

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO

Rafaela Silva Borges

**DIREITO E JUSTIÇA: UMA BREVE REVISÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA**

Brasília  
2023

Rafaela Silva Borges

**DIREITO E JUSTIÇA: UMA BREVE REVISÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira

Coorientador: Prof. Dr. Otávio Souza e Rocha Dias Maciel

Brasília

2023

BORGES, Rafaela Silva

BB732d

DIREITO E JUSTIÇA: UMA BREVE REVISÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA /  
Rafaela Silva Borges; orientador Paulo Henrique Blair de Oliveira; coorientador Otávio  
Souza e Rocha Dias Maciel. -- Brasília, 2023. 71 p.

Monografia (Graduação - Direito) – Universidade de Brasília, 2023.

1. Teoria do Direito. 2. Filosofia do Direito. 3. Desconstrução. 4. Justiça. 5. Teoria dos Sistemas.

Rafaela Silva Borges

## **DIREITO E JUSTIÇA: UMA BREVE REVISÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do título de bacharel e aprovado em sua forma final pela Faculdade de Direito

Brasília, 24 de novembro de 2023.

---

Coordenação do Curso

### **Banca examinadora**

---

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira  
Orientador

---

Prof. Dr. Otávio Souza e Rocha Dias Maciel  
Co-orientador

---

Prof. Dr. Douglas Antônio Rocha Pinheiro  
Examinador

---

Profª. Dra. Alice de Barros Gabriel  
Examinadora

Brasília, 2023.

*Aos meus professores, que me ensinaram a ser amiga do conhecimento.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais, ao meu irmão, à minha família; aos meus professores, cada um deles; às minhas amigas queridas, do passado e do presente; aos meus orientadores, pela paciência e cuidado; a todos os trabalhadores da Universidade de Brasília, efetivos, substitutos, voluntários e terceirizados; a todos, antagonistas inclusos, que cruzaram o meu caminho e enriqueceram, de forma singela ou complexa, a minha jornada... Muito obrigada!

*Nós podemos alcançar por nossos próprios esforços apenas uma justiça imperfeita,  
uma liberdade limitada. Melhor do que nada. Mantenhamo-nos firmes a esse princípio,  
o amor à Liberdade, do qual falou o escravo liberto, o poeta.*

*Ursula K. Le Guin, Uma Guerra sem Fim.*

## RESUMO

Ao relatar uma breve história da filosofia do direito no mundo ocidental, este trabalho busca compreender as relações entre justiça e direito. A fim de introduzir o assunto ao leitor, busca-se passar por tradições teóricas diferentes e por vezes até mesmo contraditórias, desde os clássicos gregos até os modernos: Platão, Aristóteles, Maquiavel, Kant, Hegel, Kelsen, dentre tantos outros. Essa caminhada termina com Niklas Luhmann e Jacques Derrida, que, mesmo pertencentes a campos do saber distintos, convergem num entendimento sobre o direito e a justiça que este trabalho compreende como adequado às complexidades do mundo contemporâneo. Em *Força de Lei*, Derrida utiliza-se do método da desconstrução para revelar a verdadeira posição do direito em face da justiça, abordando-a de forma indireta, oblíqua, permitindo o desdobrar de suas contradições. Não obstante, o filósofo argelino não está preocupado com uma justiça puramente idealizada, pois se compromete a compreender a experiência da justiça, a qual somente é possível mediante a força do direito. De maneira similar, Luhmann compreende a justiça como uma observação de segunda ordem particular do sistema do direito: trata-se de um modo de se repensar, de desconstruir o fazer jurídico a partir da própria autorreferencialidade do sistema. Dessa forma, Luhmann e Derrida inovam com relação às tradições jurídicas anteriores, compreendendo o direito como a conciliação da imperatividade da força com a necessidade da justiça.

**Palavras-chave:** Desconstrução. Justiça. Teoria dos Sistemas. Teoria do Direito. Filosofia do Direito.



## ABSTRACT

By reporting a brief history of the philosophy of law in the Western world, this work seeks to understand the relationships between justice and law. In order to introduce the subject to the reader, we seek to go through different and sometimes even contradictory theoretical traditions, from the Greek classics to the modern ones: Plato, Aristotle, Machiavelli, Kant, Hegel, Kelsen, among many others. This journey ends with Niklas Luhmann and Jacques Derrida, who, despite belonging to different fields of knowledge, converge on an understanding of law and justice that this work understands as appropriate to the complexities of the contemporary world. In *Force of Law*, Derrida uses the method of deconstruction to reveal the true position of law in the face of justice, approaching it in an indirect, oblique way, allowing its contradictions to unfold. However, the Algerian philosopher is not concerned with a purely idealized justice, as he is committed to understanding the experience of justice, which is only possible through the force of law. In a similar way, Luhmann understands justice as a particular second-order observation of the legal system: it is a way of rethinking, of deconstructing legal practice based on the system's own self-referentiality. In this way, Luhmann and Derrida innovate in relation to previous legal traditions, understanding law as the conciliation of the imperative of force with the need for justice.

**Keywords:** Deconstruction. Justice. Systems Theory. Theory of Law. Philosophy of law.

## LISTA DE SÍMBOLOS

– Forma de dois lados

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO.....</b>  | <b>12</b> |
| 1.1 DELIMITAÇÃO TEMÁTICA E JUSTIFICATIVA.....   | 12        |
| 1.2 PROBLEMA DE PESQUISA.....   | 13        |
| 1.3 DELIMITAÇÃO TEÓRICA.....  | 13        |
| 1.4 METODOLOGIA E OBJETIVOS.....  | 17        |
| <b>2 O PROBLEMA DA JUSTIÇA – LINHAS GERAIS.....</b>   | <b>18</b> |
| 2.1 PLATÃO.....   | 18        |
| 2.2 ARISTÓTELES.....  | 21        |
| 2.3 MEDIEVO E RENASCIMENTO.....   | 24        |
| 2.4 MODERNIDADE: PRINCIPAIS CONTRATUALISTAS.....  | 26        |
| 2.5 IDEALISMO ALEMÃO I: KANT.....   | 28        |
| 2.6 IDEALISMO ALEMÃO II – HEGEL.....  | 32        |
| 2.7 POSITIVISMO E UTILITARISMO.....   | 35        |
| 2.7.1 UTILITARISMO BRITÂNICO E O POSITIVISMO FRANCÊS.....                                     | 35        |
| 2.7.2 POSITIVISMO GERMÂNICO.....  | 38        |
| 2.8 KELSEN.....   | 40        |
| 2.9 JUSNATURALISMO E O PÓS-GUERRA.....  | 43        |
| 2.9.1 DO NEOPOSITIVISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO.....   | 46        |
| <b>3 LUHMANN.....</b>   | <b>48</b> |
| 3.1 UMA POSIÇÃO INICIAL EM TEORIA DO DIREITO.....   | 48        |
| 3.2 INTRODUÇÃO À TEORIA DOS SISTEMAS – TEORIA GERAL.....                                      | 49        |
| 3.3 TEORIA DOS SISTEMAS APLICADA AO DIREITO.....  | 57        |
| 4 A DESCONSTRUÇÃO DE DERRIDA E A JUSTIÇA DE LUHMANN: OS DOIS LADOS DE<br>UMA MESMA MOEDA..... | 60        |
| <b>5 CONCLUSÃO.....</b>   | <b>66</b> |

# 1 INTRODUÇÃO

## 1.1 DELIMITAÇÃO TEMÁTICA E JUSTIFICATIVA

A discussão acerca do conceito de direito e do conceito de justiça é mais antiga do que se possa imaginar. Em *Antígona*, Sófocles suscita um debate que pode encaminhar diversas interpretações. Na história, os dois irmãos da protagonista se matam na luta pelo trono de Tebas. Sob o poder de Creonte, o qual determina que um deles terá todo o cerimonial funerário devido; o outro, por ter atentado contra o trono, não terá esse direito. Desse impasse, Antígona luta para conseguir enterrar devidamente seu irmão, conforme dita a tradição. Para alguns, trata-se do embate entre o direito natural (ou o direito divino) contra o direito positivo; para outros, trata-se da luta entre o direito de Creonte e a justiça de Antígona.

Shakespeare também traz essa temática em *O Mercador de Veneza*. Na Veneza de 1596, a fim de agradar a seu amigo Bassânio, o próspero mercador Antônio vai a seu inimigo, Shylock, judeu e usurário, pedir um empréstimo. Devido às inúmeras humilhações sofridas nas mãos de Antônio, Shylock resiste em conceder o empréstimo, impondo a condição de que uma libra de carne, de qualquer parte do corpo de Antônio, teria de ser prometida como garantia. Quando o mercador não consegue adimplir sua parte no contrato, Shylock e Antônio iniciam um feroz embate jurídico, em que a força legal do contrato se contrapõe à justiça. Ao fim, o advogado de Antônio utiliza-se da interpretação literal do contrato, ganhando a causa e impedindo a morte do cliente. Percebe-se, assim, que um embate entre justiça e direito passa a ser, na verdade, sobre quem tem a justa pretensão sobre o direito.

Contemporaneamente, discute-se sobre o direito e a justiça em todos os lugares: nunca antes o Supremo Tribunal Federal, a Suprema Corte brasileira, esteve tão presente na boca do povo. Nesse contexto, muito se fala sobre a impunidade àqueles que cometem crimes no Brasil – para o senso comum, o direito talvez fosse o culpado desse problema, e na verdade a justiça seria feita se não houvesse o devido processo legal.

À luz do exposto, vê-se que o direito e a justiça são bastante discutidos tanto nos espaços jurídicos, quanto na sociedade em geral. Por isso, esse projeto procura realizar uma discussão teórica, abstrata e atemporal sobre a justiça e o direito, visando desvelar quais são os limites e as conexões entre esses conceitos que, embora pareçam a mesma coisa, podem ser também diferentes. Dessa forma, esse trabalho justifica-se por ser potencialmente relevante para juristas de diversas áreas – acadêmicos, magistrados, promotores, defensores públicos, advogados, legisladores etc; todos eles, uma hora ou outra, deparam-se com esse dilema.

## 1.2 PROBLEMA DE PESQUISA

Em geral, a literatura jurídica tende a conceituar a justiça como algo estranho, alheio ao direito – para os juristas do direito natural, por exemplo, ela estaria acima do direito, como uma carta capaz de resolver todos os problemas. Contudo, é estranho que ela tenha tamanho poder em resolver problemas jurídicos sem estar dentro do sistema do direito. Afinal, quais seriam os critérios de aplicação da justiça, se alguns juristas consideram que ela não está subordinada ao direito? Ao mesmo tempo, seria viável a defesa de uma justiça que não tenha estrutura ou força para sua efetivação no caso concreto? Sem o direito positivo, quem seria o responsável por aplicá-la? Colocado de outro modo, qual o valor de uma justiça puramente abstrata se ela não tem *força de lei* para valer no mundo?

Por outro lado, se há quem supervaloriza a justiça, há aqueles que a desprezam totalmente. Nestes casos, tendem a defender um direito positivo absoluto, intransigente e irreflexivo, sem capacidade de mudança frente a um desafiante caso concreto. Portanto, como poderia um direito inflexível operar, se novos problemas demandam o sistema do direito? Um direito obsoleto é capaz de cumprir sua função social?

Em resumo, há duas tendências opostas: subvalorizar o direito, colocando-o abaixo de uma justiça absolutamente abstrata; ou desconsiderar a importância da justiça, apelando a um direito positivo incontestado e rígido. O problema da justiça, à vista disso, continua sendo pertinente para o direito, de forma que algumas questões se mostram essenciais. O que é o direito? O que é a justiça? São conceitos iguais ou diferentes? Por quê? Se forem diferentes, qual a conexão entre ambos? Conforme respondermos a essas perguntas, possivelmente chegaremos à conclusão de que nenhum dos extremos é adequado. Ao contrário, defenderemos que *é possível um conceito de justiça que, apesar de dentro, e não fora, do direito, transforma o direito à luz do caso concreto.*

## 1.3 DELIMITAÇÃO TEÓRICA

Esse trabalho busca traçar uma breve história sobre como a justiça e o direito foram trabalhados no mundo ocidental. Sem retirar o mérito de outras abordagens, pretende-se apenas introduzir o assunto ao leitor, possibilitando o contraste entre as tradições mais comuns no direito e a teoria a ser defendida.

Como ponto de partida, trazemos a filosofia grega clássica, Platão e Aristóteles. Sua importância para o pensamento do ocidente não pode ser subestimada, pois como afirma o

filósofo Alfred N. Whitehead, “A mais segura generalização da tradição filosófica europeia é que ela consiste numa série de notas de rodapé à filosofia de Platão” (tradução nossa)<sup>1</sup>. Por meio de seus famosos diálogos, Platão utiliza-se da figura de seu mestre, Sócrates, para expor suas ideias. Em sua exposição, Platão defende que a Justiça floresce no seio social, de maneira que não é possível haver homens justos em uma sociedade injusta. Nesse sentido, a educação seria essencial na composição de uma sociedade justa, pois permitiria que os cidadãos desenvolvessem suas virtudes e construíssem o bem comum.

Ao seu turno, Aristóteles combina os ensinamentos de seu mestre, Platão, com as suas próprias concepções de Justiça. Para ele, não basta possuir a capacidade inata de ser justo, algo comum a todos os homens, mas se deve cultivar a justiça no dia a dia, por meio de atitudes concretas. Tal aplicação prática requer não apenas a vontade de agir com justeza, mas sobretudo deliberar racionalmente acerca de como proceder, objetivando alcançar a medida áurea, a justa medida das coisas.

Avançando alguns séculos, temos o medievo e o renascimento como importantes marcos históricos no pensamento europeu. Marcado pela presença das religiões abraâmicas – judaísmo, cristianismo e islamismo – esse período traz nova roupagem às ideias dos clássicos gregos. Do lado medieval, destacam-se Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, influenciados respectivamente pelo neoplatonismo e pela releitura aristotélica realizada por autores contemporâneos à época. Posteriormente, Nicolau Maquiavel é o autor renascentista que mais se destaca na compreensão das relações entre política, direito e justiça. No pensamento maquiavélico, a justiça está intimamente ligada à estabilidade política – sendo esta apenas possível quando há o exercício da autoridade por meio da força.

Em seguida, o período pós-renascentista foi extremamente influenciado por mudanças sociais efervescentes – guerras, revoluções, instabilidade política etc. Diante disso, surge a necessidade de se criar uma ficção jurídico-política que explicasse o surgimento da sociedade civil: o contrato social. Do lado inglês, destacam-se Thomas Hobbes e John Locke. Traumatizado pelo imenso caos da Grã-Bretanha de sua época, Hobbes vê a necessidade de um Estado forte, unitário e autoritário – o Leviatã, capaz de controlar os impulsos selvagens dos homens. Contrariamente a isso, Locke vê nas mudanças sociais a necessidade de proteger os indivíduos da tirania estatal por meio da chamada “democracia liberal”, notadamente caracterizada pela defesa dos direitos civis, em especial a propriedade privada. Já no

---

<sup>1</sup> No original: “The safest general characterization of the European philosophical tradition is that it consists of a series of footnotes to Plato” (WHITEHEAD, 1978, p. 39).

continente europeu, Jean-Jacques Rousseau se posiciona de forma radicalmente diferente dos ingleses citados. Conforme Rousseau, o surgimento da propriedade privada e da sociedade civil não são as soluções para os conflitos, mas sim a origem de toda a degeneração social.

Outra forte tendência filosófica que influencia o direito até hoje foi o idealismo alemão, notadamente nas figuras de Kant e Hegel. Kant inaugurou o idealismo alemão ao combinar a tradição racionalista-continental com o empirismo inglês, formulando uma metafísica denominada “Razão Pura”, cujo principal objetivo era investigar os limites e possibilidades do conhecimento possível. Quando percebe que sua teoria não se aplica aos fenômenos sociais, Kant desenvolve então a “Razão Prática”, em que investiga as possibilidades de se estudar a liberdade. A partir disso, compreende que a liberdade deve ser limitada tanto pela auto imposição moral do indivíduo sobre si próprio (a Ética), quanto pela imposição externa de leis (o Direito). Nesse sentido, a justiça kantiana está na licitude, enquanto a injustiça se encontra na ilicitude. Diferentemente desse entendimento, Hegel constrói sua filosofia a partir da teologia cristã, defendendo a existência de uma unidade (o Absoluto), que deveria ser alcançada pelo homem com o avançar da História. Por esse viés, o autor compreende que a evolução máxima do Direito é o Estado imperialista, ao qual os cidadãos, para exercer a justiça, deveriam obedecer e defender.

A seguir, o positivismo revisita diversos autores já trabalhados até então. Se, por um lado, Maquiavel, Hobbes e Hume influenciaram o utilitarismo britânico e o positivismo francês, por outro, Leibniz, Kant e Hegel foram essenciais ao positivismo germânico. Embora o positivismo não seja um movimento unitário, com diversas diferenças e divergências entre as teorias inseridas nesse escopo, há certos posicionamentos comuns a esses autores: o foco na autoridade como fonte e na coação como definição de direito; o ordenamento não pode ter lacunas; a lei deve ser obedecida, independentemente de qualquer coisa.

Responsável por superar o positivismo e consolidar fundamentos da teoria do direito, Hans Kelsen construiu a chamada “Teoria Pura do Direito”. Longe de descartar a conexão entre direito, sociedade e outras áreas do conhecimento, Kelsen visava à distinção entre Ser e Dever-Ser, cuja diferenciação possibilitaria ao Direito uma autonomia essencial à sua operacionalização. Dessa forma, Kelsen compreende o direito e a política como duas ordens sociais distintas, cuja conexão deve ser feita com cautela. As preocupações do autor austríaco provaram-se corretas com a ascensão do nazi-fascismo e o advento da Segunda Guerra Mundial, período histórico em que o direito e seus operadores ficaram subjugados à ordem política de Hitler, Mussolini e seus pares.

Devido aos traumas decorridos desse momento de terror, o pós-guerra foi ambiente de ressurgimento do jusnaturalismo, segundo o qual o direito seria inato ao ser humano. Dois teóricos explicitam essa vertente: Gustav Radbruch, para quem a justiça se efetiva quando o direito busca reconhecer o valor jurídico; e Herbert Hart, o qual conecta direito e moral a fim de evitar uma retomada ao direito imoral do nazi-fascismo. Enfim, essa trajetória histórica se encerra com o neoconstitucionalismo, movimento influenciado pelas compreensões de Ronald Dworkin e Robert Alexy acerca da Teoria dos Princípios. Utilizando os princípios como norte, os neoconstitucionalistas tentam superar a dicotomia entre positivismo e jusnaturalismo, alinhando a segurança jurídica daqueles à busca pela justiça destes.

Por fim, finalizamos com Niklas Luhmann e Jacques Derrida, cujas compreensões convergem. Ao abordar esses dois autores, trazemos uma proposta que não somente sintetiza os séculos de discussão acerca do tema, mas que em especial delimita bem as possibilidades e os limites das conexões entre direito e justiça. Em *Força de Lei*, o filósofo argelino Derrida utiliza-se do método da *desconstrução* para revelar a verdadeira posição do direito em face da justiça. Isso porque, para ele, o que se chama comumente de desconstrução já tratava da justiça de forma oblíqua, indireta: “não se pode falar diretamente da justiça, tematizar ou objetivar a justiça, dizer ‘isso é justo’ e, ainda menos, ‘eu sou justo’, sem trair imediatamente a justiça, senão o direito”<sup>2</sup>. Em outros termos, a justiça deveria ser abordada de forma indireta, e por isso a desconstrução desempenha um papel importante nessa discussão.

Não obstante, Derrida não está preocupado com uma justiça puramente idealizada – nesse sentido, está comprometido em compreender como é possível que a justiça seja experienciada. O direito, então, seria o responsável por conciliar a necessidade da força com a necessidade da justiça: “E assim, não podendo fazer com que aquilo que é justo fosse forte, fizeram com que aquilo que é forte fosse justo”<sup>3</sup>. O direito e a justiça, porém, não se confundem – afinal, enquanto a justiça deve sempre concernir a uma singularidade insubstituível, o direito disciplina a regra (a norma), que tem uma forma geral<sup>4</sup>. Portanto, o autor consegue trazer pontos interessantes acerca das diferenças e conexões entre direito e justiça, compondo um pano de fundo importante para as discussões seguintes.

Por sua vez, ao tentar fornecer uma resposta aplicável ao cotidiano dos juristas, Luhmann busca conciliar as relações entre Direito e Justiça. Em *O Direito da Sociedade*, o sociólogo alemão traz uma solução da teoria dos sistemas para o referido dilema. No capítulo

---

<sup>2</sup> DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 17.

<sup>3</sup> PASCAL *apud* DERRIDA, 2010, p. 19.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 31.



*A Justiça como fórmula para a contingência*, Luhmann aponta como o problema da justiça é difícil de ser trabalhado, pois geralmente é tratado como uma questão externa ao direito (por exemplo, a ser trabalhado pela ética). Entretanto, não se deve desistir de tratar a justiça no âmbito jurídico. Segundo o autor, a justiça trata-se de 1) autorreferência não como operação, mas como (auto)observação; 2) não no nível do código, mas no nível de programas; e 3) não na forma de uma teoria, mas na forma de uma *norma*<sup>5</sup>.

No sentido proposto por Luhmann, a justiça seria, portanto, uma *observação de segunda ordem* do sistema jurídico – ou uma forma de se repensar o fazer jurídico – operada pelo próprio sistema. Para o autor, a justiça não precisa recorrer ao direito natural para criticar o direito positivo vigente. Em verdade, a *contingência* mostra outro caminho, já que, pela própria complexidade do arcabouço jurídico, “todas as normas jurídicas e todas as decisões, todos os motivos e todos os argumentos jurídicos podem assumir outra forma”<sup>6</sup>. Para lidar com tamanha complexidade e contingência, a justiça seria uma abstração equivalente ao *princípio formal de igualdade*, ou seja, uma fórmula que prescreve “tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade”. Assim, apesar de não conter um conceito material de justiça, a solução de Luhmann permite ao sistema encontrar respostas dentro de si mesmo, por mais difíceis que sejam os casos concretos.

