

UMA TEORIA SOCIOLÓGICA DA JUSTIÇA: NIKLAS LUHMANN E A JUSTIÇA COMO FÓRMULA DE CONTINGÊNCIA

A sociological theory of justice: Niklas Luhmann and the justice as a formula for contingency

Orlando Villas Bôas Filho¹

SUMÁRIO

1. A sociologia do direito como forma de descrição externa do sistema jurídico. 2. A justiça como fórmula de contingência.

RESUMO

O presente artigo pretende analisar a concepção da justiça enquanto fórmula de contingência, tal como proposta pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann. Para tanto, num primeiro momento, procura apontar a especificidade que o autor atribui à abordagem sociológica do direito para, em seguida, sublinhar aspectos essenciais de sua visão acerca da justiça. Considerando que Luhmann concebe a abordagem sociológica como observação e descrição externas do direito, é fundamental explicitar esse aspecto para que se torne inteligível o modo pelo qual se constrói sua proposta de focar a justiça enquanto fórmula de contingência de um subsistema social que compõe a sociedade moderna, funcionalmente diferenciada.

ABSTRACT

The present paper intends to analyze the conception of justice as a contingency formula, proposed by the German sociologist Niklas Luhmann. Therefore, it first tries to point out the specificity that the author attributes to the sociological approach of law and then it underlines essential aspects according to his opinion concerning justice. Luhmann considers the sociological approach as an external observation and description of law and it is fundamental to expose this aspect in order to make intelligible his proposal to focus on justice as a contingency formula of a social subsystem which compounds the functionally differentiated modern society

Palavras-chaves: Sociologia do direito. Teoria dos sistemas. Justiça. Autodescrição. Descrição externa.

Keywords: Sociology of law. Systems theory. Justice, Selfdescription. External description. Niklas Luhmann.

¹ Advogado. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Pós-Doutor pela Université de Paris X (Nanterre) e pela Ecole Normale Supérieure de Paris. E-mail: <ovbf@usp.br>.

1. A SOCIOLOGIA DO DIREITO COMO FORMA DE DESCRIÇÃO EXTERNA DO SISTEMA JURÍDICO

A sociologia do direito é geralmente definida como uma forma de descrição externa do sistema jurídico.² Referindo-se à especificidade da abordagem sociológica acerca do direito, André-Jean Arnaud e María José Fariñas Dulce, por exemplo, ressaltam que a mesma caracterizar-se-ia por expressar um ponto de vista científico externo à análise do direito e dos sistemas jurídicos. Seria, portanto, uma ciência social e não uma ciência jurídica em sentido estrito.³ Jean Carbonnier também enfatiza que a especificidade da abordagem sociológica em relação ao direito não se relacionaria ao objeto, mas ao “ponto de vista”, ao “ângulo de visão” por ela fornecida.⁴ Em sentido semelhante, o sociólogo alemão, Niklas Luhmann caracteriza a abordagem sociológica do direito como uma forma de “descrição externa” do sistema jurídico que, entretanto, para ser adequada deve descrever o direito como um sistema que se autodescreve.⁵

Segundo Niklas Luhmann, a formação e o desenvolvimento da sociologia do direito teriam fornecido um importante impulso à análise científica do direito,

² No que concerne à expressão “sociologia do direito”, não se utiliza aqui à distinção feita por Roberto Lyra Filho entre “sociologia jurídica”, entendida enquanto “exame do direito em geral”, e “sociologia do direito”, entendida como estudo da “base social de um direito específico”, pois em diversas tradições os termos *Rechtssoziologie*, *Sociologie du droit*, *Sociología del derecho* e *Sociology of law* assumem também o sentido de abordagens gerais acerca do direito. Acerca da distinção proposta por Roberto Lyra Filho, ver: FÁRIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. A sociologia jurídica no Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 27, nota 11. Jean Carbonnier, mesmo observando a tendência de se atribuir à expressão “sociologia jurídica” um sentido mais amplo do que “sociologia do direito”, desconsidera essa distinção conceitual de modo a utilizar indistintamente os termos “sociologia jurídica” e “sociologia do direito”. Cf. CARBONNIER, Jean. *Sociologie Juridique*. 2e édition. Paris: PUF, 2008, p. 13. Para uma excelente análise do pensamento de Jean Carbonnier, ver: ARNAUD, André-Jean. *Critique de la raison juridique*. 1. Où va la sociologie du droit? Paris: LGDJ, 1981, p. 212; _____. Jean Carbonnier. Un juriste dans la cité. Paris: LGDJ, 2012, p. 84. André-Jean Arnaud e María José Fariñas Dulce também utilizam indistintamente os termos “sociologia jurídica” e “sociologia do direito”. Cf. ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*. Bruxelles: Bruylant, 1998, p. 1.

³ Cf. ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*. Bruxelles: Bruylant, 1998, p. 2.

⁴ Cf. CARBONNIER, Jean. *Sociologie Juridique*. 2e édition. Paris: PUF, 2008, p. 17.

⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 17 (trad. ingl., p. 59; trad. esp., p. 70). Neste particular, vale lembrar que Luhmann utiliza tanto o termo “descrição externa” (*Fremdbeschreibung*) como o termo “observação externa” (*externe Beobachtung*) para se referir à sociologia do direito. Segundo ele, a descrição consiste numa operação de criação de textos e de premissas que serão utilizadas na comunicação subsequente. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 497-498 (trad. ingl., p. 424; trad. esp., p. 569). Sobre o papel da comunicação na teoria de Luhmann, ver, por exemplo: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Communication*. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010, p. 69-72.

com contorno claramente distinto de tudo o que a tradição europeia anterior já havia pensado acerca da relação entre direito e sociedade. Entretanto, conforme ressalta o autor, somente é possível falar de sociologia do direito a partir do momento em que ocorre a constituição da própria sociologia, ou seja, a partir da segunda metade do século XIX.⁶ Nesse sentido, Luhmann enfatiza o caráter inovador assumido pela abordagem sociológica em relação à tradição doutrinária (*Lehrtradition*), desenvolvida na Europa, que concebia o direito como um dado essencial e inerente às associações humanas, de modo considerá-lo imanente à natureza e enredado indissolivelmente a outros traços característicos da sociedade, tais como as relações de amizade, as relações de hierarquia e de dominação.⁷

Segundo Luhmann, para o pensamento jusnaturalista, o convívio na sociedade humana não delinearía apenas uma normatividade abstrata engendrando, além disso, normas determináveis em sua substância e capazes de reivindicar para si um surgimento e uma verdade natural. Nesse sentido, além de sustentar a ligação indissolúvel entre direito e sociedade, essa tradição também postularia uma segunda tese consistente na existência de certas normas que seriam igualmente válidas a todas as sociedades. Entretanto, segundo Luhmann, as próprias comparações históricas e etnográficas realizadas a partir do século XIX teriam solapado essa pretensão de postular invariâncias normativas de modo a indicar o caráter contingente na formação do direito.⁸

A sociologia do direito afastaria-se dessa tradição de análise da relação entre o âmbito jurídico e o social, pois, apesar de poder aceitar a tese do liame indissolúvel entre direito e sociedade, rechaçaria a postulação que dela se segue, qual seja: a de que, em virtude desse liame, haveria certas normas jurídicas igualmente válidas para todas as sociedades. Nesse sentido, a sociologia do direito enfocaria o direito como um construto em princípio indispensável, porém formado a partir da contingência

⁶ Para uma análise da “construção da sociologia” que articula aspectos sociais e teóricos a ela relacionados, ver: BERTHELOT, Jean-Michel. *La construction de la sociologie*. 6e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2006, p. 5 e ss. Para uma análise da formação da sociologia enquanto um “trabalho de interpretação” que procurava empreender uma análise científica de uma sociedade nova sem aderir às suas representações mais imediatas, ver: LAVAL, Christian. *L'ambition sociologique*. Paris: Gallimard, 2012. Para uma discussão relativa ao surgimento da sociologia que contrapõe Raymond Aron e Michel Foucault, ver: ARON, Raymond; FOUCAULT, Michel. *Dialogue*. Paris: Nouvelles Éditions Lignes, 2007.

