teoría política del marxismo. Tradução de Alfonso García Ruiz. México: Siglo Veintiuno Editores, 1982.

\_\_\_\_\_. **Escritos sobre la democracia y el socialismo.** Selección e apresentação de Juan Ruiz Manero. Madrid: Debate, 1988.

\_\_\_\_\_. **Que es la teoria pura del derecho?** Tradução de Ernesto Garzón Valdés. México: Fontamara, 1991.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **A democracia.** Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **A Ilusão da Justiça.** Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **A justiça e o direito natural.** Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoría General del Estado.** Tradução de Luis Legaz y Lacambra. México: Coyacán, 2004.

\_\_\_\_\_. **Esencia y valor de la democracia.** Forma del Estado y filosofía. Tradução de Rafael Luengo Tapia e Luis Legaz y Lacambra. México: Coyoacán, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4ª edição. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. **El método y los conceptos fundamentales de La Teoría Pura Del Derecho.** Tradução do alemão por Luis Legaz y Lacambra. Madri: Reus, 2009.

KERCHOVE, Michel Van de e OST, François. **El sistema jurídico entre orden y desorden.** Trad. Isabel Hoyo Sierra. Madri: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1997.

KING, David. **The Commissar Vanishes: The Falsification of Photographs & Art in Stalin's Russia.** Nova York: Metropolitan Books, 1997.

KOZICKI, Katya. **Conflito e estabilização:** comprometendo radicalmente a aplicação do direito com a democracia nas sociedades contemporâneas. Tese de Doutorado em Direito aprovada pelo Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: UFSC, 2000.

KUKATHAS, Chandran e PETTIT, Philip. Rawls: “**Uma Teoria da Justiça**” e seus críticos. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 1995.

KUNZ, Josef. **La Teoria Pura del Derecho.** Cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudência. México: Editora Nacional, 1974.

LALANDE, André. **Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia.** Tradução de Fátima de Sá Correa e outros. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LALLEMENT, Michel. **História das ideias Sociológicas.** Das origens a Max Weber. Tradução de Ephraim F. Alves. Petrópolis: Vozes, 2003.

LAPLANCHE e PONTALIS. **Vocabulário da Psicanálise.** Tradução de Pedro Tamen. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática. Os limites do totalitarismo.** Tradução de Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983.

LEGAZ y LACAMBRA, Luis. Kelsen. **Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena.** Barcelona: Bosch, 1933.

LEITE, Roberto Basilone. Hermenêutica constitucional como processo político comunicativo: a crítica de Jurgen Habermas às concepções liberal e comunitarista. In: LOIS, Cecília Caballero (org.). **Justiça e democracia entre o universalismo e o comunitarismo.** A contribuição de Rawls, Dworkin, Ackerman, Raz, Walzer e Habermas para a moderna Teoria da Justiça. São Paulo: Landy, 2005.

LENINE, Vladimir I. **Obras Escolhidas.** Vol. 1, 3ª ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1986.

LÓPEZ, Modesto Saavedra. Las opiniones de H. L. A. Hart sobre el derecho injusto. In: RAMOS PASCUA, J. A. e RODILLA GONZÁLEZ, M. A. (Orgs.). **El positivismo jurídico a examen.** Estudios en homenaje a José Delgado Pinto. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006.

LOSANO, Mario. **Teoría Pura del Derecho: evolución y puntos cruciales**. Bogotá: Temis, 1992.

\_\_\_\_\_. Hans Kelsen: uma biografia cultural mínima. In: **Revista Direitos y Libertades**, nº 14, época II, janeiro de 2006.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

\_\_\_\_\_. **Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. **Fin y racionalidad en los sistemas**. Madri: Editora Nacional, 1983.

\_\_\_\_\_. **La moral social y su reflexión ética**. In: PALACIOS, X. e JARAUTA, F (organizadores). **Razón, ética y política**. El conflicto de las sociedades modernas. Barcelona: Anthropos, 1989.