Em termos gerais, conclui-se que Luhmann e Derrida possivelmente respondem a todas as questões levantadas, delimitando apropriadamente o direito e a justiça, bem como estabelecendo as relações entre tais conceitos, afastando-se de soluções tentadoras como as do direito divino ou do direito natural.

#### 1.4 METODOLOGIA E OBJETIVOS

A partir de revisão bibliográfica, a pesquisa assumiu um caráter narrativo. Os autores situados no tópico “linhas gerais” foram escolhidos devido a sua presença e relevância no ocidente. Por sua vez, Luhmann e Derrida foram escolhidos porque, apesar de estarem historicamente colocados na modernidade, optam por trilhar um caminho teórico não-moderno. Dessa forma, estes podem servir como porta de entrada para se questionar a autoridade da filosofia do direito moderna, abrindo assim espaço para teorias decoloniais. Assim, pretende-se realizar uma reflexão histórico-filosófica sobre direito e justiça, comparando os autores quando possível e defendendo aqueles que parecem melhor compreender o fenômeno.

---

<sup>5</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 290.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 294.

## 2 O PROBLEMA DA JUSTIÇA – LINHAS GERAIS

### 2.1 PLATÃO

O ponto de partida da discussão acerca da justiça, no mundo ocidental, é a Grécia Antiga. O mundo grego era estruturado pelas leis (*nomos*), circunstância evidenciada pelo fato de que os Sete Sábios da Grécia eram todos legisladores. Assim, o direito e a justiça eram temas essenciais para os pensadores da Grécia Antiga. Inicialmente, a ênfase do pensamento jurídico grego era dada à legalidade, simbolizada pela deusa Têmis, a qual, mediante força e batalha, funda a ordem normativa. Nesse sentido, essa divindade refere-se à autoridade, legalidade e validade do direito. Por outro lado, as lutas entre as classes sociais deslocou o foco para Diké, divindade que representa o cumprimento da justiça<sup>7</sup>.

Na filosofia pré-socrática<sup>8</sup>, destacam-se três concepções de justiça. Para Anaximandro, o mundo seria uma unidade, sendo injusto o fato de haver formas destacadas dessa unidade, ou seja, o mundo seria feito de injustiças. Por sua vez, Heráclito concebia o mundo como disputas, tensão, conflito; no entanto, a paz não seria desejável, mas justa seria a tentativa de solução dessas tensões. Finalmente, Parmênides defende a equivalência entre justiça e verdade. Para ele, a justiça estaria em conhecer a verdade das coisas e com elas ser justo.<sup>9</sup>

Tais pensadores certamente influenciaram a filosofia ocidental, mas se chamam pré-socráticos por uma razão. Em 399 a.C, alguns cidadãos atenienses acusam Sócrates de desrespeitar as tradições religiosas de Atenas e corromper a juventude. Entretanto, tais motivos eram irrealistas, tratando-se de uma tentativa política de derrubar o filósofo, o qual denunciava o papel dos sofistas no desvirtuamento da democracia ateniense<sup>10</sup>. Sem se abalar durante o seu julgamento, Sócrates permanece firme em sua defesa da filosofia enquanto amor ao saber, orientada por conceitos estáveis. Assim, ao morrer por seus ideais, Sócrates marca profundamente sua geração e se torna a mais alta figura simbólica da filosofia.

Apesar dessa grande importância dada a Sócrates, pode-se dizer que foi Platão, um de seus discípulos, o verdadeiro ponto de partida para se efetivamente compreender a filosofia ocidental. Uma vez que Sócrates, por privilegiar o debate oral, não deixou registros escritos,

<sup>7</sup> MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 31.

<sup>8</sup> Chamam-se “pré-socráticos” por uma questão didática, tendo alguns vivido antes ou contemporaneamente a Sócrates. Não há textos desses filósofos, mas é possível inferir seus argumentos por meio de comentadores de épocas adjacentes que os referenciavam.

<sup>9</sup> MASCARO, 2014, p. 35.

<sup>10</sup> Os sofistas eram mestres da retórica, responsáveis por ensinar a construção dos argumentos aos cidadãos atenienses, desde que fossem pagos. Eram desprezados por Sócrates porque vendiam as próprias ideias. Apesar dessa carga negativa, seu papel têm sido reavaliado nos últimos séculos, uma vez que diferenciavam a objetividade dada ao conhecimento da natureza de uma intersubjetividade dada ao conhecimento de valores e conceitos sociais, sendo estes, para eles, formados pela persuasão (MASCARO, 2014, p. 38).

Platão tornou-se a principal fonte do pensamento socrático. Por meio de diálogos, Platão apresenta a filosofia de seu mestre, bem como organiza e sistematiza seu próprio pensamento.

Para Platão (428-348 a.C)<sup>11</sup>, a Justiça está intimamente relacionada a toda uma comunidade de princípios, de virtudes, as quais devem ser exercidas na pólis, ou seja, em sociedade. Surge então a noção de *eudaimonia*, que representa o florescimento das virtudes em seu próprio ritmo; nesse contexto, o Bem representa a *eudaimonia* universal, qual seja, um bem comum em que tudo e todos podem florescer virtuosamente e da melhor maneira possível. Para que essas virtudes possam florescer, Platão destaca a educação como essencial: a *paideia*, um educar de décadas na pólis, de forma a constituir verdadeiros cidadãos virtuosos e justos. Nesse sentido, é impossível a existência de homens justos em uma sociedade injusta, pois, para Platão, a medida da justiça é social – não há justiça fora da sociedade<sup>12</sup>.

O diálogo *Críton*<sup>13</sup>, que se passa entre o julgamento e a morte de Sócrates, demonstra bem essa relação entre justiça e sociedade para Platão. Críton, discípulo de Sócrates, sugere uma fuga da prisão, pois considera injusta a pena sofrida por seu mestre [43a-46a]. O filósofo responde que não basta viver, deve-se “viver bem” – com honra, conforme a justiça, na pólis, em sociedade. Assim, ser justo é fazer o bem e, inversamente, ser injusto é fazer o mal, sendo este inadmissível em quaisquer circunstâncias [46b-50a]. Sócrates, portanto, recorre à “Personificação das Leis”<sup>14</sup>, as quais defendem que o sistema normativo é a base sem a qual seria impossível tornar-se cidadão. Por fim, surge a noção de que injustiça não se paga com injustiça, pois além de a prática da maldade rebaixar a pessoa injustiçada, pagar na mesma moeda, rejeitando as leis, significa também arruinar a civilização [50a-54e].

Em *A República*, Platão prossegue em sua dissertação acerca da justiça. No Livro I, Sócrates é confrontado por três concepções de justiça. A primeira é a de Céfalo, para quem justo seria “dizer a verdade e devolver o que se recebeu”; em seguida, Polemarco afirma que justiça é “tratar bem os amigos e mal os inimigos”; por último, Trasímaco acredita apenas na justiça enquanto “conveniência do mais forte”. Para Céfalo, Sócrates responde que não seria justo retornar, a um homem mentalmente instável, arma que outrora lhe pertencera, pois desse modo estaria colocando a pólis em risco; a Polemarco, traz a metáfora da “fera hostil” para ilustrar a importância de se tratar os inimigos com cordialidade para não se agravar o conflito.

<sup>11</sup> Além de Sócrates, Platão foi influenciado pelo já citado Heráclito, pelos Eleatas (seguidores de Parmênides) e por Pitágoras e o Orfismo.

<sup>12</sup> MASCARO, 2014, p. 50; PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, livros II e IV.

<sup>13</sup> PLATÃO. *Críton, ou o DEVER*, in. Diálogos, Coleção Clássicos. Editora Cultrix: 9 Edição. Tradução: Jaime Bruna. Os números entre colchetes [] se referem aproximadamente à paginação padrão adotada a partir da edição genovesa de Henri Estienne (Stephanus) de 1578.

<sup>14</sup> Talvez pela primeira vez na filosofia do direito, aqui fica clara a concepção de norma enquanto ente separado dos seres humanos,

Para rebater Trasímaco, Sócrates precisa de uma resposta mais elaborada. Os livros II e IV tratam da “justiça em sociedade” e da “justiça enquanto cultivo de aptidões”<sup>15</sup>, em que a *paideia* exerce papel fundamental na construção de uma pólis justa. Já o Livro V trata de direcionamentos, prescrições que Platão acredita pertinentes na criação de uma cidade justa e perfeita: educação igualitária para homens e mulheres; dissolução dos laços de família e dos deveres de clã ao nascimento;<sup>16</sup>Guardiões, cidadãos educados para guiar a sociedade (novamente o conceito de *paideia* é relevante); eleição de um Rei Filósofo, o mais habilitado, o melhor dentre os melhores Guardiões, o líder dessa sociedade aristocrata imaginária.

Todavia, o Livro VIII da República alerta para os perigos que derivariam de uma eventual decadência dessa sociedade. Se deixada indisciplinada, a competição entre os cidadãos e entre os Guardiões por quem é o mais virtuoso e meritório pode degenerar tal aristocracia em outra forma de governo, a oligarquia. Na oligarquia, poucos indivíduos acumulam propriedades, honrarias e conquistas; o abuso e o excesso levam ao sofrimento da plebe, levando à democracia. O regime democrático se caracterizaria pelo exercício irrestrito e irregular de desejos indisciplinados; o ambiente é de medo de perder tal liberdade excessiva, bem como de disputas internas entre os que desejam regulação e os que não.

Tal cenário torna-se oportuno para líderes inteligentes e populistas se aproveitarem do caos, instaurando a última forma de degeneração, a tirania: escravo de seus próprios desejos, o tirano usa de fraude e violência para escravizar os outros ao seu redor, os quais servirão para satisfazer os desejos tirânicos; há um estado perpétuo de medo e insegurança, pois o tirano, desconfiado de todos, não consegue ser amigo de ninguém; desse modo, o tirano será morto pelo povo ou pelo próximo tirano. Explicado os perigos da degeneração, tem-se então o Livro X, sobre o Mito de Er. Em suma, trata-se da incorporação pelos gregos da noção egípcia de julgamento após a morte: *Ananké*, uma espécie de entidade caracterizada pela noção de “Necessidade”, julgaria a alma dos mortos e recompensaria os virtuosos.

Finalmente, toda essa trajetória por *A República* serviu para que Platão, pela boca de Sócrates, refutasse principalmente a concepção de “justiça do mais forte”, concluindo que ser justo é cultivar as virtudes de cada cidadão na pólis, cuidando para que se busque o Bem Comum. Isso porque, na filosofia platônica, a justiça só é possível em uma sociedade justa, que considera tanto fortes quanto fracos – caso contrário, arrisca-se a degeneração da pólis e dos alicerces da civilização.

<sup>15</sup> Para Platão, “Justiça é cada um possuir o que é seu e realizar o que lhe cabe” (433e-434a).

<sup>16</sup> Para que isso fosse possível, o bebê deveria ser afastado de seus pais biológicos ao nascer, sendo educado por tutores. Dessa forma, cresceria com a crença de que sua família é a pólis, o que evitaria o surgimento de aristocracias consanguíneas.

## 2.2 ARISTÓTELES

Depois de Platão, Aristóteles é o segundo filósofo relevante para a história da filosofia do direito ocidental. Seus tratados sobre retórica, argumentação e lógica são notadamente relevantes para o contexto de sua época, em que tais elementos eram essenciais nos debates e julgamentos que ocorriam nos Areópagos. Ainda que não fosse grego, pois nascera na Macedônia, fez um grande resumo da filosofia grega até então, contribuindo enormemente para a compreensão das filosofias antes e contemporaneamente a si.

Antes de compreender a justiça em Aristóteles, importa retomar um pouco de sua filosofia. O centro de seu sistema filosófico é a categoria de substância (**οὐσία** – *substantia*), a qual é descrita mediante outras categorias: quantidade, qualidade, relação, *poiein* (fazer, *poiesis*), *keisthai* (ponto final depois de uma sequência de ação), *paschein* (receptividade da substância), *echein* (como a substância está depois de sofrer a ação). Esta última será relevante para entender a Ética e a Justiça. Relembremos que substâncias e suas essências, diferentemente da leitura feita pelos medievais, aqui não são eternas, imutáveis, imodificáveis ou indestrutíveis – em verdade, são o completo oposto. Ademais, Aristóteles compartilha com Platão o apreço por uma “comunidade de virtudes”, de princípios; no entanto, as antinomias compostas por essa comunidade não precisam ser necessariamente solucionadas<sup>17</sup>.

Assim como em Platão, a noção de eudaimonia faz-se presente aqui. No Livro I de *Ética à Nicômaco*<sup>18</sup>, a eudaimonia (εὐδαιμονία – florescer dos cidadãos) é retroalimentada pelo fortalecimento das virtudes (ἀρετή – Areté), e essa relação constitui e é constituída na Comunidade Política (κοινωνία πολιτική)<sup>19</sup>. Por essa perspectiva, a Ética não é uma “natureza” dada, mas sim um processo trabalhoso, um cultivo que requer dedicação; assim, a Virtude não advém de fora (de nascimento, por títulos de nobreza ou pelo mandamento normativo), mas sim é um eterno “estar-a-caminho-de”<sup>20</sup>.

Por sua vez, no Livro II, a categoria de *echein* (ἔχειν) dá origem à ἕξις (Hexis), a qual em exercício conjunto com o πάθος (*Pathos*) e a δύναμις (*Dynamis*), produzem a ἠθικός (Ética). Traduzindo os termos, *Pathos* é um “estilo de viver e ver a vida”, as paixões que movem o ser; *Dynamis* é a “capacidade inata”; e *Hexis* é a “capacidade adquirida”; para que a

<sup>17</sup> Exemplo: o princípio da liberdade de expressão vs. princípio da dignidade da pessoa humana. Ambos são princípios que podem compor uma antinomia no caso concreto, como nos crimes de racismo. Neste caso, prevalece o princípio da dignidade; apesar disso, o princípio da liberdade não “desaparece”, mas é limitado.

<sup>18</sup> ARISTÓTELES. “*Ética a Nicômaco*” in. Os Pensadores. São Paulo: Victor Civita, 1984.

<sup>19</sup> Como bem ilustra esse trecho: “O fim supremo de todas as ciências e todas as artes é a Política” (1094b).

<sup>20</sup> “O Bom para o humano é o exercício ativo de suas funções e ações racionais próprias de sua alma que segue um princípio racional em conformidade com a excelência/virtude. Portanto, isso demora, e leva uma vida completa, pois uma andorinha não faz uma primavera” (modificado, 1098a5-20).

Ética possa emergir, as três precisam estar ativas, “em movimento”. Exemplo disso é que não basta ter o *Pathos* pela Justiça, ou ter a capacidade inata de ser Justo; deve-se cultivar a *Hexis* da Justiça diariamente, no caso específico e concreto, para ser verdadeiramente Ético.

O Livro III, por sua vez, ajuda a compreender como a Ética aristotélica será aplicada juridicamente. Existiria um primeiro passo, a βούληση (*Boulêse*), traduzida por uma “vontade de causar coisas no mundo”, a qual não possui valoração positiva ou negativa, mas neutra; a partir dela, é possível pensar sobre o que cabe ou não fazer concretamente no mundo. O segundo passo seria a προαίρεσις (*Proairese*), que representa a deliberação racional acerca de como, onde, por quais meios, com qual finalidade se está agindo; não se trata de mero cálculo, pois as práticas retroagem no caráter do ser ético, podendo alterar sua essência<sup>21</sup>. Com essas duas ferramentas de ponderação, Aristóteles convida-nos a imaginar valores de referência tais como 1) uma *Hexis* excessiva; e 2) uma insuficiência/ausência de *Hexis*; dessa forma, é possível realizar um salto especulativo para se alcançar a μεσότης (*Mesotés* – Meio Áureo), que não é uma média aritmética ou uma receita pronta.

Um exemplo concreto desse processo de ponderação pode ser o seguinte: imagine que Maria está saindo de casa, quando sua vizinha Judite lhe comenta que está passando por problemas de saúde e não está conseguindo cozinhar todos os dias. Comovida, Maria possui a vontade (*Boulêse*) de ajudar, mas se pergunta se lhe é apropriado cozinhar para Judite; depois de pensar um pouco, conclui que sim, pois além de vizinhas há anos, esse tipo de ajuda em nada constrangeria Judite. Em seguida, Maria se pergunta como, onde e de que maneira irá cozinhar para Judite (*Proairese*) e, na volta do trabalho, já passa no supermercado e põe seu plano em ação. Já em casa, Maria se pergunta o quanto de comida deve cozinhar, com qual frequência e se deve ou não acionar os outros vizinhos. Ela pondera, “Bom, se eu nada fizesse, seria ruim (*Hexis* ausente), mas se eu me ocupar inteiramente de Judite (*Hexis* excessiva), estarei ultrapassando o que me cabe”. Considerando isso e as próprias necessidades e rotina, Maria conclui, portanto, que o melhor é cozinhar para que Judite tenha comida saudável suficiente para dois dias, e irá oferecer sua ajuda à vizinha na medida do possível até que esta se recupere, sem com isso sacrificar a si própria (*Mesotés*).

Isto posto, Aristóteles disserta sobre diversos vícios por excesso e por falta no Livro IV, propondo soluções virtuosas provisórias (a serem averiguadas no caso concreto). Já no livro V, tal processo é aplicado nas noções de δίκαιος (*Dikaios*) – justeza, observância, aquilo que é ajustado; e δικαιοσύνη (*Dikaiosyne*), virtude que representa o cumprimento do *dikaios*

---

<sup>21</sup> Por exemplo, se um indivíduo age injustamente no mundo, sua essência transforma-se gradativamente, de forma que, pelo hábito de ser repetidamente injusto, ele se torna injusto.

no caso concreto. Em outras palavras, trata-se da virtude da Justiça, a qual Aristóteles considera mais importante por ser aquela que permite o florescimento próspero das demais virtudes, pois só é possível a justiça em sociedade, ou seja, em relações com o outro (alteridade).

Compreendida toda essa trajetória, fica mais fácil abordar as divisões da justiça<sup>22</sup> em Aristóteles. Primeiramente, “Justiça em Geral” é uma capacidade genérica de tratar os outros de maneira civilizada e esperar ser tratado de forma civilizada. Naturalmente, essa justiça (que deve ser exercida no caso concreto, cotidianamente) constitui a base da civilização, semelhantemente ao que o pensamento platônico preconiza. Em seguida, há a justiça distributiva, que se refere à distribuição proporcional<sup>23</sup>.

Há também a justiça corretiva, que pode ser sintetizada em “retorno ao estado anterior das coisas” (*status quo ante*) e pode ser dividida em Justiça comutativa (jogo de soma zero; *zero sum*)<sup>24</sup>; e Justiça retributiva, que é uma resposta dada a uma situação mais grave. Esta última pode ser idêntica (“olho por olho, dente por dente”; Lei de Talião) ou comensurável (artesanal, feita sob medida)<sup>25</sup>. Nesse contexto, a equidade surge como solução para atenuar os rigores abstratos da *nomos*, adequando a finalidade da lei ao caso concreto.

Por fim, cabe falar acerca da dicotomia entre o direito natural e o direito positivo. Para Aristóteles, tais racionalidades não são opostas uma à outra, mas se complementam. Enquanto Têmis instaura a ordem normativa natural (Eterna), Diké adapta a norma ao caso concreto a partir das mudanças da ordem positiva (humana): “O direito natural aristotélico (...) não é um rol de normas, mas sim um agir artesanal, (...) artístico. A definição dos romanos do direito como arte do justo reflete de modo sintético e poderoso o modo de pensar de Aristóteles”.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> MASCARO, 2014, pp. 68-70.

<sup>23</sup> Justiça distributiva: distribuição proporcional de bens, honras, cargos, direitos, deveres, recursos etc; além disso, deu origem ao famoso princípio formal de igualdade: “Tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais na medida de sua desigualdade”. Exemplos: Lei de cotas aplicada em processos seletivos de ingresso em universidades e em concursos públicos; Bolsa Família, programa de redistribuição de renda que também visa ao ensino profissionalizante, acompanhamento do calendário vacinal e assiduidade das crianças nas escolas; tributação progressiva (política pública pouco aplicada no Brasil); licença maternidade; inversão do ônus da prova no direito do consumidor e no direito do trabalho etc.

<sup>24</sup> Exemplo: responsabilidade civil e indenizações por dano material e/ou moral.

<sup>25</sup> Para Aristóteles, a justiça idêntica é indesejável, pois seria a “dos bárbaros”, afinal, requer que “se pague pela mesma moeda”. Por sua vez, a comensurável é a “sob medida”, como fabricar roupa num alfaiate: trata-se do princípio que orienta toda decisão judicial que julga casos concretos, em especial decisões envolvendo o direito penal e a dosimetria da pena.

<sup>26</sup> MASCARO, 2014, p. 81.

### 2.3 MEDIEVO E RENASCIMENTO

Contrariamente ao senso comum, a Idade Média não foi apenas um “período das trevas”, pois nesse período também houve ímpares discussões filosóficas. Para compreender a transição para o medievo, deve-se observar o contexto religioso da época, fortemente marcado pelas religiões abraâmicas (judaísmo, cristianismo e islamismo). Diferentemente das religiões gregas, que eram baseadas em rituais e costumes, as abraâmicas são fundadas por textos sagrados, os quais, na perspectiva de seus devotos, seriam completos e serviriam como referência para o direito. Nesse sentido, enquanto na Grécia antiga a fonte jurídica seria principalmente os costumes, a fonte do direito medieval advém dos textos sagrados<sup>27</sup>.

Uma figura notável para a religião cristã foi São Paulo de Tarso, seu principal divulgador, para o qual Justiça seria a realização da vontade divina<sup>28</sup>. Assim, na transição do mundo antigo para o mundo medieval, muda-se a fonte do poder político: se em Platão e Aristóteles a fonte estaria no povo, na pólis, na razão e nas ideias, no contexto medieval a fundamentação do poder é divina, sendo esta a origem do Direito Divino dos Reis<sup>29</sup>.

