
O DIREITO NECESSITA DA JUSTIÇA? REFLEXÕES SOBRE O TEMA EM KELSEN E LUHMANN

Germano Schwartz

Pós-Doutor em Direito (University of Reading).
Doutor em Direito (Unisinos) com estágio doutoral em Paris X – Nanterre.
Professor do PPGD/ULBRA-Canoas. Coordenador do Curso de Direito da ESADE.
Professor do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha.

Arnaldo Bastos Santos Neto

Doutorando em Direito (Unisinos). Mestre em Direito (Unisc).
Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás

Resumo: A questão da justiça constitui um tema clássico da teoria do direito. O presente artigo se propõe verificar como tal questão foi tratada nas obras de dois grandes pensadores do direito no século XX: Hans Kelsen e Niklas Luhmann. O objetivo será averiguar como os dois autores relacionam direito e justiça, para apontarmos, em seguida, que respostas os mesmos conferem à pergunta: o direito precisa da justiça?

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

*¿EL DERECHO NECESITA DE LA JUSTICIA?
REFLEXIONES SOBRE EL TEMA EN KELSEN Y LUHMAN*

Resumen: La cuestión de la justicia constituye un tema clásico de la teoría del derecho. El presente artículo se propone analizar como tal cuestión fue tratada en las obras de dos grandes pensadores del derecho en el siglo XX: Hans Kelsen y Niklas Luhman. El objetivo será estudiar como los dos autores relacionan derecho y justicia, para apuntar, a continuación, que respuestas los mismos nos dan a la pregunta: ¿el derecho necesita de la justicia?

Palabras-llave: Filosofía del Derecho. Teoría de la Justicia. Positivismo Jurídico. Teoría de los Sistemas. Hans Kelsen. Niklas Luhman.

Introdução

A hipótese central do positivismo jurídico, qual seja, a negativa de uma coincidência necessária entre a moral e o Direito, encontra-se claramente estabelecida como tese central nas formulações kelsenianas. É a tese da separação. Por outro lado, partindo de um paradigma científico bastante diverso de Kelsen, tornando problemática qualquer rotulação “positivista”¹, Niklas Luhmann opera com a ideia de uma diferenciação funcional-estrutural entre o subsistema jurídico e os demais subsistemas sociais.

Assim, uma pergunta se impõe a partir dos dois autores escolhidos para a análise: o Direito necessita da Justiça? Diferenciação funcional (Luhmann) e separação (Kelsen) autorizam à doutrina equivaler o sociólogo alemão ao jurista austríaco na questão do delicado imbricamento entre Direito e Justiça? Responder a ambos os questionamentos: eis o propósito do presente ensaio.

1. Justiça e Direito em Kelsen

Dentro do estudo dos valores, Kelsen inclui o tema da Justiça. Tal análise não faz parte da Ciência Jurídica proposta na *Teoria Pura do Direito* e que teria como princípio metodológico a descrição das normas jurídicas: o direito positivo. Portanto, na visão kelseniana, o problema da Justiça não constitui objeto da Ciência Jurídica. Pertence ao campo da Ética e da Filosofia, porque o objeto a ser conhecido (normas de justiça) não são normas jurídicas. São normas morais.

O juízo de valor segundo o qual uma ordem jurídica é justa ou injusta é relativo. Não pode servir como característica que distinga o Direito

¹ “A teoria do direito de Luhmann é, pois, antipositivista, na medida em que leva em consideração tais elementos de justiça definidores do direito; mas é positivista, ao contrário, na medida em que tematiza propriamente estes elementos livres de justiça que efetivamente tematiza”. In: HÖFFE, Otfried. *Justiça Política. Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado*. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 143. Essa dicotomia é típica do pensamento de Luhmann, baseado que está na ideia de paradoxo e de seu gerenciamento. Contudo, pode-se referir não à ideia de positivismo e sim de positividade jurídica, essencial para o entendimento da evolução das sociedades, e, portanto, da complexidade social que influencia o Direito conexo. Essa ideia já está presente no que alguns autores denominam de primeira fase luhmanniana – a funcionalista-. No caso do Direito, a obra específica para a temática é LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I e II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

de outras ordens coercitivas.² Para Kelsen, inexistente um critério único válido de Justiça, já que ela é um valor descrito em um padrão normativo prescritivo de determinado comportamento como justo. Dessa forma, um juízo de valor avalia se determinada conduta (fato da ordem do *ser*) tem um valor de justiça positivo (está de acordo com o padrão normativo de justiça) ou tem um valor de justiça negativo (não está de acordo com o referido padrão). “Em ambos os casos a justiça se expressa por meio de normas morais que são sentidos objetivos de *dever ser*.”³