\_\_\_\_\_. **La differenziazione del diritto. Contributi allá sociologia e alla teoria del diritto**. Roma: Il Mulino, 1990.

\_\_\_\_\_. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Barcelona: Paidós, 1990.

\_\_\_\_\_. **O amor como paixão: para a codificação da intimidade**. Tradução de Fernando Ribeiro. Lisboa: Difel; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991.

\_\_\_\_\_. **O enfoque sociológico da teoria e prática do direito**. In: Revista Sequência, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 28, jun., 1994.

\_\_\_\_\_. **A obra de arte e a auto-reprodução da arte**. In: OLINTO, Heidrum Krieger (Org.) **Histórias da Literatura**. São Paulo: Ática, 1996.

\_\_\_\_\_. **Observaciones de la modernidad**. Barcelona: Paidós, 1997.

\_\_\_\_\_. **Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas**. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

\_\_\_\_\_. **O conceito de sociedade**. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.



\_\_\_\_\_. **Sistemas sociales.** Lineamentos para una teoría general. Tradução de Silvia Pappe e Brunhilde Erker. **México:** Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.

\_\_\_\_\_. **Complejidad y modernidad.** De la unidad a la diferencia. Tradução de Josexo Berian y José Maria García Blanco. Madri: Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. **I diritti fondamentali come istituzione.** Bari: Edizioni Dedalo, 2002.

\_\_\_\_\_. **Poder.** Tradução de Amada Flores. Barcelona: Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.

\_\_\_\_\_. **Confianza.** Tradução de Luz Mônica Talbot. Barcelona: Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.

\_\_\_\_\_. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo.** Tradução de Dario Rodriguez Mansilla. Barcelona: Anthropos Editorial; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.

\_\_\_\_\_. **El derecho de la sociedad.** Tradução de Javier Torres Nafarrate, com a colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

\_\_\_\_\_. **La sociedad de la sociedad.** Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2006.

\_\_\_\_\_. **Introducción a la Teoría de Sistemas.** Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2007.

\_\_\_\_\_. **La religión de la sociedad.** Tradução de Luciano Elizaincín. Madrid: Trotta, 2007.

MACERATINI, Arianna. **Procedura come norma.** Riflessioni filosofico-giuridiche su Niklas Luhmann. Turim: Giappichelli, 2001.

MALEM SEÑA, Jorge F. ¿Pueden las malas personas ser buenos jueces? In: **DOXA**, n. 24, 2001.

MANERO, Juan Ruiz. Apresentação: Teoría de la democracia y crítica del marxismo en Kelsen. In: KELSEN, Hans. **Escritos sobre la democracia y el socialismo**. Seleção e apresentação de Juan Ruiz Manero. Madrid: Debate, 1988.

MANSILLA, Darío Rodríguez e NAFARRATE, Javier Torres. El derecho de la sociología de la sociedad. In: SILVA, Artur Stamford (Coord.). **Sociologia do Direito**. Na prática da teoria. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. **Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann**. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2008.

MANSILLA, Darío Rodríguez. La teoría de la sociedad. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: **Metapolítica**. Volume 05, outubro/dezembro de 2001.

MARTÍNEZ GARCIA, Jesús Ignacio. **La imaginación jurídica**. Madrid: Dykinson, 1999.

MARTINEZ, Jesús Ignacio. El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho. In: **Anuario de Derechos Humanos**, Editora Universidad Complutense de Madrid, nº 06, 1990.

MARX e ENGELS. **Obras Escolhidas em Três Tomos**. v. 3. Lisboa: Editorial Avante, 1982.

\_\_\_\_\_. **Manifesto do Partido Comunista**. Moscou: Progresso, 1987.

\_\_\_\_\_. **Capital**. Livro III, v. 5. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

MASCAREÑO, Aldo. Legitimación em el derecho fragmentado de la sociedad mundial. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, V. 33, n. 2, julho – dezembro/2009.

