

## JUSTIÇA AUTOSUBVERSIVA: FÓRMULA DE CONTINGÊNCIA OU DE TRANSCENDÊNCIA DO DIREITO?\*

Gunther Teubner\*\*

### *I – “Direito e Sociedade” sem justiça*

A Sociologia do Direito não conhece a justiça. É certo que há muitas pesquisas empíricas sobre justiça local, sobre o que as pessoas consideram ser justo e correto em diferentes situações de conflito. Igualmente numerosas são as teorias sociológicas sobre normas jurídicas, sanções, as profissões jurídicas e os tribunais. Todavia, não há qualquer teoria jurídico-sociológica da justiça<sup>1</sup>. Estudos críticos do Direito e da cultura cuidam de revelar a injustiça do Direito em relação a questões de gênero, descendência étnica, distribuição de bens e condições culturais de vida, mas se esquivam constantemente da pergunta sobre o que a justiça do Direito poderia, positivamente, significar. A normatividade da justiça aparece, quando muito, como um projeto político, e não como um projeto do Direito. É, a própria justiça – a expectativa fundamental dos homens em face ao Direito – o ponto cego da distinção Direito/Sociedade?

Foram necessários, inicialmente, os observadores externos Jacques Derrida e Niklas Luhmann, para que fosse lançada luz sobre este ponto cego e para que se levantasse a questão: seria a teoria sociológica do Direito, em comparação à filosofia moral, política e jurídica, capaz de oferecer uma contribuição específica para um conceito atualmente plausível de justiça? A autopoiese e a desconstrução – em meu ponto de vista, as mais impactantes irritações teóricas do “Direito e Sociedade” das últimas décadas – têm, de fato, potencial para

---

\* O texto, publicado originalmente em *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1/2008, decorre de discussões de um seminário apresentado em 2006 juntamente com Rudolf Wiethölter, intitulado “Dem anderen gerecht werden: Alterität versus Universalität in neueren Theorien der Gerechtigkeit”. Agradeço especialmente a Sonja Buckel, Eva Buddeberg, Andreas Fischer-Lescano, Rainer Forst, Malte Gruber, Vaios Karavas, Fatima Kastner, Soo-Hyun Oh, Anton Schütz e Thomas Vesting pelos comentários críticos. Direitos de tradução gentilmente cedidos pelo autor para a Revista Eletrônica do Curso de Direito da PUC Minas Serro.

\*\* Professor de Direito Privado e Sociologia Jurídica na Goethe Universität Frankfurt am Main, em Frankfurt – Alemanha; Professor na International University College em Turim, na Itália. Autor de várias obras e artigos científicos nas áreas de Direito Privado e Teoria dos Sistemas.

<sup>1</sup> Roger Cotterell (2006) *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford: Clarendon, 2, 60, que, com uma teoria social normativa do Direito, é quem mais se aproxima do tema, adota uma formulação cautelosa em: “A teoria social não tem uma ligação direta com a promoção da justiça”.

impulsionar uma tal contribuição em duas diferentes direções: reconstrução de uma genealogia da justiça e observação de paradoxos decisórios do Direito moderno<sup>2</sup>. Luhmann cultiva esses dois “estilos”, sobre os quais se refere Derrida: “Um deles assume o aspecto demonstrativo e aparentemente não-histórico dos paradoxos lógico-formais. O outro, mais histórico ou mais anamnético, parece proceder por leituras de textos, interpretações minuciosas e genealógicas”<sup>3</sup>.

Em uma abordagem genealógica, a justiça aparece não mais primordialmente como um construto do discurso filosófico; ao invés, ela deve ser reconstruída a partir de práticas sociais concretas e auto-imagens constantemente modificadas do Direito. Aqui, abrem-se perspectivas para análises sócio-históricas detalhadas, com o objetivo de revelar as variações históricas da justiça e suas respectivas afinidades com a modificação de distinções fundamentais nas estruturas sociais<sup>4</sup>. Uma tal historicização da justiça renuncia, com efeito, a aspirações jusfilosóficas a uma justiça universal temporal e espacialmente válida; no entanto, ao mesmo tempo, dela não se segue um relativismo do tipo “vale tudo” [*Anything-goes-Relativismus*]. Ao contrário, ela busca revelar as conexões ocultas entre a semântica da justiça e a estrutura social. E esta é a força especial da Sociologia do Direito, analisar co-variações da justiça e das estruturas sociais por meio de pesquisas empíricas guiadas pela teoria<sup>5</sup>. Em última instância, isso pode resultar na tentativa de reformulação de um conceito plausível de justiça sob condições atuais. Se se pode demonstrar, a partir de uma perspectiva sócio-teórica, que as estruturas sociais de sociedades segmentadas e estratificadas estão conectadas às semânticas da justiça distributiva e da justiça comutativa, na medida em que aquelas tenham orientado estas para a igualdade dos segmentos e da ordem de precedência das hierarquias sociais, como poderia ser, então, determinada a relação entre as estruturas

<sup>2</sup> Seus mais importantes textos sobre o tema: Jacques Derrida (1999) *Préjugés: Vor dem Gesetz*, Wien: Passagen; Jacques Derrida (1991) *Gesetzeskraft: Der 'mystische Grund der Autorität'*, Frankfurt: Suhrkamp; Jacques Derrida (1995) *Marx' Gespenster: Der verschuldete Staat, die Trauerarbeit und die neue Internationale*, Frankfurt: Fischer; Niklas Luhmann (1974) *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart: Kohlhammer; Niklas Luhmann (1981) "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft", in: Niklas Luhmann (Org.) *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtslehre*, Frankfurt: Suhrkamp, 374-418; Niklas Luhmann (1993) *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 214ss.

<sup>3</sup> Derrida (1991) (nota 2, acima), 44. NT: tradução oficial para o Português: Derrida, Jacques; Perrone-Moisés, Leyla (trad.) *Força de Lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>4</sup> Para diferentes nuances de um tal Direito “adequado ao tempo”, ver Reinhart Koselleck (2006), "Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung", in: Reinhart Koselleck (Org.) *Begriffsgeschichten: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Frankfurt: Suhrkamp, 365-401, 365ss.; Derrida (1991) (nota 2), 19; Niklas Luhmann (1981) "Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft", in: Niklas Luhmann (Org.) *Gesellschaftsstruktur und Semantik Bd. 2*, Frankfurt: Suhrkamp, 45-104, 48ss.

<sup>5</sup> Nesse sentido, argumenta a obra conjunta de Michael Corsten, Hartmut Rosa e Ralph Schrader (2005), *Die Gerechtigkeit der Gesellschaft*, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften.

sociais atuais e as semânticas da justiça?<sup>6</sup> Ao lado de diretivas para a teoria e a empiria, apresentam-se impulsos normativos para uma compreensão modificada da justiça no Direito contemporâneo. A *re-entry*<sup>NT</sup> de tais análises sociológicas no Direito abriu um “espaço imaginário” para a normatividade da justiça, para além do Direito Natural e do Positivismo<sup>7</sup>. Neste ponto, o hiato altamente problemático entre as estruturas do Direito e as decisões, que traz à tona os paradoxos do Direito, possivelmente conduzirá a uma compreensão mais profunda da justiça – no sentido de práticas subversivas da auto-transcendência do Direito, que encontram pouca atenção na Teoria do Direito e na Dogmática dominantes<sup>8</sup>.

## ***II – Ao invés de reciprocidade: a assimetria da justiça jurídica***

A teoria social do Direito critica as teorias filosóficas da justiça mais proeminentes na atualidade como não sendo nem históricas nem sociológicas o suficiente. Apesar de John Rawls e Jürgen Habermas levantarem a pretensão de nova formulação do conceito kantiano de justiça sob as condições do presente – Rawls integra elementos da moderna teoria econômica, Habermas introduz a intersubjetividade e a evolução das estruturas normativas –, suas concepções sobre a justiça ainda refletem a antiga relação-estrutura-semântica européia: universalização da reciprocidade, busca do consenso, racionalidade<sup>9</sup>. Cada um desses aspectos da justiça deve, no entanto, consoante as palavras de Derrida e Luhmann, ser substituído por novas conceituações: assimetria, orientação pelo ambiente e o Outro não-racional da justiça.

<sup>6</sup> Nesse sentido, Luhmann (1993) (nota 2), 224, 226ss., 233ss..

<sup>NT</sup> O autor, em algumas passagens, se vale de termos em inglês, latim, francês, e os intercala ao texto sem tradução prévia para o alemão. Nesta tradução para o Português, optamos por manter tais termos, que o próprio autor optou por não traduzir, nas línguas em que foram originalmente inseridos ao texto. É o caso de *re-entry* (reentrada), por exemplo.

<sup>7</sup> Sobre os conceitos de *re-entry* e de “espaço imaginário”, George Spencer Brown (1997), *Gesetze der Form*, Lübeck: Bohmeier.

<sup>8</sup> Para uma discussão mais detalhada sobre os paradoxos do Direito, Gunther Teubner (2003) "Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter", in: Christian Joerges und Gunther Teubner (Org.) *Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigungen zwischen Sozialtheorie und Privatrechtsdogmatik*, Baden-Baden: Nomos, 25-45, 28 ss.

<sup>9</sup> John Rawls (1975) *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt: Suhrkamp; Jürgen Habermas (1992) *Faktizität und Geltung*, Frankfurt: Suhrkamp. Uma comparação esclarecedora de seus conceitos de justiça em Rainer Forst (1999) "Die Rechtfertigung der Gerechtigkeit. Rawls' Politischer Liberalismus und Habermas' Diskurstheorie in der Diskussion", in: Hauke Brunkhorst und Peter Niesen (Org.) *Das Recht der Republik. Festschrift für Ingeborg Maus*, Frankfurt: Suhrkamp, 105-168.

Rawls e Habermas trabalham com o princípio moral da reciprocidade entre atores individuais e sua universalização em normas gerais e abstratas, as quais devem construir a base para uma sociedade justa. O véu de ignorância abstrai, das circunstâncias concretas de seus contextos originários, as projeções normativas de atores individuais racionais, e os leva a acordarem sobre instituições políticas corretas. Na situação ideal do discurso de Habermas, a expectativa de poder garantir a expressão não distorcida de interesses individuais, bem como a sua universalização discursiva em normas morais justas, se dirige a procedimentos formais. Entretanto, a policontextualidade, uma das mais desconcertantes experiências do nosso tempo, lança dúvidas fundamentais sobre se essas variantes do conceito kantiano de justiça ainda são cabíveis nos dias de hoje<sup>10</sup>. Diante da policontextualidade, ou seja, diante da emergência de estruturas sociais intermediárias, altamente fragmentadas, e da dissociação de sistemas de interação, de organizações formais e do sistema social, não se pode mais compreender a sociedade a partir da interação. E tampouco pode a justiça ser ainda sustentada, de forma razoável, pela universalização do princípio da reciprocidade entre atores individuais.<sup>11</sup>

Numerosas teorias da sociedade tematizaram, a partir de diferentes pontos de vista, a problemática relação entre policontextualidade e justiça. A análise da fragmentação social não começa com os teóricos contemporâneos da pluralidade do discurso, mas remonta ao conceito de solidariedade orgânica de Emile Durkheim, ao novo politeísmo da racionalidade formal de Max Weber, à pluralidade dos jogos de linguagem de Wittgenstein e à crítica sociológica da moral kantiana de Theodor Adorno<sup>12</sup>. Max Weber, em particular, analisou a modernidade como racionalização independente de diferentes esferas de valores e ordenamentos de vida, que desencadeou conflitos insolúveis entre poderes de crença despersonalizados. Em uma situação desse tipo, a justiça não pode mais ser fundamentada por

<sup>10</sup> A formulação abstrata da policontextualidade encontra-se em Gotthard Günther (1976) "Cybernetic Ontology and Transjunctive Operations", in: Gotthard Günther (Org.) *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik I*, Hamburg: Meiner, 249-283; Gotthard Günther (1976) "Life as Poly-Contextuality", in: Gotthard Günther (Org.) *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik I*, Hamburg: Meiner, 283-306.

<sup>11</sup> Para uma crítica à projeção da reciprocidade interacional na sociedade, Niklas Luhmann (1997) *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp, 823ss. Uma consequente nova formulação da reciprocidade jurídica sob as condições da policontextualidade em Rudolf Wiethölter (1994) "Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?" in: Gunther Teubner (Org.) *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Baden-Baden: Nomos, 89-120, 119.

<sup>12</sup> Emile Durkheim (1977) *Über die Teilung der sozialen Arbeit*, Frankfurt: Suhrkamp, 152ss.; Max Weber (1968) *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen: Mohr & Siebeck, 603ss.; Ludwig Wittgenstein (1989) "Philosophische Untersuchungen", in: Ludwig Wittgenstein (Org.) *Werkausgabe Bd.1*, Frankfurt: Suhrkamp, 234-580, 225ss., 572; Theodor W. Adorno (1973) *Negative Dialektik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 294; Theodor W. Adorno (1996) *Nachgelassene Schriften Bd. 10: Probleme der Moralphilosophie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 147, 175.

referência a uma base racional una, à reciprocidade e à universalização. Na pluralidade dos jogos de linguagem de Wittgenstein, as estruturas idiossincráticas das regras de cada jogo de linguagem não se deixam justificar nem por princípios racionais, nem por valores abstratos, mas tão somente derivam da *praxis* das formas de vida reais. De acordo com Adorno, entre uma justiça universal, no sentido kantiano, e a sociedade moderna, reina uma contradição estrutural; sua incomensurabilidade, com a diferenciação vertical e horizontal da sociedade, transforma o impulso moral da justiça em seu oposto.