Portanto, para o jurista austríaco, o que pode ser avaliado como justo ou injusto é o comportamento humano, que se trata de um fato localizado no tempo e no espaço, bem como seu padrão de avaliação, também variável no tempo e no espaço. O que existe são várias teorias de justiça e não uma justiça absoluta, universal, melhor do que as outras.

Em sua obra “*O que é Justiça?*” Hans Kelsen faz uma compilação de artigos em que trata da relação do Problema da Justiça com o Direito, com a Filosofia e com a Ciência. Especialmente no artigo de mesmo nome (*O que é justiça?*), Kelsen estabelece a sua concepção de justiça e elege o relativismo dos valores como ideal numa sociedade democrática – em contraposição ao absolutismo filosófico das sociedades autoritárias. Referindo-se à atitude relativista, Kelsen cobra do homem responsabilidade e compromisso, pois cada um, voluntária e independentemente, é responsável por seu sistema de valores ou pela adoção de um sistema de valores. Já no absolutismo filosófico, o homem, mesmo detentor de poder de decisão e de escolha (entre as várias normas de justiça existentes), ao optar por uma delas, deve aceitá-la e recebê-la sem questioná-la. Ela é absoluta. Consequentemente, exclui qualquer outra possibilidade ou outra visão.

Ressaltamos, nessa linha de raciocínio, que Kelsen, como cidadão, elege como seu valor de justiça a justiça da liberdade, da paz, da democracia e da tolerância. Explica: “Uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade”.

Dando seguimento, Kelsen parte para a demonstração do vácuo que representam as mais importantes teorias de justiça construídas ao longo

² KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, p. 54.

³ MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 141.

da história. As teorias de justiça podem ser divididas em dois tipos básicos: um (a) metafísico-religioso e um (b) racionalista (que Kelsen chama de pseudo-racionalista, visto que tais esquemas teóricos são vazios de conteúdo).

As primeiras, cujos grandes exemplos são os pensamentos de Platão e de Jesus Cristo, buscam um conceito absoluto de justiça. Deslocam a justiça do mundo físico para um patamar transcendental, superior, que não pode ser alcançado pelo conhecimento humano. Assim o homem não pode compreendê-la, mas somente acreditar nela.

As últimas, por seu turno, formulam normas de justiça que podem ser pensadas racionalmente e estatuídas por atos humanos de vontade. A primeira norma de justiça, estabelecida desde Aristóteles, é o *suum cuique*: dar a cada um o que é seu. Trata-se de um conceito estritamente formal, aparentemente perfeito, que teve grande influência até hoje. Essa norma pode legitimar qualquer ordenamento jurídico vez que quem vai determinar o que é devido a cada um (problema material dessa norma de justiça) é o direito positivo. Por ser estritamente formal, o *suum cuique* é irrelevante para se formular um conceito absoluto de justiça.

Kelsen analisa, também, a chamada *regra de ouro*, segundo a qual se deve fazer aos outros somente o que se deseja para si próprio. Prontamente rebate a possibilidade de tal regra estabelecer um conceito absoluto de justiça, demonstrando seu caractere também estritamente formal, sem nenhum conteúdo, haja vista que a definição do que é bom ou ruim, querido ou não querido, é subjetiva e pessoal, mudando total ou parcialmente de um indivíduo para o outro. Também serve para legitimar qualquer ordenamento jurídico.

