

A eterna busca pela justiça: de Aristóteles a Chaim Perelman

The eternal search for justice: from Aristotle to Chaim Perelman

Juliane Caravieri Martins Gamba¹; Zélia Maria Cardoso Montal²

Resumo

Na busca da Justiça, deve-se utilizar da equidade, cujas raízes remontam à Antiguidade, e da lógica do razoável, proposta por Chaim Perelman na obra *Ética e Direito*, como instrumentos norteadores da aplicação das normas aos casos concretos. É preciso garantir um convívio social justo e equilibrado numa sociedade em crescente e acelerada evolução, porém as leis nem sempre conseguem acompanhar, então é necessário que os intérpretes do Direito se utilizem de valores éticos. A Justiça é uma aspiração do ser humano que procura encontrar aquela Justiça possível de ser concretizada, e o Direito é um vetor na consecução deste objetivo, mediante o estabelecimento de regras de conduta que garantam a paz e a harmonia social. Porém, a Justiça é uma idéia inacabada, uma vez que a sociedade está sempre em constante transformação e evolução, e busca aprimorar o que considera como justo e bom.

Palavras-chave: Justiça. Ética. Lógica do razoável. Interpretação.

Abstract

In the search for Justice, equity, whose roots date back to Antiquity, and the new rhetoric, proposed by Chaim Perelman in the work *Ethics and Law*, should be used as guiding instruments for the application of rules to specific cases. In order to assure a fair and balanced social coexistence in a society with an increasing and rapid evolution, whose legislation is not always able to follow this same evolution, it is necessary that the interpreters of the Law make use of ethical values. Justice is an aspiration of the human being who intends to find the Justice that is possible to be achieved, having the Law as a means to achieve this purpose, through the establishment of rules of conduct that assure peace and social harmony. However, Justice is an unfinished idea, since society is always in constant transformation and evolution, seeking to improve what it considers as fair and good.

Key words: Justice. Ethics. The new rhetoric. Interpretation.

¹ Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual Paulista; Graduada em Direito e Especialista em Economia Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina; Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Braz Cubas e Mestranda em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo; advogada; e-mail: jcaravierigamba@uol.com.br

² Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional; Mestranda em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Membro do Ministério Público do Trabalho e professora universitária; e-mail: zmontal@gmail.com.

Introdução

A justiça sob diversos nomes, governa o mundo, a natureza e humanidade, ciência e consciência, lógica e moral, economia política, política, história, literatura e arte. A justiça é o que há de mais primitivo na alma humana, de mais fundamental na sociedade, de mais sagrado entre as noções e que as massas reclamam hoje com mais ardor. É a essência das religiões, ao mesmo tempo que a forma da razão, o objeto secreto da fé, e o começo, o meio e o fim do saber. Que imaginar de mais universal, de mais forte, de mais perfeito do que a justiça? (PROUDHON, 1868, p. 44).

O presente artigo não tem a pretensão de se aprofundar no debate teórico acerca da definição de um conceito preciso de Justiça, pois essa questão atormentou os filósofos e os pensadores do direito ao longo dos séculos da história da Humanidade, sem que se tenha chegado a um consenso a esse respeito.

Realmente, o único consenso a que se pode chegar é que o homem e o próprio Direito ainda não conseguiram delimitar o conceito de Justiça, restando saber se realmente se chegará a uma definição plausível que explique e justifique os anseios do bom e do justo pela própria Humanidade.

Assim, em função dos limites do presente artigo, o estudo limitar-se-á à visão de alguns filósofos em relação à Justiça (Aristóteles, Roberto A. R. de Aguiar, Niklas Luhmann, Luís Recaséns Siches e Chaim Perelman) e da utilização pelo operador do direito da chamada “lógica do razoável” como um instrumento norteador na aplicação das normas aos casos concretos.

Cabe salientar que não houve uma análise aprofundada de toda a obra dos filósofos mencionados, de modo que não se apresentará uma visão global de seus pensamentos, limitando-se à análise da concepção de Justiça em algumas de suas obras.

Por uma definição de justiça

A grande questão que atormenta os homens, ao longo dos séculos da história da humanidade, é tentar delimitar o conceito de Justiça.

Barbosa (1985, p. 33-34) apresenta a evolução da idéia de Justiça:

A palavra justiça, não só suscita controvérsias em relação ao seu significado, mas também à sua própria etimologia. Para uns as palavras *jus*, *justitia* e *justum*, seriam derivadas do radical *ju* (yu), do idioma sânscrito, uma antiga língua clássica da Índia. *Ju* (yu), em sânscrito, significa unir, atar, dando origem em latim a *jungere* (jungir) e *jugum* (jugo, submissão, opressão, autoridade). Outros referem-se à palavra *yóh*, também sânscrita, que se encontra no livro dos Vedas (livro sagrado dos hindus, correspondente à Bíblia para os cristãos, à Tora para os judeus e ao Corão para os muçulmanos), e que corresponde à idéia religiosa de salvação. Na Idade Moderna, alguns filósofos associaram a idéia de jus a Zeus ou Júpiter, as divindades supremas de gregos e romanos. Estas explicações não são necessariamente excludentes, revelando-nos que a primeira noção de justiça expressou um relacionamento sob a proteção divina.

Reale (1994, p. 371) quando trata da teoria da justiça, assim a define:

Cada época histórica tem a sua imagem ou a sua idéia de justiça, dependente da escala de valores dominante nas respectivas sociedades, mas nenhuma delas é toda justiça, assim como a mais justa das sentenças não exaure as virtualidades todas do justo.

No entendimento de Nunes (2003, p. 397), justiça significa:

[...] a conformidade com o Direito. Equilíbrio perfeito que a moral e a razão estabelecem entre o direito e o dever. Determinação do espírito fundada na razão, na consciência, para que se dê a cada um, com absoluta

imparcialidade, quanto de direito lhe cabe ou lhe é devido. Realização consubstanciada e integral do Direito. Virtude inata aperfeiçoada pelas convenções humanas de reconhecer e respeitar o direito alheio.

Por sua vez, Abbagnano (2003, p. 593) apresenta outra definição de justiça:

Justiça em geral, a ordem das relações humanas ou a conduta de quem se ajusta a essa ordem. Podem-se distinguir dois significados principais: Justiça como conformidade da conduta a uma norma e Justiça como eficiência de uma norma (ou de um sistema de normas, entendendo-se como eficiência de uma norma certa capacidade de possibilitar as relações entre os homens).

Mas afinal, pode-se estabelecer um conceito de Justiça? Essa questão surgiu entre os gregos, e salienta-se o pensamento de Aristóteles.

Justiça como virtude

Aristóteles, na obra “Ética a Nicômaco”, entende a Justiça como virtude. De acordo com o pensamento aristotélico, “toda arte e toda investigação, bem como toda ação e toda escolha, visam a algum bem; e por isso foi dito, não sem razão, que o bem é aquilo a que as coisas tendem” (2006, p. 17). Verifica-se que o bem é a finalidade da Ética³ e de todas as atividades humanas, devendo orientar a atuação de todas as pessoas na sociedade e, em especial, dos julgadores.

Visto que as atividades humanas são variadas, não há um modelo preestabelecido de como se atingir o bem e a felicidade, cabendo a cada um analisar suas ações e os resultados que elas produzem, ou seja, se os resultados das ações atingiram a felicidade na sociedade para a qual foram direcionadas.

³ “Ética vem do grego *ethikós*, de *ethos*, que significa ‘costume’. É a parte da filosofia que estuda a conduta humana para se atingir o bem comum. Ela também é chamada de *filosofia moral*, ou simplesmente de *moral*.” (CHALITA, 2006, p. 60).

É nesse sentido o posicionamento de Aristóteles (2006, p. 19), ao afirmar que “cada homem julga bem as coisas que conhece, e desses assuntos ele é bom juiz. Assim, o homem instruído a respeito de um assunto é bom juiz nesse assunto, e o homem que recebeu instrução a respeito de todas as coisas é bom juiz em geral”.

Portanto, no exercício do ato de julgar, as ações devem objetivar o bem supremo dos seus cidadãos que é a felicidade: finalidade precípua da ética. Logo, não se pode dissociar a ética da política.