Depois de o Imperador Constantino (272-337 d.C) ter colocado o cristianismo em local de destaque no Império Romano, a religião se espalhou ainda mais, propiciando o surgimento de grandes doutrinadores. Para Santo Agostinho (354-430 d.C), a justiça é dar a cada um o que é seu (*iustitia suum cuique distribuit*), tese influenciada pelo neoplatonismo. Além disso, nele há a separação entre Cidade de Deus (Lei Eterna) e a Cidade dos Homens (Lei temporal): a primeira seria imutável, perfeita e completa; a segunda, mutável, imperfeita e incompleta, devendo se referenciar na Lei Eterna expressa pela Bíblia.<sup>30</sup>

Mais tarde no medievo, outro pensador importante foi São Tomás de Aquino (1225-1274 d.C), santo católico<sup>31</sup> influenciado pela filosofia aristotélica, em especial por ابن رشد (Averróis, 1126-1198 d.C)<sup>32</sup>. Recepcionando e simultaneamente criticando Averróis, São Tomás de Aquino visava “salvar Aristóteles das garras do Islã”, retirando do pensamento

<sup>27</sup> Isso não significa que na Grécia não havia leis escritas, mas que a codificação vinha como forma de condensação dos costumes.

<sup>28</sup> MASCARO, 2014, pp. 101-103.

<sup>29</sup> Tese segundo a qual a fundamentação do poder dos monarcas cristãos estaria no fato de terem sido “escolhidos por Deus”.

<sup>30</sup> BITTAR, Eduardo CB; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 232 e ss.

<sup>31</sup> Foi considerado tão importante para a dogmática católica que foi canonizado em 1323 e, em 1879, o Papa Leão XIII declarou-o como o "pensamento católico definitivo" (*doctrina perennis*).

<sup>32</sup> Contrariamente ao senso comum, na Idade Média havia um grande intercâmbio de ideias entre o que hoje chamamos de Europa e o Oriente Médio. Figuras como ابن سينا (Avicenna, 980-1037), ابن رشد (Averróis 1126-1198) e משה בן מיימון (Maimônides 1138-1204) foram essenciais para a tradução e compreensão do pensamento grego antigo, notadamente o de Platão e o de Aristóteles.



aristotélico tudo o que seria contrário ao cristianismo. Com isso em mente, a justiça para o santo seria dividida em quatro: 1) a Lei Eterna, ou “Mente de Deus” (o próprio Deus), a qual não pode ser diretamente acessada; 2) as Leis Divinas, as quais compreendem o antigo e o novo testamento e seriam obtidas por meio da revelação divina; 3) a Lei Natural, que compreende a participação racional dos seres humanos na Lei Eterna mediante a teleologia e a investigação filosófico-científica; e as Leis Humanas (direito positivo, o qual modifica e é modificado pela Lei Natural, devendo ser interpretado conforme as Leis Divinas). Justiça seria, então, estudar a Criação, agir conforme as Leis e compreender as relações entre elas<sup>33</sup>.

Finalmente, sobre o período renascentista, cabe falar brevemente de Nicolau Maquiavel (1469-1527), importante diplomata e alto funcionário da República de Florença, que deixou sua marca no mundo da política e do direito por meio da obra *O Príncipe*. Nascido num ambiente de constantes conflitos e de instabilidade política na península itálica, Maquiavel inaugura a noção de *realpolitik*, um realismo político cujo objetivo de tomar o poder justifica qualquer tipo de estratégia, independentemente da moralidade. É o “poder pelo poder”: afinal, num meio caótico, um soberano autoritário tem que se ocupar de organizar a sociedade<sup>34</sup>.

No entanto, Maquiavel não se resume a isso. Para ele, três tipos de experiências humanas organizam o mundo: a insegurança, o senso de certo/errado e o senso de justiça. Enquanto a sociedade se sente insegura devido às guerras e ao caos, é impossível emergir a justiça. Porém, instaurada a ordem pelo novo Príncipe, as novas leis e a estabilidade política possibilitam o surgimento de noções morais de certo e errado, as quais evoluirão para um senso de justiça. Em outros termos, Maquiavel fala de uma justiça possível somente quando haja um governante que consiga manter uma ordem política e jurídica estáveis, e tal estabilidade vem da capacidade de exercer autoridade por meio da força<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> BITTAR; ALMEIDA, 2015, capítulos 10 e 11.

<sup>34</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*, com notas de Napoleão Bonaparte e Cristina da Suécia; tradução de Mário e Celestino da Silva – 1. reimpr. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019.

<sup>35</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

## 2.4 MODERNIDADE: PRINCIPAIS CONTRATUALISTAS

O contratualismo surge na Europa pós-renascentista, marcada por intensas mudanças sociais<sup>36</sup>. Representado principalmente por Hobbes, Locke e Rousseau, esse movimento filosófico visava explicar a sociedade e seus eventos a partir do conceito de “contrato social”, uma espécie de ficção que explicaria o surgimento da sociedade civil. Em *O Leviatã* (1671), Thomas Hobbes (1588-1679) rejeita completamente o pensamento aristotélico: se em Aristóteles a natureza do ser humano está em sua tendência à comunidade política (“o homem é um animal político”), Hobbes crê que “o homem é o lobo do homem”, ou seja, o ser humano em seu estado natural seria cruel, bárbaro e em perpétuo estado predatório de uns contra os outros. Nesse contexto, um grande soberano, escolhido pela maioria, assume o papel do Leviatã, o Soberano-Estado-Deus, responsável por controlar a barbárie inata do homem. É nessa tese jurídico-política que aparece pela primeira vez a noção de Estado enquanto uma entidade artificial, com a finalidade de conter e limitar a natureza humana<sup>37</sup>.

O processo de surgimento do Leviatã ocorreria quando o povo, abrindo mão de sua liberdade e direitos, escolhe um líder com poderes absolutos, tirano, capaz de manter a paz e a segurança pública. Divergindo de Platão, a tirania não é um problema para Hobbes. Contudo, se o tirano falhar em seus deveres, poderá ser legalmente morto e substituído por outro<sup>38</sup>. Ademais, a noção de separação de poderes seria impossível, pois tolheria a unidade absoluta que permite ao Leviatã controlar seus súditos. Dessa forma, justiça em Hobbes está relacionada à manutenção de uma unidade harmônica, sem fragmentação, de maneira a impedir dissidência e conflito; daí ele defende a existência de uma única família real, uma única igreja, um único Estado absoluto, um único monarca.

O próximo filósofo relevante para o contratualismo foi o inglês John Locke (1632-1704), notável pela sua contribuição ao iluminismo e ao liberalismo clássico. Seu envolvimento com o Partido Whig e a Revolução Gloriosa fez com que fugisse da Inglaterra, retornando apenas no momento pós-revolução. Diferentemente da teoria hobbesiana, a natureza humana em Locke assume um caráter neutro, como uma “tábula rasa”, de forma que a educação seria o que determinaria o caráter<sup>39</sup>. Por esse viés, a sociedade civil não deveria se

<sup>36</sup> Depois da Guerra das Rosas (1455-1487), instaura-se a Dinastia Tudor (1485-1603), momento de grande estabilidade e prosperidade para o recém centralizado Estado inglês. É nesse período que ocorre a revolução científica newtoniana e a emergência de grandes pensadores. Todavia, após a morte de Elizabeth I em 1603, o país entra em crise total: guerras civis, invasões por outros Estados-nações, peste, incêndio de Londres etc. Nascido nesse contexto turbulento, Hobbes dedicou-se a defender a existência de um soberano absolutista.

<sup>37</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>38</sup> HOBBS, 2003, Capítulo 21, § 21.

<sup>39</sup> LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1973.

opor à natureza humana, mas coexistir a ela. A fundação de tal sociedade civil se daria mediante um “acordo de cavalheiros”: o contrato social<sup>40</sup>.

Assim, aparece novamente a noção de um Estado artificial, produzido por uma ficção teórico-jurídica, um mito fundador<sup>41</sup>. Surge então a “democracia liberal”, calcada na defesa dos direitos civis – vida, liberdade e propriedade. Desse modo, a propriedade individual e a liberdade de se dispor dela tornam-se o centro da modernidade política. Nesse ambiente, surge também a primeira aparição do conceito de *self* (ego), pois para Locke, o corpo seria um tipo de propriedade individual. Em suma, a justiça lockeana está em o Estado proteger, inclusive através da violência, a liberdade e a propriedade dos indivíduos.

O último filósofo dessa seção é Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). Nascido em Genebra, Suíça, Rousseau foi influenciado tanto pelo iluminismo (estudo racional) quanto pelo romantismo (estudo das paixões). Em *Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens* (1755), Rousseau defende que o ser humano possui a capacidade de agir contrariamente ao impulso selvagem, sendo um ente livre e aperfeiçoável. No entanto, com a origem da propriedade privada, tal natureza seria progressivamente degenerada pela sociedade civil, daí a famosa frase “o homem é bom, mas a sociedade o corrompe”.<sup>42</sup>

Consequentemente, sob a circunstância da sociedade civil, o ser humano deixa de ser um fim em si mesmo para ser um mero instrumento. Para solucionar essa questão, Rousseau propõe a elaboração de um contrato social voltado à dissolução da sociedade civil e ao retorno ao estado de natureza solidário e comunitário. Dessa maneira, justiça em Rousseau é, além de construir a comunidade por ele proposta, transformar os indivíduos em entes capazes de solidariedade e de impedir o ressurgimento da propriedade privada<sup>43</sup>.

Vale a pena ressaltar a noção de moralidade rousseauiana, que pela primeira vez trouxe a autorreferência para o palco da filosofia moderna. Para o filósofo, a moral seria autorreferente, ou seja, o Bem deve ser um fim em si mesmo, devendo ser exercido sem qualquer tipo de instrumentalização: não se deve fazer o Bem a fim de ir para o paraíso após a morte, mas sim porque é o certo a se fazer.<sup>44</sup> Tal noção influenciará outros pensadores.

---

<sup>40</sup> LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>41</sup> Tal concepção aparece na explicação da história norte-americana através das figuras dos “Founding Fathers”, os “pais fundadores” dos Estados Unidos: George Washington, Thomas Jefferson, John Adams, Benjamin Franklin, Alexander Hamilton, John Jay e James Madison.

<sup>42</sup> “O primeiro que, tendo cercado um terreno, atreveu-se a dizer: isto é meu, e encontrou pessoas simples o suficiente para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassinios, quantas misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou enchendo o fosso, houvesse gritado (...) “Evitai ouvir esse impostor. Estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos e que a terra não é de ninguém!” ROUSSEAU, 1999, p. 203.

<sup>43</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

<sup>44</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Escritos sobre a Religião e a Moral*. UNICAMP - Agosto de 2002.

## 2.5 IDEALISMO ALEMÃO I: KANT

Depois dos contratualistas, outra figura importante foi Immanuel Kant (1724-1804), geógrafo e filósofo cuja obra marcou um importante ponto de inflexão na tradição ocidental, inaugurando o idealismo alemão. Nascido em Königsberg, capital da Prússia Oriental, inicialmente escrevia sobre geografia, sendo fortemente influenciado pela racionalidade de René Descartes e pelo empirismo de John Locke, para os quais haveria a ruptura entre homem e natureza: ou seja, haveria uma mente (Sujeito), dotada de autonomia, autoconsciência e capacidade cognitiva para o conhecimento; e o mundo, composto de substâncias mecânicas simples e básicas, reguladas num mecanismo universal (o universo seria um relógio).

Até meados de 1770, Kant acreditava estar fazendo uma ciência à prova de erros, quando é apresentado ao ceticismo de David Hume (1711-1776), para quem todo o conhecimento seria contingente, situado. Para Hume, o mundo seria feito de hábitos, de forma que a ciência seria completamente subjetiva, volátil a mudanças súbitas<sup>45</sup>. Confrontado com a radicalidade do argumento humeano, o qual colocava em xeque a credibilidade da ciência, Kant passa aproximadamente dez anos sem realizar publicações acadêmicas, até que publica a *Crítica da Razão Pura*<sup>46</sup> (1781). Nessa obra, Kant responde às provocações que a obra de Hume lhe suscitara, bem como redesenha as bases da filosofia da ciência de sua época.

Antes de compreender como Kant define o direito, é importante ter um panorama geral de sua filosofia. Em *Crítica da razão Pura*, Kant busca inaugurar o que chama de “idealismo transcendental”, uma filosofia que seria a base para a ciência<sup>47</sup>. Primeiramente, ele avalia que até então havia dois tipos de conhecimento: o empírico (sintético *a posteriori*); e o racional (analítico *a priori*)<sup>48</sup>. Apesar disso, Kant considera a distinção entre os juízos insuficiente para explicar o conhecimento científico, então se pergunta: é possível a existência de juízos sintéticos *a priori*<sup>49</sup> – juízos necessários e universais que ampliem o conhecimento?

Kant responderia “sim”. É nesse contexto que surge a noção de transcendental, que são as condições de possibilidade para o conhecimento possível. Diferentemente dos racionalistas

<sup>45</sup> HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. 2ª Edição. Editora UNESP: São Paulo, 2009, 760.

<sup>46</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 5ª Edição. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2001.

<sup>47</sup> Com a *Razão Pura*, consegue unir a tradição racional-continental (juízos analíticos) com o empirismo britânico (juízos sintéticos), como será visto a seguir.

<sup>48</sup> Juízos analíticos: “são de caráter lógico, aqueles em que o predicado está contido no sujeito, i.e., não produzem conhecimento, mas simplesmente explicitam a definição do sujeito do juízo, como p. ex: ‘todo triângulo tem três ângulos’. São, portanto, *a priori*, ou seja, independentes da experiência, universais e necessários [...]”; juízos sintéticos: “são *a posteriori*, dependem da experiência e constituem uma ampliação de nosso conhecimento, tais como ‘A água ferve a 100 graus centígrados’. Produzem conhecimento, mas não são universais nem necessários, pois baseiam-se na experiência e, no máximo, resultam de generalizações empíricas” (MARCONDES, 2007, p. 213).

<sup>49</sup> KANT, 2001, p. 75.

e dos empiristas, para os quais o conhecimento era ilimitado e totalizável, em Kant nem tudo é passível de ser conhecido<sup>50</sup>. Dessa forma, o transcendental é um conhecimento sintético a priori que possibilita o conhecimento, o qual será limitado de acordo com o objeto a ser estudado<sup>51</sup>. Tais condições de possibilidade são expressas em doze categorias, as quais devem ser aplicadas no caso concreto, empírico, mas não podem ser aplicadas nas próprias categorias<sup>52</sup>. Por exemplo, a categoria de “quantidade” pode ser aplicada num cesto de maçãs para se saber quantas frutas há naquele recipiente. Porém, não é possível saber quantas maçãs há no mundo todo (limitação do conhecimento), tampouco é possível saber quantas unidades há na categoria de “quantidade” (impossibilidade de auto-aplicação).

De acordo com essa lógica, as coisas podem ser estudadas por meio das categorias, desde que apareçam no espaço-tempo. Todavia, como estudar coisas abstratas, como o fenômeno da liberdade? Kant revive então o velho debate acerca da necessidade vs. liberdade, o qual remonta a duas tradições: para Epicuro (341-270), não existem necessidades metafísicas, pois tudo seria contingente, aleatório, sem sentido – dessa forma, a liberdade seria absoluta; para Baruch Spinoza<sup>53</sup> (1632-1677), tudo seria absolutamente determinado, mecânico, regido por leis imutáveis – em outros termos, a liberdade seria impossível, senão sob a forma da ignorância. Kant decide que esse problema não pode ser provado cientificamente, pois não aparece no espaço-tempo, não sendo portanto objeto da razão pura.

Para entender esses fenômenos não compreendidos através da razão pura, Kant desenvolveu a chamada “Razão Prática”, em que investiga como é possível o estudo da liberdade. Em *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1785), Kant evoca a importância da autorreferência da moral enunciada por Rousseau, buscando pelas verdades lógicas e normativas da ética<sup>54</sup>. Por esse viés, moral é um conceito amplo que abrange a ética e o direito, e que embora se relacione com a experiência concreta, não se resume a ela.

Assim como na Razão Pura Kant busca por categorias universais, na Razão Prática Kant vai buscar uma moral universalmente aplicável, momento em que surge o Imperativo Categórico kantiano: “Devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal”<sup>55</sup>. Nesse sentido, a moral kantiana não é meramente subjetiva, mas passa por um processo de compreensão do que seria melhor para

<sup>50</sup> A palavra “Crítica” aqui não possui um sentido banal de “falar mal”, mas significa o estudo dos critérios, fatores, limites e extensão do conhecimento. Da mesma forma, “Pureza” não possui o significado habitual, mas é justamente o transcendental, ou aquilo que possibilita o conhecimento possível.

<sup>51</sup> KANT, 2001, pp. 83-84.

<sup>52</sup> KANT, 2001, pp. 137-138.

<sup>53</sup> SPINOZA, Baruch. *Ética*. 2ª Edição. Autêntica: Rio de Janeiro, 2009.

<sup>54</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Edições 70: Coimbra, 2009.

<sup>55</sup> KANT, 2009, p. 33

toda a humanidade, devendo o indivíduo agir sempre considerando as pessoas como fins em si mesmas, jamais apenas como meio<sup>56</sup>. Paralelamente, deve-se agir como se a vontade de si fosse a vontade legisladora aceitável universalmente para todo ser racional, sem que essa vontade se funde num interesse pessoal<sup>57</sup>.

Assim sendo, percebe-se que, enquanto na Razão Pura o sujeito é um Eu-penso abstrato, puro, lógico, na Razão Prática o Eu é concreto, empírico, que não apenas pensa sobre o mundo, mas nele age. Se a Razão Prática estuda a moral e a liberdade, em *Metafísica dos Costumes* (1797) Kant irá descrever suas etapas e como ela alcança o direito. Primeiramente, o fundamento último da Razão Prática é a *faculdade de desejar*, que compreende as relações que as pessoas possuem com o mundo ao seu redor, como ter senso de justiça ao ser afetado por uma situação injusta. Trata-se então do *desejo* pelo desejo, irrestrito, provocado pelas coisas que nos afetam. A segunda etapa consiste na *faculdade de fazer* (ou deixar de fazer) algo, tratando-se do *arbítrio*, ou seja, da capacidade de escolher realizar ou não determinado desejo. Em seguida, vem a *vontade*, sendo esta a fundamentação teleológica do porquê o desejo será encaminhado desta ou daquela maneira<sup>58</sup>.

Por exemplo, eu posso desejar ter asas, andar de unicórnio, ter um emprego e bater nos meus inimigos políticos. O desejo por essas coisas pode ser irrestrito, pois ainda não passou pelo critério da possibilidade. O arbítrio já compreende minha capacidade de entender que os dois primeiros desejos são impossíveis, e que eu posso ou não realizar os dois últimos: “posso ou não posso bater nos meus inimigos”. Já a terceira camada, a vontade, implica na racionalização do desejo: “desejo um emprego porque quero sustentar a minha família”. Cumpre destacar que, antes de Kant, essas três noções (desejo, arbítrio e vontade) eram tidas como a mesma coisa. Com a separação, Kant fundamenta as condições de possibilidade para a experiência da liberdade e da moralidade em camadas que, embora interligadas, são distintas.

Dados os fundamentos da experiência da liberdade, cumpre defini-la. Para Kant, não é suficiente o conceito negativo de liberdade, qual seja, a possibilidade de se realizar qualquer coisa que não esteja proibida em lei, ou ainda, impedir que forças externas ao sujeito interfiram em sua ação e vontade. Em verdade, Kant busca um conceito positivo de liberdade, que compreende um tipo de autorregulação, em outros termos, a vontade de regular a própria vontade. É nessa auto imposição moral que consiste a Ética, ou as *Leis da Liberdade Autônomas*. Por outro lado, uma vez que nem todos irão agir conforme as Leis Morais

---

<sup>56</sup> KANT, 2009, p. 69.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 74.

<sup>58</sup> KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. 1ª Edição. Edipro: São Paulo, 2003, pp. 60-64.

Autônomas, surge a necessidade da imposição externa de leis morais, chamadas por consequência de *Leis Morais Heterônomas*, as quais compõem o direito. À concordância ou à não concordância com as leis morais (éticas ou jurídicas), Kant irá chamar de *legalidade*<sup>59</sup>.

Nesse sentido, a justiça em Kant está na licitude, enquanto a injustiça se encontra na oposição a ela. Tal licitude deriva da relação reciprocamente dependente entre a autonomia da vontade (liberdade positiva) e a *Befugnis* (liberdade negativa). Com o surgimento do direito, aparece também a necessidade de sua aplicabilidade (*enforceability* no inglês, *Ermächtigung* no alemão). O Estado surgiria, nesse meio, de uma sequência de *Befugnis* e *Ermächtigung*, de maneira a produzir regras cada vez mais complexas, as quais culminam num sistema do direito positivo. Tal sistema, por sua vez, conseguiria proteger a justiça, sendo justa qualquer ação “capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal”<sup>60</sup>. Ademais, Kant compreende que o indivíduo cuja ação lícita seja lesada possui o direito a opor resistência a quem o prejudica, ou seja, o direito de um é o dever de outrem, e vice-versa – sendo essa a Teoria da Coação Universal/Coação Sistêmica. Dessa maneira, o direito seria composto de quatro elementos, sendo os três primeiros também constituintes da Ética: alteridade, arbítrio, reciprocidade e coação. Assim sintetiza Kant, demonstrando o caráter inerentemente coativo do direito:

O direito não deveria ser concebido como constituído por dois elementos, a saber, uma obrigação de acordo com uma lei e uma competência de quem, por meio de sua escolha, submete outrem à obrigação para coagi-lo a cumpri-la. Ao contrário, pode-se localizar o conceito do direito diretamente na possibilidade de vincular coerção recíproca universal com a liberdade de todos<sup>61</sup>

Isto posto, fica claro que, em Kant, a origem do Direito não estaria nem na natureza, nem na autoridade (divina ou humana), mas sim na Razão Prática, ou seja, na Metafísica dos Costumes. A tal posicionamento a doutrina do direito chama de “jusracionalismo”. O único direito natural que ele admitiria seria o direito provisório de sair do Estado de Natureza em direção ao Estado Civil. Por fim, é importante destacar que, embora a coação seja o elemento que diferencia Ética e Direito em Kant, isso não significa que ambos estejam separados, como se o direito fosse restrito à possibilidade de coação – muito pelo contrário, a Ética é constituinte do Direito kantiano.

---

<sup>59</sup> KANT, 2003, pp. 64-71.