⁷ Cf. Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. 4. Aufl. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, p. 10 (trad. port., vol. 1, p. 20).

⁸ Cf. Idem, ibidem, p. 11 (trad. port., vol. 1, p. 21). No que concerne ao impacto das análises que poderiam ser denominadas, genericamente, de antropológicas acerca do direito e que recobrem o campo da etnografia, ver, por exemplo: ROULAND, Norbert. *Anthropologie Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988, p. 47 e ss. ; _____. *L'Anthropologie Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 7 e ss.; VANDERLINDEN, Jacques. *Anthropologie Juridique*. Paris: Dalloz, 1996, p. 14 e ss.

das relações humanas sendo, portanto, também ele contingente e desprovido de normas com pretensão de validade genérica.⁹

Assim, segundo Luhmann, o distanciamento com relação à “visão interna” do direito e sua fundamentação moral caracterizaria os esforços do que ele denomina de “abordagens clássicas da sociologia do direito”.¹⁰ Essas abordagens seriam compreendidas como sociológicas justamente em virtude desse distanciamento¹¹ e à avaliação da moral a partir de perspectivas incongruentes. Nesse contexto, apesar das diferenças entre as diversas versões dessas abordagens clássicas da sociologia do direito, seria possível reconhecer algumas premissas que lhes seriam comuns, quais sejam: a) o direito é diferenciado como estrutura normativa da sociedade, como um conjunto fático de vida e de ação (*Das Recht ist nicht mehr die Gesellschaft*); b) direito e sociedade passam a ser definidos como duas variáveis dependentes entre si cuja correlação, no século XIX, é concebida, em termos evolucionistas, como expressão de um progresso regular da civilização; c) em tais condições são estabelecidas hipóteses empiricamente controláveis e verificáveis sobre a relação entre direito e sociedade a partir de observações da correlação em suas variações.¹²

Com o intuito de elucidar os pressupostos e as limitações das “abordagens clássicas da sociologia do direito”, Luhmann realiza uma breve compilação comparativa de algumas de suas mais expressivas variações. Para tanto, reconstrói, em linhas gerais, as perspectivas de Karl Marx, Henry Sumner Maine, Émile Durkheim e Max Weber, na qualidade de autores típicos dessa abordagem clássica, e as de Eugen Ehrlich e de Talcott Parsons como autores atípicos.¹³ Feita essa análise, o autor expõe, em termos conclusivos, algumas características que considera ser correntes em tais “abordagens clássicas”: a) o fato de o direito não ser visto como determinado por si próprio ou a partir de normas ou princípios superiores, mas por sua referência à sociedade;

⁹ Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 11 (trad. port., vol. 1, p. 21).

¹⁰ Luhmann realiza uma breve compilação comparativa de algumas das mais expressivas variações das “abordagens clássicas da sociologia do direito”. Para tanto, reconstrói, em linhas gerais, as perspectivas de Karl Marx, Henry Sumner Maine, Émile Durkheim e Max Weber, na qualidade de autores típicos dessa abordagem clássica, e as de Eugen Ehrlich e de Talcott Parsons como autores atípicos. Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 12 e ss. (trad. port., vol. 1, p. 22 e ss.). Para uma breve análise das abordagens clássicas da sociologia do direito, com especial ênfase nas obras de Émile Durkheim e de Henry Sumner Maine, respectivamente, ver: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A sociologia do direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 105, p. 561-593, jan./dez. 2010; _____. Ancient Law: um clássico revisitado 150 anos depois. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 105, p. 533-566.

¹¹ Em obras posteriores, Luhmann se referirá à especificidade da abordagem sociológica acerca do direito em termos de “descrição externa” (*Fremdbeschreibung*). Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 17 e ss.; 496 e ss. (trad. ingl., p. 59 e ss.; 423 e ss.; trad. esp., p. 70 e ss.; 567 e ss.).

¹² Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 12 (trad. port., vol. 1, p. 22-23).

¹³ Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 12-23 (trad. port., vol. 1, p. 23-34).

b) essa referência não é mais interpretada no sentido tradicional de uma hierarquia de fontes do direito (que faria com que a referência à sociedade substituísse a que era feita ao direito natural), passando a ser compreendida como uma correlação suscetível a modificações evolutivas, passível de verificação empírica; c) a evolução é sempre concebida (ou pelo menos implicitamente suposta) como expressão de um aumento de complexidade social; d) o direito surge como um elemento codeterminante e co-determinado desse processo de desenvolvimento, na medida em que ele o fomenta a adaptar-se às suas necessidades as quais, entretanto, apontam para uma maior variabilidade e complexidade social, o que implica uma compatibilização estrutural do direito com o maior número de possíveis situações e eventos que a sociedade passa a comportar.¹⁴

Não cabe aqui aludir às limitações que Luhmann atribui às abordagens clássicas da sociologia do direito que, segundo ele, em virtude da carência de um instrumental conceitual adequado, não teriam sido capazes de esclarecer a totalidade do fenômeno jurídico contemporâneo e de apreender a positividade como o aspecto mais característico de tal direito.¹⁵ O que importa notar é a ênfase dada pelo autor ao caráter inaugural que a abordagem sociológica assume, a partir da segunda metade do século XIX, no que concerne à análise da relação entre direito e sociedade, fornecendo-lhe um impulso científico.¹⁶ Esse impulso decorre, sobretudo, do fato de a sociologia do direito se configurar como uma perspectiva externa de observação e de descrição do direito.¹⁷ Essa observação, proveniente do sistema da ciência aborda o direito por outro ângulo, qual seja: o de sua facticidade.

Com vistas a sublinhar a especificidade da descrição externa que caracteriza a abordagem sociológica do direito, Luhmann a contrasta com o que designa de autodescrição do sistema jurídico (*Selbstbeschreibung des Rechtssystems*). Netes sentido, ressalta que tanto na tradição romanística do direito civil (*Tradition des römischen Zivilrechts*) como na da *Common Law*, teriam sido elaboradas

¹⁴ Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 23 (trad. port., vol. 1, p. 33-34).

¹⁵ A respeito, ver especialmente: GUIBENTIF, Pierre. *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*. Paris: LGDJ, 2010, p. 122-156.