Chalita (2003, p. 42) explicita com clareza esse posicionamento:

Aristóteles afirma que a política visa infundir um determinado caráter nos cidadãos, de modo a garantir que a comunidade viva de maneira justa e que todas as pessoas possam ser felizes, individualmente ou como partes de uma unidade maior. Pois a verdadeira política deve estar no coração dos homens e das mulheres, deve ser uma presença concreta no espírito de todos, para a vida em sociedade ser realmente boa. Afinal, o objetivo da política é a felicidade, e o bem que ela almeja é o mais alto, é o bem supremo. Assim, é impossível separar ética e política: uma não pode existir sem a outra, uma não pode cumprir seus objetivos sem a companhia da outra.

Visto que a felicidade, o bem supremo, é o objetivo de todas as ações humanas, incluindo a arte do julgar pelos Juízes, resta saber o que se precisa para ser feliz. Segundo Aristóteles, para se atingir a felicidade suprema é necessária a conquista de três realizações: possuir bens materiais, ter prazer e possuir excelência moral e intelectual.

Por possuir bens materiais, entende-se o acesso aos bens necessários à subsistência dos indivíduos para uma vida sem carências, seriam, por exemplo, os alimentos, a moradia, o vestuário, enfim, as necessidades materiais mais urgentes para a sobrevivência do ser humano.

Ter prazer não significa simplesmente o prazer em si, mas a obtenção de coisas agradáveis que

variam de uma pessoa para outra, conforme a experiência pessoal de cada um.

A *excelência intelectual* diz respeito ao espírito e à realização de potencialidades ligadas à razão e ao conhecimento obtido por meio da educação (instrução) e dos conhecimentos acumulados pela humanidade ao longo dos séculos, tais como a ciência, a sabedoria e a inteligência.

Finalmente, a *excelência moral* se refere às virtudes que enobrecem a própria existência humana, tais como a coragem, o livre arbítrio, a honestidade, etc., estando relacionada com os sentimentos humanos, com o controle dos impulsos, com o desenvolvimento da solidariedade perante os semelhantes no intuito de se atingir uma relação mais igualitária entre as pessoas, de modo que sua aquisição está relacionada ao hábito.

No Livro II da *Ética a Nicômaco*, Aristóteles (2006, p. 42) expressa claramente o intuito, o propósito, o objeto e o sujeito da ética:

Estou falando da excelência moral, pois é esta que se relaciona com as emoções e ações, e nestas há excesso, falta e meio termo. Por exemplo, pode-se sentir medo, confiança, desejos, cólera, piedade, e, de um modo geral, prazer e sofrimento, demais ou muito pouco, e, em ambos os casos, isto não é bom: mas experimentar estes sentimentos no momento certo, em relação aos objetos certos e às pessoas certas, e de maneira certa, é o meio termo e o melhor, e isto é característico da excelência. Há também, da mesma forma, excesso, falta e meio termo em relação às ações. Ora, a excelência moral se relaciona com as emoções e as ações, nas quais o excesso é uma forma de erro, tanto quanto a falta, enquanto o meio termo é louvado como um acerto; ser louvado e estar certo são características da excelência moral. A excelência moral, portanto, é algo como equidistância, pois, como já vimos, seu alvo é o meio termo. Ademais é possível errar de várias maneiras, ao passo que só é possível acertar de uma maneira (também por esta razão é fácil errar e difícil acertar – fácil errar o alvo, e difícil acertar nele); também é por isto que o excesso e a falta são características da deficiência moral, e o meio termo é uma característica da excelência moral, pois a bondade é uma só, mas a maldade é múltipla.

Ademais, de acordo com Aristóteles, a virtude não é da natureza, mas provém do hábito. A virtude seria a forma mais plena da excelência moral que revelada pela prática da virtude seria, antes de tudo, uma disposição de caráter. Assim, para o exercício da virtude, seria necessário conhecer, julgar, ponderar, discernir, calcular e deliberar.

A virtude, como excelência moral, corresponderia à idéia de uma razão reta em relação às questões da conduta. Tal disposição do caráter humano teria por pressuposto a precedência de uma escolha dos atos a serem praticados e de um hábito firmado pela repetição para conduzir a ação reta.

Nesse sentido, para Aristóteles, a virtude é uma faculdade prática, pois não depende de conhecimento teórico, mas é construída pelo hábito, pela ação exercitada e repetida, mediante um discernimento já existente no caráter do homem.

A natureza da escolha correta (o julgamento justo) estaria potencialmente presente no ser humano que é essencialmente bom. As escolhas seriam traduzidas em ações, mas a deliberação exigiria, porém, consciência e discernimento, além da predisposição para a mediania.

Nesse sentido, Aristóteles (2006, p. 103-105) entende a Justiça como virtude:

Segundo a opinião geral, a justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo; e de modo análogo, a injustiça é a disposição que leva as pessoas a agir injustamente e a desejar o que é injusto. [...] Tanto o homem que infringe a lei como o homem ganancioso e ímprobo são considerados injustos, de tal modo que tanto aquele que cumpre a lei como o homem honesto obviamente são justos. O justo, portanto, é aquele que cumpre e respeita a lei e é probo, e o injusto é o homem sem lei e ímprobo. [...] Com efeito, a justiça é a virtude completa no mais próprio e pleno sentido do termo, porque é o exercício atual da virtude completa. Ela é completa porque a pessoa que a possui pode exercer sua virtude não só em relação a si mesmo, como também em relação ao próximo, uma vez que muitos

homens exercem sua virtude nos assuntos privados, almas não em suas relações com as outras pessoas. [...] Portanto, nesse sentido a justiça não é uma parte da virtude, mas a virtude inteira; nem seu contrário, a injustiça, é uma parte do vício, mas o vício inteiro.

Ademais, na visão de Aristóteles (2006, p. 49), a virtude é:

[...] uma disposição de caráter relacionada com a escolha de ações e paixões, e consistente numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, que é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática. É um meio-termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta, pois nos vícios ou há falta ou excesso daquilo que é conveniente no que concerne às ações e às paixões, ao passo que a virtude encontra e escolhe o meio-termo. Portanto, acerca do que ela é, isto é, qual é a definição da sua essência, a virtude é uma mediania, porém com referência ao sumo bem e ao mais justo, ela é um extremo.

Assim, a virtude aparece como um elemento intrínseco do ser humano, que naturalmente buscaria o bem que lhe é próprio. A virtude está justamente nesta busca, e constitui uma ação. É por essa ação que se vê a virtude humana de fazer o bem e, se a justiça é virtude, logo, o homem sempre estaria buscando a realização da justiça.

Outrossim, na Roma antiga, cristalizou-se uma expressão que designaria o que se entendia por Justiça: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*⁴. Estas expressões que podem ser traduzidos como: viver honestamente, não lesar o outro e dar a cada um o que é seu.

Viver honestamente dependerá do conceito que se tem de honestidade numa determinada sociedade ou situação. Não lesar o outro, por sua vez, também dependerá de uma conceituação mais precisa de lesão que poderá privilegiar mais ou menos os bens desse “outro”. Finalmente, dar a cada um o que é seu

⁴ Expressões contidas no *Praecepta Juris* do jurisconsulto romano Ulpiano.

vai depender da definição que os poderes engendram sobre o que representa esse termo “seu”.

Esta é a regra fundamental de Justiça dos romanos, cuja concepção apresenta-se como lei ou norma, de modo que o direito e a justiça se tornem aparentemente inseparáveis. Logo, a Justiça é vista como um valor, mas o que representa esse valor?

Verifica-se que essa máxima romana também não elucida o que é a Justiça, ao contrário, demonstra que esse conceito pode ser relativo dependendo da definição de outros conceitos que nele estão inseridos.

Dessa maneira, verifica-se que, após Aristóteles, ao longo do processo histórico de formação e desenvolvimento da Humanidade e do próprio direito, os filósofos de diferentes escolas de pensamento buscaram delimitar um conceito específico para a Justiça, não havendo um consenso a respeito.

Justiça como um conceito dialético

Roberto A. R. de Aguiar, na obra “O que é Justiça: uma abordagem dialética” (2004), entende que estabelecer um conceito de Justiça pode significar a implantação de uma ordem social ideologicamente controlada pela classe dominante, em desfavor dos oprimidos, sendo o Direito um mecanismo de legitimação desse controle.

