

Positivismo jurídico vs teoria sistêmica do direito: a convergência e a divergência da justiça e do direito

Legal positivism and systemic theory of law: the convergence and divergence of justice and law

Artigo recebido em 26/10/2023 e aprovado em 21/02/2024.

Diógenes Vicente Hassan Ribeiro

Possui graduação em direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1987), mestrado em direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2001), doutorado em direito público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2006) e pós-doutorado pelo CES - Centro de Estudos Sociais/FEUC/Universidade de Coimbra, Portugal (jan./2017). Magistrado entre 1989 e 2021, exerceu o cargo de desembargador no TJRS junto à Quinta Câmara Criminal e junto à Terceira Câmara Criminal. Integrou o Órgão Especial do Tribunal Pleno, por eleição. Integrou a Comissão de Direitos Humanos do TJRS (2016-2017). Foi Presidente do Fórum Interinstitucional do Sistema Carcerário do RS entre 2016 e 2020. Integrou, por eleição, o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça entre 2016 e 2020. Atualmente é advogado na OAB/RS e professor titular do PPGD/mestrado e doutorado da Unilasalle/Canoas, e professor de direito constitucional da graduação em direito e de cursos de especialização na Unilasalle/Canoas. Atualmente é o coordenador do curso de graduação em direito da Unilasalle e do Ceadip – Centro de Estudos Aplicados de Direito e Política da Unilasalle. É editor da Revista Redes do PPGD/Unilasalle.

Pedro Ramos Lima

Possui graduação em direito pela Universidade Luterana do Brasil (2015), mestrado em direito pela Universidade La Salle (2022) e é doutorando em direito pela Universidade La Salle (Unilasalle). Advogado inscrito na ordem dos advogados do Brasil, com atuação profissional nas áreas do direito civil, trabalhista e tributário.

Resumo

Este artigo examina a relação entre justiça e direito a partir do positivismo jurídico e da teoria sistêmica do direito. Inerentes a essas estruturas teóricas, encontram-se noções variadas de justiça, revelando entendimentos divergentes de legalidade e moralidade. Embora o positivismo jurídico mantenha uma abordagem definida e objetiva para a formulação da lei, corre o risco de inflexibilidade, potencialmente dificultando a adaptação do direito às mudanças da sociedade. Em contraste, a teoria sistêmica acomoda o desenvolvimento dinâmico do sistema jurídico, adotando a diferenciação funcional interna para responder de forma robusta às complexidades da sociedade. Por meio da diferenciação funcional, a justiça opera no ordenamento jurídico de forma autorreferencial, como fórmula de contingência, modificando constantemente seu entendimento em busca de expectativas consistentes. Essa perspectiva permite que o sistema revise suas próprias decisões, prática alinhada à abertura das sociedades modernas a novidades e alternativas. A análise comparativa que se segue entre essas duas teorias fornece novos *insights* sobre suas respectivas abordagens, lançando luz sobre as implicações mais amplas na estruturação do sistema jurídico e culmina em uma compreensão abrangente de como o positivismo jurídico e a teoria sistêmica do direito convergem e divergem em sua interpretação da justiça e do direito.

Palavras-chave: positivismo jurídico; teoria sistêmica; justiça.

Abstract

This article examines the relationship between justice and law from legal positivism and systemic law theory. Inherent in these theoretical structures are varied notions of justice, revealing divergent understandings of legality and morality. Although legal positivism maintains a defined and objective approach to the formulation of law, it runs the

risk of inflexibility, potentially making it difficult for law's adaptation to societal changes. In contrast, systemic theory accommodates the dynamic development of the legal system by adopting internal functional differentiation to respond robustly to the complexities of society. Through functional differentiation, justice operates in the legal system in a self-referential way, as a contingency formula, constantly modifying its understanding in search of consistent expectations. This perspective allows the system to review its own decisions, a practice aligned with the openness of modern societies to new things and alternatives. The comparative analysis that follows between these two theories provides new insights into their respective approaches, shedding light on the broader implications for the structuring of the legal system, and culminates in a comprehensive understanding of how legal positivism and systemic law theory converge and diverge in their interpretation of justice and law.

Keywords: legal positivism; systemic theory; justice.

1 Introdução

Este artigo tem como objetivo descrever a relação entre direito e justiça, particularmente no contexto do positivismo jurídico e da teoria sistêmica do direito. A questão proposta questiona se os imperativos morais, quando transcritos em lei – um processo aqui referido como “legalização” – promovem a inclusão da justiça como elemento intrínseco ao direito. Caso contrário, levanta a perspectiva, proposta pelo positivismo jurídico, de que a justiça seja expulsa dos limites do direito e relegada a uma posição subordinada dentro dos domínios mais amplos da ética e da política.

Hans Kelsen (2006, p. 5), um proeminente positivista jurídico, percebeu uma clara delimitação entre direito e justiça, sustentando que uma teoria pura do direito, semelhante ao raciocínio científico, é mal equipada para verificar se uma determinada ordem social é justa. De acordo com essa perspectiva, o direito torna-se uma questão de técnica social, distinta de considerações morais e podem existir ordens sociais injustas, necessitando a separação entre direito e justiça. Em essência, o positivismo jurídico enfatiza a existência do direito positivo, desprovido de uma obrigação intrínseca para com a justiça.