Depois, Kelsen vai tratar do Imperativo Categórico de Kant: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer-te sempre como princípio de uma legislação universal”. Para Kelsen, esse imperativo pressupõe uma moral universal, na qual se funde o querer de todos os indivíduos, caso contrário poderia um indivíduo extremamente mentiroso, por exemplo, desejar que a mentira fosse elevada à máxima de uma legislação universal. Propõe uma reformulação do Imperativo Categórico Kantiano: “Atuas segundo uma máxima da qual *devas querer* que ela se transforme numa lei universal”. Entretanto, mesmo com essa reformulação, Kelsen admite ainda a necessidade de uma moral pré-constituída para se regular o que *deve ser querido*.

Norma muito utilizada nos tratados de filosofia estóica é a de *fa-*

zer o bem e evitar o mal. Entretanto, também não soluciona a questão de uma norma universal de justiça, uma vez que é necessário definir antecipadamente (por meio de alguma ordem jurídica, moral ou religiosa) o que é o bem e o que é o mal.

Já a norma do justo costumeiro (deve-se tratar aos homens como comumente têm sido tratados) não se encaixa em qualquer ordenamento como as normas já analisadas. Ela, simples e unicamente, mantém e legitima o ordenamento que há algum tempo está sendo aplicado. Não é possível, por seu intermédio, do mesmo modo, estabelecer a justiça absoluta.

Kelsen critica ainda Aristóteles, que, em *Ética a Nicômaco*, sustenta ser a justiça uma virtude, um equilíbrio, um meio-termo. As virtudes são por ele entendidas como um termo médio entre dois vícios, o excesso e a falta. Assim, a justiça seria o termo médio entre praticar a injustiça e sofrer a injustiça. Entretanto, Kelsen critica o caráter conservador dessa teoria, pois não define o que é a justiça. Afirma seu caráter falho e anti-científico, uma vez que sofrer e praticar injustiça não são dois vícios, mas sim duas faces de um mesmo vício: o da injustiça.

Outra norma de justiça que tem caráter conservador, na visão kelseniana, e que está na base de todo o direito positivo é o princípio da retribuição. Cada um deve receber conforme seu mérito (ou demérito). Quem cumpre a norma deve receber um prêmio, se esta assim postular. Quem descumpra a norma deve receber uma sanção.

Deriva do princípio da retribuição a norma da proporcionalidade entre prestação e contraprestação, ou seja, a prestação – serviço ou bem – deve ser proporcionalmente retribuída – salário e preço. Essa norma, afirma Kelsen, também é estritamente formal. O importante é saber a amplitude do salário ou do preço que será aplicado e isso será determinado pelo mercado (sistema capitalista) ou pelo governo (sistema socialista).

Kelsen analisa ainda a justiça como princípio do amor ao próximo, não fundamentada numa figura divina, mas, unicamente, no bem querer ao próximo. Trata-se, na verdade, de um desdobramento do dar a cada um segundo as suas necessidades, que podem ser entendidas, segundo Kelsen, de três formas: libertação daqueles que sofrem dores, minoração ou suavização de seus males e ajuda aos necessitados. Mas adverte Andityas Matos, comentador da obra kelseniana, que essa é a base dos fundamentalismos religiosos, filosóficos e políticos, pois as necessidades são subjetivas, mas, ao se estabelecer como o mais adequado ao cuidar dos homens e dos problemas, tenta-se impor a própria visão de mundo sobre as

demais, sem respeitar de forma alguma o pluralismo inerente ao ser humano. Logo, tem-se outra norma de caráter formal, incapaz de estabelecer um conceito absoluto de justiça⁴. Não por outra razão o tema do laicismo é tão importante para uma democracia. Uma sociedade teocrática e democrática ao mesmo tempo constitui uma impossibilidade evidente.

Têm-se, ainda, as normas de justiça fundadas no princípio da liberdade e as fundadas no princípio da igualdade. O fazer tudo o que se deseja geraria um caos social. Para que se viva em comunidade, há uma reconfiguração: a liberdade deve ser exercida sob a ordem normativa. Essa concepção de liberdade pressupõe o contrato social. Nele a ordem normativa foi estabelecida devido um acordo das vontades dos que a ela se submetem. A justiça como igualdade não preceitua que todos são iguais, mas que os homens são faticamente diferentes e que certas desigualdades devem ser faticamente desconsideradas, por irrelevantes.