Hoje, nos vemos confrontados com a diferenciação de François Lyotard entre *litige* e *différend* de discursos hermeticamente fechados, com as rupturas entre *epistêmes* incompatíveis de Michel Foucault, com a pluralidade de sistemas fechados auto-referenciais de Niklas Luhmann<sup>13</sup>. Outras teorias circulam nestas proximidades: as esferas da justiça de Michael Walzer ou os modos de fazer mundos de Nelson Goodman<sup>14</sup>. Acima de tudo, teorias pluralistas do Direito e versões pluralistas de teorias neo-materialistas apontam para a relação entre a fragmentação da sociedade e as insuperáveis diferenças entre diferentes ordenamentos jurídicos no que tange aos seus princípios da justiça<sup>15</sup>. Sua incompatibilidade resulta das colisões de práticas sociais reais, as quais sempre desenvolvem uma racionalidade e normatividade próprias e, com isso, dispõem de um enorme potencial danoso mútuo. Em máxima abstração, Gotthard Günther radicaliza a policentricidade na forma de uma policontextualidade muito mais ameaçadora, isto é, em uma pluralidade de perspectivas reciprocamente excludentes, que são constituídas de diferenciações binárias. Estas são incompatíveis umas com as outras e podem ser superadas apenas por meio de valores de rejeição que, por sua vez, não levam a nada além de novas diferenciações binárias<sup>16</sup>. As abordagens descritas coincidem – apesar de grandes diferenças em outros aspectos – em um ponto: a colisão dos mundos de sentido idiossincráticos de hoje em dia exclui a possibilidade

---

<sup>13</sup> Jean-François Lyotard (1987) *Der Widerstreit*, 2. Aufl. 1989. München: Fink, 17ss.; Michel Foucault (2002) *Die Ordnung der Dinge*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Kap. 2, 3, 7; para as disciplinas científicas: Michel Foucault (1976) *Überwachen und Strafen: Die Geburt des Gefängnisses*, Frankfurt: Suhrkamp; para o Direito: Luhmann (nota 11), 595ss.

<sup>14</sup> Michael Walzer (1992) *Sphären der Gerechtigkeit: Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit*, Frankfurt: Suhrkamp; Nelson Goodman (1990) *Weisen der Welterzeugung*, Frankfurt: Suhrkamp, 134ss.

<sup>15</sup> Por exemplo Karl-Heinz Ladeur (1992) *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz - Selbstorganisation - Prozeduralisierung*, Berlin: Duncker & Humblot; Hanne Petersen und Henrik Zahle (1995) *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot: Dartmouth; Gunther Teubner (1996) "Altera Pars Audiatur. Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche", 65 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft*, 199-220. Ein bemerkenswerter Ansatz der neo- materialistischen Theorie: Sonja Buckel (2007) *Subjektivierung und Kohäsion: Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts*, Weilerswist: Velbrück, 226ss.

<sup>16</sup> Günther (nota 10).

de uma reconciliação através de uma racionalidade societal e, menos ainda, através de uma justiça socialmente abrangente.

As consequências para um conceito de justiça socialmente adequado são drásticas. Se, sob condições atuais, conceitos aristotélicos como também kantianos de uma sociedade justa perderam sua plausibilidade, então os atributos da justiça só podem ser imputados aos fragmentos. Mesmo se se quisesse aplicar Rawls ou Habermas às estruturas sociais contemporâneas e se se universalizasse a reciprocidade entre os atores, dever-se-ia, entretanto, começar com relações recíprocas fragmentadas e chegar-se-ia, ao final, a justças fragmentadas e não a uma justiça abrangente. Se o véu de ignorância ou as condições da situação ideal do discurso fossem aplicados a uma transação econômica de dois atores racionais em um mercado ideal, regida pelo princípio da eficiência, chegar-se-ia, de fato, a uma justiça universalizada, mas que, no entanto, seria de natureza econômica e, portanto, os aspectos morais, jurídicos ou políticos de nossas vidas não seriam preenchidos, isso sem mencionar as questões ecológicas. Não é por coincidência que Rawls delimita seu conceito de justiça ao âmbito político. Ele desenvolve seu modelo dos processos de distribuição com vistas à política institucionalizada, mas não para a estrutura social em sua totalidade. E, assim que ele empreende a tentativa de tratar, para além de instituições políticas, também de um círculo mais amplo de estruturas sociais, então se mostra rapidamente que seu modelo de sociedade da “*social union of social unions*”, como visão sociológica, é insustentável<sup>17</sup>.

Mesmo se se quisesse delimitar a justiça aos fragmentos da sociedade, a relação de reciprocidade entre atores individuais falharia como ponto de partida para a justiça sob as condições da policontextualidade. As injustiças de instituições fragmentadas não ocorrem meramente contra seus membros, o que permitiria uma correção através do princípio da simetria de expectativas de reciprocidade generalizadas que prevalecesse entre eles. A justiça/injustiça de uma instituição fragmentada é muito mais uma relação assimétrica, uma relação de uma racionalidade histórica – uma racionalidade parcial que emerge e se institucionaliza em uma cadeia recursiva de operações – para com sua esfera pública, que abrange toda a sociedade. A justiça deveria, então, ser desenvolvida como uma supernorma para uma racionalidade parcial altamente desenvolvida, no que tange à sua relação assimétrica para com essa esfera pública, mas não como uma relação simétrica de reciprocidade surgida

---

<sup>17</sup> O conceito pré-sociológico de sociedade de Rawls está especialmente claro em (1971) *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 570ss.

da interação de seus membros. Na linguagem da teoria dos sistemas, isso significa: se a justiça se baseia na reflexividade dos sistemas sociais, então a reflexividade das interações, com a reciprocidade que lhe é central, não pode ser apropriada quer como modelo para organizações formais, quer para os grandes sistemas funcionais. Estes necessitam de outras formas de reflexividade, que se apóiem em suas lógicas internas, mas que, ao mesmo tempo, ultrapassem suas lógicas internas. Uma reflexividade que objetive a justiça teria, então, que desenvolver capacidades muito diferentes; não a capacidade de universalizar relações recíprocas, mas aquela de organizações e de sistemas funcionais, de tematizar a limitação de suas perspectivas racionais especializadas e, assim, projetar auto-delimitações em relação a seus cursos expansionistas de ação<sup>18</sup>.

Uma visão sociológica também representará, para os modernos, um *Paradigm Lost*: justiça como o ideal de uma boa sociedade. Entretanto, isso não significa que o Direito, como sugeriu Hans Kelsen, deveria desistir completamente da ideia de justiça<sup>19</sup>. Ao invés, deve-se reformular a velha ideia sob novas condições e distinguir cuidadosamente entre diferentes monocontexturas da justiça, entre a justiça moral, a justiça política, a justiça econômica – e especialmente, a justiça jurídica. A busca por uma sociedade justa é hoje tão importante quanto desde sempre, mas a sociedade moderna não dispõe de qualquer fórum, quaisquer procedimentos ou critérios para a *causa* da justiça societal. A busca por uma sociedade justa não pode proceder de um caminho ideal, ela se ramifica, já desde o início, em diferentes trilhas. Os mais diferentes conceitos de justiça são desenvolvidos em práticas sociais específicas, que são sempre motivadas por sua racionalidade e normatividade próprias. Michael Walzer, em “Esferas da justiça”, demonstrou, quanto aos direitos de propriedade, como diferentes distribuições de bens e contextos sociais necessariamente geram diferentes princípios da justiça<sup>20</sup>. Esta visão deve ser generalizada. A justiça política lida com a acumulação de poder e com o consenso quanto à tomada coletiva de decisões, ela dá forma às instituições fundamentais da Constituição política como uma relação precária entre compromissos de poder, agregações de interesses, considerações políticas, por um lado, e as

<sup>18</sup> Sobre o tema, Gunther Teubner (2006) "Die anonyme Matrix: Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure", 45 *Der Staat*, 161-187, 175ss.

<sup>19</sup> Hans Kelsen (1960) "Das Problem der Gerechtigkeit", in: Hans Kelsen (Hrsg.) *Reine Rechtslehre*, 2. Ed. Wien: Denticke, 335-444.

<sup>20</sup> Walzer (nota 14), 27. Eine ähnliche Kontextualisierung in Bezug auf Gleichheit verfolgt Herlinde Pauer-Studer (2000) *Autonom leben: Reflexionen über Gleichheit und Freiheit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 25. Forst diferencia quatro “contextos” da justiça (ética, direito, democracia, moral), mas considera possível sua integração através de “princípios” da justiça Rainer Forst (1994) *Kontexte der Gerechtigkeit: Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Frankfurt: Suhrkamp, 388ss., 412.

aspirações externas da sociedade, por outro. Rawls e Habermas certamente oferecem contribuições significativas para uma tal justiça política. No entanto, eles têm incrivelmente pouco a dizer sobre uma justiça especificamente jurídica, que se ocupe da solução de conflitos individuais por meio de uma terceira instância neutra regida por normas, que cuide da configuração apropriada dos processos judiciais, da aplicação correta de regras gerais a casos concretos e da consideração da singularidade de casos e pessoas. Assim, não surpreende que a *Justice as Fairness* de Rawls tenha tido grande influência em contextos políticos, mas que tenha encontrado apenas um tímido eco na área da aplicação do Direito. Se a justiça judicial exige que juízes, na aplicação de normas gerais, envolvam-se, ao mesmo tempo e cuidadosamente, com as singularidades do caso, com as demandas específicas das partes, com as especificidades dos conflitos sociais subjacentes e com as pessoas participantes em sua infinitude concreta, então o véu de ignorância de Rawls é, no final das contas, contraprodutivo<sup>21</sup>. A Sociologia do Direito deve, então, desenvolver um conceito de justiça que cuide da racionalidade e da normatividade próprias do Direito – justiça jurídica. Naturalmente, isso não significa que o Direito detém um monopólio da justiça. Ao contrário, em diferentes contextos de sociedades coexistem diferentes conceitos de justiça, que não obedecem a um princípio único.

A igualdade, da forma como ela é utilizada por Habermas e Rawls, como a base conceitual da justiça, tem sempre significados fundamentalmente diferentes uns dos outros no Direito e na Política. A igualdade política deriva de uma generalização, que um tratamento agregador igualitário dos cidadãos exige; a igualdade jurídica se segue, em contraste, de um processo de individualização, que demanda um tratamento-igual-ou-desigual [*Gleich-oder-Ungleich-Be-handlung*] dos novos estados de coisas em relação a casos mais antigos. Em que, exatamente, o padrão ordenatório descentralizadamente produzido da igualdade jurídica se diferencia da generalização ética e da agregação política?

Em uma primeira abordagem, pode-se compreender a aplicação recursiva de operações jurídicas aos resultados de operações jurídicas em uma variedade de processos judiciais como aquele processo que produz, descentralizadamente, a rede artificial de normas jurídicas, conceitos dogmáticos e princípios – e que, a partir dessa perspectiva “local”, formam os conceitos jurídicos da justiça. As permanentes práticas de diferenciação do tratamento-igual-

---

<sup>21</sup> Análises sensíveis do conflito entre igualdade política e justiça individual em Christoph Menke (2004) *Spiegelungen der Gleichheit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, especialmente 203ss.



ou-desigual de casos individuais são um mecanismo que diferencia claramente a igualdade jurídica da igualdade política que visa a decisões coletivas vinculantes. Tratar o igual igualmente e o desigual desigualmente dispara uma série iterativa de diferenciações. Esse mecanismo gerador ou, como Foerster o chamaria, essa “máquina histórica”, aumenta incessantemente a complexidade dos construtos jurídicos<sup>22</sup>. Menos interessantes são, aqui, a vinculação a precedentes, a “*stare decisis*”, e o tratamento igual de casos iguais. Pelo contrário, são os desvios do convencional, aquilo que se diferencia e que prevalece, bem como o tratamento desigual de casos desiguais, que compelem à busca por novas construções do Direito e por uma justiça especificamente jurídica.

Com certeza, concebe-se o problema apenas pela metade, se se coloca a justiça jurídica somente em relação ao processo judicial, ou seja, à aplicação auto-referencial de decisões pretéritas e de regras pretéritas a novas situações fáticas. A outra metade diz respeito às permanentes irritações do Direito, que emanam de processos sociais externos e que direcionam a semântica jurídica da justiça para outros trilhos. Neste ponto, torna-se visível a incongruência típica das normas jurídicas e da dogmática com o conflito do caso individual, que se origina de sua covariação com a modificação de estruturas sociais precedentes<sup>23</sup>. A rede de operações jurídicas que reage às irritações externas se constrói em outros contextos como irritações de conflitos individuais que chegam aos tribunais. Essas irritações externas disparam uma dinâmica independente, que, em uma inevitável incongruência, conduz o Direito a conflitos individuais, aos critérios jurídicos para seu solucionamento e a princípios da justiça. Maquinários da produção de normas sociais penetram da periferia ao centro do Direito, na medida em que eles transformam normas sociais em normas jurídicas. Os mecanismos extra-jurídicos mais produtivos de geração de normas são institucionalizados em organizações formais, em redes informais e em processos de standardização e normalização, que hoje concorrem com o maquinário do legislativo e com o mecanismo contratual de troca<sup>24</sup>. A busca por uma justiça jurídica não pode rejeitar, sem mais, essas normas externamente produzidas sob o argumento de que elas seriam inapropriadas face às especificidades dos conflitos individuais. Pelo contrário, através de sua reconstrução jurídica é que ela extrai os critérios pelos quais se pode esperar que os conflitos individuais sejam solucionados, enquanto, simultaneamente, as revisa à luz da *ordre public* jurídica. A partir daí

---

<sup>22</sup> Heinz von Foerster (1993) *Wissen und Gewissen*, Frankfurt: Suhrkamp, 350ss., 356ss.