<sup>60</sup> Ibidem, pp.76-77.

<sup>61</sup> Ibidem, p.78.

## 2.6 IDEALISMO ALEMÃO II – HEGEL

Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), assim como Kant, foi tão relevante que sua obra constitui outro ponto de virada filosófico: depois dele, a tradição irá se dividir em kantianos e hegelianos. Além de ter sido influenciado pelos escritos kantianos, recepcionou as filosofias de seus contemporâneos Johann Gottlieb Fichte (1762-1814), que desenvolveu o conceito de autoconsciência, e Friedrich Wilhelm Joseph von Schelling (1775-1854), que desenvolveu a filosofia da natureza de sua época. Ademais, o pensamento hegeliano não pode ser compreendido sem o Cristianismo Positivo de Martinho Lutero (1483-1546).

Sob essas influências, Hegel buscava unificá-las num grande sistema filosófico, numa Razão Absoluta sem pressupostos, projeto este que para ele já se encontrava no cristianismo. Para tanto, buscava a abolição do dualismo sujeito/objeto de Descartes e Kant, o que seria possível por meio de sua Dialética. Diferentemente da Dialética platônica ou kantiana, esse conceito aqui possui como motor não a harmonização, mas a *Aufhebung*<sup>62</sup> (suprassumir/suprassunção), um movimento interno que aniquila o estado em que a coisa está agora: por exemplo, a flor suprassume a folha e o fruto suprassume a flor; o estágio posterior/superior “supera” o estado anterior/inferior<sup>63</sup>. Dessa forma, a oposição sujeito/objeto, positivo/negativo etc produz sínteses, as quais produzem novas oposições: trata-se de um processo de alternância de polos até que se alcance o “Absoluto”<sup>64</sup>.

A fim de descrever como se chega nesse Absoluto, que seria o Verbo, uma expressão pura da Razão, Hegel atravessa certas etapas. Primeiramente há a Autoconsciência Pura, que é a consciência que o indivíduo tem sobre si mesmo (polo positivo). Em seguida há o Desejo, um querer, uma vontade de ir até as coisas e consumi-las (polo negativo). Tal desejo precisa ser contido sem que seja ameaçada a autoconsciência, a qual deve ser reafirmada mediante o Reconhecimento (*Anerkennung*), momento em que duas autoconsciências se identificam reciprocamente como livres e iguais (polo positivo). No entanto, quando o indivíduo percebe que a vida em sociedade é conflituosa, surge a Consciência infeliz (polo negativo), a qual deve ser superada pela descoberta da Razão, marcada pela passagem do sentimento de Em-Si ao “Para Nós” (polo positivo)<sup>65</sup>. Acerca dessa última etapa, pode-se dizer que “não interessa o em-si do sujeito, mas em como os vários sujeitos autoconscientes podem descobrir um novo reino da realidade, onde o em-si de cada um deles é substituído pelo Para-Nós, numa co-construção de uma camada específica da realidade: o Espírito”<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> *Aufhebung* não possui tradução precisa, podendo significar “aniquilação”, “cancelamento”, “suprassunção”.

<sup>63</sup> HEGEL, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. 1ª Edição. Martins Fontes: São Paulo, 1997, pp. 33-34.

<sup>64</sup> O Absoluto hegeliano é Deus, o Verbo, a Totalidade; é uma Razão absoluta e pura, sem bases empíricas. Por isso também ele está inscrito no chamado “Idealismo Alemão”.

<sup>65</sup> HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do Espírito*. 2ª Edição. Vozes: Petrópolis, 2003, pp. 159-171.

<sup>66</sup> HEGEL, 2003, pp. 304-307.



Com base nesse entendimento, haveria várias etapas de evolução do Espírito: 1) o Verdadeiro<sup>67</sup>, que compreende o Direito e a Moral (*Moralität*) em relação com os indivíduos; 2) o Alienado de Si<sup>68</sup>, que é quando o indivíduo percebe que a Cultura (*Bildung*) o aliena/afasta de si mesmo; 3) e o Espírito Certo de Si<sup>69</sup>, quando o sujeito, a partir do Direito e da Moral, reflete sobre a Cultura e internaliza as três, possibilitando, assim, o surgimento de uma Vida Ética (Eticidade – *Sittlichkeit*). A quem chega na terceira etapa, incorporando de maneira exemplar a Vida Ética, chama-se de “Bela Alma”, cujo maior exemplo teria sido Jesus Cristo. Por fim, quando se tem a certeza de que a Racionalidade e a Moralidade existem evidente e concretamente, chega-se à Religião<sup>70</sup>. Compreendida essa lógica, percebe-se que o Direito hegeliano não é um fim em si mesmo, mas a base civilizatória para se alcançar o grau último do Espírito, que é o Absoluto/Deus<sup>71</sup> mediado pela religião cristã-luterana.

Sobre o papel histórico do Direito, Hegel dispõe que a legislação e suas determinações não devem ser consideradas isolada e abstratamente, mas sim “como elemento condicionado de uma totalidade e correlacionadas com as outras determinações que constituem o caráter de um povo e de uma época”<sup>72</sup>. É por meio dessa interpretação que o sistema jurídico adquire sua justificação e seu verdadeiro significado. Entretanto, apesar desse caráter situado do direito, em que se deve considerar o contexto e as aplicações empíricas de um povo e de uma época, Hegel relembra que o Direito não é determinado pela história, pois também haveria uma gênese conceitual, atemporal (o Verbo). Para ele, quando não se compreende isso, se está colocando “o relativo no lugar do absoluto, o fenômeno exterior no lugar da coisa. E este esforço de legitimação pela história, quando confunde a gênese temporal com a gênese conceitual, acaba por fazer inconscientemente aquilo mesmo que é o contrário do que visa”<sup>73</sup>.

Ainda sobre a filosofia do direito hegeliana, cumpre destacar como ela opera internamente, o que não difere muito da lógica apresentada até então. Para Hegel, haveria variações do conceito de vontade: 1) uma subjetiva, que é a vontade do indivíduo; 2) uma objetiva, que representa a compreensão que o sujeito tem acerca das limitações de se exercer essa primeira vontade objetivamente, no mundo concreto; e 3) uma terceira etapa, que significa a vontade de conformar (dar a forma), de dar conformidade entre as vontades

---

<sup>67</sup> HEGEL, 2003, pp. 307-331.

<sup>68</sup> HEGEL, 2003, pp. 336-364.

<sup>69</sup> HEGEL, 2003, pp. 410-431.

<sup>70</sup> HEGEL, 2003, pp. 458-467.

<sup>71</sup> HEGEL, 2003, pp. 536-555.

<sup>72</sup> HEGEL, 1997, p. 05.

<sup>73</sup> HEGEL, 1997, pp. 6-7

subjetiva e objetiva<sup>74</sup>. Tal processo ocorreria no fenômeno de *aquisição de propriedade*<sup>75</sup>, o qual representaria a concretização da conformidade entre as vontades, dando origem ao Direito Real de se apropriar de coisas, bem como de se alienar delas. Disso surge o Direito comercial, o mais importante para Hegel, caracterizado pela compra e venda de Direitos reais.

Infere-se, portanto, que o foco do Direito em Hegel não está na coação, pois o melhor mecanismo de controle para defender um direito universal de propriedade e comércio seria um acordo moral entre os indivíduos. Tal sistema jurídico hegeliano, ao promover e defender a vontade, fecha o círculo, retomando o movimento entre vontade e aquisição de propriedade. Nesse sentido, o conceito de liberdade estaria em adquirir e trocar propriedade, pois promove a conexão mais direta entre *vontade e mundo objetivo*. O direito operaria tal conexão por meio da construção de uma moral objetiva, cujos fins seriam os direitos comerciais e a vida ética.

Por fim, cabe ilustrar como, a partir da Vida Ética hegeliana, chega-se ao conceito de Estado. Novamente, seguem-se etapas. Primeiramente, a objetivação dos Direitos comerciais requer respeitar o direito de outrem e vice-versa, numa espécie de coação universal kantiana, de forma que o indivíduo estaria habilitado a coagir qualquer pessoa a respeitar o seu arbítrio/vontade<sup>76</sup>. Dessa coação universal haveria a possibilidade de surgimento de três substâncias éticas: a Família, a Sociedade Civil e o Estado. A Família seria o primeiro local de exercício da Vida Ética; porém, os problemas familiares e a emergência de novas necessidades não supridas pelo seio familiar faz emergir a Sociedade Civil. Esta, por sua vez, constitui um sistema de suprimento de carências mediante corporações, instituições etc, as quais auxiliam o indivíduo na falta do apoio familiar. É nesse ambiente que surge o Estado, cuja tarefa é proteger a liberdade, a família e a sociedade a todo custo<sup>77</sup>.

Percorrida toda essa trajetória, fica mais fácil compreender a importância do Estado na teoria hegeliana. Para Hegel, o Estado é a entidade que aproxima os indivíduos do Absoluto, e jamais deveria ser contestado: ***ser justo é obedecer ao Estado e defendê-lo***. Não é o Estado que cria o Direito, mas sim é por este criado, sendo incabível classificar o sistema hegeliano como um positivismo. A partir dessa visão, Hegel irá defender inúmeros impérios<sup>78</sup>, já que para ele o imperialismo seria a expressão máxima da divindade, da aproximação com Deus.<sup>79</sup>

---

<sup>74</sup> HEGEL, 1997, pp. 29-31.

<sup>75</sup> HEGEL, 1997, pp. 44-48.

<sup>76</sup> Por esse viés, o moralismo seria uma espécie de contradição e perversão, pois os Direitos reais e os comerciais seriam substituídos pelos desejos subjetivos de cada um, quebrando a moral objetiva.

<sup>77</sup> BITTAR; ALMEIDA, 2015, pp. 393-399.

<sup>78</sup> BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 398.

<sup>79</sup> Para Hegel, a chegada de Napoleão Bonaparte (imperador francês) a Jena em 1806 foi motivo de empolgação, pois considerava que a história em direção ao Absoluto estava evoluindo diante de si. Coincidentemente, muitos dirão que Hegel previu o surgimento do Império Alemão (1871).

## 2.7 POSITIVISMO E UTILITARISMO

Antes de adentrarmos propriamente no positivismo, cabe explorar suas origens, que remontam a autores já mencionados aqui: Maquiavel, Hobbes e Hume. Enquanto Maquiavel e Hobbes legaram ao positivismo a ênfase na vontade do soberano como sendo a fonte do direito (a autoridade que faz o direito), Hume traz o que Ian Hacking, importante filósofo da ciência, irá chamar de os “Seis Instintos Positivistas”,<sup>80</sup> a saber: 1) a realidade deve ser verificada segundo certos critérios e parâmetros estabelecidos; 2) é real apenas aquilo observável pelos sentidos físicos; 3) causa e efeito são construtos ou convenções sociais; 4) a explicação não serve para fundamentar toda a realidade, mas apenas a organiza; 5) não existem entidades teóricas; e a síntese dos cinco anteriores, 6) “Movimento Antimetafísica” ou “Movimento Anti-intelectualista”. Tais instintos incidem no direito principalmente no que se refere à ênfase na realidade concreta, desconsiderando-se valores ou leis abstratas.

De maneira complementar, Norberto Bobbio (1909-2004), relevante jurista italiano, elenca sete elementos caracterizadores do positivismo jurídico: 1) abordagem avalorativa do direito, ou seja, o direito é um fato, não um valor; 2) o elemento coativo é o que define o direito; 3) a fonte do direito é aquele posto pela autoridade, afastando-se deduções lógicas ou direitos naturais; 4) a norma é um comando; 5) o ordenamento jurídico deve ser coerente, completo e livre de lacunas/falhas; 6) na interpretação, deve-se sempre prevalecer o elemento declarativo, e não o criativo; 7) deve-se obedecer à lei, seja ela qual for<sup>81</sup>.

### 2.7.1 UTILITARISMO BRITÂNICO E O POSITIVISMO FRANCÊS

Contrariamente ao senso comum, para o qual o positivismo francês seria o único digno de menção, na Inglaterra houve sim um positivismo, ainda que expresso de maneira distinta, sob a forma do *utilitarismo*. O primeiro expoente dessa corrente teórica a ser mencionado será Jeremy Bentham (1748-1832), defensor do chamado *egoísmo ético*. Em *Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*<sup>82</sup> (1789), o filósofo introduz o conceito de *Cálculo Felicífico* ou *Cálculo Utilitário*, que consistiria no cálculo que cada indivíduo deveria realizar para aferir o que aumenta ou diminui os prazeres ou dores<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> HACKING, Ian. *Representar e intervir: tópicos introdutórios de filosofia da ciência natural*. Rio de Janeiro: edUERJ, 2012, pp. 107-108.

<sup>81</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999, pp. 131-133.

<sup>82</sup> BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. v. 34, capítulo I e seguintes.

<sup>83</sup> Note-se que no positivismo britânico o foco não será tanto na autoridade política, mas no cálculo utilitário. Já no francês, haverá uma quase obsessão pela autoridade.

Bentham era ativista pela codificação completa do direito britânico, pois o *common law*, sistema jurídico baseado na jurisprudência e nos costumes, estaria repleto de problemas: incerteza e insegurança jurídica; excesso de liberdade do juiz, que poderia legislar em sua decisão, fazendo a lei retroagir; o juiz possui conhecimento limitado, portanto, não deveria ter poder o suficiente para descartar a opinião de especialistas ou técnicos (ex: perito criminal); por fim, o povo teria pouca ou nenhuma participação nesse sistema, já que o poder de dizer sobre o direito estaria completamente restrito aos magistrados. Sobre a origem normativa, Bentham considerava insuficiente a observação de fatos sociais empiricamente determináveis, pois, para ele, o direito seria um sistema de normas codificadas, as quais deveriam ser observadas a partir do seu lugar no código e de suas relações internas.

A seguir, John Stuart Mill (1806-1873) foi um importante filósofo de sua época, associado com vários nomes importantes da Grã-Bretanha, como Adam Smith, David Ricardo, Francis Place e os malthusianos, os românticos britânicos e o próprio Bentham, além de seu amigo Auguste Comte. Na obra *Utilitarismo* (1863), defende que “Prazer e libertação da dor são as únicas coisas desejáveis como fins”, e “Pensar um objeto como desejável (ao menos no que tange suas consequências) e pensá-lo como prazeroso são uma e mesma coisa”<sup>84</sup>. Consequentemente, o aumento da felicidade geral calculável seria o verdadeiro fim ético, jurídico e político da civilização. Entretanto, tais regras se aplicariam apenas para a metrópole britânica, pois as colônias mereceriam autoritarismo (despotismo benevolente).<sup>85</sup>

O último autor inglês a ser mencionado nessa seção será John Austin, advogado e professor de direito sob recomendação de Bentham, cujos seguidores se tornaram o padrão no Reino Unido até praticamente a Segunda Guerra Mundial. Em suas obras *A Província da Jurisprudência Determinada* (1832) e *Lições de Jurisprudência* (1863), Austin defende a “Tese da Separação”, pois para ele “A existência da lei é uma coisa; o seu mérito ou demérito é outra”. Em outros termos, deve-se obedecer às leis independentemente de serem justas ou injustas, pois a fonte do direito seria o soberano único, supremo e ilimitado. Nesse contexto, a motivação para a obediência das leis seria o hábito ou tão somente a conveniência mediada pelo cálculo utilitário, pois a desobediência seria menos prazerosa (ou mais dolorosa). Por fim, o juiz de Austin é como um legislador, mas não deve julgar com base na justiça ou na moral, pois seriam muito subjetivas e indeterminadas; ao contrário, o magistrado deveria seguir as regras do sistema jurídico, preenchendo as lacunas por meio do cálculo utilitário.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> MILL, John Stuart. *A liberdade – Utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>85</sup> Esse tratamento para com as colônias demonstra sua aproximação com o cientificismo de Comte, cuja consequência é a classificação dos seres humanos de acordo com sua posição na escala evolutiva.

<sup>86</sup> AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence*. Student's edition. London: John Murray, 1913.

Por sua vez, o positivismo francês foi influenciado diretamente pelo mecanicismo de Descartes e pelos enciclopedistas do iluminismo, daí advindo o caráter cientificista do positivismo francês em geral. Nesse contexto, Auguste Comte (1798-1857) e Émile Durkheim (1858-1917) fundam o que hoje conhecemos por positivismo francês, que possui esse nome para contrastar com o “negativismo” da Revolução Francesa (1789-1799): positivo seria o que é real, útil, certo, preciso, relativo, orgânico e simpático. Tal corrente de pensamento foi notadamente marcada pelo progressivismo histórico, como se a história humana evoluísse em estágios. Ademais, os teóricos focavam nos fatos sociais, na quantificação e no controle, contrapondo-se ao chamado “obscurantismo alemão”<sup>87</sup>.

Quanto ao direito, o positivismo francês possui seu nascimento com a ascensão de Napoleão Bonaparte como imperador de uma porção considerável da Europa. Surge então o Código Napoleônico (1804), um conjunto de normas gerais e abstratas que serviriam para todo o império<sup>88</sup>. Nesse ambiente, emerge a Escola da Exegese: a vontade da autoridade é o que impera aqui, sendo a única fonte de interpretação das leis. Esse tipo de lógica advém do fato de que os juízes franceses ainda eram do Antigo Regime (pré-revolução), de forma que Napoleão via como necessário limitar seu escopo de atuação<sup>89</sup>.

Por fim, cabe falar sobre o legado do positivismo francês, que se destacou no início do século XX, e teve entre seus principais representantes Léon Duguit (1859-1928), que desenvolveu a ideia de que não existem entidades teóricas ficcionais, como o soberano ou a pessoa jurídica. Para Duguit, o direito é fundamentalmente administração pública e consiste em situações jurídicas subjetivadas em pessoas físicas específicas, o que permite que ele traduza fatos sociais para disciplinar a sociedade<sup>90</sup>. No entanto, o pensamento de Duguit foi deturpado pelos chamados “Juristas de Vichy”, que se submeteram à autoridade da Alemanha Nazista. A última influência a ser mencionada é Charles Eisenmann (1903-1980), pensador kelseniano que levou a filosofia, teoria e prática jurídica para França, conectando Kelsen com o direito regulatório, administrativo, orçamentário e tributário.

---

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined and the uses of jurisprudence*. Indianapolis: Hacket Publishing Company, 1998.

<sup>87</sup> BITTAR; ALMEIDA, 2015, pp. 424-425.

<sup>88</sup> BITTAR; ALMEIDA, 2015, pp. 425-426.

<sup>89</sup> BOBBIO, 1999, capítulo III.

<sup>90</sup> BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 648.

## 2.7.2 POSITIVISMO GERMÂNICO

O contexto de surgimento do positivismo germânico distingue-se consideravelmente daquele da Inglaterra e da França. Enquanto estas já estavam unificadas sob um único Estado nacional, os povos germânicos estavam divididos em diferentes reinados e regimes feudais, com diferentes ordens jurídicas coexistindo. Tal ambiente fez com que os juristas germânicos tivessem um sonho pela unificação e codificação do direito, de forma que o Corpus Iuris Civilis (543 d.C) romano passou a fazer parte do imaginário desses teóricos<sup>91</sup>. Dessa forma, a partir dos inúmeros comentários que os juristas germânicos faziam sobre o direito romano, Gottfried Leibniz (1646-1716) sistematiza o conhecimento jurídico adquirido até então, criando a noção de sistema do direito, o qual seria tão universal quanto a matemática. Isto posto, é o legado de Leibniz, Kant e Hegel que irá influenciar o positivismo germânico.

A primeira escola a ser mencionada é a Escola Histórica de Savigny (1779-1861) e Puchta (1798-1846), para os quais a filosofia natural havia alcançado um nível de sistematicidade tal que o direito poderia fazer algo parecido, sistematizando a lógica e os princípios jurídicos. Por essa perspectiva, haveria um nexos interno lógico no direito que possibilitaria sua dedução, de modo que não haveria lacunas no sistema, mas uma espécie de predestinação lógica, ou seja, os juristas conseguiriam deduzir os conceitos jurídicos, assim como Kant havia deduzido suas categorias<sup>92</sup>. Consequentemente, dessa “jurisprudência dos conceitos” seria possível prever a história, pois tudo estaria predestinado<sup>93</sup>.

Em contrapartida, o Positivismo Sociológico surgiu para criticar a Escola Histórica. Fundada por Rudolf von Jhering (1818-1892) e Eugen Ehrlich (1862–1922) e influenciada pelo positivismo de Comte, tal corrente de pensamento concebia o direito como uma evolução de fatores sociais e psicológicos<sup>94</sup>. Em *O Espírito do Direito Romano em seus Vários Estágios de Desenvolvimento* (1852-65), Jhering defende que o Espírito (compreendido de modo hegeliano) estaria evoluindo, ou seja, o direito estaria em constante transformação, não sendo imutável<sup>95</sup>. Em outros termos, o direito seria algo vivo, que não pode ser simplesmente deduzido a partir da lógica, mas sim emerge do senso comum, do cotidiano da vida social.<sup>96</sup>

<sup>91</sup> BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 425.

<sup>92</sup> BITTAR; ALMEIDA, 2015, pp. 424-425.

<sup>93</sup> O momento que melhor sintetiza essa escola foi a publicação das Pandectas, compilação dos comentários germânicos sobre o direito romano. Levado a cabo pelo aluno de Puchta, Bernhard Windscheid (1817-1892), esse projeto se apresentou como sendo a teoria do direito completa, sistemática, universal e sem lacunas.

<sup>94</sup> BITTAR; ALMEIDA, 2015, pp. 427-430.