Paradoxalmente, embora a maioria dos juristas acredite que, no envolver da história, permanece sempre um mesmo ideal de justiça que se entremostra nas fissuras dos fatos, *a própria história nos ensina de forma diferente, mostrando que, em seu andamento, duas justicas se apresentam, em contradição: uma dos oprimidos, outra dos opressores*. Uma de manutenção da ordem, outra de derrubada da ordem. A primeira tende a se dizer neutra, mas ambas são basilarmente comprometidas. Desse modo, o quadro se apresenta claro a nós: ou pendemos para uma idéia de justiça cujo comprometimento basilar seja com os opressores, ou tenderemos a aceitar uma concepção que esteja traduzindo a mudança, a transformação, isto

é, uma idéia que seja a racionalização dos interesses e das conquistas dos oprimidos desta terra. [...] Disso tudo, emergem algumas conclusões: a) *A história nos mostra o aparecimento de duas concepções de justiça – uma comprometida com a dominação, outra expressão dos dominados;* b) *Essas duas idéias estão sempre em conflito, sendo uma a contradição da outra, assim como os grupos dominados são a contradição necessária dos dirigentes;* c) *A visão de justiça dos oprimidos é considerada subversiva pelos opressores enquanto a dos opressores é considerada injusta pelos oprimidos;* d) *Como os oprimidos são sempre a maioria, a idéia de justiça dos oprimidos sempre será um respaldo ideológico dos interesses e das lutas das maiorias.* (AGUIAR, 2004, p. 53, grifo nosso).

Na mesma obra Aguiar (2004, p. 54) conclui:

Surge aqui um outro problema que deve ser ferido. Para autores ligados a uma visão kelseniana, tratar de justiça é tratar de nada, é tratar de política, de argumento vazio de sentido. A primeira objeção que devemos fazer a esse entendimento é que tratar de política é tratar do próprio cerce da convivência humana, até porque, como estamos cansados de saber, não se pode qualificar a ciência como neutra. A ciência é comprometida e comprometida principalmente com a classe dominante. Ela é conhecimento oficial. Por isso, não vemos validade em se negar o tratamento da questão de justiça pela impossibilidade de uma abordagem científica. O problema é muito mais sério: o conhecimento oficial não tem elementos necessários para tratar a questão. Um tratamento, dito científico, da questão da Justiça enfrentaria o obstáculo epistemológico de uma abordagem do contraditório com os instrumentos da identidade. Daí a remitência de certas escolas em tratar a questão da Justiça, que é relegada ao plano das quimeras. Quimeras são fenômenos que não podem ser explicados pelos instrumentos aceitos pelos grupos que dominam a produção e a reprodução de idéias. [...] A opção por uma das idéias de Justiça evidentemente é um compromisso valorativo. Ou estamos concordes com a ordem hoje instituída vivendo e produzindo em paz com os valores da burguesia; ou estamos discordes da dominação e dos valores burgueses dominantes. Isso, a nível da escolha, significa que ou estamos com a idéia de uma Justiça mantenedora e conservadora ou optamos pela idéia de uma Justiça transformadora,

comprometida com as maiorias. Este é um momento ético.

Portanto, este filósofo, partindo de uma visão marxista, traz um conceito de Justiça extremamente relativizado e comprometido com as ideologias dominantes de uma determinada classe que detém o poder no âmbito de uma dada sociedade.

Ademais, ele critica qualquer definição de Justiça que se tente impor numa sociedade, pois entende que sempre será uma noção ideológica e comprometida com a maioria dominante, pois não há Justiça neutra.

Nesse sentido, Aguiar (2004, p. 57) entende que:

O que é justo para um pólo, será injusto para outro. O que é ordem para um grupo, será dominação para outro. O que é direito para o dominado, é subversão para o dominador. O que é perenidade de uma ordem justa para o dominador será provisoriedade da iniquidade para o dominado. Isso demonstra a profunda e inseparável ligação das idéias de justiça com as contradições sociais reais que marcam o processo histórico. E mostra mais: a irredutibilidade de umas às outras, *o que significa dizer de forma simples que não existe justiça neutra.* Mais ainda, *que não existe a possibilidade de encontrarmos um meio-termo entre as duas visões, pois esse meio-termo só significa adiamento da história,* pois, mesmo que se encontre artificialmente uma convivência momentânea entre os dois fundamentos, a contradição, ainda que tardiamente, voltará para dividir as águas. Certas verdades são simples: o problema é o de sabermos em que lado do rio acampamos. *Ou estaremos ao lado de uma concepção de mundo que se estratifique em termos de uma concepção de justiça que sirva a quem domina, ou estaremos navegando nas águas dos oprimidos, as águas da história.* (grifo nosso).

Desse modo, resta saber se realmente nunca se chegará a um conceito de Justiça que consiga explicar e justificar os anseios do bom e do justo da própria humanidade.

Justiça na teoria autopoiética de Niklas Luhmann

São necessárias algumas considerações acerca da Justiça na teoria autopoiética do jus-sociólogo Niklas Luhmann, a qual revolucionou os estudos jurídicos, por inserir o Direito e a Justiça no âmbito das modernas sociedades complexas.

Diniz (2006, p. 220) apresenta entusiasticamente o pensamento de Luhmann no âmbito da moderna teorização acerca do Direito e da sociedade:

Não seria pretensioso asseverar que o jus-sociólogo alemão Niklas Luhmann (1927-1998) inaugurou uma revolução copernicana nos estudos sóciojurídicos, rompendo com toda uma tradição racional anterior de feição humanista e ilustrada (a filosofia da consciência “paleo-européia”) fundadora do direito moderno, ao analisar e traduzir o mundo jurídico em termos sistêmico-funcionais. Dentre outros marcos inovadores, Luhmann postula a substituição no âmbito de sua teoria de categorias tradicionais como sujeito, objeto e causalidade por “concepções funcionais”, pavimentando o caminho para a construção de uma nova *episteme* pós-cartesiana. Quiçá, em decorrência deste esvaziamento do legado humanista da modernidade européia, assaz pronunciado em suas provocativas formulações teóricas, Luhmann tenha o seu pensamento eventualmente identificado com o chamado movimento “pós-modernista”, conquanto ele sempre tenha rejeitado tal rótulo.

Niklas Luhmann foi um sociólogo alemão que teorizou a sociedade como um sistema autopoiético, sendo hoje considerado, juntamente com Jürgen Habermas, um dos mais importantes representantes da Sociologia alemã. Dentre suas principais obras, salientam-se: “Legitimação pelo Procedimento” (1969); “Sociologia do Direito I” (1972); “Sociologia do Direito II” (1972); “A diferenciação do direito: contribuições para a sociologia e a teoria do direito” (1981); “O Amor como Paixão: para a codificação da intimidade” (1982); “Sistemas Sociais, esboço de uma teoria geral (1984)”; “A Economia da Sociedade” (1988); “A Ciência da Sociedade” (1990); “Sociologia do Risco” (1991); “O Direito da

Sociedade” (1993); “A Arte da Sociedade” (1995); “A Sociedade da Sociedade” (1997); “A Religião da Sociedade” (2000) e “O Sistema Educacional da Sociedade” (2002).

De Giorgi (2000, p. 194) afirma acerca do pensamento luhmanianno:

No panorama da ciência jurídica dos anos 70 [...] *a reflexão de Luhmann suscita os efeitos de uma contestação devastadora: ela despedaça as certezas sedimentadas pela ciência jurídica, as pretensões da engenharia social baseadas no conhecimento do direito ou sobre o cálculo das conseqüências das decisões e tira o véu das grandes construções conceituais da ontologia jurídica e da metafísica.* A teoria dos sistemas permite, assim, explicar as formas de auto-reflexividade do sistema jurídico que se manifestam como fórmulas da justiça e esclarece a função da idéia de direitos subjetivos; descreve a função do conflito e indica os motivos da angústia teórica das teorias do conflito. Ao mesmo tempo, porém, procede a uma análise da função do direito conduzida de modo a fazer ressaltar a diferença entre auto-observação e hetero-observação e, portanto, *de modo a fazer emergir, com clareza, a função da teoria e a função da sociologia.* A análise do sistema jurídico oferecida por Luhmann aponta seu interesse fundamental pela diferenciação funcional do sistema jurídico e pelo processo de positivação. Em torno dessas duas possibilidades evolutivas se articula, sobre o fundo de uma complexa teoria da sociedade, uma reconstrução histórica do direito e uma observação sociológica das funções dessa conceitualidade; mas também se apresenta uma reflexão sobre os temas centrais da filosofia do direito e, ao mesmo tempo, sobre as causas da sua própria decomposição, apresentadas como objeto da meditação teórica ou da observação sociológica. *Poder, coação, consciência, justiça, fontes do direito, são alguns dos temas clássicos que Luhmann faz objeto do poder de decomposição e de reconstrução da teoria dos sistemas [...].* (grifo nosso).