Nesse mote, Andityas Matos afirma que o princípio da igualdade nada mais é do que uma consequência lógica da generalização das normas jurídicas, representada na seguinte estrutura: verificado certo pressuposto, deve-se ter uma consequência determinada⁵. Essa generalização das normas jurídicas nada mais é do que uma oposição ao arbítrio do monarca ou tirano, que diante de idênticas situações fáticas decide de maneira diversa. Logo, a generalização é um mecanismo, uma técnica social que visa garantir a previsão de aplicação de uma norma jurídica e, conseqüentemente, a segurança jurídica:

Conclui-se que a generalidade da norma é, em si mesma, uma visão – ainda que formal – de justiça. É o ponto de chegada de um processo histórico e o ponto de partida de uma normologia. Como opção da civilização jurídica ocidental, representa uma mundividência que, buscando afastar-se do arbítrio, aflora na necessidade social e psicológica de se proporcionar aos jurisdicionados certa segurança jurídica⁶.

Empreendida a análise das normas de justiça do tipo racional,

⁴ MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen. p. 169.

⁵ MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen. p. 176-180.

⁶ MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen. p. 180.

Kelsen conclui não existir nenhum caráter material que as assemelhe, mas tão somente a forma que as aproxima, permitindo serem utilizadas nas mais díspares situações para justificar os diferentes sistemas e posições. A busca de uma justiça absoluta se funda na necessidade humana de se justificar lançando mão de conceitos, ideias, teorias e valores inconstrastáveis. Todavia, a busca não alcança seu objetivo em um sentido racional, científico. Trata-se de um problema da metafísica e metaciência. Portanto, não é afeito à abordagem de um jurista no estudo científico do Direito.

Kelsen conclui, também, que em toda a história do pensamento não é possível encontrar uma norma de justiça absoluta, universal e cientificamente válida. Os conceitos formulados não possuem a objetividade necessária para serem considerados científicos, pois para que o sejam devem ser detentores de validade universal (valer para todos).

2. O Direito e a Justiça em Luhmann

Dentro de seu arcabouço teórico, Luhmann delimita o problema da justiça mediante distinções: a) como autorreferência (observação); b) programa (projeção de unidade entre programas); c) não na forma de uma teoria, mas sim na forma de uma norma.⁷ A Justiça é critério de seleção do sistema no sistema⁸. Significa que podem existir sistemas jurídicos injustos (ou mais ou menos justos). Contudo, assinale-se: a autopoiese ou o código não possuem a pretensão de serem “justos”.⁹

Nessa esteira, a respeito da normativa da Justiça, Luhmann assevera que, observado do ponto de vista ético, pode-se desejar um Direito Justo. Mas isto não é algo que se compreenda, como mostra uma larga tradição. Uma clara separação entre justiça e juízo moral não é só uma questão de autonomia do sistema jurídico. A separação garante a diferenciação funcional e a aquisição evolutiva da moral do Direito. Garante, por fim, a possibilidade do desacordo moral na avaliação das questões jurídicas¹⁰.

A ideia de justiça pode ser entendida como *fórmula de contingência* do sistema jurídico. Para Orlando Villas Boas Filho, a ideia de justiça em Luhmann serve como “fórmula de contingência do subsistema jurídico, cuja finalidade seria justamente fornecer um controle de consistência às

⁷ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. p. 279.

⁸ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. p. 283.

⁹ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. p. 279.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. p. 294.

decisões jurídicas”, o que permitirá a superação “tanto das teorias jusnaturalistas quanto positivistas”:

Essa superação seria obtida mediante a indicação de uma forma de autocontrole do subsistema jurídico que, por um lado, não seria identificável com a natureza, o que é inaceitável em função de sua fundamentação metafísica, mas que, por outro lado, não se reduziria a simples decisão, que conduziria ao decisionismo. Esta forma de autocontrole seria proporcionada justamente pelo conceito de justiça que, para cumprir essa função, deve ser reelaborado¹¹.