<sup>23</sup> Sobre irritações externas do Direito Gunther Teubner (1989) *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt: Suhrkamp, 61ss., 81ss.; Luhmann (1993) (nota 2), 550ss.

<sup>24</sup> Teubner (nota 15), 200ss.

desenvolvem-se, passo a passo, novos aspectos substanciais da justiça.

Dessa forma, transformam-se permanentemente os princípios da justiça jurídica no campo de suas confrontações recursivas com as duas dinâmicas mencionadas, a decisão de conflitos individuais e a recepção das normas sociais. Isso coloca a semântica da justiça jurídica em um outro patamar que não o da justiça política, moral ou econômica, as quais sempre obedecem a suas universalizações idiossincráticas. À experiência moderna não pertence apenas a sua diferença, mas também o seu conflito mútuo. O legislativo, que é governado pelas deliberações da justiça política, mina a justiça jurídica do processo judicial, e vice-versa. Da mesma forma, movimentam-se os princípios da justiça moral, que foram desenvolvidos com base em uma consideração mútua e sistematizados pela ética filosófica, em uma relação comparável de contradições e de crítica diante das demandas da justiça jurídica.

### ***III – Ao invés da teoria do consenso: justiça ecológica***

Sob as condições da policontextualidade, Niklas Luhmann apresenta um conceito sociológico: a justiça é a fórmula de contingência do sistema jurídico<sup>25</sup>. O conceito é difícil e pode facilmente ser mal-compreendido. O que ele significa é que a tematização da justiça, sobretudo no sistema jurídico, ativa uma dinâmica social de irritação que torna drasticamente visível para todos a contingência do Direito: o Direito justo poderia/deveria ser de outro modo! A irritação da justiça começa já com a emergência dos conflitos sociais, prossegue por meio da sua tradução na linguagem artificial do Direito, na *praxis* da aplicação do Direito, nas táticas advocatícias, nos conflitos de interpretação, na tomada de decisão judicial, na imposição do cumprimento da lei, na observância às regras, e termina com a não observância das normas e decisões jurídicas, com o protesto dos homens e sua revolta contra a injustiça do Direito. Como a justiça atua nessas práticas? Não como regra, não como princípio, não como valor, e não como critério de decisão do Direito. Mas também não como um critério externo ao Direito, com auxílio do qual se poderiam mensurar as decisões legais, não como virtude moral, não como objetivo político, não como uma ideia reguladora, que poderia ser contraposta ao direito positivo. Estas poderiam, sem exceção, ser ponderadas quer com outras

---

<sup>25</sup> Luhmann (1993) (nota 2), 218ss.; cf. Ralf Dreier (2002) "Niklas Luhmanns Rechtsbegriff", 88 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 305-322, 315ss.

regras, princípios, valores, critérios internos, seja com outras virtudes, objetivos, ideias externas. Entretanto, no Direito, a justiça não é aberta a qualquer ponderação. Em outros contextos, a justiça é um valor entre vários; no Direito, ela é uma fórmula de contingência. A justiça jurídica é utilizada como a fórmula de orientação central, irrefutável, e não pode entrar em concorrência com qualquer princípio, jurídico ou extra-jurídico. Como fórmula de contingência do Direito, a justiça tem, no Direito, um *status* semelhante ao de outras fórmulas de contingência em relação a outras áreas: legitimidade na política, Deus na religião, escassez de bens na economia, formação na pedagogia, limitacionalidade na ciência<sup>26</sup>. A fórmula de contingência quer dizer: proibição da negação, canonização, irrefutabilidade. E a sua dinâmica revela um paradoxo. A busca necessária pelo irrefutável, quando esta pode ser observada enquanto uma busca, produz sempre novas contingências. Contingência necessária – necessidade contingente.

A fórmula de contingência do Direito – a justiça – aparece, conseqüentemente, como um necessário “esquema da busca por fundamentos ou valores, que só podem adquirir validade jurídica na forma de programas”<sup>27</sup>. Não se trata de um princípio interno ou externo ao Direito, mas de uma auto-observação da unidade do Direito com base em seus programas, de um auto-controle jurídico, que, através da acima mencionada “máquina histórica” do Direito, encontra-se nas infinitas práticas dos tratamentos iguais ou desiguais. Isso leva Luhmann à definição de justiça: “complexidade adequada do decidir consistente”<sup>28</sup>.

Na discussão jurídico-sociológica que a partir daí se segue, esta definição foi confrontada com um extremo ceticismo<sup>29</sup>. Se a justiça não é capaz de fornecer critérios substanciais para decisões individuais, se ela não pode ser identificada com um valor ou princípio jurídico e se ela também não informa qualquer máxima externa ética ou política, então ela é uma justiça puramente formal, que se resume à mais simples demanda por consistência conceitual. Então ela não se diferencia da lógica da vinculação dos precedentes, que visa à consistência das decisões, ou da sistematicidade da dogmática jurídica. Entretanto, a crítica tem um alcance

<sup>26</sup> Luhmann (nota 11), 469ss.

<sup>27</sup> Luhmann (1993) (nota 2), 223. NT: tradução nossa.

<sup>28</sup> Niklas Luhmann (1981) "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft", in: Niklas Luhmann (Org.) *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt: Suhrkamp, 374-418, 388ss.; Luhmann (1993) (nota 2), 225ss.

<sup>29</sup> Por exemplo Josef Esser (1970) *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, 2. Ed. 1972. Frankfurt: Athenäum, 202ss.; Thomas Raiser (2007) *Grundlagen der Rechtssoziologie*, Tübingen: Mohr Siebeck, 139ss.; Klaus F. Röhl (2001) *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*, 2. Ed., Köln: Heymann, § 53.

muito curto: a fórmula de contingência implica muito mais do que mera consistência interna do decidir: contingência significa ser-possível-de-outro-modo e, ao mesmo tempo, ser-dependente-de-alguma-outra-coisa. A fórmula de contingência opera na fronteira entre o Direito e seu ambiente externo e se dirige simultaneamente à variabilidade histórica da justiça e à sua dependência do ambiente. O clamor por justiça – e este é o núcleo da fórmula de contingência – requer que consequências sejam extraídas da dependência do Direito quanto a sua ecologia, a seus ambientes social, humano e natural. Com isso, entram em jogo, além da consistência formal, pontos de orientação materiais. Na definição “complexidade adequada do decidir consistente”, o aspecto decisivo é a *adequação social* em sua relação com a consistência interna. A intenção da justiça se dirige, não à maximização da consistência dogmática, mas a responder-se sensivelmente às mais divergentes demandas vindas de fora e, assim, a buscar-se a máxima consistência possível. A fórmula de contingência não se dirige a uma justiça imanente ao Direito, mas a uma justiça transcendente do Direito. Consistência interna mais responsividade diante de demandas ecológicas – esta é a dupla fórmula da justiça jurídica<sup>30</sup>.

Contrariamente a teorias neokantianas da justiça, as quais refinam cada vez mais as demandas formais e procedimentais de consenso e universalização, um tal conceito sociológico concentra-se nos aspectos materiais da relação do Direito para com sua ecologia: será que o Direito, com seus testes de igualdade/desigualdade, faz justiça à atual sociedade policontextural? Faria ele justiça ao ambiente natural? Faria ele justiça aos indivíduos? A orientação ecológica do Direito, em seu sentido mais amplo, poderia ser a mais importante contribuição que a teoria dos sistemas, com seu persistente enfoque na diferenciação-sistema-ambiente, acrescenta ao debate sobre a justiça. A justiça direciona a atenção do Direito positivo para a questão problemática de sua adequação em relação ao mundo exterior.

No entanto, isso necessita de uma qualificação. Pois, na medida em que a teoria dos sistemas insiste no fechamento auto-referencial do Direito, ela, ao mesmo tempo, revela uma contradição fundamental na orientação ecológica da justiça. A hetero-referencialidade

---

<sup>30</sup> Especialmente, a respeito de um tal conceito, em sentido amplíssimo, de justiça orientada pelo ambiente Teubner (nota 23), 123ss., principalmente 147s.; idem (nota 15), 218; Gunther Teubner e Peer Zumbansen (2000) "Rechtsverfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels", in: Gunther Teubner (Org.) *Die Rückgabe des zwölften Kamels: Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*, Stuttgart: Lucius & Lucius, 189-215; Gunther Teubner (2005) "Dreiers Luhmann", in: Robert Alexy (Org.) *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, Tübingen: Mohr Siebeck, 199-211, 201ss.; idem (nota 18), 185ss.

empática do Direito, como se ela fosse necessária no sentido de justiça como adequação do Direito em relação à sociedade, aos homens e à natureza, não pode ser alcançada através de um passeio do Direito pelo mundo exterior, mas somente dentro do Direito. Ele está preso nas correntes de suas operações auto-referenciais, que decidem sobre a igualdade/desigualdade de casos individuais. Nesta contradição está o núcleo da eficácia da justiça nos tempos atuais: como é possível a justiça como uma auto-transcendência das fronteiras do Direito, se ela, contudo, está inevitavelmente presa no fechamento auto-referencial do sistema jurídico? Justiça como a auto-transcendência necessária, porém impossível, do fechamento jurídico – isso parece ser concebível unicamente enquanto *coincidentia oppositorum* jurídica.

Como a justiça pode transcender o fechamento do Direito, se a transferência de validade com base no código binário jurídico/antijurídico somente ocorre nas cadeias recursivas de decisões judiciais, atos legislativos e contratuais? Aqui, a justiça parece se ver confrontada com o fechamento primário do Direito: fechamento operativo por meio do concatenamento de atos jurídicos – estruturas jurídicas – atos jurídicos. Devido à auto-referencialidade improdutiva e ao isolamento radical do Direito de seu ambiente social<sup>31</sup>, o próprio fechamento operativo se tornou, como é sabido, uma fonte significativa de injustiças no Direito. Com boas razões, os críticos comunitaristas do Direito moderno exigem, por isso, mudanças radicais para romper as barreiras do direito positivado, para reintegrar o direito formal na sociedade e para estabelecer foros, procedimentos e critérios alternativos de uma “*communal justice*”<sup>32</sup>. No entanto, é preciso admitir que as práticas da justiça no Direito moderno tomaram uma outra direção. A justiça jurídica não rompe o fechamento operativo, na medida em que ela regressa ao enraizamento social das operações primárias do Direito. Ao contrário, o Direito “transcende” este enraizamento apenas no nível de seu segundo fechamento, no patamar das auto-observações jurídicas<sup>33</sup>. Desde a transformação decisiva do Direito, quando a argumentação jurídica nos processos judiciais, no legislativo e na celebração de contratos começou a excluir argumentos *ad hoc* e *ad hominem* e a insistir na referência apenas a materiais jurídicos especializados (precedentes, regras, princípios), o discurso da justiça

<sup>31</sup> Teubner (nota 23), 21ss.; Niklas Luhmann (1988) "Closure and Openness: On Reality in the World of Law", in: Gunther Teubner (Hrsg.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin: de Gruyter, 335-348; Luhmann (1993) (nota 2), 38ss.

<sup>32</sup> Por exemplo Cotterrell (nota 1), 65ss.; 91ss., 315ss.; posicionamento crítico quanto ao fechamento operativo do Direito também em Michel van de Kerchove e François Ost (1992) *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris: Presses Universitaires de France, 101ss.

<sup>33</sup> Sobre o duplo fechamento como condição necessária da auto-organização em geral Heinz von Foerster (1993) *Wissen und Gewissen*, Frankfurt: Suhrkamp, 25ss., 46ss.; em organizações formais Niklas Luhmann (2000) *Organisation und Entscheidung*, Opladen: Westdeutscher Verlag, capítulo 7.

tornou-se aquela parte das auto-observações jurídicas que dirige o olhar para as fronteiras do Direito e que, na observação, procura ultrapassá-las. Sempre quando o fechamento de operações jurídicas foi complementado pelo fechamento de auto-observações jurídicas, as práticas da justiça se concentraram invariavelmente na adequação do Direito em face ao seu ambiente.

Mas como poderia a justiça, enquanto uma *praxis* de auto-observação dentro do Direito, ser capaz de ultrapassar o fechamento primário do Direito? A explicação é a *re-entry* do extrajurídico no jurídico. Enquanto operações jurídicas constroem, com o auxílio de sua sequencialização, uma fronteira entre Direito e não-Direito, entre comunicação jurídica e outras formas de comunicação social, as auto-observações jurídicas utilizam esta mesma diferenciação “Direito/não-Direito”, só que dentro do mundo simbólico do Direito<sup>34</sup>. Sempre que a diferenciação “Direito/não-Direito” (“não-Direito” no sentido de “extrajurídico”, não de “antijurídico”!) entra novamente na sequência de operações jurídicas, e que a argumentação jurídica é colocada em posição de ser capaz de diferenciar entre normas e fatos, entre atos jurídicos internos e atos sociais externos, entre conceitos jurídicos e interesses da sociedade, bem como entre construções internas da realidade de processos jurídicos e sociais, então é chegado o momento em que o discurso da justiça debate uma decisão sobre essas diferenciações e lança a questão sobre se as decisões jurídicas fazem justiça àqueles aspectos do mundo exterior da mesma forma como eles foram internamente reconstruídos<sup>35</sup>. Este é o paradoxal resultado do duplo fechamento – das operações e das observações. Enquanto tanto atos jurídicos produtores de normas como argumentos conectores de normas permanecem em seus círculos fechados de concatenações internas, a justiça, enquanto auto-observação jurídica de Direito/não-Direito, com o auxílio das diferenciações internas entre auto-referência e hetero-referência, relaciona o Direito com seu ambiente social (observe-se: “*enacted environment, not real environment*”) e reivindica sua adequação ecológica.