<sup>95</sup> JHERING, Rudolf Von. *O espírito do direito romano*. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

<sup>96</sup> Grandes mudanças ocorrem com a fundação do Império Alemão, sua Constituição (1871) e com a publicação do Código Civil Alemão (1900). Ambas as legislações citadas foram copiadas mundo afora, provocando uma disputa entre os sistemas germânico e inglês. Surge então o Positivismo Estatutário, representado por Gerber

O último, e talvez mais interessante, teórico dessa seção é Georg Jellinek (1851–1911), defensor do chamado Positivismo Reflexivo. Para ele, o direito teria a obrigação de um “mínimo ético”, de forma que os direitos universais não seriam restritos a um povo/raça/nação. Nesse sentido, a soberania não estaria vinculada a um poder total, mas sim à capacidade de entrar em obrigações juridicamente vinculantes. Ademais, para compreender as condições de possibilidade da razão jurídica, Jellinek inaugura a *Doutrina Bilateral do Estado*, em que o Estado seria tanto uma pessoa jurídica (cuja expressão máxima seria o direito público), quanto fruto de construções sociais e psicológicas; em outras palavras, o Estado seria uma síntese sociopsicológica desenvolvida em função de um propósito.<sup>97</sup>

Em *Teoria Geral do Estado* (1900), o autor acrescenta ainda dois conceitos a sua doutrina: três elementos do Estado e dois níveis de fonte do direito. Os três elementos definidores do Estado seriam o povo, o território e o poder. Tal definição o contrasta com Max Weber (1864-1920), para quem o Estado é definido apenas pelo seu “monopólio do uso da força”, desconsiderando outros fatores. Por consequência, a soberania em Jellinek é a autolimitação do poder político frente ao direito internacional e aos direitos de cidadania.<sup>98</sup>

Esses direitos de cidadania, por sua vez, possuem quatro dimensões: 1) o direito de obedecer e respeitar as normas – status passivo hobbesiano; 2) o direito vinculado à ausência de restrições – liberdade negativa humeana; 3) o direito do cidadão de propor e ter sua vontade representada no direito – status ativo (Locke e Rousseau); e 4) a conexão entre cidadãos, que significa poder fazer coisas em sociedade que sozinho não se poderia realizar – liberdade positiva (Kant e Hegel). Por outro lado, as duas fontes do direito em Jellinek dizem respeito a fontes “psicossociológicas”: 1) o poder normativo do factual, referindo-se a costumes, hábitos e convenções que influenciam e estruturam o mundo; 2) e o poder factual do normativo, qual seja, a percepção psicológica e sociológica do que é justiça.

Por fim, cabe situar a relação entre Jellinek e Kant. Se o imperativo categórico kantiano seria uma máxima dada pelo indivíduo a si mesmo, constituindo uma ética de valorização e respeito aos demais seres humanos, para Jellinek uma lógica semelhante se aplicaria ao Estado: a soberania estatal teria como base a autorrestrição imposta pelo Estado a si mesmo, tendo como diretiva o respeito aos cidadãos e aos outros Estado-nações. Tal compreensão constitui a base para o constitucionalismo moderno.<sup>99</sup>

---

(1823-1891), Bergbohm (1849-1927), Laband (1838-1918) e Otto Mayer (1846-1924). Para esses teóricos, não há conhecimento ético objetivo, nem ética objetiva aplicada ao direito; separa-se moral, ética e direito, sendo válido apenas o direito historicamente e formalmente posto, afastando-se deduções lógicas a-históricas.

<sup>97</sup> JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. México : FCE, 2000, pp. 250-263.

<sup>98</sup> JELLINEK, 2000, pp. 368 e ss.

<sup>99</sup> JELLINEK, 2000, pp. 437-438.

## 2.8 KELSEN

Hans Kelsen (1881-1973) foi um jurista austríaco importante para a superação do positivismo e consolidação de muitos fundamentos da teoria do direito atualmente. Foi professor na Universidade de Viena a partir de 1911, e em 1920 foi convidado pelo chanceler da época a elaborar a Constituição de Weimar, primeiro texto constitucional a instaurar o controle concentrado de constitucionalidade (inventado pelo próprio Kelsen). Logo em seguida, foi nomeado ministro do Tribunal Constitucional Austríaco (*Verfassungsgerichtshof*). No entanto, nem tudo são flores – em 1930 sofre impeachment e deixa o cargo na Suprema Corte; em 1934, perseguido pelo nazismo (além de judeu, era contra o regime), abandona seu cargo de docência; em 1942 foge para os Estados Unidos, assumindo como professor na Universidade de Berkeley, Califórnia, até sua morte, em 1973<sup>100</sup>.

Fazer justiça a um autor como Kelsen não é fácil, pois foi e é um autor muito mal-compreendido na academia. Acusado de ser positivista e nazista, sua trajetória demonstra uma história diferente: judeu e crítico do regime nazi-fascista, foi intensamente perseguido, fato que marcou sua obra. Em *Teoria Pura do Direito* (1934), Kelsen quer provar uma tese muito interessante – a de que direito e política, antes de poderem se conectar, são ordens sociais distintas. Tal pretensão lhe rendeu acusações de toda sorte, como afirma no prefácio:

Os fascistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sociais democratas consideram-na um posto avançado do fascismo. Do lado comunista é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado. O seu espírito é (...) aparentado com o da escolástica católica; ao passo que outros crêem reconhecer nela as características distintivas de uma teoria protestante do estado e do direito. E não falta também quem a pretenda estigmatizar com a marca de ateísmo. Em suma, não há qualquer orientação política de que a Teoria Pura do Direito não tenha tornado suspeita. Mas isso precisamente demonstra, melhor do que ela própria o poderia fazer, a sua pureza<sup>101</sup>.

Ao contrário do que afirmam as críticas, a pureza a que pretende Kelsen não é absoluta, mas sim metodológica, operativa – um tipo de distinção que permite sistematizar e operacionalizar o direito. Isso não significa negar sua conexão com outras áreas:

Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto<sup>102</sup>.

<sup>100</sup> BITTAR; ALMEIDA, 2015, 431.

<sup>101</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. XIII-XIV.

<sup>102</sup> Ibidem, p.1-2.



Ou seja, em termos kantianos, a Teoria Pura de Kelsen pretende estudar as condições de possibilidade da experiência jurídica. Para tanto, algumas distinções iniciais são importantes: a separação entre os reinos do Ser (*Is/Sein*) e do Dever-Ser (*Ought to/Sollen*). Por essa perspectiva, só é possível valorar positivamente ou negativamente fatos da ordem do ser, pois a norma é justamente o critério de conformidade ou inconformidade do fato com o dever-ser normativo. Consequência lógica disso é a cisão entre Juízos categóricos (Se X, então Y) – ordem do ser; e Juízos hipotéticos (Ser A, deve-ser B). A ciência, ou as ciências sociais causais, trabalham com o primeiro juízo, por exemplo, se chover, então o solo ficará molhado. Por sua vez, a ciência jurídica determina que, por exemplo, se alguém matou, deve ser processado conforme a lei. Assim como para Kant e Hume, essa diferença aqui não implica numa separação hermética, mas sim uma distinção que permite a reconexão.

O princípio da imputação evidencia tal religação. Conforme Kelsen, “Se se designa como ‘imputação’ a ligação de pressuposto e consequência expressa na proposição jurídica com a palavra ‘dever-ser’, de modo algum se introduz, com isso, uma nova palavra numa disciplina que já de há muito opera com o conceito de ‘imputabilidade’”<sup>103</sup>. Sendo esse princípio válido para todo o direito, a imputação não “abandona” a causalidade: a instauração de uma ordem normativa só é possível porque somos capazes de determinar causalidades no mundo, por exemplo, quem matou quem, quem casou com quem etc. Ou seja, só se imputa a regra do divórcio a quem possuir o pressuposto factual de ser casado; o código penal só pode ser imputado a quem tiver cometido um crime contra a vida; e assim sucessivamente.<sup>104</sup>

Ademais, há de se distinguir o direito de outros tipos de norma. Em primeiro lugar, só é norma jurídica se a conduta contrária à prescrição for logicamente admissível ou possível: só existe uma norma que regula a matrícula na Universidade de Brasília porque é possível se matricular nessa instituição. Inversamente, não há regra que regule a inscrição em Hogwarts porque essa escola não existe, sendo impossível o ato da matrícula. Outra distinção se dá no modo de prescrição da conduta: se na moral ela ocorre de maneira auto imposta,<sup>105</sup> ou, no caso da religião, mediante revelação divina, a prescrição jurídica só é possível quando produzida juridicamente. Apesar de a prescrição “Não matarás”, inscrita tanto na Bíblia quanto no Código Penal, possuir o mesmo valor factual (impedir que as pessoas se matem), ambas as normas se diferem em seu formato normativo (forma religiosa vs. forma jurídica).

<sup>103</sup> Ibidem, p. 91.

<sup>104</sup> É dessa lógica que Kelsen deduz seu conceito de liberdade: “(...) não é a liberdade, isto é, a indeterminação causal da vontade, mas, inversamente, que é a determinabilidade causal da vontade que torna possível a imputação. Não se imputa algo ao homem porque ele é livre, mas, ao contrário, o homem é livre porque se lhe imputa algo” (Ibidem, p. 109).

<sup>105</sup> Ibidem, seção II (Direito e Moral).

Em seguida, cabe tratar acerca da estática e da dinâmica jurídicas, conceitos marcantes na obra kelseniana<sup>106</sup>. A estática jurídica diz respeito a *categorias da experiência jurídica*, ou seja, categorias criadas para explicar o mundo jurídico: Sanção, Licitude/Direito, Direito objetivo e subjetivo, Responsabilidade e Dever, Representação/Procuração, Capacidade, Pessoa etc. Por sua vez, a dinâmica se refere a um jogo entre validade e eficácia. Se uma norma que regula outra norma é considerada “superior”, a norma criada conforme outra norma será a inferior – dessa forma, a validade da norma está em ser produzida conforme a norma superior. No entanto, a validade não depende apenas de seu aspecto formal, mas também de sua eficácia, a qual diz respeito à concrecência das prescrições jurídicas no mundo concreto, podendo ocorrer o fenômeno da desuetudo: com o tempo, a não-aplicação de uma norma faz com que ela perca sua validade.<sup>107</sup>

Por fim, cabe tratar acerca da teoria da constituição e de sua relação com a norma fundamental. A princípio, cumpre destacar que *Constituição* (norma que regula a produção de todas as outras normas) e *norma fundamental* não são a mesma coisa. A *constituição formalmente definida*<sup>108</sup> distingue-se de outras normas por ser composta por três características: 1) a Constituição material, que é o conjunto de normas positivas que regula a produção de normas gerais; 2) *fatores politicamente relevantes* para a efetividade concreta da constituição, quais sejam, forma de governo, sistema de governo, direitos fundamentais etc; e 3) a existência de *regras especiais de modificação*. Quem fiscaliza a observância da Constituição em relação a outras normas é o Tribunal Constitucional.

Por outro lado, a norma fundamental é a categoria lógico-hipotética de fundamentação última de validade do sistema jurídico<sup>109</sup>. Diferentemente da Constituição, a norma fundamental não existe verdadeiramente no mundo concreto, mas assim como as anipóteses de Platão, trata-se do ponto de partida lógico. Em outros termos, a norma fundamental é condição de possibilidade da experiência jurídica; é uma categoria transcendental, assim como em Kant. Dessa maneira, a norma fundamental justifica e valida o direito como um todo, dizendo quem tem o direito de dizer o direito. Em suma, ela representa logicamente, não empiricamente, o momento em que cada povo/sociedade deu, a alguma entidade ou pessoa, a autoridade jurídica de dizer o direito. Ou seja, dizer que a Constituição é a norma fundamental é um erro: na verdade, é a norma fundamental que fundamenta e valida a Constituição.

<sup>106</sup> Ibidem, seções IV e V (Estática e Dinâmica Jurídica).

<sup>107</sup> A dinâmica jurídica explicita bem a superação da Teoria Pura em relação aos positivistas: se estes consideravam apenas o aspecto formal da validade, Kelsen vincula o conceito à aplicação da norma no mundo concreto.

<sup>108</sup> Ibidem, p. 246 e ss.

<sup>109</sup> KELSEN, 1998, p. 224 e ss.

## 2.9 JUSNATURALISMO E O PÓS-GUERRA

O trauma vivido pela humanidade na Segunda Guerra Mundial (1939-1945) impactou profundamente como os juristas compreenderam o direito no pós-guerra. Sob o regime nazi-fascista, o judiciário era mera marionete do executivo, e o direito era apenas um instrumento para a perpetração de atrocidades e violações de direitos humanos. Com a derrocada do nazismo, havia uma necessidade de julgar seus líderes e promover uma nova ordem social e jurídica que afastasse por completo essa tragédia. É nesse ambiente que ressurge o jusnaturalismo, corrente segundo a qual o direito advém não da autoridade, mas é inato ao ser humano<sup>110</sup>. Foi mediante argumentos jusnaturalistas que se criou o Tribunal de Nuremberg, cuja finalidade foi julgar os crimes de guerra cometidos pelos fascistas.

Nesse contexto, a busca pelo significado de ser humano no mundo foi marcada pelo movimento fenomenológico, em que destacamos Edmund Husserl (1859-1938), seu fundador; Martin Heidegger<sup>111</sup> (1889-1976); e Karl Jaspers (1883-1969). Para a fenomenologia, o sujeito não é apenas aquele cartesiano, lógico-transcendental, mas é um Ser-no-mundo, uma consciência que extravasa para fora de si em direção ao mundo<sup>112</sup>. Essa concepção de ser humano influenciou a hermenêutica fenomenológica de Hans-Georg Gadamer (1900-2002), para quem o sentido é pré-concebido pelo Mundo da Vida (*Lebenswelt*), ou seja, o significado que apreendemos do texto depende de pré-concepções e pré-julgamentos que obtemos ao longo da nossa convivência no mundo. Dessa forma, assim como a consciência dos fenomenólogos, o texto em Gadamer extravasa para fora de si em direção ao mundo.

Essa relação de Gadamer com o texto contrasta com a visão positivista, para quem o texto continha sentido unívoco. Contrariamente, Gadamer observa que o texto não se esgota em si, mas sempre faz referências infinitas a outros textos; além disso, o mundo da vida re-entra no sentido das palavras, ressignificando-as. Em outros termos, não existe sentido único, apenas sentido motivado, direcionado, o qual mesmo assim pode ser inferido de outra maneira<sup>113</sup>. Tal ligação entre mundo da vida e texto, nesse sentido, irá influenciar a hermenêutica jurídica de Carlos Cossio (1903-1987) e sua teoria egológica. Para Cossio, o direito não é apenas a letra formal, mas se faz concretamente na relação jurídica entre o pensamento, a existência ontológica concreta e a intersubjetividade humana<sup>114</sup>.

<sup>110</sup> BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 316.

<sup>111</sup> Apesar de estar vinculado à fenomenologia, a qual contribuiu para o neojusnaturalismo, Heidegger era abertamente antisemita e nazista, fato confirmado com a publicação de “Cadernos Negros” em 2014. Esse fato talvez explique seu rompimento com Husserl, o qual era completamente avesso ao regime.

<sup>112</sup> MASCARO, 2014, pp. 381 e ss.

<sup>113</sup> MASCARO, 2014, pp. 400-407.

<sup>114</sup> BITTAR; ALMEIDA, 2015, pp. 448-452.

Outro teórico vinculado ao neojusnaturalismo do pós segunda guerra foi Gustav Radbruch (1878-1949), teórico alemão relacionado ao neokantismo de Baden e seus alunos, especialmente Heinrich Rickert, Max Weber, Emil Lask, Karl Jaspers e Hermann Kantorowicz. Perseguido pelo nazismo, teve seu mandato político cassado e foi proibido de viajar, tendo publicado sua principal obra, *Filosofia do Direito*, em 1932. Assim como Kant, Radbruch separa Ser e Dever-ser, ainda que não seja uma separação absoluta ou abismal. Consequentemente, juízos do Sein jamais devem determinar diretamente o Sollen, de modo que apenas juízos valorativos devem ser contrastados com juízos valorativos<sup>115</sup>. Caso contrário, estar-se-ia cedendo às determinações diretas Ser/Dever-ser dos nazistas: por exemplo, “se é judeu, deve-ser morto”. Ou seja, a separação entre esses reinos é necessária.

Em outros termos, como afirma o prof. Maciel, “a ciência (reino do Ser) pode dizer o que for, mas isso não determina o que é Bom, Belo e Justo (Dever-ser)”<sup>116</sup>. Entretanto, isso não significa que o direito de Radbruch é indiferente, pelo contrário: apesar de renunciar à fundamentação científica, acredita na obrigação intelectual da tomada de posição mediante valores. Em consequência disso, o autor atribui algumas tarefas clássicas ao neojusnaturalismo, que seriam de suma importância ao direito: 1) oferecer juízos de valores com conteúdo determinado e determinativo, ou seja, a norma precisa ter seu conteúdo determinado segundo um valor específico (por exemplo, direito fundamental à vida, à liberdade); 2) possuir validade geral invariável, com normas acessíveis à razão – em outras palavras, o jusnaturalismo deveria oferecer um direito universalmente válido e passível de ser logicamente deduzido por qualquer ser humano; 3) sendo, portanto, superior ao direito positivo, pois este possuiria lugar, história e autoridade por demais específicos. Dessa forma, a justiça em Radbruch estaria em reconhecer que, apesar de o direito lidar com a facticidade das ciências naturais e com a moral estudada pela sociologia, ele não se reduz nem a uma, nem a outra – em verdade, “O direito é a realidade que tem o sentido de servir ao valor jurídico, à ideia de direito. O conceito de direito cumpre-se, portanto, na ideia de direito”<sup>117</sup>.

O último teórico dessa seção é o britânico Herbert L. A. Hart (1907-1992). Estudioso dos clássicos e do direito britânico, Hart foi um grande crítico da tradição utilitária britânica, em especial do positivismo imperativista de John Austin. Em *O conceito de Direito* (1961), Hart explora o que ele considerava ser uma confusão entre estrutura factual (Ser), sintetizada no comando da autoridade, e a estrutura normativa (Dever-ser). Para ele, se ambas forem

<sup>115</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 15.

<sup>116</sup> Fala retirada de aula do prof. Otávio Maciel na disciplina de filosofia do direito, UnB, 2020.

<sup>117</sup> RADBRUCH, 2004, p. 47.

confundidas, descambam para o arbítrio autoritário. Para esclarecer esse ponto, o britânico afirma que o direito não pode ser tal como um “Bando de salteadores”, ou seja, o direito não pode ser apenas num agente de coação<sup>118</sup>, afinal, foi o que ocorreu no nazi-fascismo.

Para Hart, então, há dois pontos de vista, os quais não podem ser negligenciados: 1) o ponto de vista interno, ou seja, dos participantes do direito (juízes, promotores, advogados, partes representadas etc), o qual implica em obrigações, responsabilidades, senso de dever e senso de justiça; e 2) o ponto de vista do observador externo (sociólogos, teóricos do direito, governantes etc).<sup>119</sup> Segundo Hart, não se pode reduzir o direito aos fatos ou ao ponto de vista externo, sob pena de se estar sendo ditatorial ou utilitarista.

Além disso, Hart também faz outra distinção importante, entre as normas primárias e as secundárias. As primeiras compreendem normas do dia a dia: contratos de compra e venda, CPFs, certidões de óbito, Código Penal etc. As secundárias, a seu turno, conferem organização sistêmica às normas primárias, possibilitando sua articulação/integração e sua modificação<sup>120</sup>. Estas se classificam em três tipos: 1) regras de reconhecimento, que atribuem direitos, poderes e deveres, instaurando a validade do sistema<sup>121</sup>; 2) regras de modificação, que podem ser legislativas ou não, desde que mudem uma determinada situação fático-jurídica; 3) e regras de adjudicação, compreendendo o direito processual e a organização dos tribunais<sup>122</sup>.

Quanto à relação entre direito e moral, Hart não acredita numa tal “Regra de Separação”, como se fossem absolutamente separados, pois a distinção serviria para sua posterior reconexão. Por essa perspectiva, o direito e a moral distinguem-se de maneira mais clara porque nem todo fenômeno jurídico é moralizável, a exemplo da morte natural. Nesse sentido, o direito positivo precisa conter um mínimo de moral, na forma de direito natural, para lidar com fatores que precisam ser regulados na vida social, tais como a proteção dos mais fracos, a escassez de recursos e o egoísmo humano, os quais poderiam deixar a sociedade vulnerável a regimes autoritários.<sup>123</sup> Dessa forma, diferentemente de outros jusnaturalistas, os quais conectam direito e moral a todo tempo, constituindo quase religiões ou ideologias, Hart apenas os conecta na medida do que considera necessário para se evitar uma retomada ao direito imoral dos regimes nazi-fascistas.

<sup>118</sup> HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994. p. 25–26.

<sup>119</sup> HART, 1994, pp. 98-99.

<sup>120</sup> ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 31-35.

<sup>121</sup> Nesse sentido, como aponta o prof. Maciel, parecem-se com a norma fundamental de Kelsen. A diferença é que as regras de reconhecimento são a concretização de um fundamento de validade empírico, concreto – é o rei no parlamento – enquanto a norma fundamental kelseniana é abstrata.

<sup>122</sup> *Ibidem*, pp. 89-101.

<sup>123</sup> *Ibidem*, pp. 201-216.

### 2.9.1 DO NEOPOSITIVISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO

Ainda no contexto do pós-guerra, destaca-se o neopositivismo, ou positivismo moderado, do jurista italiano Norberto Bobbio (1909-2004). Opositor ao fascismo de Mussolini, Bobbio reforça o papel não meramente instrumental do direito, buscando um positivismo ético, qual seja: para além de moderar as sete características positivistas elencadas na seção 2.7, colocando-as sob uma perspectiva democrática, Bobbio faz um giro completo com relação à obediência à lei: se, para o positivismo convencional, (ou, em suas palavras, extremado) o direito é um bem em si, a ser sempre obedecido, para a perspectiva do italiano, o direito é um meio para a realização de um bem, qual seja, a organização social. Não obstante, a ordem ou a organização não é aqui um valor supremo: “se, num determinado momento histórico, um certo valor parece superior à ordem existente e com ela contrastante, pode-se então romper a ordem (mediante um movimento revolucionário) para realizar tal valor”<sup>124</sup>. Rompida a ordem anterior, uma nova será instaurada e defendida.