\_\_\_\_\_. Sociología de la felicidad: lo incommunicable. In: **Revista Cinta de Moebio**, Santiago (Chile), setembro de 2005, nº 023. Disponível em <[redalyc.uamex.mx/redalyc/pdf/101/10102304.pdf](http://redalyc.uamex.mx/redalyc/pdf/101/10102304.pdf)> Acesso em 15/05/2010.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Filosofia do Direito e Justiça na obra de Hans Kelsen**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MATURANA, Humberto. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Organização de textos e tradução de Cristina Magro e Victor Paredes. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. **Ética**. Ética empírica. Ética de bienes. Ética Formal. Ética Valorativa. México: UNAM, 1944.

METALL, Rudolf Aladar. **Hans Kelsen**. Vida y obra. México: Unam, 1976.

MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. Tradução e introdução de Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras, 2000.

\_\_\_\_\_. **Sobre a liberdade**. Rio de Janeiro: Globo, 1965.

MOELLER, Hans-Georg. **Luhmann Explained**. From Souls to Systems. Chicago: Open Court, 2006.

\_\_\_\_\_. Morality and Pathology: a comparative approach. In: STEPANYANTS, Marietta. **Comparative Ethics in a Global Age**. Moscou: Institute of Philosophy / Russian Academy of Sciences, 2006.

\_\_\_\_\_. **The moral fool**. A case for amorality. New York: Columbia University Press, 2009.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Tomo II (E-J). São Paulo: Loyola, 2001.

MORENO, José Antonio Sanz. **Ordenación jurídica y Estado posliberal**: Hans Kelsen y Carl Schmitt. Granada: Comares, 2002.

NAFARRATE, Javier Torres. **Luhmann**: la política como sistema. México: UNAM, 2004.

NAKHNIKIAN, George. **El Derecho y las Teorías Éticas Contemporáneas**. Tradução de Eugenio Bulygin e Genaro Carrió. México: Fontamara, 1991.

NAVAS, Alejandro. **La teoría sociológica de Niklas Luhmann**. Pamplona: EUNSA, 1990.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e direito**: um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2000.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela Corte de Justiça Européia. In: ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação**. Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann**: A nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Editora da UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. Justicia y diferencia em uma sociedade global compleja. In: **DOXA** n° 24, ano 2001.

\_\_\_\_\_. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NIGRO, Rachel. O Direito da Desconstrução. In: DUQUE-ESTRADA, Paulo Cesar. **Desconstrução e Ética**. Ecos de Jacques Derrida. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004.

NOBLES, Richard e SCHIFF, David. **A sociology of jurisprudence**. Oxford: Hart Publishing, 2006.

NUSSBAUM, Martha. **A República de Platão**: a boa sociedade e a deformação do desejo. Tradução de Ana Carolina da Costa e Fonseca et al. Porto Alegre: Editora Bestirário, 2004.

OLGIATI, Vittorio. Direito positivo e ordens sócio-jurídicas: um “engate operacional” para uma sociologia do direito europeia. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (organizador). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos: 2004.

OST, François. **Contar a Lei. As fontes do imaginário jurídico**. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

OUELBANI, Mélika. **O Círculo de Viena**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2009.

PACHUKANIS, Evgeny. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

PALLIERI, Giorgio Balladore. **A doutrina do Estado**. Vol. I. Tradução de Fernando de Miranda. Lisboa: Coimbra Editora, 1969.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. Tradução de Ivone Benedeti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PAULSON, Stanley. Kelsen on legal interpretation. In: **Legal Studies**. Vol. 10, n. 02, julho de 1990.

PAVIANI, Jayme. **Platão & A República**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

PERELMAN, Chaim. **Droit, morale et philosophie**. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1968.

\_\_\_\_\_. **Lógica jurídica: nova retórica.** Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. **Between Law and Justice.** A connection of no-connection in Luhmann and Derrida. In: HIMMA, K. E. (coord.). **Law, Morality, and Legal Positivism.** Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2004.