A justiça como *praxis* discursiva extrai consequências da *re-entry* do extrajurídico no Direito. Ela se vale da confusão epistêmica (à la Magritte: “*This is not a pipe*”) sobre o *status* de realidade das observações hetero-referenciais do Direito. O resultado da *re-entry* é o já

<sup>34</sup> Luhmann (1993) (nota 2), 66ss.; 338ss.

<sup>35</sup> Sobre a relação ambiental de organizações Karl E. Weick (1985) *Der Prozeß des Organisierens*, Frankfurt: Suhrkamp; sobre “enaction” como alternativa à “representation” Francisco J. Varela (1992) “Whence Perceptual Meaning? A Cartography of Current Ideas”, in: F.J. Varela und J.P. Dupuy (Org.) *Understanding Origins: Contemporary Views on the Origin of Life, Mind and Society*, Dordrecht: Kluwer, 235-263, 235ss.

mencionado “espaço imaginário” dentro do Direito, que compreende a si mesmo, porém, como realidade<sup>36</sup>. Em seu julgamento sobre a adequação ecológica do Direito, a justiça não pode fazer nada além de trabalhar apenas com ficções sobre o mundo exterior – ela deve, no entanto, tratá-las como se elas fossem realidades. Por isso, a justiça só pode operar no Direito dentro desse espaço imaginário, que emerge através da *re-entry* da ecologia no Direito, através da construção jurídica interna de demandas externas da sociedade, dos homens e da natureza.

A dependência da sociedade em relação à fórmula de contingência “justiça” se mostra, especialmente, em sua afinidade com os grandes princípios históricos da diferenciação social. Neste ponto, a teoria da justiça se torna, por seu lado, dependente – das subvenções da teoria da sociedade. Como antes já mencionado, os critérios da justiça não se sujeitam simplesmente à transformação histórica, mas co-variam com princípios da diferenciação social. Em uma sociedade estratificada, é um pressuposto natural e necessário da justiça, o de que a posição social das partes litigantes de um processo seja considerada em toda a sua extensão. *Justitia* não é cega! A conhecida fórmula do *suum cuique* – do ponto de vista atual, muito antes uma fórmula vazia – faz sentido concreto para homens que vivem em hierarquias legitimadas de estratificação social. Como Lawrence Rosen indicou em seus estudos empíricos a respeito da antropologia da justiça, isso vale para o Direito islâmico tradicional, cuja justiça demanda que a posição social das partes e suas redes de relacionamento sejam meticulosamente reconstruídas e explicitamente consideradas na decisão jurídica<sup>37</sup>. Max Weber errou, quando ele a denominou, pejorativamente, de “Justiça-Cadi” [*Kadi-Justiz*], porque ela, segundo seu entendimento, não satisfaria as demandas fundamentais da justiça universal<sup>38</sup>. E também na antiga sociedade européia era natural e legítimo que o Direito privilegiasse os nobres, as *partes maiores* diante da população da cidade e dos camponeses. Já se estava na emergência da modernidade, quando Michael Kohlhaas protestou com violência contra um direito que privilegiava ladrões de cavalos pertencentes à nobreza em detrimento dele, que era um comerciante de cavalos comum<sup>39</sup>. Enquanto a *justitia mediatrix* da idade média mediou, de

---

<sup>36</sup> George Spencer Brown (1997) *Gesetze der Form*, Lübeck: Bohmeier.

<sup>37</sup> Lawrence Rosen (1989) *The Anthropology of Justice: Law as Culture in Islamic Society*, Cambridge: Cambridge University Press, 58ss.

<sup>38</sup> Max Weber (1921) *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2. Ed. ampliada 1925, 5. Ed. 1976 Tübingen: Mohr & Siebeck, 564ss.

<sup>39</sup> Heinrich von Kleist (1963) "Michael Kohlhaas", in: (Org.) *Kleists Werke Bd. 1*, Weimar: Volksverlag, 81-187. Sobre isso, a esclarecedora interpretação sociológica de Michael Kauppert (2005) "Gesellschaftsstruktur und Gerechtigkeit in Heinrich von Kleists *Michael Kohlhaas*", in: Michael Corsten, Hartmut Rosa und Ralph Schrader (Org.) *Die Gerechtigkeit der Gesellschaft*, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 75-100.

modo hierárquico-vertical, entre direito divino, natural e humano<sup>40</sup>, a justiça dos modernos media, de um modo horizontal-heterárquico, a normatividade própria do Direito e a normatividade própria de seus ambientes social, humano e natural. Hoje, o Direito busca seus critérios da justiça em seus ambientes, em diferentes discursos da sociedade, no discurso pedagógico, científico, médico, político ou econômico, e contribui, por meio de um processo complicado de reconstrução jurídica, para a fixação de sua validade jurídica. Apesar do preceito constitucional da igualdade, o direito constitucional justifica tratamentos desiguais, se esses são justificáveis de acordo com critérios pedagógicos, científicos, médicos etc., ou seja, critérios “racionais”.

Será este um novo direito natural, que substitui Deus, natureza e razão pelos princípios da diferenciação social, isto é, um direito natural sociológico? De fato, esse conceito de justiça solapa a distinção entre positivismo e direito natural. Ele declara ambas simultaneamente verdadeiras e falsas. Com o direito natural, ele compartilha o impulso de buscar a justiça em uma orientação vinda do mundo exterior ao Direito. Todavia, ele tem em comum com o positivismo o fato de que a justiça não emana de autoridades externas, seja de Deus, seja da natureza ou da razão natural, mas só pode ser adquirida dentro do Direito.

A virada contra o direito natural consiste no fato de que autoridades externas não podem oferecer quaisquer critérios substanciais da justiça. A virada contra o positivismo, porém, consiste no fato de que a justiça não pode ser produzida a partir da mera recursão a decisões judiciais. O contrário é o caso: a justiça sabota as decisões jurídicas. Em oposição ao desejo do Direito pela certeza nas decisões, a justiça jurídica, como uma *praxis* discursiva, abre um novo espaço de incerteza e de indeterminação do Direito. A justiça mina a rotina da recursão a decisões judiciais e questiona insistentemente se, à luz das demandas externas dirigidas ao Direito, uma lide não deve ser decidida de outro modo. A justiça atua internamente ao Direito como uma força subversiva, com a qual o Direito protesta contra si mesmo. A justiça protesta contra as tendências naturais do Direito de se vincular a precedentes, rotina, segurança, estabilidade, autoridade e tradição. Contra as tendências de auto-continuidade bem-ordenada embutidas no Direito, a justiça exhibe sua preferência pela desordem, revolta, divergência, variabilidade e mudança. Ela protesta em nome da sociedade, dos homens e da natureza –

---

<sup>40</sup> Placentinus (1192) "Quaestiones de iuris subtilitatibus", in: H. Fitting (1894) (Org.) *Quaestiones de iuris subtilitatibus des Irnerius*, Berlin: J. Guttentag, 53.



entretanto, ela o faz a partir do arcano interno do Direito. A justiça subversiva é o espinho na carne. Motim a bordo<sup>NT</sup> - é este o recado da Sociologia para a justiça jurídica.

#### ***IV – Ao invés de racionalidade: o irracional na auto-transcendência do Direito***

Mas por que motim? Por que não justiça como ataque externo ao Direito em nome da sociedade? É de se esperar que, após um processo perdido, os homens que depositaram suas esperanças no Direito o responsabilizem por sua injustiça. Mas, que a resistência derive do arcano interno do Direito – este é o escândalo. A causa para a insurreição interna, para a auto-subversão do Direito em nome da justiça, está no fracasso mais grave do Direito: ele não é, em princípio, capaz de manter sua própria promessa – a promessa de alicerçar suas decisões sobre uma base razoável de fundamentos racionais. As fundamentações jurídicas, por mais profissionalmente que sejam trabalhadas, não podem justificar as decisões jurídicas – todo aquele que, ainda que uma única vez, tenha tido que decidir um caso jurídico, vivenciou esta decepcionante experiência. Expresso de outra forma: a mais inquietante falha do Direito consiste no fato de que ele não pode evitar a invasão da irracionalidade no mundo racional das decisões orientadas por normas e da argumentação embasada na razão. Por isso, os praticantes do Direito sempre foram céticos em relação à potencialidade de teorias racionais da justiça à moda de Rawls e Habermas. Os filósofos da justiça, por seu lado, estão conscientes dos elementos irracionais das decisões jurídicas; entretanto, eles tentam combatê-las com exorcismo. Na medida em que eles ampliam *ad infinitum* o papel dos argumentos racionais no Direito, para conferir suporte às suas decisões, eles exorcizam o demônio dos paradoxos da auto-referência<sup>41</sup>. Em vão, naturalmente.

---

<sup>NT</sup> O termo originalmente empregado pelo autor é “Meuterei auf der Bounty”, em referência à obra literária *Mutiny on the Bounty*, de Charles Nordhoff e James Norman Hall, posteriormente adaptada pelo cinema. Em Português, o título foi traduzido oficialmente tanto por Motim a Bordo (na versão da editora Record) como por O grande motim (versão da editora Boa Leitura).

<sup>41</sup> Típico dessa estratégia Jürgen Habermas (1971) "Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz", in: Jürgen Habermas e Niklas Luhmann (Org.) *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie - Was leistet die Systemforschung*, Frankfurt: Suhrkamp, 101-141, 123ss., Jürgen Habermas (1973) "Wahrheitstheorien", in: Helmut Fahrenbach (Org.) *Wirklichkeit und Reflexion: Walter Schulz zum 60. Geburtstag*, Pfullingen: Neske, 211-265, 255ss.

Contrariamente, as mais provocantes análises atuais da falência do Direito, como aquelas feitas por Jacques Derrida e Niklas Luhmann, colocam as aporias da justiça e os paradoxos decisórios do Direito no centro de suas reflexões<sup>42</sup>. Note-se que elas reanalisam, com isso, apenas uma velha experiência no Direito, que se refugiou, com antiquadas auto-descrições, nas infames fórmulas duplas – *ratio et voluntas* e *ratio et auctoritas* –, para poder conviver com os limites da razão nas decisões jurídicas<sup>43</sup>. Até mesmo a jurisprudência analítica, que, diferentemente da desconstrução ou da autopoiese, não se encontra sob suspeita de irracionalismo, deve reconhecer os limites da argumentação racional no Direito e admitir que a aplicação lógica de normas aos fatos somente funciona quando o juiz incorpora ao silogismo premissas adicionais. Ela deve, além disso, admitir que a justificação de normas por meio de suas normas e princípios subjacentes acaba, inevitavelmente, no trilema de Münchhausen: regresso infinito, interrupção arbitrária ou circularidade<sup>44</sup>. A insuficiência da razão em fundamentar decisões jurídicas impele os *Critical Legal Studies* em suas obsessões relativas à *indeterminacy* do Direito. Ela conduz Carl Schmitt às obsessões do decisionismo. E não surpreende que inúmeras análises interdisciplinares apareçam para curar o Direito, através de seus meios específicos, de sua “doença”: a Psicologia com o elemento afetivo, a Psicanálise com o inconsciente nas decisões judiciais, a Economia com os cálculos de eficiência, a Sociologia com a estrutura de classes ou com as normas sociais, as Ciências Políticas com as considerações políticas, antagonismos sociais ou puro voluntarismo do poder etc. etc. Mas como reage o próprio Direito atual à sua insuficiência fundamental?

A justiça jurídica deve ser compreendida como a reação do Direito à sua própria falência. Ela não pode ser identificada, como já esclarecido, nem com um construto jusfilosófico, nem com um critério jurídico de decisão; ao invés, ela aparece como uma dinâmica social estruturada dentro do Direito. A justiça jurídica seria, então, para antecipar as reflexões subsequentes em uma fórmula, *um processo obstinado de auto-descrição no Direito, que interrompe, bloqueia, sabota, mina a ininterrupta auto-reprodução do sistema jurídico, a recursividade rotinizada das operações jurídicas; que, com isso, compele o Direito à sua auto-transcendência sobre cada sentido; que, entretanto, se coloca ao mesmo tempo de volta sob o compêlimento à*

<sup>42</sup> Derrida (1991) (nota 2), 46ss.; Luhmann (1993) (nota 2), 307ss.

<sup>43</sup> Uma interpretação cautelosa de Eumênides sob o aspecto do paradoxo decisório do Direito oferece Marie Theres Fögen (2007) "Die Tragödie des Entscheidens: Eine Anmerkung zu den „Eumeniden“ des Aischylos", *Ancilla Juris (anci.ch)*, 42-47.

<sup>44</sup> Hans Albert (1968) "Das Problem der Begründung", in: Hans Albert (Org.) *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen: Mohr Siebeck, 9-34 e posteriormente, a partir da 5. Ed., UTB-Ausgabe 1991, Anexo I, especialmente p. 220-242, Anexos II und III.

*continuidade da produção de novas operações jurídicas; e que, assim, se auto-sabota, porque gera, exatamente através disso, novas injustiças.* Pois após a passagem pela experiência “irracional” da transcendência, após a “travessia do deserto”, ele se compele a reconstruir essa experiência sob as condições restritivas do sistema jurídico – compimento à decisão, compimento à normatização, compimento à fundamentação. Consequência inexorável desse compimento à continuidade é, todavia, que o processo jurídico, especialmente após a auto-provocação em sua auto-descrição “justiça”, que se traduz em novos critérios jurídicos, gera sempre novas injustiças, contra as quais a justiça deve novamente protestar, para então se expor mais uma vez aos compimentos do sistema jurídico. E assim em diante – em uma contínua oscilação auto-agonizante.