A fórmula pode ser comparada com outras fórmulas de contingência – por exemplo, o princípio de limitação no sistema científico; o princípio da escassez no sistema econômico; a teoria de um Deus único no sistema religioso. O conceito de fórmula de contingência toma o lugar de uma grande quantidade de outros conceitos decisivos na definição de justiça: virtude, princípio, ideia, valor etc. Aldo Mascareño, com base em Luhmann, observa que a fórmula de contingência serve para designar a unidade da descrição de uma função sistêmica. Não se trata da descrição da função mesma. É um conceito geral designativo: “na ‘economia nos preocupamos com a escassez’, na ‘educação, com a formação’, na ‘religião, com Deus’”.¹²

Com o uso da fórmula da contingência, pode-se refutar o conceito jusnaturalista de justiça. A própria natureza não é justa. Inexiste inferência que vá do “natural” ao “justo”. Como resultado da evolução, pode existir um equilíbrio da natureza. No Direito, poderia ser dito, a prática jurídica está ajustada de acordo com uma quantidade normal de querelas e disputas. Mas não se pode concluir disto que a ordem jurídica seja justa. A ordem é um resultado fático da evolução¹³. A teoria sistêmica da evolução descreve e explica o fato de que um sistema autopoietico, determinado estruturalmente, possa alterar suas próprias estruturas e a forma de realizar suas operações, recorrendo ao esquema de observação que utiliza as três categorias de: a) variação; b) seleção (de variações) e c) estabilização.

A justiça não é nem uma afirmação em torno da essência ou da natureza do direito, nem um princípio fundador da validade jurídica, nem um valor que faça aparecer o direito como algo digno de preferência. A fórmula

¹¹ VILLAS BOAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. p. 141.

¹² MASCARENO, Aldo. Sociología de la felicidad: lo incomunicable. In: Revista Cinta de Moebio, Santiago (Chile), setembro de 2005, nº 023. Disponível na internet: redalyc.uamex.mx/redalyc/pdf/101/10102304.pdf. Acesso obtido em 15/02/2008.

¹³ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. p. 285.

de contingência é unicamente um esquema de busca de fundamentos ou de valores que não podem obter validade jurídica a não ser na forma de programas¹⁴. No lugar das presunções sobre a natureza, entram as suposições sobre a autoespecificação da fórmula. As fórmulas de contingência se referem à diferença entre indeterminabilidade e determinabilidade. Não podem se legitimar por sua função. Como argumenta Marcelo Neves:

A justiça pode compreender-se, desde o ponto de vista da teoria sistêmica, como uma complexidade adequada do sistema jurídico (desde uma perspectiva externa) ou como uma consistência de suas decisões (desde uma perspectiva interna). De acordo com esta formulação, a justiça se concebe como fórmula de contingência do direito, em referência à “diferença entre indeterminabilidade e determinabilidade”. Mas tal compreensão sistêmica cai no vazio se a “justiça no sentido de complexidade adequada do decidir consistente”, que se apresenta como uma fórmula de contingência do sistema jurídico, não está relacionada com o princípio da igualdade, que pressupõe a diferença “igual-desimal” e cujo objetivo é o tratamento igual dos iguais e desigual dos desiguais. Assim, partindo de que o direito se apresenta como “mecanismo de tratamento igual/desimal” que se constitui com pretensões de universalidade no plano da observação de segunda ordem do sistema jurídico¹⁵.

A fórmula de contingência justiça se evidencia como igualdade. Na igualdade se observa um momento formal genérico que contém todos os conceitos de justiça. A justiça se vê como um princípio que se fundamenta a si mesmo – não tendo necessidade de fundamentar-se. Igualdade designa unicamente um conceito formal que conota e exclui a desigualdade. A unidade do sistema exige que se trate de maneira igual o igual e de maneira desigual o desigual, de maneira que quede expressa a unidade da diferença: o igual e o desigual¹⁶:

Por diferença compreendemos “aquelas diversidades que podem ter uma relevância normativa para o direito, especialmente para o tratamento ‘igual/desimal’”. O conceito de justiça deve ser buscado como modelo normativo de tratamento igual/desimal em termos complexos, procedendo

¹⁴ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. p. 284-285.