Outro autor importante é o norte-americano Ronald Dworkin (1931-2013), o qual não apenas incorpora aspectos do jusnaturalismo, como fizeram os seus antecessores do pós-guerra, mas se contrapõe ao positivismo jurídico. Por essa lógica, rejeita o institucionalismo dos positivistas, pois afirma que o direito está para além das instituições, extravasando para a vida concreta das pessoas. Ademais, o direito de Dworkin não é mera aplicação de conceitos e normas: por vir da tradição do *common law*, entende que o direito é a interpretação construtiva da história dos casos jurídicos esperados pela sociedade, ou seja, há um “espera-se que” social-moral que constitui o mundo jurídico. Ademais, para o autor, a distinção de Hart entre regras primárias e secundárias não é o suficiente para explicar o fenômeno jurídico: haveria um terceiro campo elementar, o dos princípios jurídicos, os quais não são legislados (tampouco abstratos), mas aparecem do senso daquilo que empiricamente é considerado apropriado em cada sociedade<sup>125</sup>.

A teoria dos princípios de Dworkin irá influenciar Robert Alexy (1945-), jusfilósofo alemão que rejeita completamente a “Tese da Separação” entre direito e moral, afirmando que o direito sempre tem algum conteúdo moral<sup>126</sup>. Apesar disso, sua principal inovação está na consideração de um terceiro elemento para a definição do conceito de direito: se os

<sup>124</sup> BOBBIO, 1999, p. 232.

<sup>125</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 35-46.

<sup>126</sup> Talvez essa compreensão do autor seja equivocada, pois a “Tese da separação” não advoga por uma separação completa entre direito e moral, ao menos para a maioria dos autores que advogam por essa distinção. Ademais, afirmar que todo o direito possui conteúdo moral parece exagero, pois a emissão de passaporte e as leis de trânsito são normas de caráter mais regulatório que moralista.

normativistas (Kelsen, Hart, Austin) focam na normatividade/legalidade e os realistas jurídicos (Ross, Holmes e Dewey) focam no aspecto da eficácia social, Alexy traz um terceiro elemento: a correção material. Sim, tanto a normatividade quanto a eficácia são importantes para o autor, mas sem a correção material, ou seja, sem o propósito de corrigir a realidade, o conceito de direito alexiano estaria incompleto.<sup>127</sup>

Quando a justiça é confrontada com a segurança jurídica, Alexy utiliza a fórmula de Radbruch: o direito positivo tem prioridade mesmo quando injusto em seu conteúdo, “a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como direito ‘incorreto’, deva ceder lugar à justiça”. Tal compreensão leva à tese da irradiação e à tese do colapso: se as normas fundamentais não possuem caráter jurídico, ou seja, não são positivadas, não têm eficácia e tampouco correção material, então o sistema como um todo será injusto, perdendo a validade e colapsando<sup>128</sup>.

A partir dessa relação entre normatividade, eficácia social e correção material na definição de validade do sistema, Alexy instaura as bases para o neoconstitucionalismo. Para isso, coloca as premissas da *Teoria da Ponderação dos Princípios*: 1) Correlação e co-dependência entre democracia e os direitos fundamentais; 2) Direitos fundamentais são direitos humanos positivados, não apenas propostas abstratas como eram no jusnaturalismo; 3) Direitos fundamentais, positivados, podem colidir entre si em um dado ordenamento jurídico; 4) Colisão de princípios não é a mesma coisa que colisão entre regras, e deve ser resolvida pelo método da ponderação; 5) Regras são “tudo ou nada”, princípios precisam ser trabalhados de outra forma; 6) Ponderação como parte da proporcionalidade; 7) aplicação prática em cada caso jurídico, tal como perquirir acerca de cumprir, ou não, cada princípio;<sup>129</sup> 8) Racionalização da decisão: sustentáculo de um bom Estado Democrático de Direito.

Em suma, o neoconstitucionalismo surge como uma tentativa de superar a dicotomia entre positivismo e jusnaturalismo, considerando que os princípios do direito natural atualmente não são mais abstratos, mas foram positivados pelas constituições. Ou seja, esta teoria “permite conciliar estimativas de justiça (legitimidade), típicas do jusnaturalismo, com as exigências de segurança (legalidade), próprias do positivismo jurídico”<sup>130</sup>.

<sup>127</sup> ALEXY, 2009, p. 15.

<sup>128</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>129</sup> A aplicação dos princípios difere entre Dworkin e Alexy. Quando há colisões entre dois princípios, Dworkin entende que apenas um irá prevalecer, enquanto Alexy advoga pela sua ponderação, estando ambos válidos e aplicáveis, mas em medidas diferentes. Ao meu ver, se o princípio da liberdade de expressão conflita-se com o da dignidade da pessoa humana (a exemplo da liberdade de proferir falas racistas), prevalece o da dignidade da pessoa humana, ou seja, defendo a punição jurídica de declarações racistas. Minha compreensão, portanto, tende para o lado de Dworkin, pois não vejo como é possível conciliar esses princípios. Ou se aplica a dignidade da pessoa, ou não se aplica.

<sup>130</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 249.

### 3 LUHMANN

#### 3.1 UMA POSIÇÃO INICIAL EM TEORIA DO DIREITO

A fim de compreender a teoria dos sistemas de Luhmann, convém primeiramente traçar um pouco de sua trajetória e de sua posição inicial em teoria do direito. Niklas Luhmann (1927-1998) nasceu em Lüneburg, Alemanha. Durante a Segunda Guerra Mundial, foi recrutado pelo exército alemão e por consequência disso tornou-se prisioneiro de guerra tanto das Forças Americanas quanto das Forças Soviéticas. Estudou direito entre 1946 e 1949, tendo sido doutrinador de direito administrativo até 1961. Em 1962, recebeu uma bolsa de estudos para estudar com Talcott Parsons em Harvard. Em 1968, foi nomeado professor de sociologia na Universidade de Bielefeld, onde trabalhou até a sua aposentadoria. Quando lhe perguntaram qual seria seu objeto de estudo, respondeu: “A teoria da sociedade moderna. Duração: 30 anos; sem custos”. Tendo cumprido à risca tal programa teórico, morreu aos 70 anos de idade, deixando um legado de mais de 14.000 páginas publicadas.<sup>131</sup>

Por ter escrito exaustivamente sobre a sociedade moderna e seus sistemas sociais, e até mesmo por sua formação jurídica, o teórico alemão não poderia ter deixado de falar sobre o direito. Em *O Direito da Sociedade*, Luhmann busca descrever o sistema do direito a partir de seu marco teórico da teoria dos sistemas. Nesse sentido, faz considerações iniciais acerca da teoria do direito. Primeiramente, há de se considerar que o direito opera com abstrações conceituais de duas maneiras: a primeira diz respeito à necessidade jurídica de se obter princípios e regras generalizáveis a partir de casos, de experiências concretas; a segunda fonte de abstração, por sua vez, ocorre nas faculdades de direito com a dogmática jurídica, de forma que “eventualmente, manuais de direito e monografias são utilizados em decisões jurídicas, contanto que se trate de uma alteração aplicável ao sistema”<sup>132</sup>.

No entanto, segundo Luhmann, esses dois níveis de abstração não são suficientes para descrever o funcionamento do direito. Para ele, uma Teoria do Direito distingue-se da dogmática jurídica e do funcionamento-base do sistema na medida em que designa a *norma* como conceito básico, o qual “significa conceito definido por si mesmo, como autorreferência ao modo de um curto-circuito”. Ou seja, “a norma prescreve o que deve ser”. Dessa forma, “a teoria do direito atribui a si o sistema jurídico”<sup>133</sup>, tornando-se esforço de reflexão acerca de como o direito se vê a partir de seu próprio entendimento.

---

<sup>131</sup> BECHMANN, Gotthard & STEHR, Nico. *Niklas Luhmann*. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 13(2): 185-200, novembro de 2001, pp. 185-186.

<sup>132</sup> LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p.13.

<sup>133</sup> Idem. pp. 15-16.



Para além disso, uma teoria do direito precisa dar conta da definição de seu objeto de estudo. No entanto, como conciliar as diferentes abordagens teóricas, sejam elas positivistas, jusnaturalistas, contratualistas ou neoconstitucionalistas? Quais são os limites do direito, e quem dá esses limites? Para Luhmann, é o próprio objeto, ou seja, o próprio direito, quem determina onde se encontram seus limites, além do que lhe pertence ou não. A partir do ponto de vista do objeto, pode-se tentar a esforços interdisciplinares, de modo a elevar a teoria do direito a um outro patamar<sup>134</sup>. Assim, sincretismos metodológicos são afastados.

Nesse sentido, quatro aspectos podem esclarecer porque a teoria dos sistemas de Luhmann consegue cumprir esse papel: 1) a teoria dos sistemas descreve como algo produz seus próprios limites em relação a seu ambiente; 2) além disso, observa seu objeto (neste caso, o direito) como um observador, ou seja, como um objeto orientado pela distinção entre sistema e ambiente; 3) a teoria dos sistemas também está habilitada epistemologicamente a lidar com a pluralidade de sistemas sociais, pois trabalha com uma teoria de observação de segunda ordem; e 4) a teoria dos sistemas vê o direito como parte da sociedade, diferentemente de teóricos que pensavam a existência de um direito “fora” da sociedade<sup>135</sup>.

Por fim, tal abordagem implica em pelo menos três pontos, a serem encontrados já nas obras de Kant e Kelsen: 1) a distinção entre forma e conteúdo, sendo a forma quem define e caracteriza o direito; 2) a busca pelo generalizável, uma vez que já partimos do ponto de partida da forma da diferença; e 3) a necessidade de autorreflexão do sistema mediante uma filosofia do direito (ou teoria do direito).<sup>136</sup>

### 3.2 INTRODUÇÃO À TEORIA DOS SISTEMAS – TEORIA GERAL

Antes de introduzirmos a teoria dos sistemas de Luhmann, cabe falar um pouco dos teóricos que o influenciaram. Apesar de se considerar um sociólogo, Luhmann não estava muito preocupado com caixinhas disciplinares, optando por construir sua teoria com base em diversas áreas do conhecimento. O primeiro a se destacar talvez seja o filósofo Edmund Husserl (1859-1938), o qual contribuiu na concepção de direção intencional da consciência (no caso de Luhmann, da direção intencional do sistema) para fora de si, em direção ao seu ambiente. Outros pensadores importantes foram o matemático George Spencer-Brown (1923-2016), que concebeu o cálculo formal, e Heinz von Foerster (1911-2002), fundador da

---

<sup>134</sup> Ibidem, pp. 17-19.

<sup>135</sup> Ibidem, pp. 20-22.

<sup>136</sup> Ambos os termos, filosofia ou teoria do direito, são válidos. Kelsen e Luhmann optam por usar “teoria” porque “filosofia” tinha uma conotação muito abstrata e estranha em suas épocas. No entanto, o papel da filosofia hoje tem sido revisitado, voltando a se conectar com a realidade.

cibernética de segunda ordem, juntamente com Margareth Mead. Ademais, destaca-se a teoria da autopoiese, formulada pelos biólogos Humberto Maturana (1928-2021) e Francisco Varela (1946-2001). Por fim, outro autor de grande importância para a teoria luhmanniana foi Talcott Parsons (1902-1979): orientador de Luhmann em Harvard e criador da teoria dos sistemas abertos na sociologia, seu lema de pesquisa era “*action is system*”.

Isto posto, a categoria “sistema” remonta a Gottfried Leibniz (1646-1716), Immanuel Kant (1724-1804) e George W. F. Hegel (1770-1831). Dessa tradição germânica, surge a primeira onda da teoria dos sistemas, a dos sistemas abertos, em que o ambiente prevalece sobre o sistema, o qual deve se adaptar ou perecer. Para essa concepção, a entropia determina o sistema, que não tem outra opção senão agir conforme os estímulos externos<sup>137</sup>.

Na segunda onda, há o modelo input/output de sistemas fechados, em que o sistema opera como uma “caixa preta”<sup>138</sup> de complexidade nivelada, cuja resposta para os estímulos externos em geral é sempre a mesma<sup>139</sup>. No entanto, a incorporação de novas informações conforme programas condicionais (Se X, deve-ser Y) possibilitou a modificação interna do sistema pelo próprio sistema, ampliando sua capacidade de atuação.

Por fim, a terceira onda surge com o advento da cibernética, que vem do grego e significa “arte de condução de navios”, incorporando elementos como a circularidade, autorreferência e recursividade. Dois autores importantes para essa terceira fase são Arturo Rosenblueth Stearns (1900-1970) e Norbert Wiener (1894-1964), que introduzem o conceito de “feedback negativo”, e Magoroh Maruyama (1929-2018), com seu “feedback positivo”.

Considerando os aspectos acima, Luhmann então desenvolve a sua teoria dos sistemas operativamente fechados e cognitivamente abertos. Diversos conceitos e categorias são necessários para se explicar a teoria dos sistemas de Luhmann. Como a teoria é policêntrica, todos eles são igualmente importantes, podendo ser explanados em ordens diversas.

Começamos então pelo conceito de *forma*, ou *forma da diferença*. Em *Leis da Forma* (1969), o lógico e matemático George Spencer-Brown (1923-2016) inventa o chamado cálculo formal, baseado numa forma de dois lados representada pelo desenho de um traço que forma um ângulo de noventa graus:  $\neg$ . Tal forma substitui o binarismo 0/1 (usado, por exemplo, na programação de códigos computacionais), pois ela representa, simultaneamente, a presença e a ausência, o espaço marcado e o espaço não marcado. Em Luhmann, o sistema é

---

<sup>137</sup> MACIEL, Otávio S.R.D. *Curso de Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*. Compilado de Roteiros de Aula disponibilizados no Academia.edu – UnB. Brasília, 2018, p. 05.

<sup>138</sup> Pode-se dar o exemplo da máquina de café e do interruptor de luz. Ambos fornecem a mesma resposta sempre que há um input: fornecer café e ligar a luz, respectivamente.

<sup>139</sup> Ibidem, p. 06.

uma forma de dois lados que marca a diferença entre sistema (espaço interno, lado marcado) e o ambiente (espaço externo, lado não marcado). Em outros termos, sistema é uma forma que instaura uma diferença, qual seja, a diferença entre sistema e ambiente. Ou ainda: sistema é a diferença entre sistema e ambiente; é a operação de uma distinção:

Opera-se uma distinção, traçando-se uma marca que separa duas partes [p.ex., de uma folha em branco], impossibilitando a passagem de uma à outra sem atravessar essa marca. A forma é, portanto, uma linha fronteira que marca uma diferença, e leva a elucidar qual parte está indicada quando se diz estar em uma parte, e por onde se deve começar ao se buscar proceder às novas operações.<sup>140</sup>

Antes da teoria luhmanniana, o foco era como as partes de um sistema interagem para compor um todo coeso e unificado. Agora, como pode-se ver, a questão é outra: saber como a diferença sistema/ambiente se repete, unificando o sistema retroativamente numa unidade. Para explicar como tal fenômeno ocorre, precisamos lançar mão do conceito de fechamento operativo, o qual ocorre precisamente porque há a separação sistema/ambiente. Como afirma Luhmann, “Por encerramento não se entende um isolamento termodinâmico, mas somente fechamento operacional; ou seja, que as operações próprias do sistema se tornem recursivamente possíveis pelos resultados das operações específicas do sistema”<sup>141</sup>. Ou seja, fechamento aqui não significa abandonar o ambiente, mas sim que as operações sistêmicas se dão numa rede circularmente fechada, como um circuito elétrico, por exemplo.

Havendo o fechamento operativo, a abertura do sistema ao ambiente se dará mediante portas específicas, as quais são chamadas de “acoplamentos estruturais”. É nesse sentido que se diz que os sistemas são operativamente fechados e cognitivamente abertos, pois precisamente porque possuem uma rede fechada de operações, é que conseguem aprender com o seu ambiente. Ademais, o fechamento operativo é a base para a auto-organização do sistema, habilitando-o a lidar com a desordem do ambiente.<sup>142</sup>

A essa altura, cabe distinguir entre sistemas (ou máquinas) triviais e sistemas não-triviais. Ambos possuem fechamento operativo, acoplando-se aos seus ambientes de maneira específica. No entanto, a diferença fundamental está no fato de que as máquinas triviais interagem com o ambiente de modo limitado, somente em determinadas circunstâncias, mediante engrenagens e alavancas específicas: interruptor de luz ou botão da máquina de café etc. Além disso, são causalmente fechados, ou seja, certos estímulos (causas) determinam certas respostas (efeitos): trata-se da relação input/output. Como observa o autor,

---

<sup>140</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 86.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 111.

“[a]s vantagens desses sistemas técnicos é que neles podem-se detectar facilmente as falhas, graças exatamente a esse fechamento causal (...). Do mesmo modo (...) podem estar sujeitos ao planejamento (...)”<sup>143</sup>. Dessa forma, são sistemas previsíveis e determinados.

Paralelamente, as máquinas não-triviais são os sistemas que operam a partir do sentido, e cada input ou operação têm de passar pela prova do estado momentâneo (estado anterior condiciona o atual, e o atual condiciona o posterior), que reforça os desvios nos quais a máquina se encontra. Trata-se dos sistemas biológicos, psíquicos e sociais. Por exemplo, a contestação no processo judicial depende de um estado anterior (a petição inicial) para poder ser inserida como operação dentro do sistema. “São máquinas recursivas, que, a cada vez que operam, mudam suas regras de transformação. Ou seja, são máquinas sobre as quais não se pode fazer um cálculo, ou que só possibilitariam prever os outputs caso se soubesse em qual estado concreto se encontram interiormente”<sup>144</sup>. Ou seja, trata-se de sistemas imprevisíveis e indeterminados: por exemplo, não é possível prever o resultado de uma decisão judicial.<sup>145</sup>

Para determinar o estado atual do sistema e concatená-lo com a próxima operação, os sistemas de sentido utilizam-se do recurso da *autopoiese*. Humberto Maturana (1928-2021) e Francisco Varela (1946-2001) foram os primeiros a lançar mão do conceito na biologia, mas a autopoiese não se restringe a essa leitura biologicista. Em verdade, trata-se de uma categoria formal, sintetizada no fato de que “um sistema pode gerar suas próprias operações apenas por meios da rede de suas próprias operações”<sup>146</sup>. A partir da sua rede recursiva, o sistema é capaz de produzir seus próprios elementos, identificando qual é o estado atual do sistema e concatenando este com a próxima operação. Por exemplo, ao identificar que o estado atual de determinada ação foi o recebimento da inicial, o juiz manda citar o réu.

Como foi dito, a interação entre sistema e ambiente se dá por meio de acoplamentos estruturais. Para a vida social, o mais relevante dos acoplamentos é a linguagem, a qual não é nem pertencente aos sistemas de consciência (seres humanos), nem aos sistemas sociais (direito, economia, religião etc), sendo, na verdade, a conexão de ambos. Isto posto, há dois efeitos dos acoplamentos: o primeiro é a exclusão seletiva, ou seja, o sistema seleciona quais estímulos serão percebidos por ele, pois não é possível responder completamente à complexidade do ambiente; o segundo é a canalização de causalidades, de forma que cada

---

<sup>143</sup> Ibidem, p. 107.

<sup>144</sup> Ibidem, p. 109.

<sup>145</sup> Apesar de não-triviais, ou seja, imprevisíveis, sistemas que operam a partir do sentido precisam também realizar um certo grau de trivialização: trata-se de facilitar a sobrevivência do sistema mediante redução de complexidade de coisas complexas. Por exemplo, o cuidado que a mãe possui com seu filhote se expressa na trivialização do processo complexo de caçar o alimento. No direito, os julgados especiais e os Núcleos de Prática Jurídica facilitam o acesso à justiça, simplificando procedimentos complexos.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 76.

estímulo gera causações específicas dentro do sistema. Por exemplo, o direito especializa-se em perceber fenômenos juridicamente relevantes; ainda, se os tribunais são acoplamentos estruturais, a percepção de um fenômeno jurídico-cível por um juizado cível produz um processo civil, enquanto a percepção de outro fenômeno, dessa vez penal, por um juizado penal, produz causalmente um processo penal. Em resumo, os acoplamentos são caminhos específicos mediante os quais os sistemas possuem *capacidade de ressonância*, ou seja, competência para ressoar com o que está em seu ambiente.

Colocado dessa maneira, pode-se compreender a relação entre autopoiese e acoplamentos estruturais: “As estruturas condicionam o espectro da possibilidade no sistema; a autopoiese determina o que é possível, de facto, na operação atual. O molde das estruturas pré-condiciona o que é passível de ser examinado; e a autopoiese determina o que, realmente, deve sê-lo”<sup>147</sup>. Por exemplo, a legislação e os tribunais penais são estruturas que delimitam um campo de possibilidades do que pode ser percebido e operacionalizado pelo sistema: crimes contra a vida, a honra, a propriedade etc; a autopoiese identifica o estado atual do sistema (ex: condenação por homicídio), para a próxima operação (execução da pena; prisão).

Outro conceito importante para a teoria dos sistemas é o de *observação*. Como aponta Luhmann, “Quando falamos em observar, defrontamo-nos com uma primeira diferenciação: observar/observador. Observar é a operação, enquanto observador é um sistema que utiliza as operações de observação de maneira recursiva, como sequências para obter uma diferença em relação ao meio”<sup>148</sup>. Trata-se de um conceito formal que afasta a necessidade de o observador ser um ser humano: o observador é um sujeito gramatical, é um objeto, um actante, um sistema, o qual observa ao fazer contrastes/introduzir diferenças – seja mediante auto-referência (observar a si) ou hetero-referência (observar o outro). Entretanto, qualquer observação instaura um ponto-cego, de forma que não há ponto de vista privilegiado ou observador que consegue abarcar toda a realidade. Instaura-se, portanto, uma assimetria:

Essa assimetria da forma lembra a teoria transcendental de Kant: as condições do conhecimento empírico não podem ser elas mesmas condições empíricas; reafirmando-se, assim, a necessidade teórica de trabalhar sempre com uma assimetria de base. Na teoria do observador, tal assimetria se evidencia na medida em que o observador só utiliza um lado da forma, vendo o outro apenas de soslaio<sup>149</sup>.

Sendo a forma assimétrica em relação ao seu ambiente, surge a necessidade de se lidar com outro fenômeno: o da complexidade. Por complexidade temos um conceito mais intuitivo, difícil de ser explicado, mas compreensível pelo interlocutor. Como lidar com ela?

---

<sup>147</sup> LUHMANN, 2010, p. 138.

<sup>148</sup> Ibidem, p. 154.

<sup>149</sup> Ibidem, p. 158.