Nesse sentido, faz-se necessário elucidar os principais conceitos que Luhmann desenvolveu para criar a sua teoria dos sistemas.

A teoria sociológica de Luhmann recebeu influências interdisciplinares das seguintes áreas:

a) da Física, nomeadamente da termodinâmica não-linear de Ilya Prigogine; b) da Biologia, em especial pela introdução do paradigma da *autopoiesis* (auto-organização) de seres vivos pelos biólogos e neurofisiólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela (1980); c) da Informática e da Cibernética, pela teoria dos sistemas cibernéticos autoreguladores (Norbert Wiener, anos 40), assim como pelo desenvolvimento das redes neuronais. Todas estas teorias têm em comum a interação de partes que formam um sistema. Neves (1997, p. 10-11) afirma:

A obra de Luhmann pode ser entendida com um esforço em formular uma teoria geral da sociedade. Luhmann buscou um aporte universal, que superasse a estreiteza da conexão entre o micro e o macro, e alcançasse maior precisão conceitual. Segundo ele, a teoria dos sistemas, por seu desenvolvimento científico mais elaborado, é a que mais serve à sociologia como instrumento para a formulação de uma teoria geral da sociedade. A elaboração de uma teoria sociológica universal, com o auxílio da teoria dos sistemas, levou Luhmann a analisar cada contato social como um sistema. Sociologia é, pois, a ciência dos sistemas sociais (Soziologische Aufklärung, 1970⁵).

Neves fez uma divisão da obra de Luhmann em duas fases:

1. Na primeira fase, que tem início nos anos 60 e vai até meados dos anos 80, ele formulou uma teoria de sistemas funcional-estrutural, tendo por base a diferenciação entre sistema e ambiente, sendo portanto um sistema aberto (semelhante à teorização de Talcott Parsons⁶). O sistema seria definido pela

diferença ao ambiente (sistema aberto), por meio de um mecanismo de seleção de equivalentes funcionais que serviriam para a redução de complexidade;

2. Na segunda fase do pensamento luhmaniiano, que teria seu marco com a obra “*Sistema social, esboço de uma teoria geral*”, ele introduziu uma nova concepção ao sistema social (a autopoiesis) baseada nas teorias desenvolvidas por Maturana e Varela. Essa visão substituiu a teoria dos sistemas abertos, influenciada por Parsons e caracterizada pela diferença entre sistema e ambiente, pela teoria dos sistemas autopoieticos.

Tendo por referência o conceito de autopoiesis, Luhmann define o sistema social como um sistema autopoietico, cognitivamente aberto e operativamente fechado, o que representa um paradoxo. Como qualquer outro sistema vivo, os sistemas sociais são comunicativos, ou seja, eles produzem e processam informações que podem ser vistas como matéria prima básica. Um sistema social é constituído por comunicações, isto é, por interações que contêm informação, logo, os sistemas sociais são auto-organizados (autopoiesis).

Para a formulação de sua teoria dos sistemas, Luhmann parte da verificação de que a sociedade contemporânea é profundamente complexa, entendendo por complexidade a totalidade das possibilidades do mundo, sendo o objetivo da criação dos sistemas a redução desta complexidade. Para reduzir essa complexidade, ele pensa que a sociedade é formada por diversos sistemas que se diferenciam cada vez mais e se subdividem em subsistemas.

Dessa forma, outro ponto sobre o qual Luhmann apóia sua teoria, é o conceito de **diferenciação funcional**, ou seja, considerando a sociedade como um sistema, dentro dele se diferenciam

“sistema da ação”, consistindo em comportamentos humanos inter-relacionados, embutidos em um ambiente físico-orgânico. (TALCOTT PARSONS, 2008).

⁵ Nota do autor.

⁶ Talcott Edgar Frederick Parsons (1902-1979) foi um dos sociólogos mais conhecidos nos Estados Unidos e no mundo, seu trabalho teve grande influência nas décadas de 1950 e 1960, particularmente na América, mas decaiu gradualmente a partir de então. Ele desenvolveu um sistema teórico geral para a análise da sociedade que veio a ser chamado de “Funcionalismo Estrutural”. Postulou que os sistemas relevantes tratados na ciência social e comportamental eram “abertos”, significando que eles estariam embutidos em um ambiente consistido de outros sistemas. O maior sistema é o

cada vez mais em outros subsistemas, tais como: o subsistema econômico, o subsistema político, o subsistema científico, o subsistema biológico, o subsistema educacional e o próprio subsistema do direito que, por sua vez, diferencia-se internamente em subsistema do direito penal, em subsistema do direito civil, subsistema do direito comercial, etc.

Nesta segunda fase, influenciado pelos estudos de Maturana e Varela⁷, Luhmann começa a trabalhar com o conceito de autopoiesis, fechamento operacional e acoplamento estrutural, no qual o próprio direito aparecerá como um sistema que se auto-referencia, embora tenha comunicação e interferência do meio através do que ele chamou de irritações causadas por um sistema em outro.

Auto significa “si mesmo” e se refere à autonomia dos sistemas auto-organizados e *poiesis* – compartilhando da mesma raiz grega com a palavra “poesia” – quer dizer “criação”, “construção”. Portanto, autopoiesis significa “autocriação”.

Luhmann desenvolve sua Teoria dos Sistemas, que compreende os diferentes tipos de sistemas, a partir da tentativa de reduzir a complexidade da sociedade. Apresenta-se como um instrumental analítico que permite a compreensão do funcionamento da sociedade e de seus subsistemas – direito, política, economia, religião, etc., cada qual operando por meio de um código próprio, o que permite sua identificação e separação, bem como a redução de complexidade.

Neves (1997, p. 15-16) afirma magistralmente:

A complexidade segue um dos pontos essenciais da reflexão de Luhmann. Complexidade bem como a redução de complexidade são conceitos-chaves. [...] Assim, é preciso uma teoria da sociedade complexa, mas concebida como um instrumento de redução de

⁷ Eles buscavam uma resposta para um problema histórico da ciência e da filosofia: o da vida. Assim, através de pesquisas neurofisiológicas, enfatizaram o fechamento operacional e descobriram que um sistema vivo apresenta no seu circuito interno uma interação compacta de seus elementos constituintes, possibilitando sua auto-organização e a auto-produção.

complexidade, para dar conta dessa complexidade. A teoria proposta é a nova teoria dos sistemas que considera os sistemas como autopoieticos, auto-referentes e operacionalmente fechados (Luhmann, 1984). Uma das referências desta teoria é a cibernética. O sistema se define, precisamente, por sua diferença com relação ao meio [...]. Desse modo, o sistema inclui em sua constituição a diferença com relação ao meio e somente pode entender-se, como tal, desde esta diferença. Para Luhmann, o sistema que contém em si sua diferença, também é um sistema autopoietico e auto-referente. *Sistema autopoietico, traço característico de todo sistema vivo (Maturana, citado por Luhmann), do grego auto (mesmo) e poien (produzir), significa a capacidade do sistema de elaborar a partir dele mesmo sua estrutura e os elementos de que se compõem.* [...] (grifo nosso).

Assim, a teoria dos sistemas começa a ser construída pela distinção feita entre sistema e ambiente. Tal processo permite ao sistema desenvolver o que Luhmann vai chamar de **autoreferência**, isto é, a capacidade de estabelecer relações entre si ao mesmo tempo em que diferencia essas relações daquelas mantidas com seu ambiente e que permitem o fechamento operacional do mesmo sistema.

Luhmann compreende os sistemas como fechados operacionalmente, ou seja, não há comunicação entre sistema e ambiente, que apenas funciona irritando o sistema, assim, o **fechamento operacional** traz para o sistema a necessidade de autoregulação. Logo, ele utiliza um código próprio que é o elemento que ordena a totalidade do processo. O código é o elemento que permite as operações no interior do sistema, sendo capaz de separar o que é sistema e o que é ambiente, tendo como característica ser formado por um binarismo (é o próprio sistema que produz seu código).

Assim, Luhmann distingue três espécies de sistemas auto-referentes: a) os **sistemas vivos** referentes às operações vitais; b) os **sistemas psíquicos** que dizem respeito ao modo de operação e à consciência; e c) os **sistemas sociais**, que possuem como traço característico a comunicação,

dedicando-se ao estudo dos sistemas sociais como auto-referentes e autopoieticos (compostos de comunicações).