Assim, a justiça como *praxis* discursiva também não é simples subversão do direito positivo em nome de seus ambientes, mas uma dinâmica cíclica progressiva da auto-subversão, na qual decisões jurídicas positivas são minadas por protestos jurídicos pela justiça, e vice-versa. Essa *praxis* não produz uma nova justiça, não aperfeiçoa uma justiça imperfeita já existente, e nem se aproxima assintoticamente de um ideal de justiça; pelo contrário, ela constrói sempre sobre o novo ambas as posições – decisões jurídicas positivas e protestos pela justiça –, para logo após novamente as destruir. A *praxis* realiza e impossibilita a justiça em uma transformação permanente da imanência à transcendência do Direito e de volta à imanência. Por fim, ela incita continuamente, com isso, apenas a inquietude interna, o nervosismo do processo jurídico, a oscilação contínua entre ambos os pólos, a necessária contingência do Direito.

Deve-se salientar que o fenômeno não pode ser simplesmente reduzido a um “impulso cego” pela justiça, que constantemente perturba o processo jurídico racional e que ocasionalmente o estimula a produzir um Direito melhor<sup>45</sup>. Ao invés disso, a justiça jurídica denota uma dinâmica especificamente estruturada, teoreticamente descritível e empiricamente identificável dentro da prática jurídica. Note-se, com prática jurídica não se quer dizer, aqui, simplesmente a atividade profissional e organizada, mas qualquer comunicação séria sobre o Direito, até mesmo o protesto jurídico do povo “pelo país afora”. À maneira de Derrida, poder-se-ia falar em “*justiciance*” para indicar o iterativo, a contínua oscilação e o

---

<sup>45</sup> Analogamente ao entendimento de Jürgen Habermas sobre as irritações permanentes da política institucionalizada por meio de movimentos de protesto. Jürgen Habermas (1985) "Die Neue Unübersichtlichkeit: Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien", 39 *Merkur*, 1-14.

deslocamento, as permanentes mudanças de significado e o nunca-fechamento da justiça. Isso indicaria a dinâmica auto-subversiva concentrada no paradoxo decisório jurídico, a busca pela justiça continuamente presente no processo jurídico, que, no entanto, diferencia-se claramente da aspiração geral à justiça sob condições severamente restritivas. E, de fato, a fórmula de busca diretiva do processo distingue-se por uma estranha combinação de alta indeterminação e alta estruturação. Vale observar que a relação de indeterminação e estruturação não deve ser compreendida como mediação, compromisso ou um encontro em um meio-termo como “indeterminação relativamente estruturada”, mas sim como uma radicalização mútua: “introduzir o caos na ordem” – o duplo significado desta célebre formulação de Adorno torna clara a radicalidade da fórmula da justiça na modernidade: tornar caótico o processo jurídico, compelir o caos à ordem do processo jurídico<sup>46</sup>.

A dinâmica da justiça jurídica interna é disparada pelas condições de partida ditadas pelo sistema jurídico, e é, ao mesmo tempo, interrompida pelas limitações de suas possibilidades de solução, também ditadas pelo sistema jurídico. Com isso, proíbe-se à justiça jurídica sua universalização social e histórica. Ela permanece amarrada ao sistema e ao tempo. Analisar as limitações concretas *en gros et en détail* é tarefa de uma teoria jussociológica da justiça. Por ora, as diferenças entre uma *praxis* jurídica da justiça e um “impulso cego” pela justiça podem ser assim sintetizadas:

### ***1. Condições de partida***

As especificidades dessa dinâmica de busca interna ao sistema jurídico demonstram que ela não é simplesmente animada por anseios indefiníveis por um mundo justo, mas que ela sempre é disparada quando o procedimento e a argumentação jurídica se encontram com o hiato localizável exatamente no processo jurídico, o que, inevitavelmente, trava o processo em andamento. Em termos de teoria dos sistemas, esse hiato surge na junção entre operação – estrutura – operação (ato jurídico – norma jurídica – ato jurídico). Contra todos os

---

<sup>46</sup> Wiethölter utiliza a citação de Adorno especialmente no contexto das decisões judiciais, Wiethölter (1994) (nota 11), 107. Theodor Adorno (2003) *Minima Moralia: Reflexionen aus dem beschädigten Leben*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, Teil 3, 1946/47, 103.

preconceitos dirigidos à autopoiese como uma mecânica que funciona automaticamente<sup>47</sup>, a teoria dos sistemas sempre evidenciou que a cadeia da auto-reprodução necessariamente apresenta, em cada transição individual de estrutura para operação (expectativa de comunicação), uma fratura. Operações geram, de fato, estruturas, mas estruturas não podem gerar as operações daí subsequentes; elas podem somente criar um compacto espaço de possibilidades, no qual então uma nova operação “acontece”. Essa nova operação deve sempre, entretanto, ainda que diante da mais sólida estrutura, ultrapassar um momento de indeterminação fundamental<sup>48</sup>. “A este respeito, uma necessária porção de incerteza sempre emerge com o processo de formação de estruturas, e é possível, maliciosamente, constatar-se, na formação de estruturas fanáticas por segurança, como, com o aumento da burocratização e da judicialização, também a insegurança se multiplica”<sup>49</sup>. Aplicado ao Direito: cada ato jurídico (lei, contrato, decisão do julgador) modifica a situação jurídica, na medida em que produz uma nova norma jurídica. Mas essas normas jurídicas não podem, por seu turno, gerar qualquer novo ato jurídico, mas apenas referências mais ou menos concretas a novos possíveis atos jurídicos<sup>50</sup>.

Exatamente neste ponto, para superar o hiato, a argumentação jurídica inicia o seu trabalho incansável – prolífico e, ao mesmo tempo, vão. A argumentação jurídica provoca, de fato, divergências decisórias, mas ela não é capaz de decidir o conflito, ela não é capaz – contrariamente às auto-proclamações de teóricos da argumentação – de transpor a fratura da estrutura à operação, da norma ao ato jurídico. A argumentação jurídica pode apenas transformar diferenças e apresenta, então, uma nova alternativa de decisão. Ela converte a alternativa de decisão existente em uma outra, que, se tudo correr bem, é mais adequada ao conflito jurídico que a alternativa desprovida de fundamentação. A argumentação jurídica não decide. Ela não justifica. Ela também não tem nada a esconder. Ela transforma apenas alternativas de decisão, de forma drástica, é certo. Uma decisão ainda permanece necessária; acontece apenas que, após a argumentação jurídica, a alternativa de decisão que se apresenta é transformada em uma outra<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> Hubert Rottleuthner (1988) "Biological Metaphors in Legal Thought", in: Gunther Teubner (Org.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin: De Gruyter, 97-127, 117.

<sup>48</sup> Niklas Luhmann (1984) *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt: Suhrkamp, 382ss.

<sup>49</sup> Luhmann (1984) (nota 48), 391.

<sup>50</sup> Luhmann (1993) (nota 2), 49ss.

<sup>51</sup> Teubner e Zumbansen (nota 30), 195ss.; Luhmann (1993) (nota 2), 338ss.

Qual novo ato jurídico então finalmente sucederá, permanece sem resposta. Neste ponto, na diferenciação estrutura/operação, norma jurídica/ato jurídico, ou argumentação/ato jurídico, abre-se o hiato, o espaço intermediário entre norma e decisão, que, mesmo por meio de fundamentações racionais, não é superável. As aporias da decisão jurídica não são acessíveis ao discurso racional, não são passíveis de fundamentação, de justificativa, não são nem justas nem injustas. Se, entretanto, a justiça deve ser buscada, isso significa, então, que esse hiato não será ultrapassado via decisionismo, ou que ele não irá sendo postergado, por meio de contínuas novas racionalizações intra ou extra-jurídicas, até o ponto de exaustão. O discurso da justiça elege o valor de rejeição da alternativa do decisionismo ou da racionalização. Este é quem primeiro faz com que se esteja consciente da aporia da decisão jurídica (notadamente, o não poder ir adiante por meio da travessia do rio) através de um ato reflexivo da auto-descrição. Ele não procura evitá-las ou simplesmente as negar, mas as articula abertamente como limite da possibilidade racional de fundamentação, as conduz à experiência dolorosa e a eleva ao insuportável<sup>52</sup>. Esta tentativa de superação das aporias do processo jurídico por meio da elevação da reflexividade até à auto-transcendência do Direito é a condição de partida necessária do processo da justiça no interior do Direito, no qual nem a sociedade, nem as teorias sociais ou uma outra instância externa do Direito ditam seus critérios normativos, mas no qual o Direito realiza o seu próprio processo<sup>53</sup>.

## 2. *Auto-transcendência*

As maiores dificuldades certamente se apresentam quando se procura compreender o que significa, no discurso da justiça, a auto-transcendência do Direito face ao hiato entre normas e atos jurídicos. Acima, já havíamos empreendido, com Luhmann, uma primeira tentativa de delinear um conceito ecológico de justiça que encontrasse uma saída para o fechamento operativo do Direito e que, contudo, nele permanecesse, e atrelamos isto ao fenômeno da *re-entry*. Os critérios da justiça não são, então, encontrados em algum lugar fora do Direito mas,

<sup>52</sup> Derrida (1991) (nota 2), 46ss.; Luhmann (1993) (nota 2), 307ss.

<sup>53</sup> Rudolf Wiethölter (2003) "Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts", in: Christian Joerges und Gunther Teubner (Org.) *Rechtsverfassungsrecht: Rechtfertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden: Nomos, 1-45, 19ss., um texto do autor, que pode ser lido como auto-superação de textos anteriores é, por exemplo, Rudolf Wiethölter (1989) "Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?" in: Axel Honneth, Thomas McCarthy, Claus Offe und Albrecht Wellmer (Org.) *Zwischenbetrachtungen: Im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag*, Frankfurt: Suhrkamp, 794-812.

sim, o Direito só pode se auto-transcender de forma tal que ele diferencie de si mesmo, na reentrada auto-produzida, aqueles ambientes dos quais o conflito jurídico se origina – sociedade, natureza, homem, para, então, em relação a essas “*enacted ecologies*”, estabelecer critérios de justiça ambientalmente adequados. Com isso, recusa-se desde o início que o Direito possa importar tais critérios do mundo exterior; pelo contrário, ele deve construí-los automaticamente, com seu próprio conhecimento do mundo. Essa reentrada na *praxis* decisória do Direito estabelece a especialidade de uma justiça jurídica e sua diferença em relação a representações externas ao Direito sobre o que seria uma sociedade justa, uma justiça política das decisões coletivas ou uma justiça moral-filosófica da consideração mútua. A busca não pode externalizar seus critérios e, assim, não pode depositar suas esperanças nem na democracia, nem na moral ou na economia. Ao invés, ela é lançada de volta a si mesma. O Direito carrega, ele próprio, a responsabilidade por seus critérios da justiça.

Para além de uma tal concepção ecológica da justiça, Derrida dá três grandes passos, com os quais ele conferiu à atual discussão sobre a justiça impulsos extraordinariamente fortes. No primeiro passo, ele arrisca uma nova forma de lidar com o paradoxo do Direito. Luhmann chega a identificar os paradoxos decisórios do Direito, mas pretende, resoluto, escondê-los, recusá-los, suprimi-los e, tão rapidamente quanto possível, introduzir uma diferença que os desfaça. Derrida, contrariamente, pretende encarar a experiência dos paradoxos e, assim, conduzir o pensamento jurídico a um mundo em que Luhmann supunha apenas existir paralisia e horror. A justiça seria, então, mais do que fórmula de consistência, mas também mais do que fórmula de contingência, ela seria uma fórmula de transcendência, seria um “chamado, abismo, ruptura, experiência de contradição, caos dentro do Direito”<sup>54</sup>. Isso tem consequências importantes para as sentenças e decisões jurídicas: mudança da situação para uma decisão *sub specie aeternitatis*, e não somente *sub specie societatis*.

No segundo passo, Derrida radicaliza a respeito do que a auto-transcendência do Direito pode significar. Luhmann espera encontrar na justiça do Direito uma auto-transcendência na direção de seus próprios ambientes auto-projetados; porém, ele para por aí. Com isso ele, finalmente, se resigna relativamente às deficiências da *re-entry*. Se *re-entry* é sempre somente reconstrução do exterior no interior, sempre apenas “*enactment*” de um ambiente, então ela é sempre, ao mesmo tempo, inclusão e exclusão. O que, no entanto, é excluído pelo Direito,

---

<sup>54</sup> Derrida (1991) (nota 2). Esclarecedor sobre o assunto, Fatima Barjiji-Kastner (2007) *Ohnmachtssemantiken: Systemtheorie und Dekonstruktion*, Weilerswist: Velbrück, especialmente cap. III.2. NT: Tradução nossa.

reclama inclusão na justiça. O próprio incidente da perturbação, as confusões e as concussões que ele gera, permanecem estranhamente na penumbra nas análises de Luhmann. Aqui, a teoria dos sistemas, com sua distinção diretiva sistema/ambiente, produz o seu próprio ponto cego, o qual não lhe permite analisar mais detidamente o “entremeio” nos eventos de perturbação<sup>55</sup>. Luhmann só vê e só pode ver aquilo que se passa dentro das fronteiras do Direito, e dedica sua atenção apenas às diferenciações verificadas após a perturbação. Derrida, contrariamente, postula que também esta fronteira seja ultrapassada e exige, do discurso da justiça, que as confusões e concussões sejam expostas, que a transcendência para além de cada sentido – “a travessia do deserto” – seja experimentada. E isso é, de fato, desconcertante para o estilo científico de hoje em dia: uma transcendência de cada sentido, uma remissão à violência mística, um encontro com o Outro da filosofia da alteridade de Levinas, um desafio da racionalidade moderna através de “pura” justiça, dom, amizade, perdão.