\_\_\_\_\_. **Law, justice, society.** Nova York: Routledge, 2010.

PINTO, Jaime Nogueira. **A direita e as direitas.** Lisboa: DIFEL, 1996.

PINTOS, Juan-Luis. La nueva plausibilidad. La observación de segundo orden en Niklas Luhmann. In: **Revista Anthropos**, 173/174, 1997.

PIRES, Edmundo Balsemão. O pensamento de Niklas Luhmann como teoria crítica da moral. In: SANTOS, José Manuel (org.). **O pensamento de Niklas Luhmann.** Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005.

PISON, Jose Martinez de. **Justicia y Orden Político en Hume: sus fundamentos filosoficos.** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

POGREBINSCHI, Thamy. **O problema da obediência em Thomas Hobbes.** Bauru: EDUSC, 2003.

POPPER, Karl. **Autobiografia intelectual.** Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1986.

\_\_\_\_\_. **A sociedade aberta e seus inimigos.** Tomo I. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1987.

PRADE, Péricles. **Duguit, Rousseau, Kelsen e outros ensaios.** Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

PRANDINI, Riccardo. Riflessioni sull'enigma della giustizia trans-immanente. In: CALLIESS, Galf-Peter e outros. **Soziologische Jurisprudenz.** Festschrift für Gunther Teubner. Berlin: De Gruyter Recht, 2009.

PRIBÁN, Jiri. Reflexive and Autopoietic Law. In: CLARK, David Scott. (editor). **Encyclopedia of Law & Society.** American and Global perspectives. Volume 3. Califórnia: Sage Publications, 2007.

QUINTANA, Oscar Mejía. **La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil.** La tensión entre los paradigmas

autopoietico y consensual-discursivo em la filosofia jurídica y política contemporáneas. Bogotá: Unibiblos, 2001.

\_\_\_\_\_. **Carácter y proyección de la filosofía derecho en el pensamiento contemporáneo.** Bogotá: Universidad Nacional de Colômbia, 2006.

RACHELS, James. **Elementos de Filosofia Moral.** Tradução de Azevedo Gonçalves. Lisboa: Gradiva, 2004.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito.** Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

\_\_\_\_\_. **Relativismo y Derecho.** Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: Temis, 1999.

RAVINA, Carlos Morales de Setién. La racionalidad jurídica em crisis: Pierre Bourdieu y Gunther Teubner. In: BOURDIEU, Pierre e TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho.** Estudio preliminar de Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Ediciones Uniandes; Instituto Pensar, 2000.

RAWLS, John. **História da Filosofia Moral.** Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RECASEN SICHES, Luis. **Tratado general de filosofía del derecho.** 4ª edición. México: Porrúa, 1970.

RIVERA, José Rodriguez. Técnica y epistemología sistêmica. In: BLANCH, Antonio. **Nuevas tecnologías y futuro del hombre.** Madri: Comillas, p. 203.

ROBLEDO, Antonio Gómez. Introducción. In: PLATÓN. **La República.** Introdução e tradução a cargo de Antonio Gómez Robledo. 2ª edição. México: UNAM, 2000.

ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985.

\_\_\_\_\_. Três matrizes da teoria jurídica. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos.** São Leopoldo, 1999.

\_\_\_\_\_. **Epistemologia Jurídica e Democracia.** 2ª edição. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

\_\_\_\_\_. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – mestrado e doutorado -**, n. 04, 2007.

\_\_\_\_\_. Notas sobre Niklas Luhmann. In: **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, n. 40, janeiro a julho de 2007.

ROCHA, Leonel Severo e CARVALHO, Delton Winter. Policontextualidade Jurídica e Estado Ambiental. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, São Leopoldo, 2006.

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

RODRÍGUEZ, Darío e ARNOLD, Marcelo. **Sociedad y teoría de sistemas**. Santiago: Editorial Universitária, 1990.