Duas alternativas mais comuns são adotadas no ocidente: a primeira visa ignorar a complexidade, numa espécie de ceticismo; a segunda está pautada numa tradição de se buscar o sentido de todas as coisas, acreditando-se que há um destino ou determinação de tudo por uma força superior, a qual elimina a complexidade. Luhmann não quer ir nem por uma via, nem por outra – para a teoria dos sistemas, a complexidade não deve ser ignorada ou eliminada, mas sim canalizada. Nesse sentido, por só ver um lado da forma, todo sistema é obrigado a lidar com a complexidade de outros sistemas de maneira limitada, devendo reduzir complexidade por meio da sofisticação interna de suas estruturas e acoplamentos. O sistema deve também reduzir complexidade em relação a si mesmo, principalmente no que se refere à compreensão das instâncias de racionalidade e planejamento localizadas internamente<sup>150</sup>.

Na mesma toada, para lidar com as complexidades interna e externa, o sistema deve ter a capacidade de mudar de maneira delimitada, mobilizando apenas parte de suas interdependências. Dessa forma, o sistema não precisa atuar conforme o modo de pensar holístico, o qual se faz negativo por pressupor que o sistema teria de ser perfeito, mobilizando de maneira sincronizada todas as suas estruturas para lidar com qualquer perturbação externa<sup>151</sup>. Ao contrário, seus acoplamentos selecionam os estímulos que deverão ser percebidos, reduzindo complexidade, e selecionando também quais estruturas devem ser mobilizadas para a reação. Consequentemente, esse modo de pensar não holista implica a teoria da gradação por níveis, a qual rompe com a hipótese da simultaneidade das interdependências. Exemplo da gradação por níveis é a divisão do corpo humano em órgãos e sistemas especializados em lidar com estímulos e tarefas específicas – para que eu ouça música, eu não preciso mobilizar meu estômago. No caso do direito, quando um casamento ocorre, é necessário mobilizar apenas um cartório para o feito, não sendo necessária a ativação de tribunais e outros órgãos judiciais.

Ademais, compreende-se que o modo de pensar holístico está mais vinculado a acoplamentos estritos, enquanto o modo não holístico vincula-se à noção de acoplamento amplo. Nos acoplamentos estritos, a variação e a mudança representam risco à existência do sistema<sup>152</sup>. Consideremos, por exemplo, a tradição de transmissão de conhecimento oral como um acoplamento estrito no sistema da religião de uma sociedade. Caso os sacerdotes todos morram devido a um desastre natural, o conhecimento religioso vai-se junto, extinguindo o sistema da religião daquele povo. Contrariamente, o acoplamento amplo, neste caso

---

<sup>150</sup> Ibidem, p. 179.

<sup>151</sup> Ibidem, p. 181.

<sup>152</sup> Ibidem, p.182.

representado pela escrita, permite uma maior absorção do risco. Se, na mesma hipótese, o conhecimento estivesse registrado em livros acessíveis à toda população, ainda que todos os sacerdotes morressem, o sistema da religião poderia continuar existindo.

Isto posto, considerando a assimetria da forma e que o sistema não consegue lidar com a complexidade toda do ambiente de maneira simultânea, temos o teorema da dupla contingência, desenvolvido por Robert Richardson Sears na psicologia e por Talcott Parsons na sociologia: nenhum sistema consegue reproduzir a complexidade interna de outrem em si mesmo. Para ilustrar tal ponto, Parsons dá o exemplo de dois navios que tentam chegar em determinada ilha em primeiro lugar: ainda que um observe atentamente e tente imitar o outro, jamais poderá prever as ações do outro, devendo lidar com a complexidade produzida por esse outro e responder a ela de maneira limitada, contingente e incerta.

Compreendida a parte acerca da complexidade e dos acoplamentos, o tempo é o próximo assunto. Qualquer operação realizada por qualquer sistema demanda tempo. No entanto, tempo aqui não é compreendido como um objeto, tampouco como um fluxo, mas sim como uma operação. Assim como para Alfred Schütz (1899-1959), para Luhmann há uma *simultaneidade* da passagem do tempo, a qual é incontrolável e não pode ser parada: “todo mundo envelhece ao mesmo tempo”. Além disso, a teoria de John M. E. MacTaggart (1866-1925) ajuda a explicar como Luhmann compreende o tempo: trata-se da conexão entre duas coisas diferentes: a síntese entre a série A (introduz o esquema antes/depois) e a série B (aponta para um indexical, por exemplo, um dia da semana). Consequentemente, quando um sistema sintetiza ambas as séries numa operação, está assimetrizando os acontecimentos – ou seja, o tempo torna-se relativo a cada sistema. Em outras palavras, é a forma da diferença que instaura a desparadoxização do simultâneo, tornando o tempo uma operação introduzida mediante uma diferença orientada ao sistema, e não uma mera soma de acontecimentos<sup>153</sup>.

Em seguida, cabe falar acerca do conceito de *sentido*. Inspirado em Husserl, Luhmann atribui três dimensões ao sentido: 1) a dimensão temporal, que compreende o já falado horizonte passado/futuro; a dimensão objectual (comumente traduzida por “dimensão temporal”); duplo horizonte dentro/fora do objeto/forma a ser analisado; e 3) a dimensão social, que compreende o já abordado duplo horizonte entre alter/ego (dupla contingência).

Resta compreender a relação entre sociedade e indivíduo. Por que Luhmann considera a *comunicação*, e não a *ação*, o elemento central da sociedade? A partir do século 19, a sociologia procurou compreender a relação entre sociedade e indivíduo, tomando a ação como o conector entre esses dois polos. Entretanto, “ação” se refere a um indivíduo, e não

---

<sup>153</sup> Ibidem, p. 215.

necessariamente a um processo que conecta diferentes seres humanos. Ademais, esse conceito sugere que os seres humanos estão por trás de tudo, ou ainda, que são a causa, os portadores e os sujeitos das ações<sup>154</sup>. Surgem ainda duas preocupações: qual é o limite da ação? Como separá-la de seus efeitos? Quando as consequências da ação começam, e quando terminam?<sup>155</sup>

Há também o problema do limite interno: em geral, as teorias da ação somente consideram a ação à qual é possível atribuir uma motivação, uma intenção ou uma responsabilidade. Porém, nem toda ação tem uma motivação certa, pois nem mesmo o ator estava esperando ter de responder a essa questão. Isto posto, não há controvérsia entre a “teoria da ação” de Parsons e a “teoria dos sistemas” de Luhmann; afinal, este não intenta desconsiderar a ação, mas apenas tirá-la do lugar de “cola” entre indivíduos e sociedade<sup>156</sup>.

No lugar da ação, para Luhmann, a *comunicação* é o conceito-chave, o elemento-base da sociedade. Por meio da linguagem, que é o acoplamento estrutural entre os indivíduos e os sistemas sociais, a comunicação opera a partir de três seleções<sup>157</sup>: informação (Information), com-partilhamento (Mitteilung) e compreensão (Verstehen)<sup>158</sup>. A primeira seleção representa o ingresso de uma novidade no sistema, ou seja, de uma *diferença diferente*, uma diferença não-usual, a qual só pode ser percebida pela quebra do hábito; a segunda tem a ver com o modo e o meio mediante os quais a diferença está sendo comunicada; a terceira, por sua vez, ocorre sempre na alteridade, pois o ouvinte é quem sintetiza (concatena) a comunicação.

Imagine a seguinte informação: “sempre estarei ao seu lado”. Se for com-partilhada numa folha de papel, escrita em canetas coloridas, acompanhada de corações, o significado será possivelmente positivo; ao contrário, se for escrita num espelho com tinta vermelha escorrendo, poderá significar uma ameaça. Entretanto, a comunicação só é sintetizada fora do falante, podendo variar também nesse aspecto: se a primeira mensagem for entregue a um inimigo, poderá ser interpretada como ironia; se a segunda mensagem estiver num banheiro público, pode não significar nada para os passantes. Considerando essas variáveis da comunicação, fica claro porque ela é essencialmente social: não é possível se comunicar consigo mesmo, fora da vida social. Além disso, vê-se que mesmo o mal-entendido produz comunicação: ainda que o emissor intencione admitir seu amor pelo inimigo, este pode compreender a mensagem de outra maneira. Por fim, demonstra-se que a comunicação independe da presença do emissor: Luhmann já morreu e estamos estudando sua obra.

<sup>154</sup> LUHMANN, Niklas. *Introduction to Systems Theory*. Polity Press, 2013, p. 183.

<sup>155</sup> Ibidem, pp. 184-185.

<sup>156</sup> Ibidem, pp. 186-187.

<sup>157</sup> Esse modelo tripartite da comunicação advém de Charles S. Peirce (1839-1914), filósofo da linguagem.

<sup>158</sup> MACIEL, Otávio S.R.D. *Primeiro Esboço de um Tratado de Metametáfora: Introdução ao Realismo Complexo*. Tese (Doutorado em Filosofia): Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UnB. Brasília, 2021, p. 365.



### 3.3 TEORIA DOS SISTEMAS APLICADA AO DIREITO

A teoria dos sistemas precisa dar conta, primeiramente, de sua relação com o positivismo e com o jusnaturalismo. Utilizando-se de Hume, Luhmann deixa claro que o direito positivo não é arbitrário, pois sua artificialidade permite a mudança conforme as circunstâncias ou situações; em verdade, arbitrário seria o direito natural, por sua imutabilidade. No entanto, isso não significa que o direito positivo seja suficiente para explicar o fenômeno jurídico, pois seu foco está ou nas regras (estruturas) ou na autoridade jurídica (papéis sociais). A seu turno, a teoria dos sistemas supera o positivismo, deslocando o foco das estruturas para as *comunicações jurídicas*, as quais constituem as *operações* do sistema do direito<sup>159</sup>. Nesse sentido, o encerramento/fechamento operativo se dá pela seletividade de operações jurídicas, não pelo conteúdo de um ordenamento jurídico<sup>160</sup>.

Nesse contexto, o *tempo* aqui se expressa na forma de fenômenos de expectativas normativas, ou seja, há uma temporalização que conecta antes/depois mediante programas condicionais “se A, deve-ser B”. Trata-se de um “espera-se que” sociologicamente generalizável, não vinculado a sujeitos específicos: por exemplo, “se o Presidente da República comete crime de responsabilidade, espera-se que sofra impeachment”. Não sou eu que “espero que” tal programa condicional se cumpra, mas sim a sociedade em geral, um sujeito indeterminado. Paralelamente, a postura atualista de Luhmann com relação ao tempo (tudo envelhece ao mesmo tempo; a fase relevante do processo jurídico é a do “agora”) não impede que o sistema seja visto como uma máquina histórica, que emprega estruturas do passado no presente: o contrato de compra e venda, por exemplo, é em essência o mesmo instituto desde a Mesopotâmia até atualmente. Porém, as estruturas só possuem valor se puderem ser empregadas no presente, senão entram em desuso e perdem a validade.

Por essa perspectiva, o direito torna-se especializado funcionalmente devido a dois fenômenos: o primeiro, como já visto, tem a ver com gerenciar expectativas normativas, algo que ele toma para si como sua função social; o segundo, por sua vez, é a codificação binária, expressa no código Direito/Não-Direito, diferença-guia que resulta na circularidade, na autorreferência e na recursividade necessárias à autopoiese. Tal autorreferência produz a tautologia “direito é direito”, que será desdobrada por meio de distinções que, retroativamente, formam uma unidade que substitui a tautologia inicial: “Desse modo, ‘desdobramento’ significa, segundo Tarski e Löfgren, ruptura de uma identidade (direito é

<sup>159</sup> LUHMANN, 2016, pp. 51-56.

<sup>160</sup> Por exemplo, o direito não é definido pela Constituição brasileira, mas seu conceito *formal* está vinculado à sua capacidade de selecionar e operacionalizar comunicações jurídicas, o que permite sua identificação em diferentes contextos históricos e povos. Essa é a separação entre forma e conteúdo. Trata-se de uma tautologia, a qual será desdobrada posteriormente.

direito) com o auxílio de distinções, pelas quais a própria unidade da distinção (de maneira distinta da distinção do que foi distinguido) ocupa o lugar da identidade”<sup>161</sup>. Importante ressaltar que tanto a especialização funcional quanto o aparecimento do código binário não ocorrem da noite para o dia, mas são resultado de longos processos históricos.

Se a codificação introduz a diferença Direito/Não-Direito enquanto código binário, o resultado é que o direito torna-se operativamente autônomo em relação ao seu ambiente. Em outros termos, “O sistema do direito opera de maneira normativamente fechada e cognitivamente aberta”<sup>162</sup>. O fato de ser normativamente fechado significa que as operações jurídicas operam numa rede circular, fechada, sem sofrer interferência direta do ambiente. Significa também que o direito especializa-se em expectativas normativas, concernentes ao reino do dever-ser. Isso não significa, porém, que o direito não lida com expectativas cognitivas: é no reino do ser que a vida real acontece, produzindo fatos que serão posteriormente selecionados e classificados conforme sua relevância jurídica. Suponha-se um acidente de carro. Esse fato ocorre no reino do ser, mas produz consequências jurídicas no dever-ser (ação de responsabilidade civil, por exemplo). Ou seja, há a separação entre ser e dever-ser, mas isso não significa que são fenômenos antagônicos ou contrários.

Outro tema importante é o conceito de *validade*: “A validade é um símbolo de aceitação geral de uma comunicação jurídica. Não de uma comunicação jurídica em particular, mas do “comunica-se” impessoal do direito. É um valor próprio do direito que surge da execução recursiva do próprio sistema”<sup>163</sup>. Em outros termos, trata-se da presunção de que uma operação foi concluída corretamente, enlaçando-a com a operação seguinte. Afinal, a validade é um símbolo, cuja função operativa é gerar e manter certa unidade sistêmica. Assim, a validade representa a transição de um estado jurídico a outro, devendo ser reafirmada em cada conexão operativa; caso não seja recursivamente empregada, perde seu valor. Ademais, caso identifique-se que determinada operação prosseguiu de maneira inválida, o próprio sistema pode corrigir tal erro, concatenando a operação correta.

Mas afinal, para que serve o direito? A pergunta acerca da função, para Luhmann, não gira em torno das consequências que o fenômeno do direito produz no mundo, mas tem a ver com “o direito se diferenciou funcionalmente para lidar com qual tipo de fenômeno?”. Nesse sentido, para o autor, o direito lida com a “generalização congruente de expectativas normativas”<sup>164</sup>. Explicando cada termo, por “generalização” tem-se uma eficácia global,

---

<sup>161</sup> LUHMANN, 2016, p. 76.

<sup>162</sup> Ibidem, p. 104.

<sup>163</sup> MACIEL, 2018, p. 28.

<sup>164</sup> Como Luhmann define o direito a partir da forma da diferença, é possível encontrar generalização congruente de expectativas normativas em qualquer sociedade humana, independentemente do conteúdo jurídico, abrindo margem para inúmeras pesquisas empíricas.

comum à sociedade em geral; não significa que as normas serão respeitadas o tempo todo, mas tem a ver com uma aceitação do direito pela sociedade em geral. Por sua vez, a congruência refere-se a um funcionamento mais ou menos regular do direito, sem que se espere a perfeição, mas sim uma constância generalizada. Por fim, expectativas normativas<sup>165</sup> pertencem ao reino do dever-ser, resistindo à frustração, que, quando ocorre, implica numa consequência jurídica: se a norma “é proibido estacionar” é ignorada, “espera-se que” o transgressor seja multado<sup>166</sup>. Isto posto, é importante destacar que o direito não está apartado da sociedade, mas dela emerge como um sistema social.

Nesse contexto, o direito não precisa ser criado pela autoridade, pois “o direito só é direito quando (...) a expectativa normativa é esperada normativamente. Também nessa medida o direito não é determinado hierarquicamente de cima, mas heterarquicamente – portanto colateralmente – e determinando vizinhanças em formas de redes”<sup>167</sup>. Afinal, o direito não é definido por quem posta a norma, mas pela operacionalização do código Direito/Não-Direito. No entanto, isso não explica como uma expectativa normativa se introduz no sistema: deve-se complementar tal descrição por meio de uma observação de segunda ordem<sup>168</sup>, a qual se orienta pelo código binário, verificando se a expectativa ou a conduta frustrada é, foi ou será ou não conforme ao direito.<sup>169</sup>

Apesar de a função e a codificação serem de extrema importância para o direito, é a programação<sup>170</sup> quem dá o corpo ao sistema. Isso porque há duas insuficiências no que diz respeito à codificação: 1) o código é invariável; e 2) não há instruções no código de como operar o fechamento operativo e a abertura cognitiva do sistema. Como afirma Luhmann, “da codificação resulta somente uma necessidade complementar, uma necessidade de ‘suplementos’, algo como no sentido de Derrida, uma necessidade de instruções suficientemente claras. (...) A essa semântica adicional chamaremos programas”<sup>171</sup>. Assim, é a partir dos programas (Código Penal, Código Civil, jurisprudências etc) que o direito ganha o seu conteúdo. Com isso, o sistema torna-se apto a atuar no mundo.

---

<sup>165</sup> O direito não é o único a lidar com expectativas normativas: a moral, a ética e a religião também lidam com esse fenômeno. Entretanto, o direito não abarca fragmentos da sociedade, mas *generaliza congruentemente* tais expectativas normativas, de forma a abarcar a sociedade em geral.

<sup>166</sup> Tal lógica contrafactual não determina a conduta dos indivíduos, pois o direito não pretende controlar, gerir ou comandar os comportamentos humanos. A pretensão do direito é muito mais modesta: estabilizar normas.

<sup>167</sup> LUHMANN, 2016, p. 192.

<sup>168</sup> Por “observação de primeira ordem”, temos as operações básicas de um sistema, inclusive a operação de observar outros sistemas. Por “observação de segunda ordem” temos a operação de se observar a observação. Nesse sentido, pode ocorrer quando um sistema auto-observa suas próprias operações internas, ou quando um sistema observa a observação de outros sistemas. É a partir da observação de segunda ordem que se pode refletir acerca de se a rotina do sistema deve ou não ser alterada.

<sup>169</sup> Ibidem, p. 221.

<sup>170</sup> Os programas surgem historicamente antes do código binário, que surge quando o sistema se difere do meio.

<sup>171</sup> Ibidem, p. 252.

#### 4 A DESCONSTRUÇÃO DE DERRIDA E A JUSTIÇA DE LUHMANN: OS DOIS LADOS DE UMA MESMA MOEDA

Antes de compreender como Luhmann aborda o tema da justiça, é importante falar sobre como Jacques Derrida entende o assunto. Em *Força de Lei*, o filósofo franco-magrebino dedica-se ao direito e à justiça como poucos filósofos de sua época, trazendo à luz aporias e paradoxos a serem resolvidos pela teoria do direito. Primeiramente, o autor inicia o texto perguntando-se se a desconstrução assegura, permite ou autoriza a possibilidade de justiça. Afinal, ela revela os paradoxos inerentes a realidades, tirando a visão dada ou pressuposta.<sup>172</sup>

Em seguida, Derrida fala sobre a importância da linguagem para a discussão do texto. Diferentemente do francês e do português, o inglês teria preservado as expressões idiomáticas “To enforce the law” e “enforceability of law or of contract”. Quando traduzido para o português, “to enforce the law” significa “aplicar a lei”, acabando com a ideia de força que vem do interior. Tal noção se justifica pelo fato de que o direito é sempre uma força autorizada, justificada, ainda que possa ser julgada injusta. Não há direito sem força, como teria lembrado Kant. “Enforceability”, traduzido por “aplicabilidade”, por sua vez, diz que não há direito que não implique nele mesmo a possibilidade de ser aplicado pela força: logo, se não há lei sem aplicabilidade, não há aplicabilidade sem força, seja ela direta ou indireta.

Ademais, a fim de distinguir o direito da moral, Derrida usa Kant para nos lembrar, como já visto, que enquanto a moral e a ética fundam-se sob a ótica de um constrangimento interno, autoimposto, o direito requer a possibilidade de uma força externa, aplicada de fora<sup>173</sup>. Em seguida, Derrida questiona qual seria a diferença entre a “força de lei” e a violência injusta. *Gewalt*, para os alemães, não significa apenas poder bruto ou violência, mas implica principalmente a ideia de poder legítimo, autoridade, força pública. Outra diferença importante seria entre a referida força de lei de um poder legítimo e a violência originária que instaurou tal autoridade “e que não podia ela mesma autorizar-se por nenhuma legitimidade anterior, de tal forma que ela não é, naquele momento inicial, nem legal nem ilegal, outros diriam apressadamente nem justa nem injusta?”<sup>174</sup>

Desse questionamento chega-se ao fato de que o direito, para o autor, é essencialmente desconstruível, seja porque ele é fundado, construído sobre camadas textuais interpretativas e transformáveis, seja porque seu fundamento último, por definição, não é fundado. No entanto, o fato de o direito ser passível de desconstrução não se trata de algo ruim, mas representa, ao

---

<sup>172</sup> DERRIDA, 2010, p. 05.

<sup>173</sup> Ibidem, pp. 06-09.

<sup>174</sup> Ibidem, p. 10.

contrário, uma chance de progresso histórico. Isso porque é a estrutura desconstruível do direito, ou da justiça como direito, que assegura também a possibilidade da desconstrução, pois a justiça nela mesma ou além do direito não é desconstruível<sup>175</sup>

Portanto, se o direito é construível e pode ser desconstruído, a desconstrução é a justiça ela mesma. Nesse sentido, pode-se elencar três pontos: 1) a desconstrutibilidade do direito torna a desconstrução possível; 2) a indeseconstrutibilidade da justiça torna também a desconstrução possível, ou com ela se confunde; e 3) a consequência desses dois tópicos acima é que a desconstrução ocorre no intervalo que separa a indeseconstrutibilidade da justiça e a desconstrutibilidade do direito. Diante disso, o autor propõe a justiça como possibilidade da desconstrução, ou em outros termos, “a estrutura do direito ou da lei, da fundação ou da auto-autorização do direito como possibilidade do exercício da desconstrução”.<sup>176</sup>

Derrida então propõe o uso da desconstrução para revelar a verdadeira posição do direito em face da justiça, uma vez que o desconstrutivismo agiria desestabilizando certas verdades e mitos do direito, lembrando os juristas dos paradoxos sobre os quais seus discursos se assentam. A primeira verdade mitológica destrinchada pelo autor é a questão da validade: o direito se pretende válido, mas a autoridade das leis não possui qualquer fundamento, já que elas se assentam tão somente no crédito dado por nós, numa espécie de consenso social. Nesse contexto, surge o fundamento místico da autoridade para ocultar a falta de fundamentação da validade, preservando a autoridade dos discursos. Em suma, o direito é historicamente fundado, mas seu fundamento, a justiça, possui caráter mitológico.