No terceiro passo, finalmente se modifica a relação da transcendência religiosa para uma especificamente jurídica. Enquanto Luhmann concentra a experiência de transcendência no sistema religioso e, assim, exclui implicitamente outros subsistemas, dentre os quais o sistema jurídico, o pensamento desconstrutivo de Derrida se direciona a libertar a consciência de transcendência de seu isolamento moderno na religião, e a reintroduzi-la nos mundos altamente racionalizados da Economia, da Ciência, da Política e do Direito. Com isso, Derrida extrai do fenômeno somente a consequência – como era também acessível a Luhmann –, de que apesar de toda a divisão social do trabalho, o conhecimento não se deixa concentrar na ciência, de que processos de poder, apesar do monopólio da força pelo Estado, também acontecem fora da política, de que a distinção jurídico/antijurídico, apesar de toda a formalização do sistema jurídico, também é praticada fora dos domínios do Direito.

Correspondentemente, também as experiências de transcendência nas quais se concentram as energias da religião, não se deixam limitar à religião, mas produzem efeitos também nos mundos de sentido altamente especializados da modernidade, que se distinguem claramente daqueles da transcendência religiosa. O fato de Max Weber ter utilizado a estranha formulação de um “politeísmo” da modernidade ganha, na verdade, seu significado próprio apenas em cada uma dessas referências de transcendência de cada subracionalidade elevada,

---

<sup>55</sup> Sobre o ponto cego da teoria dos sistemas e sobre as possibilidades de lançar luz sobre ele Gunther Teubner (1997) "Im blinden Fleck der Systeme: Die Hybridisierung des Vertrages", 3 *Soziale Systeme*, 313- 326.



significado este que se perde se ele é reduzido a uma mera variedade de racionalidades ou a um policentrismo. Trata-se, na verdade, da variedade de possíveis acessos à transcendência – assim se poderia ler Max Weber. Pois esta foi, afinal, uma das conquistas do velho politeísmo: a partir das diferenças da transcendência, legitimar diferenças na imanência, especialmente papéis sociais, competências e funções.

Assim se poderia ler Derrida: ele propõe a surpreendente tese de que cada instituição moderna conhece sua auto-transcendência específica, a qual tem diferentes efeitos paradoxais em cada caso: ele chama isso de efeito do “dom puro”, em contraposição à economia guiada pelo lucro, da “amizade” em contraposição à política profissionalizada, do “perdão” em contraposição à moral secularizada e, sobretudo, da “justiça” em contraposição ao Direito altamente tecnicizado<sup>56</sup>. Todos estes são excessos de referência derivados da respectiva lógica própria das instituições, que reativam energias utópicas em espaços bem diferentes do da religião.

Se, a propósito do Direito, prossegue-se neste pensamento, então a justiça se deixa entender como uma experiência de transcendência que não é idêntica à transcendência religiosa. Em que consiste, entretanto, sua peculiaridade? A resposta poderia advir do fato de que o discurso da justiça começa onde o Direito termina – no hiato entre norma e decisão, em que o paradoxo do Direito emerge. O discurso da justiça se conecta à confusa experiência do paradoxo especificamente jurídico e ultrapassa, neste ponto, os limites de sentido do Direito. É justo aplicar-se a diferenciação jurídico/antijurídico ao mundo?<sup>57</sup> Mas exatamente esta é a questão da justiça. Assim que o Direito se choca com o seu próprio paradoxo, então a ele se expõe, necessariamente, a questão da justiça! E não a questão da generosidade, da amizade, do perdão ou mesmo da salvação. Na auto-transcendência do Direito, a especialidade do paradoxo jurídico jurídico/antijurídico se mantém eficaz. Ela é necessária como a transposição das fronteiras específicas do Direito, porém, exatamente por isso, não pode mais

---

<sup>56</sup> Jacques Derrida (1993) *Falschgeld: Zeitgeben I*, München: Fink, especialmente 49ss.; Jacques Derrida (2000) *Politik der Freundschaft*, Frankfurt: Suhrkamp; Jacques Derrida (2000) "Jahrhundert der Vergebung. Möglichkeiten und Grenzen des Verzeihens", 48 *Lettre Internationale*, 10-18; Derrida (1991) (nota 2), especialmente 44ss.

<sup>57</sup> Com Luhmann e contra Luhmann, Rainer Maria Kiesow proíbe a si mesmo de questionar sobre a justiça escondida atrás do paradoxo do Direito, para após, entretanto, permitir que o problema (de fato, não mais “jurídico”, mas) “político” retorne: “politicamente, ele sempre irá retornar”, Rainer Maria Kiesow (2004) "Error iudicis: Fünf Gänge und ein Rätsel", in: Rainer Maria Kiesow und Henning Schmidgen (Org.) *Das Irrsal hilft [O erro ajuda]*, Berlin: Merve, 29-45, 39, 44. Com o “político”, é provável que Kiesow tenha querido dizer, entretanto, menos a política institucionalizada, e mais o próprio erro que auxilia.

ser expressada no discurso racional do Direito, mas apenas em uma linguagem enigmática, idealização irreal, alegoria, simbolização, literatura, sonho, delírio, utopia<sup>58</sup>.

Uma tal busca pela justiça não pode esperar encontrar critérios da justiça no próprio Direito, na sociedade ou mesmo na religião. Ao contrário, ela deve ultrapassar o Direito em cada sentido, realizar a experiência da transcendência específica do Direito, sob cuja impressão ela deve retornar para a imanência do Direito, para, *sub specie aeternitatis*, decidir, dizer o Direito. Mas o que se deve sustentar a respeito da justiça como experiência explícita de transcendência se Nietzsche estiver certo: “Deus está morto”? É possível, na sociedade secularizada, “pensar” a transcendência do Direito sem religião? Não seria isso um direito natural sem Deus, mas também sem Razão? E finalmente: a até então misteriosa definição da justiça, que se encontra em João, ainda tem algum sentido: “Da justiça, porque vou para meu Pai, e não me vereis mais”?<sup>59</sup>

Seria preciso reinterpretar a justiça em uma situação na qual a transcendência só possa ser pensada sem Deus, mas, ainda assim, deva ser pensada. Exatamente daqui partem Levinas e Derrida, com sua definição positiva de uma “transcendência filosófica” que contrapõe a totalidade do sentido à exterioridade da transcendência, na qual a justiça aparece como interminável demanda do Outro e dos muitos Outros<sup>60</sup>. Entretanto deve-se, aqui, fazer justiça à radicalidade do Outro no pensamento de Levinas e Derrida. Com alteridade, não se quer dizer simplesmente o princípio ético da assistência ao Outro ou a consideração da singularidade da perspectiva individual<sup>61</sup>, mas mesmo a experiência não verbalmente mediada, não fenomenológica do Outro, uma experiência de transcendência na “face do Outro”. Em oposição à insistência na fundamentabilidade da justiça, na racionalidade do discurso público, insistir-se-ia na justiça do não-fundamentável, no Outro não-racional da justiça. A justiça estaria, então, localizada na fronteira da imanência do Direito para sua transcendência. Por fim, justiça como a busca pela superação da fratura entre imanência e transcendência – “regresso ao Pai” –, essa é a tarefa da transcendência, transformar a

<sup>58</sup> Isso torna compreensível a incompreensibilidade do discurso, com a ajuda da qual Benjamin, Derrida ou Wiethölter encobrem seu pensamento sobre o Direito. E todos tentam, em vão, decifrá-la.

<sup>59</sup> João, 16, 10. Sobre o tema, a interpretação sutil de Horst Folkers (2000) "Johannes mit Aristoteles ins Gespräch über die Gerechtigkeit vertieft: Epilegomena zum 12. Kamel des Niklas Luhmann", 21 *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 61-107, especialmente 68ss.

<sup>60</sup> Emmanuel Levinas (1992) *Jenseits des Seins oder anders als Sein geschieht*, Freiburg: Alber, 342ss.; Emmanuel Levinas (1987) *Totalität und Unendlichkeit: Versuch über die Exteriorität*, Freiburg: Alber, 125ss.

<sup>61</sup> No mesmo sentido Axel Honneth (2000) *Das Andere der Gerechtigkeit: Aufsätze zur praktischen Philosophie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 154ss., 165ss.

imanência nos sentidos que são, para ela, incompreensíveis. A justiça não é, então, qualquer critério em “impecável idealidade”, mas um “processo de transformação do antijurídico em jurídico”<sup>62</sup>.

A verdadeira mensagem de João vai, entretanto, ainda mais além. A encarnação<sup>NT</sup> ainda não faz justiça à transcendência; é somente a experiência da injustiça fundamental que torna a justiça possível. A justiça se realiza apenas na passagem real pela injustiça, pelo sofrimento e pela dor, justiça é transformação do sofrimento, mais ainda, é auto-sacrifício capaz de anular a separação imanência/transcendência. Nesse sentido, “regresso ao Pai” quer dizer anulação da separação imanência/transcendência pela transformação da injustiça. O sofrimento origina-se, também e particularmente, na própria busca pela justiça. Um sofrimento por justiça como uma busca vã e suas consequências injustas, porque ela deve ser “realizada” na imanência do Direito – no “ordenamento provisório”. O que João acrescenta ao debate seria, então, que a justiça deve ser entendida como um processo de transformação do Direito, que somente se torna possível através da experiência real da injustiça. Hoje, esse pensamento ecoa vagamente na *colère publique* de Durkheim, que encontra a causa para a construção de normas na violação de normas, bem como em teorias da justiça que consideram o “*sense of injustice*” como o elemento disparador do processo normativo.<sup>63</sup>

“Invisível aos homens”? Isso não significa apenas inacessibilidade da transcendência, mas “uma última liberação do direito de cada indivíduo em relação às condições finitas de cada forma de produção normativa humana”<sup>64</sup>. Todavia, a esperança de salvação através da justiça apenas poderia subsistir em um mundo com Deus. Se, porém, pensa-se a transcendência sem Deus, nenhuma salvação na justiça é possível. O que permanece, então, é apenas o próprio processo desesperado de busca, que produz a permanente inquietação interna do Direito, que, em sua busca, se expõe continuamente a outras experiências de injustiça, que constrói incansavelmente novos critérios jurídicos para a igualdade, e que inventa constantemente novas fundamentações para as decisões e, por este meio, destrói novamente a justiça. A busca pela justiça se torna um mero vício do Direito, ao mesmo tempo destrutivo e inventivo.

---

<sup>62</sup> Folkers (2000) (nota 59), 71ss.

<sup>NT</sup> Encarnação aqui, no sentido de reentrada.

<sup>63</sup> Émile Durkheim (1992) *Über soziale Arbeitsteilung: Studie über die Organisation höherer Gesellschaften*, Frankfurt: Suhrkamp, 118ss.; Edmond N. Cahn (1949) *The Sense of Injustice*, New York: New York University Press.

<sup>64</sup> Folkers (nota 59), 76ss.

### 3. *Compelimentos à conexão*

As diferenças de uma justiça jurídica específica para um “impulso cego” se tornam especialmente claras se se consideram as drásticas limitações às quais o sistema jurídico moderno, após o delírio de sua auto-transcendência, compele sua própria fórmula de contingência. A justiça jurídica não pode identificar, no acesso à totalidade, a injustiça do Direito com aquela do mundo. É preciso que ela se concentre exatamente na inegável deficiência da decisão jurídica acima descrita, para então, por seu turno, não apenas tomar consciência da ausência de conexão entre estrutura e operação, entre norma jurídica e decisão, mas também para, de fato, produzi-las com meios próprios, ainda que insatisfatoriamente. Exatamente neste ponto, a justiça jurídica se diferencia do “pietismo jurídico” da ala radical da escola do direito livre, a qual rejeitou “o tratamento igual dos iguais e, conseqüentemente, toda possibilidade de generalização de deveres concretos, tipificados em proposições generalizadamente formuladas de dever-ser”<sup>65</sup>. Pois, aqui, o compelimento à conexão específico no sistema jurídico expõe a justiça infinita a três limitações drásticas diferentemente atuantes.

Ela deve produzir a conexão estrutura/decisão dentro do espaço de possibilidades de decisões jurídicas altamente limitado pelo código jurídico/antijurídico e por seus programas, ainda que isso contrarie seu próprio convencimento – compelimento à decisão<sup>66</sup>. Mesmo que o juiz saiba, após um longo e doloroso processo de reflexão e discussão, que ambas as partes do processo jurídico “têm razão”, e mesmo que ele saiba que, decidindo de qualquer forma, será injusto com uma das partes, ele precisa acolher ou rejeitar o pedido – sob exigência da justiça<sup>67</sup>. *Tertium non datur*.

Do mesmo modo, o sistema jurídico estabelece imposições cognitivas praticamente insuportáveis para a busca pela justiça. Não é permitido que a busca se perca em sentimentos

<sup>65</sup> Franz Wieacker (1967) *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 580 e nota de rodapé 57. NT: tradução nossa.

<sup>66</sup> Luhmann (1993) (nota 2), 307ss.; Marie Theres Fögen (2004) "Schrittmacher des Rechts: Anmerkungen zum Justiz- und Rechtsverweigerungsverbot", in: Heinrich Honsell (Org.) *Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer*, Basel: Helbing und Lichtenhahn, 3-20.