ROSA, Alexandre Morais da. Direito de Família “Total Flex”. In: **Direito e Processo: Estudos em homenagem ao Desembargador Noberto Ungaretti**. São José: Conceito Editorial, 2007.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. 3ª ed. Buenos Aires: Eudeba, 2005.

ROUSSEAU, J.-J. **O contrato social. Princípios do direito político**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ROWE, Christopher. **Introducción a la Ética Griega**. México: FCE, 1979.

RUSSEL, Bertrand. **Teoria y Practica del Bolchevismo**. Barcelona: Ariel, 1969.

SALGADO, Remigio Conde. **Pachukanis y la teoria marxista del Derecho**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. A teoria da interpretação em Hans Kelsen. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n. 64, 2008.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

\_\_\_\_\_. **O conceito do político: Teoria do Partisan**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SCHORSKE, Carl E. **Viena fin-de-siécle**. Política e cultura. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. **Autopoiese e Constituição**: os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade. Passo Fundo: UPF Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. **Constituições Cíveis e Regulação: autopoiese e teoria constitucional**. In: **Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

SCHWARTZ, Germano e SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O sistema jurídico em Kelsen e Luhmann: diferenças e semelhanças. **Revista de Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 4, julho a setembro de 2008.

SCHWARTZ, Germano e SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O direito necessita de justiça? Reflexões sobre o tema em Kelsen e Luhmann. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6, n. 11, janeiro – junho de 2009.

SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen**. Ensaios introdutórios (2001-2005). Vol I. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

SIEP, Ludwig. **La actualidad dela filosofía práctica de Hegel**. Hegel y el holismo dela filosofía política. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. Observações sobre a justiça em Kelsen e em Luhmann. In: **Boletim dos Procuradores da República**. Ano IV, nº 39, julho, 2001.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**. Curitiba: Juruá, 2007.

SIMON, Henrique Smidt. **Direito, Hermenêutica e Filosofia da Linguagem**. O problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart. Belo Horizonte: Argumentum Editora, 2006.

SLOTERDIJK, Peter. **Derrida, um egípcio**. El problema de la pirámide judía. Buenos Aires - Madrid: Amorrortu Editores, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA, Jessé. Elias, Weber e a singularidade cultural brasileira. In: NEIBURG, Federico et. al; WAIZBORT, Leopoldo (Orgs.). **Dossiê Norbert Elias**. 2ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.



SOUZA, Ricardo Timm de. **Razões Plurais**. Itinerários da Racionalidade Ética no século XX: Adorno, Bérqson, Derrida, Levinas, Rosenzweig. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

SPENGLER, Oswald. **A decadência do Ocidente**. Tradução de Herbert Caro. 2ª edição. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

STEVENSON, Charles L. **Ética y Lenguaje**. Tradução de Eduardo Rabossi. Buenos Aires: Paidós, 1971.

STEWART, Iain. The Critical Legal Science of Hans Kelsen. In: **Journal of Law and Society**, 17(3), 1990.

STICHWEH, Rudolf. Teoría de Sistemas versus Teoría de la Acción. In: **Metapolítica**. Volume 05, outubro/dezembro de 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

\_\_\_\_\_. Os múltiplos corpos do Rei: a autodestruição da hierarquia do direito. In: Vários autores. **Filosofia do Direito e Direito Econômico**. Que diálogo? Lisboa: Piaget, 2001.

\_\_\_\_\_. Altera Pars Audiatur: o direito na colisão dos discursos. In: ALVES, J. A. Lindgren e outros (Coord). **Direito e Cidadania na Pós-Modernidade**. Piracicaba: Unimep, 2002.

\_\_\_\_\_. A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. In: **Revista Impulso**, Piracicaba, 14(33), 2003.

\_\_\_\_\_. Sociedad Global - Justicia fragmentada. Sobre la violación de los derechos humanos por actores transnacionales “privados”. In: **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 39, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Piracicaba: Ed. UNIMEP, 2005.