Luhmann não elabora uma teoria da comunicação, mas constrói sua sociologia num conceito de comunicação. Assim, o sistema social é composto de comunicações e não de pessoas (ressalta-se que o indivíduo é integrante do *sistema psíquico* ligado à consciência que produz pensamento). Neves (1997, p. 17) dispõe a esse respeito:

Essa concepção de sociedade composta de comunicações é tema decisivo em Luhmann. Os seres humanos, sistemas auto-referentes, que têm na consciência e na linguagem seu próprio modo de operação autopoietica. São o “meio” da sociedade, não componentes da mesma. A sociedade supõe homens, mas como seu “meio”. Segundo Izuzquiza (1990), isso obriga Luhmann a manter uma relação particular entre homem e sociedade, uma relação de interpenetração e de observação que alcança níveis de extrema complexidade. Luhmann não prescinde do ser humano. Sua teoria concede uma importância decisiva ao ser humano, mas não na forma das concepções clássicas de que o homem é um simples componente da sociedade. Entre o homem e sociedade se dá a relação sistema e meio. Na sociedade, os subsistemas como direito, economia, política parecem funcionar sem atender excessivamente a presença dos seres humanos, com um nível de independência tal que parecem seguir próprias regras, independentes dos sujeitos humanos.

Finalmente, é o **acoplamento estrutural** que permitirá uma convivência entre sistema e ambiente, sem que o sistema seja agredido pelo ambiente, mas apenas irritado. Assim, o acoplamento estrutural permite o duplo efeito de inclusão e exclusão, além de concentrar e selecionar as irritações do ambiente. As irritações surgem como uma confrontação na ordem interna do sistema com os eventos externos. Dessa forma, pode-se afirmar que se trata sempre de uma auto-irritação, pois o sistema encontra em si mesmo as causas da irritação e aprende com isso.

A partir da apresentação desses principais

conceitos, que nortearam a teoria dos sistemas autopoieticos sem realizar referencia a um sistema social específico, ofereceu-se uma visão mais panorâmica de pensamento luhmanianno, sendo analisado a seguir a Justiça como um sistema autopoietico.

De acordo com Guibentif *apud* Villas Boas Filho (2006, p. 182-183), as análises do Direito na obra de Niklas Luhmann podem ser definidas em três fases:

- a. *no primeiro período*, a produção luhmanniana sobre o direito teria consistido em obras de jurista endereçadas a juristas, isto é, obras que representariam uma auto-observação do sistema jurídico;
- b. *no segundo período*, estariam as obras que poderiam ser consideradas mais como trabalhos sociológicos sobre o direito, sendo uma observação externa de modo que as análises do sociólogo substituiriam as do jurista, destacam-se as obras “*Sociologia do Direito I*”, “*Sociologia do Direito II*” e “*Legitimação pelo Procedimento*”;
- c. *no terceiro período*, houve a plena incorporação da autopoiesis na teoria dos sistemas, e a teoria sociológica de Luhmann estaria fundamentada pela sistematização de uma teoria geral da sociedade, fundamentada na grande obra “*Sistemas Sociais, esboço de uma teoria geral*”, de modo que o direito passou a ser visto como um sistema autopoietico.

Dessa maneira, dentre os escritos dessa última fase de Niklas Luhmann, a obra intitulada “O Direito da Sociedade” (*El derecho de la sociedad*, Universidade Iberoamericana, Colección Teoría Social, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, México, 2002) apresenta um estudo da Justiça como fórmula de contigência no âmbito da análise do Direito como sistema autopoietico.

Luhmann chama a atenção para o fato de que a relação entre o direito e a sociedade é ambígua, pois,

ao mesmo tempo em que a sociedade é o entorno do direito, todas as operações do direito (por serem baseadas na comunicação) são operações que se efetuam dentro da sociedade. Logo, não há direito *fora* da sociedade, mas apenas direito *na* sociedade o qual não se confunde com a sociedade, pois ele é um *subsistema que compõe a sociedade*.

Arnaud e Dulce (2000, p. 167-168) sintetizam claramente o papel do direito enquanto um subsistema autopoietico na visão luhmanianna:

Como sistema social, o sistema jurídico é, para Luhmann, um sistema autopoietico, isto é, um sistema fechado e auto-referencial. Isso quer dizer que o sistema jurídico se auto-reproduz com base em seus próprios elementos e em suas próprias estruturas, e que ele cria suas próprias relações com seu meio social, quando comparado ao que ele mantém, dessa maneira, uma diferença específica. O fechamento sistêmico não significa que o sistema jurídico seja um sistema isolado. Bem ao contrário, o sistema jurídico opera em seu meio e, como resultado disso, a questão que se põe é saber como esse meio exerce influência sobre o funcionamento interno do próprio sistema, e como é possível conhecer as conseqüências dessa relação com o meio, ao tratar-se da própria reprodução do sistema.

Assim, o direito é um subsistema funcional que se diferencia da sociedade enquanto subsistema auto-referencial. Ambos, direito e sociedade, utilizam-se da comunicação como base de seus subsistemas autopoieticos, mas a comunicação jurídica é um *tipo especial de comunicação* por meio da qual se realizam as operações de produção e reprodução dos elementos do subsistema jurídico.

De acordo com Luhmann (2002, p. 41),

para a diferenciação e a clausura do sistema do direito se tornam relevantes outros dois desenvolvimentos que se estimulam mutuamente: 1) a especificação da função do direito, isto é, a orientação em direção a um problema social específico, e 2) a codificação binária do sistema que se leva a cabo mediante um

esquematismo que provê um valor positivo (direito) e um negativo (não-direito)” (tradução nossa).

Desse modo, é justamente pela fixação de uma função específica que o direito delimita o que deve ser considerado como operação do sistema jurídico e, ademais, essa operação é feita com fundamento numa codificação binária própria composta de um valor positivo (lícito) e de um valor negativo (ilícito). O código e a função são conceitos fundamentais e complementares para a compreensão da clausura operacional dos sistemas autopoieticos em geral e, especificamente, do direito que tem uma comunicação especial que o diferencia dos demais subsistemas.

Assim, verifica-se que o sistema jurídico é diferenciado da sociedade pelo seu código binário peculiar “lícito/ilícito” e vale-se de programas condicionais do tipo “se/então”, estando apto a desempenhar sua função de estabilização das expectativas normativas. Villas Boas Filho (2006, p. 205-206) afirma claramente:

Contudo, ainda que o direito, a partir da perspectiva de Luhmann, deixe de carregar o fardo da integração social, para ter sua função reduzida à pura e simples estabilização contrafática de expectativas, nem por isso ele deixa de ter uma clara pretensão regulatória, [...] Luhmann ressalta, entretanto, que a função do direito, entendida como estabilização de expectativas normativas, ultrapassa a simples regulação de conflitos⁸. Contudo mesmo que a função do direito não seja redutível à simples regulação de conflitos, conforme Luhmann faz questão de frisar, é certo que a estabilização de expectativas normativas implica que o direito, de alguma forma, possa interferir ou pelo menos perturbar de modo regulatório os demais subsistemas sociais, [...] o direito deve ter altas possibilidades de se impor, já que de outro modo haveria a resignação diante dos fatos. [...] Portanto, ainda que tenha sua função centrada na estabilização contrafática de expectativas, o direito precisará, em alguma medida, se impor e, nesse sentido, regular os conflitos de expectativa, indicando quais expectativas têm um respaldo social e quais não. A própria estrutura

⁸ *El derecho de la sociedad*, 2002, p. 103-104 (nota do autor).

da expectativa normativa parece depender dessa capacidade do direito em se impor regulatoriamente perante seu entorno, seja na consecução de sua função social, seja na prestação aos demais subsistemas [...].

A partir dessa visão do direito na teoria dos sistemas autopoieticos, o pensamento luhmaniiano compreende a Justiça como uma fórmula de contingência do sistema jurídico, e não envolve qualquer conceito de valor. Com efeito, o direito trabalha com o código lícito/ilícito que não comporta a adoção de valoração. Dessa maneira, verifica-se que no âmbito do direito como sistema autopoietico não há que se questionar por valores.