¹⁶ É nesse sentido que André-Jean Arnaud e María José Fariñas Dulce ressaltam que “ ‘sociologie du droit’ ou ‘sociologie juridique’ sont des expressions courantes pour désigner une approche scientifique dont l’objet est l’étude des rapports entre le droit et la réalité sociale, ce que l’on désigne également comme l’étude de la ‘réalité du droit’, ou, dans un sens plus strict, la ‘recherche sur les faits juridiques’.” ARNAUD, André-Jean; FARIÑAS DULCE, María José. *Introduction à l’analyse sociologique des systèmes juridiques*, p. 1.

¹⁷ Cf. Idem, *ibidem*, p. 4. Aliás, essa é a maneira preponderante pela qual Luhmann se refere à sociologia do direito. A respeito, ver: LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 17 e ss.; 496 e ss. (trad. ingl., p. 59 e ss.; 423 e ss.; trad. esp., p. 70 e ss.; 567 e ss.); _____. *Le droit comme système social*. In: *Droit et société*, 11/12, 1994, p. 67; _____. *La restitution du douzième chameau: du sens d’une analyse sociologique du droit*. In: *Droit et société*, 47, 2001, p. 17 e ss.

teorias jurídicas (*juristische Theorien*) dos mais variados tipos. Tais teorias teriam se desenvolvido em duas frentes: uma direcionada para a condensação de sentido, voltada à prática jurídica, visando à fundamentação de decisões mais sólidas e consistentes, e outra direcionada ao ensino jurídico, com vistas à elaboração de sistematizações e conceituações para a formação dos juristas.¹⁸ Trata-se, assim, de uma visão do direito voltada à prática e à educação. Não cabe aqui aprofundar a análise de Luhmann acerca do modo pelo qual essas teorias se desenvolvem. Segundo ele, de um modo geral, as “teorias do direito” (*Rechtstheorien*), surgidas tanto da prática jurídica (*Rechtspraxis*) como do ensino jurídico (*Rechtsunterricht*), seriam expressão, tal como ocorre com os textos do direito vigente, da forma pela qual o direito se apresenta como resultado de interpretações. Seriam, portanto, formas de autodescrição do sistema jurídico.

Segundo Luhmann, mais recentemente, nesse âmbito da autodescrição do sistema jurídico, teriam surgido novas iniciativas que não estariam circunscritas às “teorias dogmáticas” e à “filosofia do direito”. Tais iniciativas estariam, segundo ele, articuladas ao redor do rótulo de “teoria do direito”, no singular (*Rechtstheorie*).¹⁹ Tal como as “teorias dogmáticas” e a “filosofia do direito”, também a “teoria do direito”, mesmo sendo expressão de novas tendências, consistiria numa “perspectiva interna do sistema jurídico”.²⁰ Assim, também a “teoria do direito” estaria atrelada ao conceito de norma como conceito fundamental (*Grundbegriff*). Tratar-se-ia, assim, de uma “teoria reflexiva” do sistema jurídico.²¹

Tendo a teoria do direito (*Rechtstheorie*) nascido em conexão com as autodescrições do sistema jurídico, ela expressa esforços teóricos que, mesmo sendo críticos, estão subsumidos ao direito e declaram sua adesão às obrigações das normas correspondentes. Essa característica seria comum tanto às teorias jurídicas, desenvolvidas, sobretudo, a partir da prática casuística e referidas a princípios gerais, como às teorias da reflexão (*Reflexionstheorien des Rechtssystems*), que

¹⁸ Cf. Idem, *ibidem*, p. 9. (trad. ingl., p. 53; trad. esp., p. 61).

¹⁹ Para uma análise semelhante que contrapõe a *philosophie du droit*, associada ao jusnaturalismo, à *théorie générale du droit*, ligada ao positivismo jurídico, ver: TROPER, Michel. *La philosophie du droit*. 2e. édition. Paris: PUF, 2008, p. 10-12.

²⁰ A respeito ver: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha da; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53 e 56; NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 154; TORRES NAFARRATE, Javier. La sociología del derecho de Niklas Luhmann. In: KROTZ, Esteban (Ed.). *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; México: Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, 2002, p. 310-312.

²¹ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 11-12. (trad. ingl., p. 55-56; trad. esp., p. 64-65).

representam o valor específico da produção do direito e o sentido de sua autonomia.²² Não há como aprofundar essa questão aqui. O que se pretende é simplesmente ressaltar a especificidade de tais teorias reflexivas do sistema jurídico. Segundo Luhmann, embora essas formas de autodescrição do sistema jurídico, sobretudo a que se expressa pela “teoria do direito”, possam atingir altos níveis de abstração, elas se mantêm indissociavelmente ligadas à distinção entre fato e norma, que não é a distinção que baliza o conhecimento científico. Por esse motivo, mesmo a teoria do direito, com seu alto grau de abstração, está subordinada ao sistema jurídico.²³

Luhmann, entretanto, afirma que, no âmbito de uma abordagem estritamente científica, o conceito teoria adquire um sentido diverso. A abordagem científica (entenda-se por tal a sociológica), enquanto descrição externa, diferentemente do que ocorre com a “ciência do direito” (*Rechtswissenschaft*), não concebe o direito como uma ordem normativa (*normative Ordnung*).²⁴ Ao contrário, a sociologia do direito o concebe, dependendo de sua orientação teórica, em termos de comportamento social, instituições, sistema social, ou seja, como algo que é o que é e que, no máximo, demanda explicação ou prognóstico.²⁵ Neste sentido, a sociologia, ao descrever o direito por uma perspectiva externa, o toma como fato e não como norma. Essa distinção é muito bem ilustrada pelo quadro sinótico proposto por Donald Black na obra *Sociological Justice*, reproduzido por Luhmann no livro *Das Recht der Gesellschaft*²⁶:

²² Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 18. (trad. ingl., p. 60; trad. esp., p. 71).

²³ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 12. (trad. ingl., p. 55-56; trad. esp., p. 65).

²⁴ O que Luhmann está designando de *Rechtswissenschaft* refere-se a um estudo do direito a partir de uma perspectiva interna.

²⁵ Cf. Idem, ibidem, p. 14. (trad. ingl., p. 57; trad. esp., p. 66-67).

²⁶ Cf. BLACK, Donald. *Sociological Justice*. New York: Oxford University Press, 1989, p. 3 e ss. *apud* LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 540. (trad. ingl., p. 457; trad. esp., p. 615), nota 95. A respeito, ver: GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais*: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 151; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A sociologia do direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 105, 2010, p. 579; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 152-153.