<sup>67</sup> Assim o conhecido paradoxo do rabino, recontado por Henri Atlan, *À tort et à raison: Intercritique de la science et du mythe* (1986) p.? primeira página do texto. 1ss. Ou o conhecido paradoxo de Atena, interpretado de forma adaptada à contemporaneidade por Fögen (nota 43).

irracionais de injustiça ou em aspirações vagas à justiça. Ao invés, ela é constrangida pelas aporias especificamente estruturadas do processo jurídico, mencionadas acima, a expor-se com toda a intensidade à experiência da irracionalidade, do senso de justiça, da alteridade, do sofrimento, da dor, do vazio e da plenitude da transcendência. Ela deve, então, transformar essa experiência em fundamentos racionais, argumentos técnico-jurídicos, dogmática jurídica conectável – *compelimento à fundamentação*. Aqui, pois, vem à tona a dificuldade tão enfaticamente descrita por Luhmann, de se ir, responsivamente e com argumentos racionais, ao encontro das elevadas exigências que o mundo externo impõe ao Direito mas, ao mesmo tempo, satisfazer às exigências internas relativas a uma decisão consistente do caso.

Finalmente, o espaço de atuação da justiça jurídica é restringido pelo fato de que ela não dispõe de todos os meios de poder e de influência deste mundo para, assim, poder criar uma sociedade justa. Ao contrário, ela dispõe apenas das operações e estruturas do Direito, de atos jurídicos e normas jurídicas, que, em comparação, são ao mesmo tempo altamente especializados e pobres. Ela [a justiça jurídica] é confrontada com rigorosas limitações quanto a suas possibilidades de solução, que a diferenciam do ato arbitrário de um soberano poderoso, de um oráculo obscuro, da revelação mística. Ela deve reduzir, de uma forma absurdamente simplificadora, suas impressionantes experiências da alteridade – isto é, as experiências da infinitude interna do homem individual, as experiências da racionalidade própria e da normatividade própria dos diferentes discursos – bem como as experiências da irracionalidade, à formulação de uma norma que carrega a pretensão de ser adequada ao conflito jurídico – *compelimento à normatização*<sup>68</sup>.

Os efeitos que derivam destes três *compelimentos* impostos à justiça jurídica dificilmente podem ser superestimados. *Compelimento à decisão*: a justiça não pode deixar o conflito no limbo, uma parte deve ter razão, as outras não; *compelimento à fundamentação*: a decisão deve estar apoiada em fundamentos que osem empreender a inútil tentativa de conectar plausivelmente consistência e responsividade. *Compelimento à normatização*: a decisão requer a redução da complexa problemática do caso a uma norma casuística muito mais simples. Sob tais condições irrazoáveis, devem então ser produzidas estruturas de novos tipos, que superem o hiato e possibilitem o “salto”? Na realidade, diante das infinitas exigências da justiça, apenas um modesto “ordenamento provisório” é estabelecido.

---

<sup>68</sup> Wolfgang Fikentscher (1977) *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Vol.IV. Tübingen: Mohr & Siebeck, especialmente capítulos 31-33.

Se teorias da justiça quiserem desconsiderar esses compelimentos – e estas teorias não são a minoria e são, sem exceção, as mais sensíveis –, elas colocam a si mesmas em descrédito. Elas levam a sério a justiça como transcendência radical do Direito, mas omitem as demandas reversas da transcendência do Direito de, em nome da onipresença, realizar a justiça na imanência do Direito<sup>69</sup>. Elas se excluem do discurso jurídico da justiça, que compele seus participantes a consumir a auto-transcendência do Direito, mas, ao mesmo tempo, a retraduzi-la em normas, argumentos e decisões jurídicas. Teorias que se esquivam deste compelimento podem funcionar como teorias filosóficas da justiça, podem até causar grandes dores ao Direito, como um espinho na carne. Mas a dor cessa. Após certo tempo ela nem é registrada mais. Deste destino de crescente irrelevância padecem especialmente teorias “críticas” do Direito. Elas colapsam diante da lei de ferro do processo do Direito: crítica sem contraproposta não conta<sup>70</sup>. Mesmo um “negativismo jurídico” só pode definir a si mesmo como um fenômeno de transição, em algum momento ele precisará e irá formular as condições sob as quais proibições jurídicas deverão ser condicionalmente colocadas em liberdade<sup>71</sup>. Os compelimentos à conexão do Direito apresentam à busca pela justiça uma outra alternativa àquela que Adorno formulou para a filosofia moral, com a qual ele, correspondentemente, pôde externar suas preferências: a favor de uma “concreta denúncia do inumano” e contra uma “identificação descomprometida e abstrata do ser do homem”<sup>72</sup>. A temperamental crítica jurídica dos *Critical Legal Studies* mereceria um estudo de caso jussociológico-empírico para demonstrar a auto-marginalização de juristas altamente talentosos e motivados, mas que defendem a recusa da prestação jurisdicional. E, em oposição ao “*Hic Rhodus*” jurídico, também não pode subsistir um atentismo heideggeriano (de direita ou de esquerda), sejam as esperanças de Giorgio Agamben de uma nova comunidade, seja a paciente espera de Philip Nonet por ...<sup>73</sup>. A seu modo, tanto Luhmann como Derrida afirmaram isto com toda clareza. Derrida vai tão longe em sua crítica a Benjamin que chega a acusar uma teoria da justiça, que se recusa a retornar à imanência dos cálculos jurídicos e que,

---

<sup>69</sup> Com toda clareza Folkers (2000) (nota 59), 78.

<sup>70</sup> Apenas aparentemente, argumenta contrariamente Roellecke: Gerd Roellecke, "Kritik ohne Ersatzvorschlag ist noch lange kein Gedöns", *Frankfurter Allgemeine Zeitung* em 10.02.2006.

<sup>71</sup> Sobre o negativismo jurídico Rudolf Wiethölter (1969) "Recht und Politik. Bemerkungen zu Peter Schwerdtners Kritik", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 155-158, 158 e sobre as liberdades sob restrições Wiethölter (2004) (nota 53), 20ss.

<sup>72</sup> Adorno (1996) (nota 12) 261. NT: tradução nossa.

<sup>73</sup> Giorgio Agamben (2002) *Homo Sacer: Die souveräne Macht und das nackte Leben*, Frankfurt: Suhrkamp, 197ss.; Giorgio Agamben (2004) *Ausnahmezustand (Homo Sacer II.I)*, Frankfurt: Suhrkamp, 83ss.; Philippe Nonet (2007) "Time and Law", *Theoretical Inquiries in Law*, 311-332, 322ss.

ao invés disso, se dá por satisfeita com a diferenciação entre violência mítica e mística, cujos critérios devem permanecer inacessíveis para o homem, de cumplicidade com o que há de pior<sup>74</sup>.

Entretanto, não se deveria esquecer dos aspectos positivos do compêlimento jurídico ao disciplinamento, que poderiam levar também os teóricos da justiça que defendem a recusa da prestação jurisdicional a pensar: esse compêlimento coloca o Direito sob uma extraordinária pressão inovativa. Diante do duplo imperativo “introduzir o caos na ordem”, nenhuma norma legal, nenhum ato do julgador, nenhum construto dogmático pode subsistir, tudo é submetido ao julgamento da justiça. Mais difícil é, no entanto, satisfazer à demanda de formulação de propostas de substituição que é, simultaneamente, levantada. A justiça jurídica deve inventar continuamente novas normas legais, atos de julgadores, conceitos jurídicos, que estejam à altura da pretensão de serem mais justos do que os anteriores, percebidos como fórmulas profundamente injustas. Com isso, uma dimensão comparativa é introduzida no Direito, e ela permite, ou mesmo obriga, que este diferencie entre graus mais elevados e mais baixos de justiça. Mais justo que os outros seria, assim, um ordenamento jurídico que permitisse e promovesse sua auto-transcendência em diferentes dimensões da alteridade de forma mais radical que os outros, mas que também produzisse decisões, argumentos e normas que se manifestassem como mais justas diante de outros ordenamentos jurídicos. Porém, pressão inovativa significa também chance de inovação. Aquilo que nós abordamos acima como uma estranha peculiaridade da fórmula da justiça jurídica, nomeadamente a combinação de alta indeterminação (auto-transcendência) e alta determinação (o compêlimento à forma do jurídico), estimula o desenvolvimento de energias criativas. No “espaço imaginário” da *re-entry*, as fantasias jurídicas de construção encontram sua grande chance. Não é por acaso que a pessoa jurídica, o contrato consensual e o construto do Estado são considerados conquistas civilizatórias de primeira grandeza para o Direito e a sociedade. E a fábula sempre recontada do “décimo segundo camelo” aponta para semelhanças secretas entre a criatividade artística e a jurídica<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Derrida (1991) (nota 2), 124ss. Uma crítica contundente a uma tal “exegese assustadora de Benjamin” e à “desconstrução afirmativa” de Derrida, que daí resulta, a qual não mais objetiva uma destruição frontal, mas sim uma “eliminação circular de fronteiras do Direito”, manifesta-se Cornelia Vismann (1992) “Das Gesetz 'DER Dekonstruktion'”, 11 *Rechtshistorisches Journal*, 250-264, 262.

<sup>75</sup> Sobre isso, as contribuições em Gunther Teubner (Org.) (2000) *Die Rückgabe des zwölften Kamels: Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*, Stuttgart: Lucius & Lucius.

#### 4. *Effets pervers*

Porém, o estranho é: dentre os que buscam a justiça, aqueles que defendem a recusa da prestação jurisdicional têm razão. Por amor à justiça, eles não estão prontos para pagar o preço pela tripla limitação do discurso da justiça. Pois o preço pela redução da experiência infinita da justiça a uma decisão binariamente codificada, à sua fundamentação responsivo-consistente e à sua normatização condicional é alto – nova injustiça. Especialmente em função da miserabilidade do compimento à forma jurídica, mas também devido à falta de sensibilidade da universalização filosófica, a busca jurídica pela justiça provoca necessariamente nova injustiça, que, por seu turno, conduz a uma renovada auto-transcendência e a um renovado disciplinamento. Levinas: “Os princípios genéricos e generosos podem se perverter na aplicação. Cada pensamento generoso é ameaçado por seu próprio stalinismo”<sup>76</sup>. Aqui, torna-se especialmente perceptível a diferença desta visão cíclica, minada pela própria justiça, para uma visão hierárquica da justiça, que espera um aumento da justiça por meio de decisões amparadas por fundamentos racionais. Pois ela demonstra claramente que a dependência do Direito em relação a decisões racionais, fundamentações e normatizações é uma das mais complexas fontes de injustiça entre os homens.

O lado mais obscuro da justiça jurídica é, entretanto, o seu incontrolável impulso à universalização de si própria, é a tentação óbvia da “justicialização” [*Vergerechtlichung*], que expande a sua lógica de dupla face – auto-transcendência do Direito e seu re-disciplinamento jurídico – para toda a sociedade<sup>77</sup>. Ao invés de a justiça jurídica limitar-se à resolução dos conflitos, em oposição às exigências bastante diferentes da justiça política distributiva ou da justiça moral da consideração mútua, ela procura realizar, na “febre aguda da justiça”<sup>78</sup> e com os meios da justiça jurídica, uma sociedade justa. É justo decidir os problemas do mundo de acordo com o código binário jurídico/antijurídico – esta é a *summum ius, summa iniura* da

<sup>76</sup> Emmanuel Levinas (1982) *L'au delà du sujet*, Paris: Les éditions de Minuit, 98. (NT: tradução nossa). Aqui se encontra o ponto de inserção do “ceticismo” de Levinas diante de racionalizações filosóficas e jurídicas da justiça, de cuja necessidade ele, no entanto, está convencido, Levinas (1992) (nota 61), 364. Esclarecedor a respeito do assunto, Christian Schlüter (2000) *Gleichheit - Freiheit - Gerechtigkeit: Versuch einer Ortsbestimmung in praktischer Absicht*, disponível em: <http://dochoost.rz.hu-berlin.de/dissertationen/schlueter-christian-2000-07-12/PDF/Schlueter.pdf>, 196ss.; Hans-Dieter Gondek (1994) "Gesetz, Gerechtigkeit und Verantwortung bei Levinas", in: Anselm Haverkamp (Org.) *Gewalt und Gerechtigkeit: Derrida - Benjamin*, Frankfurt: Suhrkamp, 315-330.

<sup>77</sup> Sobre o assunto, vale destacar Bernhard Schlink (2004) "Der Preis der Gerechtigkeit", 58 *Merkur*, 983-997.

<sup>78</sup> Assim, o médico Relling sobre a sede de justiça de Greger em Henrik Ibsen (1994, Orig. 1884), *Die Wildente*. Stuttgart, 67.



sociedade funcionalmente diferenciada. Ela compartilha esse impulso com outras fórmulas de contingência, com a da economia, de descrever todo o mundo como um problema de escassez a ser resolvido através de meios econômicos, com a da fórmula de legitimidade da política e com a da limitacionalidade da ciência. Todas elas prometem poder produzir, com seus meios, uma boa sociedade, apesar de elas, no entanto, só poderem dar respostas parciais extremamente limitadas para seus respectivos domínios. A “justicialização” [*Vergerechtlichung*] da sociedade como tentativa de conduzir toda a sociedade à justiça através de um instrumental jurídico é um dos mais desastrosos imperialismos da racionalidade moderna, da economização, politização, cientifização, moralização, medicalização da sociedade – um processo de crescimento unidirecional da justiça jurídica, contra o qual a vigilância política se faz necessária. Este imperialismo de uma racionalidade apenas parcial é tão perigoso porque ele vai ao encontro da aspiração dos homens a uma justiça indivisível mesmo na sociedade atual, ainda que ele saiba que, na modernidade, essa aspiração em princípio não pode ser acalentada. Mesmo assim, por meio da justiça jurídica, que se eleva à justiça social como um todo, esse imperialismo fornece uma promessa falsa de salvação. Ambos geram uma perigosa mistura de perguntas irrespondíveis e de respostas mentirosas. “Direitos humanos como o ideal de uma sociedade justa” – este imperialismo, hoje difundido, de uma justiça jurídica desacorrentada, produz o buscador totalitário da justiça da modernidade, que, em suas intemperanças jurídicas, projeta a justiça limitada do Direito em toda a sociedade: “um dos mais virtuosos e, ao mesmo tempo, um dos mais temíveis homens de nosso tempo”<sup>79</sup>.