Luhmann (2002, p. 277-278) afirma:

[...] De esta manera, se llega al derecho positivo, teóricamente sistematizado a través de reglas y principios – y uno se podría dar con esto por satisfecho. La pregunta tradicional por la justicia del derecho pierde, así, cualquier significado práctico. No se puede añadir ni como tecer valor aparte del de conformidad/discrepancia con el derecho, ni tampoco designa uno de los programas del sistema – así como si junto a la ley de construcción, la ley sobre la herencia, la ley de circulación, y la ley sobre derechos de autor, existiera también la ley justa. La consecuencia: las preguntas en torno a la justicia del derecho ya solo se verán como cuestiones éticas, solo como cuestiones de legitimación del derecho en el medio de la moral; entonces se buscará, con un enorme esfuerzo, un lugar para la ética en el derecho. O bien se considera la justicia como un principio que afecta toda la sociedad, que tiene validez para todos los ámbitos de la vida, y que en el derecho adopta simplemente una forma específica. Por indiscutible que sea la calidad ética de la exigencia moral de la justicia, la teoría del derecho no puede quedar saciada con esta solución. Por decirlo de alguna manera, la teoría del derecho no puede quedar satisfecha con dejar prácticamente en manos de la ética la idea de la justicia para verse obligada, entonces, a incorporarla dentro de sí misma.

Porém, Luhmann entende que o sistema jurídico não deve desistir totalmente da idéia de Justiça, mas deve reconsiderar a implicação teórica dessa idéia.

Assim, a idéia de justiça requer uma qualidade normativa como uma auto-observação do próprio sistema, ou seja, inerente ao próprio sistema jurídico, mas não em nível do código e sim em nível dos programas.

[...] hemos delimitado el problema de la justicia mediante distinciones: se trata de autorreferencia, pero no como operación, sino como observación; no en el nivel del código, sino en el nivel de los programas; y no en la forma de una teoría, sino en la forma de una norma (propensa al engaño). Todo eso significa que pueden existir sistemas jurídicos injustos (o: más o menos justos). Ni la autopoiesis operativa del sistema, ni el código necesariamente invariable, pueden ser ‘justos’. (LUHMANN, 2002, p. 279)

Luhmann parte da idéia de Justiça como fórmula de contingência do sistema jurídico, não possuindo qualquer referência a valor. Assim, ele entende que as fórmulas de contingência se referem a diferença entre indeterminabilidade e determinabilidade, de modo que sua função é estabelecer limites. Visto que o sistema jurídico possui como função a estabilização das expectativas normativas, a justiça deveria aparecer como norma. Porém, Luhmann entende que se deve evitar que esta norma seja vista como um critério de seleção, porque a norma de justiça se colocaria junto com outros critérios de seleção do próprio sistema jurídico e perderia sua função de representação do sistema no sistema.

Portanto, Luhmann (2002, p. 284-285) afirma claramente a esse respeito:

[...] la fórmula de contingencia justicia se evidencia, en una larga tradición que aún compromete, como igualdad. En la igualdad se observa un momento formal genérico que contiene todos los conceptos de justicia, pero que tan sólo significa reglamentaridad o consistencia. Aquí, la justicia se ve, como es obligado para las fórmulas de contingencia, como un ‘principio’ que se fundamenta en sí mismo. Es decir, la justicia no tiene necesidad de fundamentarse. *Por lo demás, con ele concepto de ‘formula de*

contingencia' se afirma que la justicia no es ni una afirmación en torno a la esencia o la naturaleza del derecho, ni un principio fundador de la validez jurídica ni, finalmente, un valor que hiciera aparecer el derecho como algo digno de preferencia. [...] el concepto de fórmula de contingencia ofrece una abstracción – y justamente por ello corresponde con el principio formal de igualdad que tampoco designa ni la esencia de un asunto, ni su fundamento, ni su valor. La fórmula de contingencia es únicamente un esquema de búsqueda de fundamentos e de valores que no pueden obtener validez jurídica a no ser en la forma de programas. [...] la crisis del principio de justicia ya no puede resolver con el derecho natural. Pero esta crisis no se puede subsanar ni con el repliegue hacia la ética ni equilibrando los valores. Eso sólo transfiere la problemática hacia la pregunta por la “fundamentación” del derecho positivo. Pero dado sólo “es válido” el propio derecho positivo, es decir, que sólo es válido el derecho que puede utilizar el símbolo de la validez, no hay que preguntar por criterios externos al derecho, aún se pueden tomar decisiones consistentes: como aún se puede distinguir entre casos iguales y casos desiguales. Puede ser que desde el punto de vista ético se prefiera un derecho justo. [...] Una clara separación entre justicia y juicio moral (o bien reflexión ética), no es sólo un cuestión de autonomía del sistema jurídico. La separación garantiza también la independencia jurídica de la evolución moral del derecho y, no por último, garantiza la posibilidad del desacuerdo moral en la evolución de las cuestiones jurídicas. Además, es condición de posibilidad de que se pueda saber, siquiera, de que se trata un asunto cuando se plantea la pregunta por la calidad moral y ética de la justicia. (grifo nosso).

Logo, verifica-se que no âmbito do sistema jurídico não há que se questionar por valores ou ética da Justiça que por sua qualidade normativa realiza uma auto-observação do próprio direito, enquanto sistema social autopoietico, ao ser vista como fórmula de contingência, sobretudo porque a teorização de Luhmann possui significativas influências das ciências biológicas e exatas, tais como a Física, a Biologia, a Informática e a Cibernética.

Portanto, visto que o pensamento luhmaniiano utilizou-se dessas ciências para fundamentar a

teoria dos sistemas autopoieticos, logicamente não se pode atribuir qualquer tipo de valor ao conceito de Justiça. Ela foi entendida simplesmente como fórmula de contingência do sistema jurídico, que trabalhara tão-somente com o código lícito/ilícito, e não comportara valorações.

Desse modo, questiona-se se nunca haverá o estabelecimento de um conceito de Justiça que consiga explicar e justificar os anseios do bom e do justo da própria humanidade, pois o único consenso que há é que o homem e a Ciência do Direito ainda não conseguiram delimitá-lo.

Justiça na concepção de Chaim Perelman

Chaim Perelman (1912-1984) é considerado um dos grandes filósofos do século XX, nascido em Varsóvia na Polônia e radicado na Bélgica, faleceu em 1984. Dedicou-se com profundidade ao estudo do Direito e da Justiça, retomando o legado de Aristóteles.

Na obra “Ética e Direito”, denota-se a dupla preocupação do filósofo de servir à Filosofia moral e mostrar como o Direito se ajusta aos valores, demonstrando a opção por uma leitura moral da lei.

Chaim Perelman em sua obra abordou as questões da justiça, dos valores, do Direito, do razoável e da importância da argumentação no trabalho desenvolvido pelos juizes no desempenho de sua missão a qual representa a aplicação da lei aos casos concretos que lhe são submetidos. Na visão do filósofo, o Direito é o que nasce da controvérsia no processo e se materializa nas decisões judiciais.

Nas reflexões a respeito da Justiça, ele enfatiza que ela é considerada por muitos a principal virtude e é uma das virtudes mais eminentes em função da forte carga emocional que carrega consigo, pois cada indivíduo defenderá uma concepção de justiça que lhe dá a razão e contraria a pretensão do adversário.

Na impossibilidade de enumerar todos os

sentidos possíveis da noção de justiça, Perelman procura analisar as concepções mais correntes e demonstrar como são inconciliáveis, apresentando seis fórmulas de justiça e procurando encontrar um denominador comum entre elas:

1. **A cada qual a mesma coisa:** segundo essa concepção de justiça, todos os seres devem ser tratados da mesma forma, sem considerar nenhuma particularidade que os distingam (velho ou jovem, rico ou pobre, virtuoso ou criminoso, culpado ou inocente, etc.).
2. **A cada qual segundo seus méritos:** nesta concepção, não se exige a igualdade de todos, mas um tratamento proporcional a uma qualidade intrínseca, ao mérito da pessoa humana, deixando de lado todas as demais considerações. Surge, assim, a questão de como definir o mérito e qual medida utilizar para a sua mensuração.
3. **A cada qual segundo suas obras:** aqui a concepção de justiça requer um tratamento proporcional, leva em consideração o resultado da ação, que muitas vezes só considera os elementos sujeitos ao cálculo, ao peso ou à medida (por exemplo: o pagamento de salário por hora ou por peça), não se preocupa com o esforço, mas com o resultado.
4. **A cada qual segundo suas necessidades:** esta concepção de justiça não considera os méritos do homem ou sua produção, mas tenta diminuir os sofrimentos que resultam da impossibilidade de satisfação de suas necessidades, aproximando-se mais da idéia de caridade (por exemplo: a legislação social contemporânea de proteção ao trabalho e ao trabalhador; leis sobre o salário mínimo, seguro desemprego, etc.).
5. **A cada qual segundo sua posição:** é a fórmula aristocrática da Justiça, consistindo em dar um tratamento ao homem conforme

pertença a uma ou outra determinada categoria de seres, e não conforme critérios intrínsecos do próprio indivíduo (por exemplo: homens livres e escravos, nobres, burgueses, clérigos, servos, etc.).