	Jurisprudencial Model	Sociological Model
Focus	Rules	Social Structure
Process	Logic	Behavior
Scope	Universal	Variable
Perspective	Participant	Observer
Purpose	Practical	Scientific
Goal	Decision	Explanation

Entretanto, apesar dessa diferença em relação às teorias que expressam a autodescrição do sistema, a sociologia do direito, enquanto descrição externa, não pode desconsiderar o modo pelo qual seu objeto de análise se autodescreve. Deve, portanto, descrevê-lo tal como os juristas o entendem.²⁷ Assim, embora a abordagem sociológica do direito, por ser expressão de uma observação externa, não esteja atrelada às normas internas do sistema jurídico, não deve equivocar-se em relação ao seu objeto de análise que, segundo Luhmann, consiste num objeto que se auto-observa e autodescreve. Nesse sentido, o compromisso com a auto-observação e a autodescrição do objeto é condição indispensável para uma descrição científica realista e, inclusive, “empiricamente adequada”.²⁸ Deste modo, como bem observa Pilar Giménez Alcover, Luhmann pretende desenvolver uma teoria sociológica capaz de observar tanto as operações de reprodução do sistema jurídico como suas operações de auto-observação e autodescrição.²⁹

Nesse sentido, Luhmann ressalta que na “clássica divisão de trabalho” entre as ciências do direito (tomadas aqui em sentido genérico como algo que abrange as autodescrições do sistema jurídico, sobretudo a dogmática jurídica e a teoria do direito³⁰) e a sociologia do direito, a primeira se ocuparia de normas e a segunda de fatos. Assim, a atividade do jurista estaria direcionada à interpretação e aplicação de normas enquanto que a do sociólogo se voltaria à apreensão do contexto factual do

²⁷ Nesse particular, Luhmann ressalta a insuficiência das análises empíricas convencionais da sociologia do direito em descrever adequadamente o sistema jurídico. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 542-543. (trad. ingl., p. 458-459; trad. esp., p. 616-617).

²⁸ Cf. Idem, ibidem, p. 18. (trad. ingl., p. 60; trad. esp., p. 70).

²⁹ Cf. ALCOVER, Pilar Giménez. *El derecho en la teoria de la sociedade de Niklas Luhmann*. Barcelona: J.M. Bosch, 1993 p. 296.

³⁰ A esse respeito, André-Jean Arnaud e María José Fariñas Dulce ressaltam que os termos “ciência jurídica” ou “ciência do direito” referir-se-iam ao estudo do direito realizado a partir de um ponto de vista interno. Cf. ARNAUD, André-Jean; FARINAS DULCE, María José. *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, p. 4.

direito, às suas condições e efeitos sociais.³¹ Essa clivagem tradicional entre o âmbito das ciências jurídicas e o da sociologia do direito seria particularmente reforçada pela distinção entre os planos do “ser” e do “dever-ser”.³² Luhmann, aliás, alude a Kelsen como expressão da formulação mais explícita dessa concepção que sustenta a clivagem entre o plano da ciência do direito e o da sociologia.³³ Ora, essa situação comprometeria significativamente a possibilidade de colaboração entre sociologia do direito, de um lado, e a dogmática jurídica e a teoria geral do direito, de outro.³⁴

Entretanto, segundo Luhmann, essa clivagem tradicional já estaria superada, na medida em que as pressões exercidas, de forma conjugada, por perspectivas como a da “jurisprudência dos interesses” e da “social engineering” teriam remetido a aplicação do direito a fatos não previamente formulados nas normas e que deveriam ser descobertos para além de seu texto. Porém, mesmo diante da superação da separação radical entre “ser” e “dever-ser” e da decorrente dissolução da delimitação precisa entre o âmbito das ciências jurídicas (dogmática e teoria do direito) e o da sociologia do direito, não teria havido, segundo o autor, uma influência significativa desta sobre aquelas. O motivo determinante para isso decorreria da inexistência de uma abordagem sociológica adequada da dogmática jurídica e da teoria do direito.³⁵ Ora, segundo Luhmann, os aportes teóricos proporcionados pela teoria dos sistemas autopoieticos permitiriam uma mudança nessa situação.

Para analisar em que medida a teoria dos sistemas pode alterar essa situação, cabe preliminarmente notar que Luhmann não está propondo que a sociologia do direito substitua ou “sociologize” a dogmática jurídica ou da teoria do direito. Conforme já mencionado, ambas (dogmática e teoria do direito) são formas internas

³¹ Cf. LUHMANN, Niklas. *Le droit comme système social*, p. 53.

³² Cf. GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, p. 317.

³³ Cf. LUHMANN, Niklas. *Le droit comme système social*, p. 53. Ver também: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1984, p. 23 e ss. A respeito da distinção entre “ser” e “dever-ser” na obra de Kelsen, ver, por exemplo: DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo jurídico e a teoria geral do direito na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 149-154. Vale lembrar que, para Kelsen, ser (*Sein*) e dever-ser (*Sollen*) são dois conceitos formais que se distinguem logicamente e não ontologicamente. Cf. JOUANJAN, Olivier. *Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen*. In: JOUANJAN, Olivier (Coord.). *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*. Paris: PUF, 2010, p. 18. Para uma breve análise comparativa dos modelos teóricos de Kelsen e de Luhmann, ver: TREVES, Renato. *Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantianes*. In: *Droit et Société*, n° 7, p. 327-332, 1997. Para uma análise que contrasta a noção de justiça nos pensamentos de Kelsen e de Luhmann, ver: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann*. In: PISSARRA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento. *Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 129-150.

³⁴ Cf. LUHMANN, Niklas. *Le droit comme système social*, p. 54.

³⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. *Le droit comme système social*, p. 53-54.

de autodescrição do sistema jurídico.³⁶ Cumprem, portanto, funções específicas que se voltam à própria autopoiese desse sistema. Para Luhmann, a dogmática jurídica consiste numa forma de reflexão interna do sistema jurídico que se relaciona estreitamente aos problemas decisórios e que é limitada em seu grau de abstração em virtude de sua subordinação ao princípio da inegabilidade dos pontos de partida. A teoria do direito, também ela uma reflexão interna ao sistema jurídico, consiste numa “abstração da abstração” capaz de questionar a própria identidade do sistema jurídico e entabular uma mediação entre a observação interna e a observação externa a ele relativas. Por sua vez, a sociologia do direito consiste numa observação e numa descrição externas do direito e, por esse motivo, não pode substituir, se sobrepor ou mesmo pretender ter alguma influência direta no sistema jurídico.³⁷ Pode, entretanto, irritá-lo e, assim, contribuir para a própria sofisticação de suas autodescrições. É nesta perspectiva que se torna frutífera para os próprios juristas a análise que será feita a seguir acerca da justiça como “fórmula de contingência”.³⁸

2. A JUSTIÇA COMO FÓRMULA DE CONTINGÊNCIA

A partir de um enfoque sociológico, Niklas Luhmann, considera que a justiça, no contexto da sociedade moderna, funcionalmente diferenciada,³⁹ serviria de “fórmula de contingência” (*Kontingenzformel*) do sistema jurídico, cuja finalidade seria

³⁶ Na conclusão da 2ª edição de *Rechtssoziologie*, Luhmann também se refere à dogmática jurídica e à teoria do direito como “formas de autodescrição do sistema jurídico” (*Formen der Selbstbeschreibung des Rechtssystems*). Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 360.

³⁷ Cf. LUHMANN, Niklas. La restitution du douzième chameau : du sens d’une analyse sociologique du droit, p. 30-31. Esse aspecto também é ressaltado por Carbonnier. Referindo-se à especificidade da abordagem do sociólogo em relação à do jurista dogmático (ou seja, aquele que analisa o direito pelo ângulo interno), Carbonnier ressalta que “le sociologue, au contraire, demeure en dehors du système qu’il observe, ce système fût-il le sien, et l’observation qu’il en fait ne saurait le moins du monde en influencer le fonctionnement.” CARBONNIER, Jean. *Sociologie juridique*, p. 17.