Paralelamente, tal ideia de validade se torna perigosa quando o jurista considera a razão objetiva pressuposta na lei como suficiente para a realização da justiça. Não obstante, Derrida mostra que a justiça não pode estar na aplicação mecânica de uma regra objetiva preexistente, pois cada caso é um caso e requer uma interpretação específica, que nenhuma regra preexistente e codificada pode garantir. Dessa forma, o justo não está na aplicação da regra – aqui, percebemos que a luta do autor é travada contra a lógica dogmática, que reduz o direito a uma mera reprodução da regra. Nesse sentido, o ato de justiça a partir do direito exige uma transcendência em relação à norma, de forma a resultar numa desconstrução do direito enquanto “ordem de normas de conduta”.

Seguindo esta lógica, tem-se que, para desconstruir o direito, deve-se deixar de ver a justiça como algo intrínseco a ele. Isso porque a justiça é um compromisso ético infinito: não é fundada, tampouco é positiva, não podendo fundamentar nada – apenas desconstruir. Desse

---

<sup>175</sup> Ibidem, pp. 26-27

<sup>176</sup> DERRIDA, 2010, p. 28.

modo, a justiça desconstrutiva é paradoxal, pois está sempre em aberto, sempre a construir, de forma que se torna indesejável. Por outro lado, o direito é construído porque provém de um processo histórico, o qual lhe atribui tanto forma quanto conteúdo – e é a esse caráter mitológico da fundamentação que a desconstrução, que é a justiça, aponta. Nesse momento, entramos em duas ideias centrais do texto: por um lado, desconstrução é a justiça, pois tem por objetivo romper com a inércia dogmática. Ao mesmo tempo, a justiça é desconstrução – deve-se conceituá-la sem cair no vazio formalista.

Portanto, a justiça surge como uma experiência da alteridade absoluta, pois se trata de uma abertura infinita para os apelos do outro. Afinal, a justiça ultrapassa o direito, de forma que sua realização jamais se limita ao campo normativo. Assim, sua aplicação exige uma constante reinvenção. Disso resulta que o Outro não busca apenas a aplicação neutra e dogmática da regra, mas sim quer justiça em face de sua situação específica. Nesse sentido, a teoria da justiça de Derrida, a seu modo, propõe uma reconciliação entre direito e justiça, através de uma humanização da justiça e do direito.

Além disso, há três aporias apontadas por Derrida e que devem ser levadas em consideração quando se analisa a relação entre direito e justiça, explicando o porquê de a desconstrução ser a justiça. Primeiramente, há a *epokhé da regra*: o paradoxo entre abrir mão da regra ou não para se buscar uma decisão justa. Esse problema surge porque para a decisão ser justa, o juiz deve ser livre para realizar a ação, mas, paralelamente, não pode deixar de considerar as normas. A aplicação da justiça, por esse viés, exige uma constante reinvenção que é incompatível com a sua redução a um sistema dogmático de normas e valores a ser aplicado. Entretanto, nenhuma decisão que pretende realizar a justiça pode ser chamada puramente de *justa*, mas apenas *legal* ou *legítima*. Portanto, a justiça desconstrutivista é paradoxal na medida em que exige o impossível, mas somente no processo de realização de sua impossibilidade é que ela se pode encontrar.<sup>177</sup>

A segunda aporia se refere à *assombração do indecível*: deve-se tomar decisões justas, ainda que elas não existam. Isso ocorre porque, no direito, o magistrado não pode escapar à decisão, caso contrário, nenhuma justiça se tornará efetiva mediante o sistema legal. Deve-se ressaltar que uma decisão que não enfrentasse tal prova do indecível não seria justa, pois não seria livre – seria, talvez, a aplicação programável ou o desenvolvimento de um processo calculável, dogmático e irrefletido. Em outros termos, sem essa aporia, a decisão pode até ser legal, mas não justa.<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup> Ibidem, pp. 43-45.

<sup>178</sup> Ibidem, pp. 46-51.

Por fim, a terceira aporia trata da urgência que barra o horizonte do saber: uma vez que a decisão é urgente, não se pode esperar ter todo o conhecimento para decidir. Como se sabe, a postergação indefinida de decisões judiciais pode levar a injustiças de toda sorte: por exemplo, quem espera uma cirurgia de urgência necessita que o juiz ordene o procedimento o mais rápido possível. Isso se aplica, em maior ou menor extensão, mas sem exceção, a todos os casos jurídicos: a decisão pode até parecer um salto no escuro, pois não é possível conhecer o caso em sua totalidade. Ainda assim, isso não justifica sua postergação eterna.<sup>179</sup>

Isto posto, Derrida nos mostra como o direito não funciona sem a justiça, e vice versa: sem a força do direito, a justiça é impotente; sem a justiça, o direito é tirânico. Todavia, como operacionalizar a justiça dentro do sistema do direito? Como Luhmann bem observa, devemos lembrar que o próprio sistema já identifica, em seu cotidiano e mediante auto-observação, erros e acertos mediante o subcódigo “aplicação correta/aplicação incorreta” de algum programa. Apesar disso, tal subcódigo não avalia as especificidades do caso concreto, ou seja, não é suficiente para explicar a justiça. Isso não significa, porém, que exista um metacódigo para além do código Direito/Não-Direito, caso contrário, estaremos voltando para o argumento do jusnaturalismo. Ao invés de código, a justiça torna-se metaprograma do direito: em outros termos, trata-se de um “programa para programas”.

Sendo um programa, a justiça adquire então um caráter normativo: trata-se de uma expectativa resistente à frustração. Entretanto, não é uma norma qualquer: ela não pode ser introduzida ou retirada do sistema por ato da autoridade – como Derrida afirmaria, a justiça é indiscontrutível. Na verdade, a justiça será vista portanto como uma fórmula de contingência para o sistema do direito, ou seja, ela lida com fatos estranhos, inusitados ao sistema ao ultrapassar os limites deste próprio, mas mantendo sua consistência. Para tanto, a justiça faz-se valer de fatores plausíveis e historicamente dados. Dessa forma, a justiça desdobra os paradoxos explicados por Derrida, tornando decidível o indecidível, deixando de aplicar a regra, mas aplicando-a, limitando o conhecimento ilimitável: em suma, tornando observável ao sistema aquilo que antes era inobservável<sup>180</sup>. Nesse ponto, Luhmann retorna a Aristóteles:

Em sua forma mais geral, a justiça como fórmula para contingência se evidencia em uma ampla tradição vigente até hoje como igualdade [isonomia]. Na igualdade observa-se um momento formal genérico que contém todos os conceitos de justiça, mas que significam unicamente regularidade ou consistência. Assim a igualdade se vê, como é necessário para as fórmulas de contingência, como um ‘princípio’ que se legitima a si mesmo; e conseqüentemente a justiça, por sua vez, não precisa fundamentar-se.<sup>181</sup>

---

<sup>179</sup> Ibidem, pp. 51-53.

<sup>180</sup> LUHMANN, 2016, p. 294.

<sup>181</sup> Ibidem, p. 297.

Com igualdade designa-se, antes de tudo, um conceito formal que subentende e exclui a desigualdade. Porém, em um desenvolvimento posterior, que se iniciou com Aristóteles, é possível também submeter o outro lado dessa forma, a desigualdade, ao princípio da justiça, como exigência de tratar casos desiguais de maneira desigual. Só assim a fórmula do sistema torna-se completa, ou seja, só assim ela se torna relevante para todas as decisões do sistema jurídico. Não obstante, desse modo se desvela agora também o paradoxo que se pretende cobrir mediante a fórmula de contingência; pois se a unidade do sistema doravante irá exigir que se trate o igual de maneira igual e o desigual de maneira desigual, a unidade passará a ser expressa pela diferença entre o igual e o desigual.<sup>182</sup>

Em outras palavras, a justiça requer e pressupõe o conceito aristotélico formal de igualdade para poder se operacionalizar e compor a unidade do sistema jurídico. Alguns exemplos podem nos ajudar a ilustrar o caso. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) foi concebido porque o direito brasileiro compreendeu as diferenças e particularidades das crianças e adolescentes, que são mais vulneráveis e precisam de mais proteção se comparados aos adultos. Da mesma forma atuam o Estatuto da Pessoa Idosa (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015). Assim, é possível concretamente tratar os iguais como iguais, e os iguais como desiguais, na medida de sua desigualdade específica. Não se trata de uma discriminação injusta, mas sim de um tratamento diferenciado orientado para as especificidades do caso concreto. A Lei de Cotas (Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012) e a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006) são legislações que também aplicam o princípio formal de igualdade (isonomia), pois consideram como as estruturas sociais do racismo e do machismo produzem desigualdades e vulnerabilidades na sociedade brasileira, problemas que essas legislações buscam reparar.

A partir desse entendimento, tem-se que a justiça não pretende tratar sobre a essência ou a natureza do direito, tampouco sobre a validade jurídica. Na verdade, a justiça como fórmula de contingência é uma abstração, um esquema de busca de fundamentos ou de valores, os quais só podem obter validade jurídica sob a forma de programas, tais como as legislações acima elencadas. Ou seja, toda resposta à pergunta da justiça tem que ser encontrada no sistema jurídico, mediante sua própria recursividade<sup>183</sup>. Dessa forma, o caráter metaprogramático da justiça exige programação na forma de normas, sejam elas legislações, portarias, decisões judiciais etc, e não deve ser confundida com juízos morais, os quais ferem a autonomia do direito.<sup>184</sup>

---

<sup>182</sup> Ibidem, p. 298.

<sup>183</sup> Ibidem, pp. 297-298.

<sup>184</sup> Ibidem, p. 310.



Consequência dessa lógica é que Luhmann e Derrida talvez sejam os teóricos que levam a contingência mais a sério quando pensam sobre o problema da justiça. Para ambos, é somente na liberdade de que uma decisão poderia ser uma, e não outra, somente na indeterminabilidade do sistema do direito, é que a justiça pode ser feita. Afinal, se o sistema não reconhece a contingência e não busca solucioná-la, conseqüentemente não será possível realizar a justiça mediante a mudança do sistema. Quando a contingência e sua fórmula são aceitas, aí sim o sistema é capaz de reavaliar seus processos e mudar suas diretrizes de maneira recursiva, e porque não, justa<sup>185</sup>. Isto posto, a justiça é a própria desconstrução para Luhmann: se o direito é construído contingentemente, também pode ser desconstruído.

Por fim, se a justiça é a desconstrução, ela também se relaciona intimamente com a auto-observação de segunda ordem. É apenas mediante a observação da observação que se pode comparar retrospectivamente decisões passadas, desconstruindo entendimentos retrógrados e consistentemente mudando o entendimento do sistema em sua orientação para o futuro. Exemplo claro disso foi a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, julgada no Supremo Tribunal Federal em 2011. Tratava-se do pedido para que pessoas de orientação sexual homossexual tivessem o direito de se unirem em união estável com pessoas do mesmo gênero. Ao avaliar o entendimento passado do sistema, que não permitia a união, a Suprema Corte brasileira percebeu que deveria reavaliar seu posicionamento, pois não fazia sentido que certos cidadãos adultos, plenos de suas capacidades cognitivas, fossem excluídos do sistema. Nesse sentido, o Supremo concluiu pela admissão da união estável entre pessoas do mesmo gênero, decisão que posteriormente fez com que o Conselho Nacional de Justiça obrigasse os cartórios a promover o casamento.

---

<sup>185</sup> Ibidem, p. 314.

## 5 CONCLUSÃO

Como foi visto, há várias maneiras de se perceber a justiça. Na Grécia Antiga, Platão concebia que justo seria cultivar as virtudes de cada cidadão na pólis, objetivando o Bem Comum, pois a justiça só seria possível em uma sociedade justa, que considera tanto os fortes quanto os fracos. Essa concepção é interessante por rejeitar a justiça como mera aplicação da força, ou seja, nega a “justiça do mais forte”; ademais, a ênfase no Bem Comum e na justeza da sociedade como um todo traz um clamor pelo caráter social e comunitário da justiça, afastando-se das concepções individualistas. Por sua vez, Aristóteles considera que a justiça é a mais importante das virtudes por ser aquela que permite o florescimento das demais. Trata-se, portanto, da capacidade genérica de tratar as pessoas de maneira civilizada, o que remonta às bases da civilização; tal justiça deve ser exercida no cotidiano, repetidamente, e por isso é fundamental, pois não se refere apenas a uma justiça abstrata. Nesse sentido, inova com relação a Platão porque é uma justiça possível mesmo numa sociedade em que haja injustiças, já que estas podem ser reparadas pela própria aplicação da justiça.

Em seguida, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino trazem a discussão da justiça para o medievo. Com seu lema “justiça é dar a cada um o que é seu”, Santo Agostinho remonta ao florescimento das virtudes platônicas, ao mesmo tempo em que faz alusão à justiça aristotélica. Por sua vez, São Tomás de Aquino concebe a justiça mais voltada ao cumprimento do direito, pois justo seria aquele que compreende as relações entre a Lei Eterna, as Leis Divinas, a Lei Natural e as Leis Humanas, agindo de maneira conforme às Leis. No entanto, apesar de sua relação com o direito, a justiça não pode se restringir à mera legalidade. Já passando ao renascimento, Maquiavel só considera a justiça como possível quando há uma ordem político-jurídica estável, mantida por um governante que possa exercer a autoridade por meio da força. Tal visão é interessante por considerar a necessidade de se materializar a justiça mediante a força do direito; porém, frisa em demasia a questão do poder da autoridade, desconsiderando que os meios são tão importantes quanto os fins.

Algumas posturas, apesar de se situarem em diferentes períodos históricos, compartilham de visões muito semelhantes, em especial sobre a relação entre direito e autoridade. Assim como Maquiavel, Hobbes foca excessivamente no soberano, como se a justiça estivesse vinculada à obediência irrestrita dos súditos ao Leviatã, mantendo uma unidade harmônica na sociedade. Semelhantemente, Hegel defende incondicionalmente o Estado imperialista, ao mesmo tempo em que os positivistas somente consideram como válido o direito posto pela autoridade. Tais autores e linhas teóricas também enfatizam o elemento da

coação como definidor do direito. Essa tríade soberano-obediência-coação é equivocada, reduzindo o direito, desconsiderando que o Estado e sua coação podem ser injustos, assim como a desobediência pode ser justa.

Locke, por sua vez, não está interessado em defender os interesses do Estado: é este que deve defender os seus cidadãos. Nesse sentido, justiça seria proteger a liberdade e a propriedade dos indivíduos, inclusive por meio da força. Todavia, Locke desconsidera que a defesa irrestrita da propriedade privada pode ser injusta: considere-se, por exemplo, as lutas pela reforma agrária no Brasil, bem como os movimentos sociais pelo direito à moradia. Para o inglês, ambos seriam injustos por violarem a propriedade privada; no entanto, são justos do ponto de vista da luta pela dignidade da pessoa humana. Por outro lado, Rousseau abomina a existência da propriedade privada, uma vez que esta seria a origem da degeneração da sociedade. Para ele, a justiça estaria vinculada ao retorno ao estado de natureza, momento em que os indivíduos estariam dotados de solidariedade. Apesar de esse conceito parecer insuficiente, pois desconsidera a existência de conflitos na sociedade que propõe, é interessante a moralidade rousseauiana, cuja autorreferência impede sua instrumentalização.

Seguindo para a compreensão kantiana, a justiça estaria na licitude, enquanto a injustiça se encontraria na oposição à licitude, sendo justa toda ação que não fira a liberdade de outrem. Nesse sentido, é interessante que o filósofo alemão considere como justo opor resistência a quem prejudicar a si, pois o direito de um é o dever de outrem. Essa responsabilidade, compartilhada entre os indivíduos da sociedade, constitui a alteridade e a reciprocidade do direito, o qual também será composto pelo arbítrio e pela coação. Influenciado por Kant, Kelsen distingue as esferas do Ser e do Dever-ser, trazendo ao Direito uma autonomia própria, essencial à sua operacionalização justa. Diante dessas teorias, o pós-segunda guerra mundial apresenta-se como um ponto de virada, reformando o positivismo e retomando o jusnaturalismo. Nesse contexto, o neoconstitucionalismo surge como uma síntese que concilia ambas perspectivas jurídicas.

Não obstante suas grandes contribuições, todos esses autores, do medievo aos modernos, cometem três erros: 1) ou confundem direito e justiça, como se a justiça tivesse a ver necessariamente com a obediência à autoridade ou às leis, ou seja, esquecem que a justiça pode se encontrar na desobediência civil; 2) ou desconsideram completamente a importância da justiça, relegando-a ao campo da ética/moral, que está fora do direito; 3) ou, no caso dos jusnaturalistas, consideram que a justiça é importante, mas está fora do direito positivo, devendo se sobrepor a ele. Nenhuma dessas teorias, porém, consegue distinguir com clareza justiça e direito, tampouco estabelecer suas relações de maneira operacional, funcional.

Para realizar essa distinção de maneira mais clara, *Força de Lei* de Derrida nos ensina que a justiça depende da força do direito, caso contrário, torna-se abstrata, vazia de conteúdo. Ao mesmo tempo, o direito necessita da justeza da justiça, não podendo dela abrir mão, caso contrário, torna-se tirânico. Ainda, seguindo o exemplo de Aristóteles, Derrida preconiza que a justiça precisa ser exercida sempre em referência ao caso concreto, específico, considerando suas particularidades e especificidades. Ao mesmo tempo, Luhmann nos mostra que o caráter construível do direito positivo é contingente e, assim como Derrida, defende que o direito pode ser desconstruído – a justiça é a própria desconstrução, é quem muda o sistema.

Se a justiça é a própria desconstrução em Derrida, em Luhmann isso quer dizer que não é mera aplicação automática do direito, mas sim uma observação de segunda ordem que possibilita ao direito a reavaliação de suas decisões. Ambos consideram a justiça como algo indesconstrutível, no sentido de que é um programa que não pode ser retirado do sistema do direito, mas é intrínseco a ele. A desconstrução (a justiça) age desestabilizando as verdades e mitos do direito, lembrando os juristas de seus paradoxos. Talvez por isso a justiça seja, para Luhmann, um programa sobre como desenhar programas; uma norma sobre como formular normas, pois esse seu caráter reflexivo atua de maneira recursiva em todo o sistema.

Dessa forma, o direito limita as pretensões da justiça, trazendo-a para aplicação no mundo concreto. As três aporias explicitam como o direito força a justiça a agir: ao mesmo tempo em que o juiz deve ser livre, deve considerar as regras do sistema; ainda que não haja decisão justa (assombração do indecível) e ainda que não se tenha todo o conhecimento existente, o sistema obriga a que se decida. A justiça não se confunde com a mera aplicação do direito, mas nem por isso está fora ou é alheia a ele: esta é a relação complexa e delicada entre direito e justiça. Por fim, o princípio formal de isonomia aristotélico ajuda a fechar o problema. Ao tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, a justiça possibilita uma generalização do acesso ao direito, de forma que a diferença concreta dos indivíduos não seja um empecilho à efetivação de direitos.

A justiça, nesse sentido proposto por Luhmann e por Derrida, ganha relevância nunca antes vista. Isso porque ela ganha uma posição paradoxal no sistema do direito: não é direito, mas também não é não-Direito. Trata-se de um motor dentro do sistema do direito que não é o direito habitual, mas uma tentativa de se alcançar a melhor decisão possível por recursos próprios; é a mudança que se vislumbra sem ignorar a coerência sistêmica. Em consequência dessa rede recursiva, o direito e a justiça não têm a ver necessariamente com obediência ao soberano, mas é justamente sua independência com relação à política que permite sua operacionalização.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco* in. **Os Pensadores**. São Paulo: Victor Civita, 1984.

AUSTIN, John. **Lectures on jurisprudence**. Student's edition. London: John Murray, 1913.

\_\_\_\_\_. **The province of jurisprudence determined and the uses of jurisprudence**. Indianapolis, IN: Hacket Publishing Company, 1998.

BECHMANN, Gotthard & STEHR, Nico. **Niklas Luhmann**. *Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo*, 13(2): 185-200, novembro de 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-20702001000200010>. Acesso em: maio/2023.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. v. 34.

BITTAR, Eduardo CB; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1999.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 35-46.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. 1ª Edição. Martins Fontes: São Paulo, 1997.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. México : FCE, 2000.

JHERING, Rudolf Von. **O espírito do direito romano**. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5ª Ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2001.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Edições 70: Coimbra, 2009.

\_\_\_\_\_. **Metafísica dos Costumes**. 1ª Edição. Edipro: São Paulo, 2003

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1973.

\_\_\_\_\_. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Introduction to Systems Theory**. Polity Press, 2013.

\_\_\_\_\_. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACIEL, Otávio S.R.D. **Curso de Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**. Compilado de Roteiros de Aula disponibilizados no Academia.edu – UnB. Brasília, 2018.

\_\_\_\_\_. **Primeiro Esboço de um Tratado de Metametáfísica: Introdução ao Realismo Complexo**. Tese (Doutorado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade de Brasília. Brasília, 2021.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**, com notas de Napoleão Bonaparte e Cristina da Suécia; tradução de Mário e Celestino da Silva – 1. reimpr. – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019.

\_\_\_\_\_. **Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

MILL, John Stuart. **A liberdade – Utilitarismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PLATÃO. **Críton, ou o DEVER**, in. Diálogos, Coleção Clássicos. Editora Cultrix: 9 Edição. Tradução: Jaime Bruna.

\_\_\_\_\_. **A República**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. 2 ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **O contrato social**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

\_\_\_\_\_. **Escritos sobre a Religião e a Moral**. Clássicos da Filosofia: Cadernos de Tradução nº 2 IFCH/UNICAMP - Agosto de 2002.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2018.

WHITEHEAD, Alfred N. **Process and Reality: An Essay in Cosmology**. New York: The Free Press, 1978.