6. **A cada qual segundo o que a lei lhe atribui:** de acordo com esta concepção, ser justo é atribuir a cada qual o que lhe cabe e o que cabe a cada homem, no sentido jurídico, é o que a lei lhe atribuir. Essa fórmula de justiça, contrariamente às demais citadas, não impõe ao juiz que se limite a aplicar o direito positivo.

Perelman entende que, na prática, nenhuma dessas concepções atenderia ao almejado ideal de justiça. Assim, diante da dificuldade em conciliar tais concepções, ele propõe três atitudes: a) a primeira, consistiria em reconhecer que as concepções de justiça citadas não têm absolutamente nada em comum e não estão ligadas por nenhum vínculo conceitual; b) em nome da justiça, deve-se rejeitar todas essas concepções ou, então, eleger apenas uma delas, escolhas difíceis e que se mostram insatisfatórias e ineficazes em termos práticos; c) acena com uma terceira possibilidade para superar tal impasse (e o faz buscando o que existe em comum entre as concepções descritas), concluindo que a idéia de certa igualdade está presente em todas as fórmulas analisadas. Logo, a noção de justiça sugeriria, inevitavelmente, uma idéia de certa igualdade.

Platão, Aristóteles, Santo Tomás e alguns filósofos do direito contemporâneo estão de acordo sobre este último aspecto, ou seja, de que a idéia de justiça traz ínsita em seu próprio conceito uma idéia de igualdade.

Entretanto, é necessário advertir que a igualdade absoluta é irrealizável e constitui apenas um ideal para o qual se pode tender, um limite do qual se pode tentar aproximar, mas jamais será atingida em sua plenitude, conforme acentua Passos (2000, p. 62).

Para se aproximar dessa igualdade “ideal” na Justiça, deve-se tratar todos os indivíduos da mesma forma ou devem existir formas diferenciadas de tratamento para que se possa garantir o igual tratamento que se deseja? O que deve ser levado em consideração para assegurar que este tratamento diferenciado seja justo?

Em todas as concepções de justiça, há uma atitude comum: tratar igualmente os iguais, ou seja, quem tem iguais méritos e as mesmas necessidades; tratar da mesma forma os seres que são iguais em certo ponto de vista, os quais possuem uma mesma característica. Essa a única concepção que se deve considerar na administração da Justiça e Perelman denomina essa característica de **categoria essencial**.

A posse de uma característica permite agrupar os seres numa classe ou numa categoria definida pelo fato de seus membros possuírem essa característica, logo, os seres que têm em comum uma característica essencial farão parte de uma mesma categoria, a mesma categoria essencial.

Chaim Perelman trabalha com a idéia de **Justiça formal ou abstrata** como um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma, salientando que a definição é formal porquanto não determina as categorias que são essenciais para a aplicação da Justiça. Ele conclui que o único meio que se tem de dizer acerca da justiça ou da injustiça de um ato consiste na igualdade de tratamento que se reserva a todos os membros de uma mesma categoria essencial, mas não determina, contudo, quais categorias são consideradas essenciais para a aplicação da Justiça.

Esta determinação ficaria ao encargo da justiça concreta (o legislador ao elaborar as normas e os Juízes ao aplicarem as normas aos casos concretos). Em princípio, avalia Perelman, não se pode dizer nada do caráter moral da lei, do modo como as categorias estabelecidas pelo legislador coincidem com as da massa da população: tudo vai depender

da sintonia existente entre esta e os detentores do poder.

Finalmente, o filósofo pondera que querer julgar o direito em nome da justiça só é possível em virtude de uma confusão: julgar-se-á o direito por intermédio não da justiça formal, mas da justiça concreta, ou seja, de uma concepção particular que supõe uma determinada escala de valores. Com efeito, o direito positivo jamais poderá entrar em conflito com a justiça formal, visto que ele se limita a determinar as categorias essenciais de que fala a justiça formal e, sem essa determinação, a aplicação da justiça fica totalmente impossível.

E o que conduzirá a um determinado conceito de **Justiça concreta** é a própria visão do mundo do aplicador do direito, o modo como ele distingue o que vale do que não vale e isso depende de um determinado contexto temporal, histórico e social. Verifica-se, pois, que qualquer evolução moral, social e política – a qual impõe uma modificação da escala dos valores – modifica as características consideradas essenciais para a aplicação da Justiça no caso concreto. Porém, apesar das diferenças existentes entre as concepções da Justiça concreta, todas admitem a mesma definição da justiça formal, e ela exige que sejam tratados da mesma forma os seres que fazem parte de uma mesma categoria essencial.

Com base na idéia de justiça formal e justiça concreta, Perelman procura determinar o sentido e o uso da noção de equidade. O sentimento de Justiça considera várias categorias essenciais ao mesmo tempo, por exemplo, o mérito e a necessidade; entretanto, diante das antinomias da justiça, é necessário admitir a inexistência de uma *Justiça perfeita*, assim, nunca se pode afirmar que o homem será perfeitamente justo, pois ao julgar sempre se levará em consideração o sentimento de justiça que está insito ao julgador.

Desse modo, Perelman entende que diante das antinomias da Justiça, deve-se recorrer à equidade (“*muleta da justiça*”), a qual é o complemento

indispensável da justiça formal, todas as vezes que a aplicação desta for impossível nos casos concretos. A equidade tende a diminuir a desigualdade quando o estabelecimento de uma igualdade perfeita, de uma justiça formal, é impossível pelo fato de existirem, simultaneamente, duas ou várias características essenciais que entram em conflito em certos casos de aplicação das normas.

Desse modo, a utilização da lógica do razoável seria um instrumento norteador na aplicação das normas aos casos concretos, no intuito de se atingir a verdadeira Justiça.

A lógica do razoável como instrumento na concretização da justiça

Os operadores do Direito devem agir atendendo à razoabilidade, entendida como prudência e bom senso. Assim, ao mesmo tempo em que se concede um maior espaço de liberdade e argumentação ao jurista, exige-se que ele atue com responsabilidade na luta pelo maior objetivo e razão de ser do Direito: a concretização da Justiça.

Chaim Perelman afirma que o Direito não deve ser entendido como um sistema formal já pronto (lógica formal), pois comporta raciocínios e opiniões diversas. Por meio desses raciocínios dialéticos, que recorrerão a argumentos de toda a espécie, é que a Justiça pode ser alcançada enquanto cumprimento da lei e realização da igualdade. Portanto, sempre se deve apresentar uma visão do homem e de suas relações com a sociedade de maneira razoável e aceitável – o que ele denomina de ‘auditório universal’ – e não formar uma cadeia de verdades absolutas.

Perelman trabalha com a idéia da lógica do razoável, também denominada pelo jurista Miguel Reale de “lógica do plausível.” Esse método foi concebido, em 1926, pelo filósofo espanhol Luís Recaséns Siches, que desenvolveu idéias sobre a interpretação do Direito (a dupla dimensão circunstancial de todo o Direito positivo), lógica

do humano e função criadora da jurisdição. É importante salientar que Recaséns Siches (1971) no desenvolvimento de sua “lógica do razoável” pondera que a idéia primeira encontra-se em Aristóteles que vislumbrava a diferença entre a razão do racional (matemática, raciocínio lógico) e a razão do humano (lógica do razoável).

De acordo com Luís Recaséns Siches (1971), o raciocínio do jurista, no momento da interpretação do Direito, é totalmente diverso da lógica da ciência exata, pois se deve tomar como fundamento a realidade da vida humana, assim, “a norma é um pedaço de vida humana objetivada”. Nesse sentido, a norma abstrata pode ser ‘esquecida’, mas pode ser revivida e revitalizada nas condutas das pessoas as que cumprem. Logo, as normas são transformadas, evoluem e adquirem novo alcance quando aplicadas a situações concretas. Ele considera a lei uma obra inconclusa (sentido abstrato e genérico) que se completa com a norma individualizada cujo sentido pode variar no decurso da história. Salienta que na visão legalista ou formalista, o direito é a expressão da vontade do legislador, assim é conhecido pelos destinatários e assim deve ser aplicado pelos juízes sem que estes em nada possam modificá-lo (o juiz é “a boca da lei”).