³⁸ Para uma análise de teor semelhante à que será desenvolvida a seguir, ver: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 366 e ss.; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann, p. 129-150; GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*, p. 120-126.

³⁹ Acerca da diferenciação funcional que, na teoria de Luhmann, caracteriza a sociedade moderna, ver: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Différentiation fonctionnelle*. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010, p. 144-148. Cabe notar que a perspectiva de Luhmann se dirige à sociedade moderna e, sobretudo, ocidental. Sua concepção acerca da justiça é, portanto, direcionada ao Ocidente moderno, motivo pelo qual é preciso ter cautela para não aplicá-la indiscriminadamente.

justamente fornecer um controle de consistência e de adequação às decisões jurídicas.⁴⁰ Trata-se, portanto, de uma forma de autocontrole do subsistema jurídico que, por um lado, não é identificável com a natureza, pois isso seria inaceitável em função da fundamentação metafísica que implicaria, mas que, por outro, não se reduz à simples decisão, que conduziria ao simples decisionismo. Essa forma de autocontrole, proporcionada justamente pelo conceito de justiça implica que o mesmo, para cumprir essa função, seja reelaborado.⁴¹ Note-se, entretanto, que a descrição da justiça como uma fórmula de contingência consiste na perspectiva de uma observação externa, ou seja, sociológica, nos termos indicados anteriormente. No interior do sistema jurídico, porém, a justiça remanesce, segundo Luhmann, como uma ideia, um valor ou um princípio.⁴²

A justiça, nesse sentido, diferentemente do que tradicionalmente ocorre no âmbito das teorias que a ela se referem, deixa de apresentar qualquer conotação valorativa, passando a ser apenas um símbolo da congruência da generalização das expectativas normativas, o que a torna estreitamente relacionada à função estabilização de expectativas normativas desenvolvida pelo direito.⁴³ Não se trata, portanto, de uma norma superior (*Übernorm*), colocada para além do subsistema jurídico, a partir da qual seria possível avaliá-lo criticamente.⁴⁴ Luhmann critica vivamente essa axiologização e eticização da justiça, pois considera que esta, se transformada num valor, perde sua íntima

⁴⁰ Note-se que, a esse respeito, a terminologia de Luhmann não é precisa, uma vez que esse autor utiliza “fórmula de consistência” e “fórmula de contingência” no mesmo sentido. Segundo Jean Clam, “l’usage de cette terminologie n’est pas très précis dans la théorie du droit luhmannienne. Il y a un flottement dans la caractérisation de la justice comme formule de consistance ou de contingence (alors que la distinction est clairement établie pour l’économie). Ainsi dans *RdG* [*Das Recht der Gesellschaft*] le chapitre consacré à la justice est intitulé ‘la formule de contingence: Justice’ (*Kontingenzformel Gerechtigkeit*), alors que dans *RS* [*Rechtssoziologie*], il ne parle que de formule de consistance [...]”. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 225, nota 1.

⁴¹ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 218 (trad. ingl. 213-214; trad. esp., p. 280).

⁴² Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 218 (trad. ingl. 214; trad. esp., p. 280).

⁴³ Cf. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 207.

⁴⁴ Luhmann critica concepções que ele considera atreladas ao paradigma do direito natural, tais como a de Manuel Atienza, que partiam da premissa de que a pressuposição de uma ordem superior (o direito natural) seria a única forma de fundamentação crítica em relação ao direito positivo. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 220 (trad. ingl. 215; trad. esp., p. 281). Acerca do perfil crítico-avaliativo das teorias do direito natural, ver, por exemplo: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1995, p. 26. A esse respeito, Gunther Teubner ressalta que a própria historização da justiça teria levado ao abandono de demandas filosóficas por sua universalidade temporal e espacial. Assim, segundo ele, nas condições contemporâneas de fragmentação social, concepções aristotélicas ou kantianas do que é uma sociedade justa teriam perdido plausibilidade. Cf. TEUBNER, Gunther. Self-subversive justice : contingency or transcendence formula of law?, p. 2 e 5.

ligação com o direito e a função por ele exercida.⁴⁵ De modo semelhante ao que ocorre na análise weberiana acerca do processo de racionalização interna do direito, vista em termos de sua progressiva desmaterialização, também em Luhmann, como corolário da autorreferencialidade dos subsistemas funcionais, há uma desintegração das condições de possibilidade de referência a uma instância substancial suprema, o que faz com que a justiça deixe de ser uma grandeza absoluta que serve à aferição do grau de perfectibilidade do direito positivo, para tornar-se o modo pelo qual este exerce seu autocontrole.⁴⁶

Assim, na perspectiva da teoria dos sistemas, a justiça não pode ser vista como um valor transcendente, mas como uma fórmula de contingência que se liga estreitamente à própria consecução da função do subsistema jurídico e que, ademais, se situa no interior do mesmo e não para além dele.⁴⁷ Portanto, conforme ressalta Marcelo Neves, “a justiça só pode ser considerada consequentemente a partir do interior do sistema jurídico, seja como adequada complexidade (justiça externa) ou como consistência das decisões (justiça interna).”⁴⁸ Conforme se verá adiante, trata-se de uma abordagem da justiça que, dissociando-a de uma conotação valorativa suprema, a concebe articulada ao redor da questão da complexidade adequada do sistema jurídico e da consistência de suas decisões.⁴⁹

Percebe-se, deste modo, que Luhmann desenvolve um conceito de justiça compatível com a pressuposição de autorreferência dos subsistemas autopoieticos que compõem o sistema social, o que não ocorre com as teorias tradicionais da justiça, que, via de regra, procuram um fundamento axiológico superior para a crítica do direito positivo. A postulação de um valor superior e, portanto, externo ao próprio subsistema jurídico afetaria sua autorreferência, além de não servir aos propósitos funcionais que lhe são ínsitos, pois a pressuposição de valores últimos – como o de uma justiça absoluta – aparta a autorreferência desses mesmos valores da dos subsistemas funcionais. Isso significa que a pressuposição de uma ordem superior de valores cria

⁴⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 377 (trad. it., p. 319); CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 208.

⁴⁶ Segundo Jean Clam, “la crise des conceptions ‘perfectionnistes’ [...] arrive, pour Luhmann, avec la transition vers la modernité [...]”. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 215 e 221. A respeito, Neves ressalta que “torna-se irrelevante para Luhmann uma teoria da justiça como critério exterior ou superior ao direito positivo.” NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de direito a partir e para além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 84.

⁴⁷ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 218-219 (trad. ingl. 214; trad. esp., p. 279-280); ———. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, p. 387 e ss.

⁴⁸ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*, p. 84.