¹⁵ NEVES, Marcelo. Justicia y diferencia em uma sociedad global compleja. In: Revista DOXA nº 24, ano 2001, p. 350 (tradução nossa).

¹⁶ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. p. 285.

a uma análise do princípio da igualdade. A justiça é concebida como igualdade complexa. Luhmann define a igualdade como um conceito formal (uma diferença), que depende da existência de outra vertente, a desigualdade: a igualdade sem desigualdade não tem sentido – e vice-versa. Se o igual deve ser tratado igualmente, o desigual tem que ser tratado como desigual. Trata-se, portanto, de um esquema de observação que sugere o desenvolvimento de normas e preferências, mas que em si não fixa, em última instância, a preferência pela igualdade. (...) Só quando a igualdade se transforma de uma forma em uma norma é quando se pode compreender o papel específico do princípio da igualdade no direito da sociedade moderna. O papel do princípio formal da igualdade, para Luhmann, é unicamente descrever a autopoiesis do sistema. O salto lógico reside na interpretação da forma como norma¹⁷.

A fórmula de contingência depende de circunstâncias históricas e depende das condições sócio-estruturais. O princípio aristotélico de justiça distributiva pressupõe uma sociedade estratificada na qual é irrefutável que os homens se diferenciam por nascimento em livre/não livre. Dessa forma, a expressão *suum cuique* adquire sentido¹⁸. Luhmann pergunta se pode haver justiça sem sistema (jurídico) e sem indicações históricas (nas quais se pode reconhecer o igual e o desigual), para as decisões de cada caso. Só se pode falar de justiça no sentido de complexidade adequada na tomada de decisões consistentes. O adequado da complexidade resulta da relação do sistema jurídico com o sistema social.

A complexidade interna, por seu turno, somente responde à exigência de justiça enquanto seja compatível com a consistência no momento da tomada de decisões¹⁹. A justiça pode se designar como consistência da tomada de decisão. O problema reside na questão de se um caso concreto se decide de uma maneira justa. Com isso, perde sentido a velha exigência da *justa medida* e da *media* entre duas reclamações extremas. A decisão se baseia na possibilidade de delimitar o caso específico frente a outros casos, recorrendo a regras de decisão que, por sua vez, podem considerarse justas quando selecionam consistentemente entre casos iguais e desiguais. Sendo assim, a justiça não pode ser concebida como “virtude”²⁰.

¹⁷ NEVES, Marcelo. Justicia y diferencia en una sociedad global compleja, pp. 354 – 355 (tradução nossa).

¹⁸ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. p. 286.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. p. 287.

²⁰ LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad. p. 289.

Considerações Finais

Como corolário necessário da tese kelseniana da separação entre o Direito e a Moral, há a proposição segundo a qual os sistemas jurídicos não possuem uma moralidade imanente. Eles podem ser válidos juridicamente e injustos moralmente ao mesmo tempo (a depender da concepção de moralidade adotada). Segue-se o que Norbert Hoester chama de tese da neutralidade: o conceito de direito deve ser definido prescindindo-se de seu conteúdo. Desse modo, ocorre estreita separação entre a atribuição de validade jurídica e a formulação de valorações ético-normativas. No centro do positivismo jurídico está a tese da neutralidade²¹.

Em Luhmann, de outro lado, encontra-se uma abordagem da questão da justiça dentro da fórmula de contingência. Oferece uma versão mais acabada de sua teoria da justiça, pondo a questão nos seguintes termos: “No obstante, el sistema jurídico no tiene por qué desistir de la idea de justicia. Lo que se tiene que reconsiderar es tan sólo la ubicación teórica de esta idea.”²² O próprio sistema jurídico se auto-observa como justo. Na democracia a questão é relevante, face à impossibilidade de separar-se – a falha capital do positivismo jurídico – a questão da legalidade e da legitimidade. Como aponta Leonel Severo Rocha, a “democracia é a possibilidade da tomada de decisões sempre diferentes, inserindo a sociedade no paradoxo comunicativo da invenção”²³. A pretensão de justiça é um tema central para aferição da legitimidade do sistema jurídico.