É certo que uma justiça sem juiz, puramente mecânica, é uma justiça sem equidade, porém, uma justiça sem legislador é por demais arbitrária e priva o destinatário da norma da necessária segurança jurídica. Entretanto, não se pode perder de vista que a administração da justiça deve ser um ajuste entre a segurança e a equidade, entre a letra fria da lei e o seu espírito. Nos dias atuais, o juiz é detentor de um poder (poder jurisdicional) e não é mais considerado simplesmente como aquele que aplica friamente a lei (a boca da lei), pois, ainda que obrigado a seguir as prescrições legais, possui uma margem de liberdade de apreciação, fazendo escolhas que objetivam a busca da solução mais adequada para os casos concretos examinados. Essas escolhas, obviamente, dependem de juízos de valor e suas decisões devem ser fundamentadas, de forma a se justificar perante

as partes e a opinião pública. O juiz deve buscar conciliar a segurança jurídica com a equidade e o interesse geral, preservando diversos valores que lhe cabem salvaguardar. Chaim Perelman (2005) menciona o fato de que o juiz, ao tomar uma postura diante do caso concreto, e resolver, escolher, em nome do que considera o Direito e a Justiça, sabe que suas decisões integrar-se-ão no sistema jurídico.

É dentro deste espírito que ele analisa as técnicas de interpretação, justificadas pelo recurso à lógica jurídica, que não é uma lógica formal, mas uma “lógica do razoável”, ou seja, um auxílio essencial aos julgadores, na medida em que lhes permite conceituar, por uma argumentação apropriada, o que direciona seu senso de equidade e seu senso do direito. Não se trata de descartar a lógica formal, tradicional, mas de utilizar um novo conceito de ‘logos’, impregnado de pontos de vista estimativo, de critérios de valoração, resultante dos ensinamentos da experiência humana no decorrer da história.

Na sentença judicial, à luz da lógica do razoável, o juiz pode encontrar a justificação objetivamente válida daquilo que anteviu, primariamente, por meio da intuição, ou seja, o juiz deve agir com prudência. Além dos critérios axiológicos extraídos do ordenamento jurídico positivo, o intérprete deve-se utilizar também das valorações complementares. Assim, o juiz deverá decidir recorrendo ao que considera justo, isto é, de acordo com os princípios (justiça, dignidade da pessoa humana, liberdades fundamentais do homem, segurança, paz, etc.) que considera como válidos.

O juiz deve circunscrever-se aos critérios adotados pelo Direito, formalmente válido e vigente, mas deve observar não somente o texto legal, mas também outros valores, tais como: prudência, sensatez, equilíbrio, possibilidade de prever as consequências da aplicação da norma e de sopesar os interesses contrapostos, legitimidade dos meios empregados para atingir fins justos, etc.

Portanto, a *lógica do razoável* está regida por razões de adequação entre a realidade e os valores;

entre os valores e os fins; entre os fins e sua possibilidade de realização; entre os fins e os meios quanto à conveniência, correção ética e eficácia destes princípios.

Questiona-se se a aplicação da lógica do razoável não contraria a segurança jurídica e o princípio da confiança.

Chaim Perelman (2005) entende que toda vez que um direito ou um poder for exercido de forma desarrazoada ele deve ser censurado. Por “forma desarrazoada”, entende-se o exercício com abuso de poder, abuso de direito, excesso ou desvio de poder, iniquidade ou má-fé, aplicação ridícula ou inadequada de princípios legais, contrários aos princípios gerais do direito comum dos povos civilizados. Assim, quando, num Estado de Direito, um poder legítimo ou um direito qualquer é submetido ao controle judiciário ele poderá ser censurado se foi exercido de forma desarrazoada por estar além dos limites da razão e da equidade, o que é inaceitável.

O filósofo atenta também para o fato de que quando a aplicação da lei dá azo a consequências inaceitáveis porque iníquas ou contrárias ao bom funcionamento do Estado, deve-se evitar tais consequências, apelando até para o que ele denomina de *ficção jurídica*. Exemplifica com um caso envolvendo o direito de propriedade, julgado pela Corte de Cassação da França em 1901, quando foi recusada a aplicação dos artigos 552 e seguintes do Código Civil que determinam a demolição do imóvel que invade terreno de propriedade do vizinho, quando a construção for grande e a invasão pequena.

Nesse caso, o Tribunal determinou uma indenização pela perda da parcela do terreno invadido, argumentando que: “Todas as vezes que as consequências de regras estritas parecem ir além da medida, tenta-se descartá-las apelando para princípios mais justos.” Se a lei parecer injusta para aplicação no caso concreto, ela não será aplicada. Esta regra, diz Perelman, vale em todos os casos em que a aplicação estrita da lei for desarrazoada.

Portanto, a *lógica do razoável* está regida por razões de adequação entre a realidade e os valores, entre os valores e os fins, entre os fins e sua possibilidade de realização, entre os fins e os meios quanto à conveniência, correção ética e eficácia destes princípios. Desse modo, aplicando-se a lógica do razoável como um instrumento norteador da interpretação das normas jurídicas, os intérpretes e filósofos do Direito poderão tentar atingir um conceito aceitável e plausível de Justiça, tentando obter uma mediania, parafraseando Aristóteles, entre o que é bom e o que é justo.

Considerações Finais

Ao longo do estudo, observou-se que há, em todas as concepções de Justiça, uma idéia de igualdade que estaria relacionada a um ideal supremo de Justiça, conforme evidenciado por Chaim Perelman. Na busca da Justiça, o operador do direito deve lançar mão dos recursos que tem à sua disposição, dentre eles, a equidade, cujas raízes remontam à antiguidade. Mais recentemente, observa-se a busca da justiça através da utilização de métodos de interpretação, tais como o da lógica do razoável proposta teoricamente por Recaséns Siches e retomada por Chaim Perelman.

Paragarantirumconvíviosocialjustoeequilibrado numa sociedade em crescente e acelerada evolução, cuja legislação nem sempre consegue acompanhar, é necessário que os intérpretes do Direito, em especial os juízes, estejam comprometidos com valores éticos, sendo capazes de atender e solucionar adequadamente os litígios sócio-jurídicos. Dentro desse quadro de idéias, verifica-se a importância da utilização da lógica do razoável pelo intérprete do Direito.

A Justiça é uma aspiração do ser humano que, dentro dos seus limites, procura encontrar a Justiça que é possível de ser concretizada, sendo o Direito um vetor na consecução deste objetivo mediante o estabelecimento de regras de conduta que garantam a

paz e a harmonia social. Assim, a Justiça é uma idéia inacabada, uma vez que a sociedade está sempre em constante transformação e evolução, buscando aprimorar a vida em comunidade, alcançando o que considera a “Justiça”, mas o que é justo hoje, poderá não sê-lo amanhã.

Referências

ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

AGUIAR, R. A. R. *O que é justiça: uma abordagem dialética*. São Paulo: Alfa-Omega, 2004.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ARNAUD, A. J.; DULCE, M. J. F. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARBOSA, J. C. T. *O que é justiça*. São Paulo: Brasiliense, 1985. (Coleção Primeiros Passos).

CHALITA, G. *Os dez mandamentos da ética*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.

DE GIORGI, R. *Luhmann e a teoria jurídica dos anos 70*. In: CAMPILONGO, C. F. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonand, 2000, p. 175-195.

DINIZ, A. C. A. *Teoria da legitimidade do direito e do estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*, São Paulo: Landy Editora, 2006.

FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2003.

LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*. México: Ed. da Universidade Iberoamericana, 2002. (Colección Teoría Social).

NEVES, C. E. B.; SAMIOS, E. M. B. (Org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Porto Alegre: Universidade/UFRGS; Goethe-Institut/ICBA, 1997.

NUNES, P. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

PASSOS, J. J. C. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PROUDHON, P. J. *De la justice dans la révolution et dans l'église*. Bruxelas: A. Schnée, 1868.

REALE, M. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SICHÉS, L. R. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica 'razonable'*. México: Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional, 1971.

TALCOTT PARSONS. In: Wikipédia: a enciclopédia

livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Talcott_Parsons>. Acesso em 26 maio 2008.

VILLAS BOAS FILHO, O. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonand, 2006.