⁴⁹ Cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann, p. 129-150; GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*, p. 120-126.

um bloqueio à contingência justamente porque os valores absolutos (justiça, verdade, etc.), ao refletirem a si mesmos, fornecem um fundamento último que não se submete à contingência, colocando-se, em razão disso, para além das funções desempenhadas pelos subsistemas sociais.⁵⁰

Contrariamente a isso, a justiça enquanto fórmula de contingência não visa medir o grau de perfectibilidade do subsistema jurídico, mas permitir a generalização congruente das expectativas normativas. Decorre daí sua ligação indissociável à consecução da função desse subsistema, que se realiza sob a forma de um símbolo, não absoluto, mas intrassistêmico, de determinação da congruência generalizada das expectativas normativas.⁵¹ É, nesse sentido, que Luhmann define a justiça mediante distinções, afirmando que ela é autorreferencial não como operação, mas como observação que se remete não para o nível do código do subsistema jurídico, mas para o dos programas condicionais, e o fazendo não sob a forma de uma teoria, mas sim de uma norma que, enquanto tal, é passível de frustração, o que acarreta, como consequência, a possibilidade de que existam ordenamentos jurídicos injustos (ou dotados de maior ou menor grau de justiça), sem que, com isso, seja possível afirmar que a autopoiese operativa desse subsistema ou seu código possam ser justos.⁵²

Ao definir a justiça em termos de fórmula de contingência, Luhmann passa a lhe atribuir a tarefa de garantir o controle da complexidade do subsistema jurídico que, como se sabe, é submetido a enormes pressões por parte de seu ambiente⁵³, o

⁵⁰ Segundo Jean Clam, “la perfection fait fonction de mécanisme de blocage de la contingence en fondant des ordres autosubstituifs, dont la réflexivité n'est cependant pas fonctionnelle. [...] La caractéristique des ordres axiologiques traditionnels est qu'ils ont à leur fondement des valeurs dernières qui se réfléchissent en elles-mêmes en s'appliquant chacune sa propre valeur. Ainsi la justice est juste et la vérité vraie, etc. En faisant référence à elles-mêmes, elles permettent à l'ordre propre d'arrêter tout renvoi à un ordre aliène et lui fournissent un fondement dernier non soumis à la contingence. [...] Son autoréférence se distingue cependant de l'autoréférence systémique par le fait qu'elle n'est pas fonctionnelle”. CLAM, Jean *Droit et société chez Niklas Luhmann*: la contingence des normes, p. 212-213. Complementarmente a isso, Marcelo Neves enfatiza que a referência a valores pretensamente universais acarretaria a imobilidade do sistema jurídico, bloqueando sua tarefa seletiva, de modo a gerar efeitos disfuncionais. Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*, p. 85.

⁵¹ Cf. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann*: la contingence des normes, p. 207-208.

⁵² Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 218 (trad. ingl. 214; trad. esp., p. 279). Para uma análise dos programas na teoria de Luhmann, ver: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Programmes. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010, p. 431-434.

⁵³ O termo alemão *Umwelt*, em português, pode ser traduzido como *entorno* ou como *ambiente*. Nas edições de língua inglesa, o termo aparece como *environment* e nas francesas, como *environnement*. Nas traduções de língua espanhola, tal termo costuma ser traduzido como *entorno*. No Brasil, atualmente, a tendência tem sido traduzir o termo *Umwelt* como “ambiente”. Em minhas publicações mais antigas, costumava utilizar o termo “entorno” que, ademais, aparece também, embora circunstancialmente, em publicações de Celso Campilongo e de Marcelo Neves. Atualmente, tenho optado por utilizar o termo “ambiente”.

qual, ao sobrecarregá-lo com demandas que ele não pode cumprir, lhe impõe um grau que complexidade que deve ser devidamente reduzido, sem que isso, entretanto, implique solipsismo dogmático baseado no fechamento cognitivo.⁵⁴ É por este motivo que Luhmann concebe a justiça como “complexidade adequada”⁵⁵, que expressa a dimensão externa da justiça. Entretanto, a justiça também apresenta uma dimensão interna, que se expressa na consistência das decisões. Luhmann sintetiza sua concepção da justiça afirmando que a mesma se expressaria na complexidade adequada na tomada de decisões consistentes.⁵⁶

Ora, as fórmulas de contingência, dentre as quais a justiça, visam justamente fornecer um ponto ótimo que permita lidar com o grau de complexidade que é imposto pelo ambiente, sem que isso importe comprometimento da consistência do sistema.⁵⁷ É nesse sentido que, aludindo ao papel desempenhado pela justiça na teoria dos sistemas, Jean Clam ressalta que esta deve servir como mecanismo capaz de conjugar, de um lado, a salvaguarda contrafactual dos consensos normativos que asseguram a congruência das expectativas sociais e, de outro, a abertura cognitiva do direito em relação ao afluxo de complexidade proveniente de outros subsistemas sociais.⁵⁸ Isso significa que a justiça, enquanto fórmula de contingência, visa compensar os efeitos decorrentes do fechamento operacional do subsistema do direito, que faz com que o este perca um contato direto com seu ambiente. Trata-se de um mecanismo interno ao próprio direito que lhe permite dar respostas consistentes às

⁵⁴ Em Luhmann a justiça só pode ser considerada a partir do interior do subsistema jurídico, seja em termos de complexidade adequada (justiça externa), seja em termos de consistência das decisões (justiça interna), o que remete, respectivamente, para a abertura cognitiva desse subsistema e para sua capacidade de conexão da reprodução normativa autopoietica. Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*, p. 84.

⁵⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 225 (Trad. ingl., p. 219; trad. esp., p. 287).

⁵⁶ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 225 (Trad. ingl., p. 219; trad. esp., p. 287); TEUBNER, Gunther. Self-subversive justice : contingency or transcendence formula of law?, p. 8.

⁵⁷ Referindo-se aos subsistemas sociais, Jean Clam ressalta que “tous ces systèmes se laissent réguler par des ‘formules de contrôle’ ou ‘de consistance’ – souvent complémentaires de ‘formules de contingence’”. Ces grandeurs ne sont pas seulement axiologiquement neutralisantes (puisqu’elles font ‘abstraction’ des valeurs qui entrent en jeu dans leurs fomules, mais elles sont elles-mêmes neutres, comme produits de relationnements seconds et de négociation des valeurs neutralisées”. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 224-225. Cumpre observar que Luhmann compara a justiça outras fórmulas de contingência de outros subsistemas funcionais. Assim, indica a escassez como fórmula de contingência da economia, a legitimidade como fórmula de contingência da política, a limitação, via negação, como fórmula de contingência da ciência e a ideia de um Deus único como fórmula de contingência na religião.

⁵⁸ Cf. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 221. Em sentido análogo, Marcelo Neves ressalta que se trata “por um lado (externamente), de abertura cognitiva adequada ao ambiente, capacidade de aprendizagem e reciclagem em face deste; por outro (internamente), da capacidade de conexão da reprodução normativa autopoietica.” NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*, p. 84.

irritações provenientes de seu ambiente.⁵⁹ É por essa razão que Gunther Teubner afirma que, enquanto fórmula de contingência, a justiça refere-se à relação do direito com seu ambiente, sendo, portanto, “complexidade adequada do sistema jurídico, a melhor consistência interna possível diante das exigências do ambiente extremamente divergentes.”⁶⁰

Assim, a justiça não pode ser vista como um terceiro valor ao lado daqueles que compõem o esquema binário do código do subsistema jurídico, uma vez que isso afetaria sua biestabilidade.⁶¹ Enquanto observação, de caráter normativo, dirigida aos programas condicionais, a justiça se coloca mais propriamente no plano daquilo que Luhmann denomina observação de segunda ordem, funcionando como uma autodescrição, ou representação, da unidade do direito, o que faz com que, enquanto tal, ela seja “canonizada” de modo a tornar-se irrefutável dentro desse subsistema.⁶² Como uma espécie de norma dirigida a todos os programas condicionais que compõem o direito, a justiça, que em si não é um programa condicional, consiste apenas num esquema para a obtenção de razões ou valores que, por sua vez, só se tornam válidos por meio de sua conversão em programas condicionais.⁶³

⁵⁹ Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 223 (trad. ingl. 218; trad. esp., p. 285).