\_\_\_\_\_. **El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2005.

\_\_\_\_\_. **Giustizia autosovversiva: formula di contingenza o di trascendenza del diritto?** Nápoles: Edizioni Città del Sole, 2008.

\_\_\_\_\_. **Tratando com paradoxos do Direito:** Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski e OLIVEIRA, Elton Somensi (org.). **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico.** Barueri: Manole, 2010.

THORNHILL, Chris e KING, Michael. **Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law.** Nova York: Palgrave Macmillan, 2005.

TINOCO, Jorge Ulises Carmona. **La interpretación judicial constitucional.** México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

TORRES, Miguel Ayuso (ed.). **De la geometría legal-estatal al redescubrimiento del derecho y de la política.** Estudios en honor de Francesco Gentile. Madri: Marcial Pons, 2006.

TRINDADE, André. **Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoietica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VANEGAS, Camilo Alberto Enciso. **La igualdad compleja de Michael Walzer y los fallos económicos de la Corte Constitucional.** Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007.

VERNENGO, Roberto. J. **La Interpretación Jurídica.** México: UNAM, 1977.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.** São Paulo: Saraiva, 2010.

VIENA. **História Concisa da Áustria.** Publicação do Serviço Federal de Imprensa. Viena: Chancelaria Federal, 1983.

VILLAR BORDA, Luis. La justicia en la filosofía del derecho de Hans Kelsen. VILLAR BORDA, Luis (Org.). **Hans Kelsen (1881-1973).** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

VILLAS BOAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: PISSARRA, Maria Constança Peres e FABBRINI, Ricardo Nascimento (Coord.). **Direito e Filosofia: A Noção de Justiça na História da Filosofia.** São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009.

VILLEGAS, Juan Carlos Suárez. **¿Hay obligación moral de obedecer al derecho?** Madri: Tecnos, 1996.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VOEGELIN, Eric. **Platão e Aristóteles. Ordem e História.** Vol. III. Tradução de Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: Loyola, 2009, pág. 71.

VON MISES, Ludwig. **Human Action. A treatise of economics.** Alabama: Ludwig Von Mises Institut, 1998.

WALTER, Robert. **La estructura del orden jurídico.** Disertación jurídico-teórica basada en la teoría pura del derecho. Bogotá: Temis, 1984.

\_\_\_\_\_. **Kelsen, la Teoría Pura del Derecho y el Problema de la Justicia.** Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.

\_\_\_\_\_. **La Doctrina del Derecho de Hans Kelsen.** Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça.** Uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **Ciência e direito.** Florianópolis: Editora da UFSC, 1981.

\_\_\_\_\_. **A pureza do poder.** Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

\_\_\_\_\_. **Introdução Geral ao Direito.** Porto Alegre, Fabris, 1994.

\_\_\_\_\_. **O direito e sua linguagem.** 2ª versão. 2ª edição aumentada. Porto Alegre, Fabris, 1995.

WATZLAWICK, Paul. **A realidade é real?** Tradução de Maria Vasconcelos Moreira. Lisboa: Antropos, 1991.

WEBER, Max. **A ética protestante e o ‘espírito’ do capitalismo.** Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. Revisão técnica de Antônio Flávio Pierucci. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

\_\_\_\_\_. **Ciência e política: duas vocações.** 9ª edição. São Paulo: Cultrix, 1993.

\_\_\_\_\_. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva.** Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 3ª edição. Brasília: Editora da UnB, 2000.

WEFFORT, Francisco. **Por que democracia?** São Paulo: Brasiliense, 1984.

WILLKE, Helmut. Verbete “Direito Reflexivo”. In: ARNAUD, André-Jean (direção). **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito.** Tradução dirigida por Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ZOLO, Danilo. **El globalismo judicial de Hans Kelsen**. In: Jura Gentium, III, 2007, I. Disponível em <<http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/thil/kelsen.htm>> acesso em 01.05.2010.