Resta evidente que a resposta ao primeiro questionamento (o Direito necessita da Justiça?) lançado na introdução é (a) não para Kelsen e (b) sim para o sociólogo alemão. Luhmann rechaça a hipótese de neutralidade entre Direito e Justiça, uma vez que dentro da sociedade tudo é comunicação, e, por conseguinte, existe uma co-irritação entre Direito e Justiça demonstrada pela fórmula da contingência.

Consequentemente, o segundo questionamento é negativo. Kelsen e Luhmann restam diferenciados na questão do imbricamento entre Direito e Justiça. É, portanto, um grande erro asseverar que este se assemelha

²¹ HOESTER, Norbert. Em defesa del positivismo jurídico. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Barcelona: Gedisa, 2000, p.16.

²² LUHMANN, Niklas. El derecho de la sociedad.p. 286.

²³ ROCHA, Leonel Severo. Três matriz es da teoria jurídica. In: Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS – mestrado e doutorado, 1998/99, p. 136.

àquele na tese da neutralidade do Direito. Tome-se como exemplo final o princípio da igualdade reconstruído sob o viés sistêmico. Para Luhmann, tratar igualmente aos que na realidade nunca são exatamente iguais constitui uma forma de reduzir complexidade, ou seja, de ordenar e simplificar. O princípio da igualdade ressurgiu como um mediador de complexidade, gerando seleções que elegem e conectam a realidade. A igualdade passa a atuar como um filtro que apresenta uma exigência lógica: toda desigualdade deve ser fundamentada.²⁴

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

HOESTER, Norbert. *Em defesa del positivismo jurídico*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Barcelona: Gedisa, 2000.

HÖFFE, Otfried. *Justiça Política*. Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

IZUZQUIZA, Ignácio. *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoria como escândalo*. Barcelona: Anthropos, 1990.

KELSEN, Hans. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *O problema da justiça*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *A ilusão da justiça*. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4ª ed. São Paulo: RT, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Editora UnB, 1980.

²⁴ Ver a respeito: MARTINEZ, Jesús Ignácio. El principio de igualdad y la producción de diferencias em el derecho. In: Anuario de Derechos Humanos. Editora Universidad Complutense de Madrid, n. 06, 1990, pp. 193-213.

____. *La diferenciación del derecho. Contributi alla sociología e alla teoria del diritto*. Milão: Il Mulino, 1990.

____. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Introdução de Ignacio Izuzquiza. Tradução de Santiago López Petit y Odrote Schmitz. Barcelona: Paidós, 1990.

____. *Sociologia do Direito I e II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

____. *Sistemas sociales. Lineamentos para una teoría general*. Tradução de Silvia Pappe e Brunhilde Erker. México: Universidad Iberoamericana; Barcelona: Anthropos Editorial, 1998.

____. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate, com a colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

MARTINEZ, Jesús Ignacio. *El principio de igualdad y la producción de diferencias em el derecho*. In: Anuario de Derechos Humanos, Editora Universidad Complutense de Madrid, n. 06, 1990, pp. 193-213.

MASCARENO, Aldo. *Sociología de la felicidad: lo incommunicable*. In: Revista Cinta de Moebio, Santiago (Chile), setembro de 2005, n. 023. Disponível na internet: redalyc.uamex.mx/redalyc/pdf/101/10102304.pdf Acesso obtido em 15/02/2008.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NEVES, Marcelo. *Justicia y diferecncia em uma sociedad global compleja*. In: Revista DOXA n. 24, ano 2001.

PISSARRA, Maria Constança Peres e FABBRINI, Ricardo Nascimento (coordenadores). *Direito e Filosofia: A Noção de Justiça na História da Filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007.

ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação*. Percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997.

ROCHA, Leonel Severo, SCHWARTZ, Germano e CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWARTZ, Germano (Org.). *Autopoiese e Constituição*. Os limites da hierarquia e as possibilidades da circularidade. Passo Fundo: UPF, 2005.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Observações sobre a justiça em Kelsen e em Luhmann*. In: Boletim dos Procuradores da República. Ano IV, n. 39, julho, 2001.

WALTER, Robert. *Kelsen, la Teoria Pura del Derecho y el problema de la justicia*. Tradução de Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.