⁶⁰ TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Tradução de Rodrigo Octávio Broglia Mendes et al. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 71.

⁶¹ Cf. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 215 (trad. ingl., p. 212; trad. esp., p. 277). Tal como ocorre com outros termos utilizados por Luhmann, *Recht* e *Unrecht* (que veiculam os dois valores constantes no código do direito) são de difícil tradução. Javier Torres Nafarrate, tradutor para o espanhol do livro *O direito da sociedade* [*Das recht der gesellschaft*] optou por traduzi-los como direito (*Recht*) e não-direito (*Unrecht*). Os tradutores franceses, em geral, traduzem *Recht/Unrecht* por *légal/illégal*. Também as traduções inglesas – como é o caso de *Law as a social system* – comumente traduzem o binômio *Recht/Unrecht* por *legal/illegal*. Ademais, conforme ressalta Pierre Guibentif, a problemática terminológica que envolve os termos *Recht* e *Unrecht* não é exclusiva das demais línguas. No próprio alemão haveria ambigüidades semânticas relacionadas a tais termos que carregariam uma carga moral. Segundo esse autor, “l’opposition *Recht/Unrecht* connote ainsi, bien plus que l’idée technique d’une opposition entre ce qui est conforme et ce qui est contraire au droit (ce qui d’ailleurs serait désigné en allemand de manière univoque par l’adverbe *widerrechtlich*, courant dans le langage juridique), l’opposition entre le tort et la raison. Niklas Luhmann reconnaît d’ailleurs lui-même, à un moment donné, le caractère ‘moralement chargé de la terminologie’. Mais il ne renonce pas pour autant aux termes *Recht/Unrecht*, considérant pouvoir imposer un sens tout à fait indépendant de toute référence morale”. Cf. GUIBENTIF, Pierre. Introduction. In: ARNAUD, André-Jean; GUIBENTIF, Pierre. *Niklas Luhmann: observateur du droit*. Paris: LGDJ, 1993, p. 44-45. Para uma análise da carga moral dessa terminologia, ver LUHMANN, Niklas. The coding of the legal system, p. 149. No Brasil, Marcelo Neves e Celso Campilongo traduzem *Recht* por lícito e *Unrecht* por ilícito. Em meu livro, intitulado *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, seguindo a opção sugerida por Javier Torres Nafarrate, utilizei os termos direito/não-direito como tradução do binômio *Recht/Unrecht*. Posteriormente, sobretudo em livros como *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro* e também *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann, optei pela tradução lícito/ilícito.

⁶² Cf. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 219 (trad. ingl. 214-215; trad. esp., p. 280).

⁶³ Cf. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 223; 232-233 (trad. ingl. 218 e 224-225; trad. esp., p. 285 e 294).

No que concerne à questão da consistência, Luhmann ressalta que, em sua forma mais geral, a justiça, enquanto fórmula de contingência, foi tradicionalmente, e ainda hoje continua a sê-lo, identificada com a igualdade que, por sua vez, expressa um elemento formal que consigna todos os conceitos de justiça, não obstante signifique apenas regularidade e consistência. Assim sendo, a igualdade, tal como ocorre com todas as fórmulas de contingência, é vista como um princípio que se autolegitima.⁶⁴ Considerada nesses termos, a justiça deixa de ser concebida como uma afirmação relativa à essência ou natureza do direito, um princípio fundador da validade jurídica ou um valor que fizesse o direito parecer algo digno de preferência.⁶⁵ A justiça, enquanto fórmula de contingência, é tradicionalmente associada à igualdade, consistindo no tratamento igualitário e sólido dos casos jurídicos, o que, em última instância, expressa a própria estrutura do programa condicional ao qual se volta: “dado o fato “x”, “y” é legal”. Ou seja, tal como já ressaltava Luhmann em seu livro *Rechtssoziologie*, a justiça tornar-se-ia a implementação uniforme do direito, por causa de sua vigência.⁶⁶ Isso significa que, na sociedade moderna, o que se pode reputar um direito justo consiste na aplicação universal de critérios para a decisão sem que haja a consideração das pessoas implicadas.⁶⁷

Ora, isso quer dizer que a igualdade passa a funcionar, no âmbito do subsistema do direito, como um postulado regulador da congruência jurídica. Tal como enfatiza Jean Clam, os efeitos da generalização pela igualdade revelam uma racionalidade sistêmica que, por meio da validação universal fornecida pelo princípio da igualdade, provoca uma restrição das possibilidades decisórias do direito (*rétrécissement des voies de la décision juridique*), que corresponde a uma redução de complexidade.⁶⁸ Nesse sentido, o princípio da igualdade, com o qual tradicionalmente se associa a justiça, passa a ser um princípio de racionalização do direito, justamente porque, ao exigir a inclusão de todas as pessoas concernidas, permite que se generalize a validade desse subsistema, instalando limitações estruturais que inserem as

⁶⁴ Cf. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 222 (trad. ingl. 217; trad. esp., p. 283-284); _____. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, p. 410 (trad. it, p. 354).

⁶⁵ Cf. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 223 (trad. ingl. 218; trad. esp., p. 284-285).

⁶⁶ Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 284. (trad. port. v. 2, p. 87).

⁶⁷ A esse respeito, Luhmann enfatiza que não se trata mais da igualdade em termos de desempenho no bem e no mal (baseada na reciprocidade ou na retaliação), mas da igualdade na aplicação de premissas específicas da decisão, apesar da mudança de outras circunstâncias no contexto dos papéis (agora já ‘irrelevantes’). Com isso, abdicar-se-ia da equidade concreta da compensação implícita na interação individual. Igualdade perante a lei passa a significar: especificação e aplicação universal de critérios para a decisão “sem consideração da pessoa”. Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, p. 284. (trad. port. v. 2, p. 86-87).