**Tradução: Paula Maria Nasser Cury\*\*\***

---

<sup>79</sup> Kleist (nota 39), 81; sobre o tema, a interpretação inspiradora de Regina Ogorek (1988) "Adam Müllers Gegensatzphilosophie und die Rechtsausschweifungen des Michael Kohlhaas", 96-131,121ss. NT: tradução nossa.

\*\*\* Mestra em Teoria do Direito pela PUC Minas; Doutoranda em Filosofia do Direito pela Universidade de Heidelberg – Alemanha.

## BIBLIOGRAFIA

Adorno, Theodor (2003) *Minima Moralia: Reflexionen aus dem beschädigten Leben*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Adorno, Theodor W. (1973) *Negative Dialektik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp. - (1996) *Nachgelassene Schriften Bd. 10: Probleme der Moralphilosophie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Agamben, Giorgio (2002) *Homo Sacer: Die souveräne Macht und das nackte Leben*, Frankfurt: Suhrkamp. - (2004) *Ausnahmezustand (Homo Sacer II.1)*, Frankfurt: Suhrkamp.

Albert, Hans (1968) "Das Problem der Begründung", in: Hans Albert (Hrsg.): *Traktat über kritische Vernunft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 9-34.

Barjiji-Kastner, Fatima (2007) *Ohnmachtssemantiken: Systemtheorie und Dekonstruktion*, Weilerswist: Velbrück.

Buckel, Sonja (2007) *Subjektivierung und Kohäsion: Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts*, Weilerswist: Velbrück.

Cahn, Edmond N. (1949) *The Sense of Injustice*, New York: New York University Press.

Cotterell, Roger (2006) *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford: Clarendon.

Derrida, Jacques (1991) *Gesetzeskraft: Der 'mystische Grund der Autorität'*, Frankfurt: Suhrkamp.

- (1993) *Falschgeld: Zeitgeben I*, München: Fink.

- (1995) *Marx' Gespenster: Der verschuldete Staat, die Trauerarbeit und die neue Internationale*, Frankfurt: Fischer.

- (1999) *Préjugés: Vor dem Gesetz*, Wien: Passagen.

- (2000) "Jahrhundert der Vergebung. Möglichkeiten und Grenzen des Verzeihens", 48 *Lettre International*, 10-18.

- (2000) *Politik der Freundschaft*, Frankfurt: Suhrkamp.

Dreier, Ralf (2002) "Niklas Luhmanns Rechtsbegriff", 88 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 305-322.

Durkheim, Emile (1977) *Über die Teilung der sozialen Arbeit*, Frankfurt: Suhrkamp.

Durkheim, Émile (1992) *Über soziale Arbeitsteilung: Studie über die Organisation höherer Gesellschaften*, Frankfurt: Suhrkamp.

Esser, Josef (1970) *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, 2. Aufl. 1972. Frankfurt: Athenäum.

Fikentscher, Wolfgang (1977) *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd.IV.

Tübingen: Mohr & Siebeck.

Foerster, Heinz von (1993) *Wissen und Gewissen*, Frankfurt: Suhrkamp.

Fögen, Marie Theres (2004) "Schrittmacher des Rechts: Anmerkungen zum Justiz- und Rechtsverweigerungsverbot", in: Heinrich Honsell (Hrsg.): *Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer*. Basel: Helbing und Lichtenhahn, 3-20.

- (2007) "Die Tragödie des Entscheidens: Eine Anmerkung zu den „Eumeniden“ des Aischylos", *Ancilla Juris (anci.ch)*, 42-47.

Folkers, Horst (2000) "Johannes mit Aristoteles ins Gespräch über die Gerechtigkeit vertieft: Epilegomena zum 12. Kamel des Niklas Luhmann", 21 *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 61-107.

Forst, Rainer (1994) *Kontexte der Gerechtigkeit: Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Frankfurt: Suhrkamp.

- (1999) "Die Rechtfertigung der Gerechtigkeit. Rawls' Politischer Liberalismus und Habermas' Diskurstheorie in der Diskussion", in: Hauke Brunkhorst und Peter Niesen (Hrsg.): *Das Recht der Republik. Festschrift für Ingeborg Maus*. Frankfurt: Suhrkamp, 105-168.

Foucault, Michel (1976) *Überwachen und Strafen: Die Geburt des Gefängnisses*, Frankfurt: Suhrkamp.

- (2002) *Die Ordnung der Dinge*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Gondek, Hans-Dieter (1994) "Gesetz, Gerechtigkeit und Verantwortung bei Levinas", in: Anselm Haverkamp (Hrsg.): *Gewalt und Gerechtigkeit: Derrida - Benjamin*. Frankfurt: Suhrkamp, 315-330.

Goodman, Nelson (1990) *Weisen der Welterzeugung*, Frankfurt: Suhrkamp.

Günther, Gotthard (1976) "Cybernetic Ontology and Transjunctional Operations", in: Gotthard Günther (Hrsg.): *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik I*. Hamburg: Meiner, 249-283.

- (1976) "Life as Poly-Contextuality", in: Gotthard Günther (Hrsg.): *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik I*. Hamburg: Meiner, 283-306.

Habermas, Jürgen (1971) "Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz", in: Jürgen Habermas und Niklas Luhmann (Hrsg.): *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie - Was leistet die Systemforschung*. Frankfurt: Suhrkamp, 101-141.

- (1973) "Wahrheitstheorien", in: Helmut Fahrenbach (Hrsg.): *Wirklichkeit und Reflexion: Walter Schulz zum 60. Geburtstag*. Pfullingen: Neske, 211-265.
- (1985) "Die Neue Unübersichtlichkeit: Die Krise des Wohlfahrtsstaates und die Erschöpfung utopischer Energien", 39 *Merkur*, 1-14.
- (1992) *Faktizität und Geltung*, Frankfurt: Suhrkamp.

Honneth, Axel (2000) *Das Andere der Gerechtigkeit: Aufsätze zur praktischen Philosophie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Kauppert, Michael (2005) "Gesellschaftsstruktur und Gerechtigkeit in Heinrich von Kleists *Michael Kohlhaas*", in: Michael Corsten, Hartmut Rosa und Ralph Schrader (Hrsg.): *Die Gerechtigkeit der Gesellschaft*. Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 75-100.

Kelsen, Hans (1960) "Das Problem der Gerechtigkeit", in: Hans Kelsen (Hrsg.): *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Denticke, 335-444.

Kerchove, Michel van de und François Ost (1992) *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris: Presses Universitaires de France.

Kiesow, Rainer Maria (2004) "Error iudicis: Fünf Gänge und ein Rätsel", in: Rainer Maria Kiesow und Henning Schmidgen (Hrsg.): *Das Irrsal hilft*. Berlin: Merve, 29-45.

Kleist, Heinrich von (1963) "Michael Kohlhaas", in: (Hrsg.): *Kleists Werke Bd. 1*. Weimar: Volkerverlag, 81-187.

Koselleck, Reinhart (2006) "Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung", in: Reinhart Koselleck (Hrsg.): *Begriffsgeschichten: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*. Frankfurt: Suhrkamp, 365-401.

Ladeur, Karl-Heinz (1992) *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz - Selbstorganisation - Prozeduralisierung*, Berlin: Duncker & Humblot.

Levinas, Emmanuel (1982) *L'au delà du sujet*, Paris: Les éditions de Minuit. - (1987) *Totalität und Unendlichkeit: Versuch über die Exteriorität*, Freiburg: Alber.

- (1992) *Jenseits des Seins oder anders als Sein geschieht*, Freiburg: Alber. Luhmann, Niklas (1974) *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart: Kohlhammer. Luhmann, Niklas (1981) "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft", in: Niklas Luhmann (Hrsg.): *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt: Suhrkamp, 374-418.

Luhmann, Niklas (1981) "Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft", in: Niklas Luhmann (Hrsg.): *Gesellschaftsstruktur und Semantik Bd. 2*. Frankfurt: Suhrkamp, 45-104.

- (1984) *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt: Suhrkamp.

- (1988) "Closure and Openness: On Reality in the World of Law", in: Gunther Teubner (Hrsg.): *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: de Gruyter, 335-348.

Luhmann, Niklas (1993) *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Luhmann, Niklas (1997) *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp.

- (2000) *Organisation und Entscheidung*, Opladen: Westdeutscher Verlag.

Lyotard, Jean-François (1987) *Der Widerstreit*, 2. Aufl. 1989. München: Fink.

Menke, Christoph (2004) *Spiegelungen der Gleichheit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Nonet, Philippe (2007) "Time and Law", *Theoretical Inquiries in Law*, 311-332.

Ogorek, Regina (1988) "Adam Müllers Gegensatzphilosophie und die Rechtsausschweifungen des Michael Kohlhaas", 96-131.

Pauer-Studer, Herlinde (2000) *Autonom leben: Reflexionen über Gleichheit und Freiheit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Petersen, Hanne und Henrik Zahle (1995) *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot: Dartmouth.

Placentinus (1192) "Quaestiones de iuris subtilitatibus", in: H. Fitting (1894) (Hrsg.): *Quaestiones de iuris subtilitatibus des Irnerius*. Berlin: J. Guttentag,

Raiser, Thomas (2007) *Grundlagen der Rechtssoziologie*, Tübingen: Mohr Siebeck.

Rawls, John (1971) *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.  
- (1975) *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt: Suhrkamp. Author, "Kritik ohne Ersatzvorschlag ist noch lange kein Gedöns", *Frankfurter Allgemeine Zeitung* am 10.02.2006.

Röhl, Klaus F. (2001) *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*, 2. Auflage, Köln: Heymann.

Rosen, Lawrence (1989) *The Anthropology of Justice: Law as Culture in Islamic Society*, Cambridge: Cambridge University Press.

Rottleuthner, Hubert (1988) "Biological Metaphors in Legal Thought", in: Gunther Teubner (Hrsg.): *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: De Gruyter, 97-127.

Schlink, Bernhard (2004) "Der Preis der Gerechtigkeit", 58 *Merkur*, 983-997.

Schlüter, Christian (2000) *Gleichheit - Freiheit - Gerechtigkeit: Versuch einer Ortsbestimmung in praktischer Absicht*, abrufbar unter: <http://dohost.rz.hu-berlin.de/dissertationen/schlueter-christian-2000-07-12/PDF/Schlueter.pdf>.

Spencer Brown, George (1997) *Gesetze der Form*, Lübeck: Bohmeier.

Teubner, Gunther (1989) *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt: Suhrkamp.  
- (1996) "Altera Pars Audiatur. Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche", 65 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft*, 199- 220.  
- (1997) "Im blinden Fleck der Systeme: Die Hybridisierung des Vertrages", 3 *Soziale Systeme*, 313-326.  
- (Hrsg.) (2000) *Die Rückgabe des zwölften Kamels: Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*, Stuttgart: Lucius & Lucius.  
- (2003) "Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter", in: Christian Joerges und Gunther Teubner (Hrsg.): *Rechtsverfassungsrecht: Recht- Fertigungen zwischen Sozialtheorie und Privatrechtsdogmatik*. Baden-Baden: Nomos, 25-45.  
- (2005) "Dreiers Luhmann", in: Robert Alexy (Hrsg.): *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*. Tübingen: Mohr Siebeck, 199-211.  
- (2006) "Die anonyme Matrix: Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure", 45 *Der Staat*, 161-187.

Teubner, Gunther und Peer Zumbansen (2000) "Rechtsverfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels", in: Gunther Teubner (Hrsg.): *Die Rückgabe des zwölften Kamels: Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*. Stuttgart: Lucius & Lucius, 189-215.

Varela, Francisco J. (1992) "Whence Perceptual Meaning? A Cartography of Current Ideas", in: F.J. Varela und J.P. Dupuy (Hrsg.): *Understanding Origins: Contemporary Views on the*

*Origin of Life, Mind and Society*. Dordrecht: Kluwer, 235-263.

Vismann, Cornelia (1992) "Das Gesetz 'DER Dekonstruktion'", 11 *Rechtshistorisches Journal*, 250-264.

Walzer, Michael (1992) *Sphären der Gerechtigkeit: Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit*, Frankfurt: Suhrkamp.

Weber, Max (1921) *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2. vermehrte Aufl. 1925, 5. Aufl. 1976  
Tübingen: Mohr & Siebeck.

- (1968) *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen: Mohr & Siebeck.

Weick, Karl E. (1985) *Der Prozeß des Organisierens*, Frankfurt: Suhrkamp.

Wieacker, Franz (1967) *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Wiethölter, Rudolf (1969) "Recht und Politik. Bemerkungen zu Peter Schwerdtners Kritik", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 155-158.

- (1989) "Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?" in: Axel Honneth, Thomas McCarthy, Claus Offe und Albrecht Wellmer (Hrsg.): *Zwischenbetrachtungen: Im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag*. Frankfurt: Suhrkamp, 794-812.

- (1994) "Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?" in: Gunther Teubner (Hrsg.): *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*. Baden-Baden: Nomos, 89-120.

- (2003) "Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts", in: Christian Joerges und Gunther Teubner (Hrsg.): *Rechtsverfassungsrecht: Rechtfertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*. Baden-Baden: Nomos, 1-45. Wittgenstein, Ludwig (1989) "Philosophische Untersuchungen", in: Ludwig Wittgenstein (Hrsg.): *Werkausgabe Bd.1*. Frankfurt: Suhrkamp, 234-580.