⁶⁸ Cf. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 209.

decisões jurídicas em esquemas binários exclusivos, os quais, por sua vez, favorecem a emergência e imposição da comunicação jurídica fundada na dicotomia direito (igual)/não direito (desigual).⁶⁹ É por essa razão que Luhmann pode afirmar que a igualdade contribui para a obtenção de consistência interna, por parte do direito.⁷⁰

Contudo, apenas a consistência interna das decisões jurídicas não é suficiente para que as mesmas sejam consideradas justas. É também necessário que elas tenham adequação social, ou seja, complexidade adequada.⁷¹ Gunther Teubner sublinha que a justiça como fórmula de contingência ultrapassa explicitamente a consistência interna. Ela não é concebida como imanente ao direito, mas como transcendente a ele. Assim, para que haja justiça é necessário que a consistência interna se articule à capacidade de resposta adequada às demandas plurais advindas do ambiente. Tal é a dupla exigência a ser adimplida para que se possa falar de justiça como fórmula de contingência. É por tal motivo, aliás, que Teubner sublinha o caráter subversivo da própria justiça. Segundo ele, a justiça figuraria como uma força interna ao direito que o subverte. A justiça apareceria como um processo idiossincrático por meio do qual a auto-observação do direito interrompe, bloqueia e sabota a recursividade rotinizada das operações legais, permitindo ao direito transcender a si próprio.⁷² É por essa razão que a justiça emerge como um paradoxo que, como observa Marcelo Neves, nunca é superado. Ou seja, trata-se de um paradoxo que pode ser processado e solucionado em casos concretos, mas nunca superado plenamente, pois sua superação

⁶⁹ Evidentemente que se está aqui bem distante de uma concepção normativa da justiça como equidade, tal como a que é proposta, por exemplo, por John Rawls. Cf. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Piseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 3-56. Essa oposição é muito bem analisada, ainda que em termos mais abrangentes e não centrados na problemática do conceito de justiça, por Habermas nas duas primeiras seções do capítulo II do livro *Direito de democracia*. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1, p. 65-94. Vale notar ainda que a posição de Luhmann também não se confunde com o princípio do *right to equal concern and respect* proposto por Ronald Dworkin que, baseando-se em grande medida na teoria da justiça de Rawls, também ostenta uma clara dimensão normativa. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 279-282; 419-427. A respeito, Teubner ressalta que Rawls e Habermas conceberiam a justiça sem um fundamento histórico e social. Suas ideias estariam, portanto, presas à antiga tradição semântica europeia que definia os componentes básicos da justiça como a reciprocidade universal, o consenso e a racionalidade. Cf. TEUBNER, Gunther. Self-subversive justice : contingency or transcendence formula of law?, p. 3.

⁷⁰ Cf. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 211.

⁷¹ Isso implica o sistema jurídico reconstrua em si a complexidade do ambiente. Para tanto o sistema precisa reduzir complexidade e o faz a partir de um alto grau de indiferença. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 225 (Trad. ingl., p. 219; trad. esp., p. 287).

⁷² Cf. TEUBNER, Gunther. Self-subversive justice : contingency or transcendence formula of law?, p. 8-13. Infelizmente, não há como analisar no contexto deste artigo a proposta de Teubner que, conjugando a perspectiva de Luhmann com as de Derrida e Levinas, analisa a justiça em termos de uma fórmula de transcendência.

implicaria o fim do direito como um sistema social autônomo.⁷³ A justiça, portanto, se afigura como “uma experiência do impossível”⁷⁴ o que a torna sempre fugidia em relação à uma busca que se expressa sempre como um tatear.⁷⁵

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCOVER, Pilar Giménez. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: Bosch, 1993.

ARNAUD, André-Jean. *Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit?* Paris: LGDJ, 1981.

_____. *Jean Carbonnier. Un juriste dans la cité*. Paris: LGDJ, 2012.

_____.; FARIÑAS DULCE, María José. *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*. Bruxelles: Bruylant, 1998.

ARON, Raymond; FOUCAULT, Michel. *Dialogue*. Paris: Nouvelles Éditions Lignes, 2007.

BERTHELOT, Jean-Michel. *La construction de la sociologie*. 6e édition. Paris: PUF, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARBONNIER, Jean. *Sociologie Juridique*. 2e édition. Paris: PUF, 2008.

⁷³ Neves ressalta que “a relação entre justiça interna e externa é paradoxal. Não se pode imaginar um equilíbrio perfeito entre consistência jurídica e adequação social do direito [...]”. Nesses termos, a justiça constitui um paradoxo [...] é sempre algo que falta, implicando a busca permanente do equilíbrio entre consistência jurídica e adequação social das decisões jurídicas. Esse paradoxo pode ser processado e solucionado nos casos concretos, mas ele nunca é superado plenamente, pois é condição da própria existência do direito diferenciado funcionalmente.” NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 225-226.

⁷⁴ Derrida afirma que “a justiça é uma experiência do impossível. Uma vontade, um desejo, uma exigência de justiça cuja estrutura, não fosse uma experiência da aporia, não teria nenhuma chance de ser o que ela é, a saber, apenas um *apelo* à justiça.” DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 30. Vale lembra que a mobilização do pensamento de Derrida é feita tanto por Teubner como por Neves.

⁷⁵ Alain Supiot ressalta justamente essa “recherche toujours tâtonnante de la justice”. Cf. SUPIOT, Alain. *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*. Paris: Seuil, 2005, p. 233.

CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1995.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994.

_____. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIBENTIF, Pierre. *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*. Paris: LGDJ, 2010.

_____. Introduction. In: ARNAUD, André-Jean; GUIBENTIF, Pierre. *Niklas Luhmann: observateur du droit*. Paris: LGDJ, 1993, p. 11-49.

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

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed., Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979. (Coleção Stvdivm – Temas Filosóficos, Jurídicos e Sociais.)

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed., Coimbra: Armênio Amado Editor, 1984. (Coleção Stvdivm – Temas Filosóficos, Jurídicos e Sociais.)

LAVAL, Christian. *L'ambition sociologique*. Paris: Gallimard, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999. [trad. It.: *La differenziazione del diritto*: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto. Il Mulino, 1990.]

_____. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. [trad. esp.: *El derecho de la sociedad*. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005; trad. ingl.: *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004].

_____. La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit. In: *Droit et Société*, n° 47, p. 15-73, 2001.

_____. Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*, n° 5, v. 13, p.1.419-1.441, March, 1992.

_____. Quod omnes tangit: remarks on Jürgen Habermas legal theory. Trad. Mike Robert Horenstein. In: ROSENFELD, M.; ARATO, A. (Ed.). *Habermas on law and democracy*: critical exchanges. Berkeley: University of California Press, 1998. p. 157-172.

_____. *Rechtssoziologie*. 4. Auflage. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008. [trad. port.: *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983 e 1985. vs. I e II].

_____. The autopoiesis of social systems. In: LUHMANN, n° *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990. p. 1-21.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

_____. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil: o Estado Democrático de direito a partir e para além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Entre Hidra e Hércules*: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

ROULAND, Norbert. *Anthropologie Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.

_____. *L'Anthropologie Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*. Paris: Seuil, 2005.

TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Tradução de Rodrigo Octávio Broglia Mendes et al. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

_____. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

_____. Self-subversive justice : contingency or transcendence formula of law? In: *The Modern Law Review*. 72(1), 2009, p. 1-23.

TREVES, Renato. Un inedit de Kelsen concernant ses sources kantianes. In: *Droit et Société*, n° 7, p. 327-332, 1997.

TROPER, Michel. *La philosophie du droit*. 2e. édition. Paris: PUF, 2008.

VANDERLINDEN, Jacques. *Anthropologie Juridique*. Paris: Dalloz, 1996.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha da; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Orgs.). *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27-61.

_____. A sociologia do direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 105, p. 561-593, jan./dez. 2010.

_____. Ancient Law: um clássico revisitado 150 anos depois. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 105, p. 533-566, jan./dez. 2011/2012.

_____. Communication. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010, p. 69-72.

_____. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: PISSARRA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento. *Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 129-150.

_____. Différentiation fonctionnelle. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010, p. 144-148.

_____. *O Direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

_____. Programmes. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010, p. 431-434.

_____. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.