Por outro lado, Nobles e Schiff (Luhmann, 2004, p. 22), valendo-se da teoria sistêmica do direito de Luhmann, postulam que a justiça é parte integrante das comunicações jurídicas, operando em um nível fundamental para manter programas condicionais. No contexto do sistema jurídico, a justiça torna-se uma autorrepresentação e um valor com o qual o sistema se autoidentifica, mesmo que não esteja enraizado no direito natural. Assim, a justiça opera como fórmula de contingência dentro do ordenamento jurídico, ajustando-se às respostas dinâmicas do sistema. Embora cada aspecto da lei – suas regras, princípios, doutrinas – seja suscetível a mudanças, a estabilidade sistêmica costuma ser mantida por meio de estruturas e operações repetíveis.

Sob essa luz, o artigo visa a explorar os fundamentos teóricos dessas perspectivas, suas implicações para nossa compreensão do direito e da justiça e sua possível reconciliação.

2 O positivismo jurídico e a distinção fato/valor

O positivismo jurídico tem uma rica linhagem histórica, com raízes nas obras de pensadores influentes como John Austin, Jeremy Bentham, H.L.A. Hart e Hans Kelsen. Durante os séculos 19 e 20, esses juristas lançaram as bases para essa filosofia jurídica, que desde então se tornou uma abordagem dominante nos estudos do direito. Os princípios centrais do positivismo jurídico giram em torno da crença de que a lei deriva sua validade apenas de sua fonte, e sua legitimidade não depende de considerações morais ou éticas.

Para Austin (1995, p. 285), o direito positivo, que é tratado pelo jurista como direito em sentido estrito ou simplesmente direito, é determinado, direta ou indiretamente, por um indivíduo ou órgão de soberania, para um membro ou membros de uma sociedade política independente que tratam aquele indivíduo ou corpo soberano como se investidos de autoridade suprema. Esse modelo, porém, não está isento de problemas, é incompleto por não poder dar conta de casos anômalos, como é o caso da imposição de direitos a estrangeiros, mas esta incompletude não é suficiente para retirar a verdade da definição do direito positivo e é a partir dessa definição que se pode, mais profundamente, adentrar na ciência da teoria jurídica que trata o direito positivo como seu objeto de questionamento (Austin, 1995, p. 20).

A definição do direito positivo como produto de um grupo ou pessoa investida de autoridade suprema em uma sociedade política independente é a base ou fundamento da distinção entre duas características do direito derivadas da lógica do positivismo jurídico, a distinção entre o direito como “é” (fato) e o direito como “deveria ser” (valor), onde não existe em uma sociedade determinada o dever de cumprimento à uma ordem anterior com base em pressupostos morais universalmente estabelecidos, o que fornece os elementos para a descrição do sistema jurídico de um ponto de vista moralmente neutro dos “hábitos gerais de obediência” (Schofield, 2021, p. 203).

Considerado por H.L.A. Hart como o fundador do positivismo jurídico (Schofield, 2021, p. 204), Bentham (1891, p. 137) foi o grande teórico dos hábitos gerais de obediência a partir de uma leitura dualista da sociedade política como positiva e da sociedade natural como negativa. Nessa leitura, quando um conjunto de pessoas tem o hábito de obedecer a um indivíduo ou grupo de indivíduos, descritos como governo ou governantes, essas pessoas, seus súditos ou governados, encontram-se num estado de sociedade política que se distingue pela sua positividade, condicionado pelo hábito da obediência, da negatividade da sociedade natural onde o hábito da obediência não existe e o que existe é o hábito da conversação.

É importante destacar que essa posição de Bentham (1891, p. 41) teve origem em uma vontade política de propor duas grandes reformas, a primeira reforma na substância do direito, por meio da aplicação de seu teste universal às instituições, com base na teoria utilitarista da máxima felicidade para o maior número de pessoas, e a segunda reforma na forma do direito, pela codificação das normas jurídicas em códigos jurídicos e em sua proposta não há qualquer tentativa de construção de uma teoria moral do direito, embora se possa dizer que ele seria um grande defensor do princípio da igualdade como regra principal da legislação.

O que se identifica em sua teoria da legislação reformista é uma crítica às teorias jurídicas da época, principalmente a proposta por Blackstone¹ em seus comentários ao direito inglês, que estavam centradas no tratamento das regras morais como imutáveis, uma noção extraída do direito natural que colocava a ordem natural como um espaço de descobertas e não de aprimoramentos (Bentham, 1891, p. 93) e é contra essa rigidez imutável que Bentham (1891, p. 98-99) se irressigna ao afirmar que o direito possui duas características, que podem ser observados através de dois pontos de vista distintos: 1) o ponto de vista do *expositor* que apenas explica o que o direito “é”, ocupado em responder a respeito dos fatos; e 2) o ponto de vista do *ensor*², que nos informa sobre o que ele acha que o direito “deveria ser”, ocupado em discutir as razões do direito (Bentham, 1891, p. 98-99).

Para Bentham (1891, p. 99) esses dois pontos de vistas teriam papéis distintos dentro de suas esferas de atuação, o ponto de vista do expositor se preocuparia apenas em compreender, memorizar e julgar, enquanto o censor estaria preocupado com os sentimentos de prazer ou desprazer que podem ser ocasionados pelo seu papel de revisor do direito. Nessa distinção, o expositor seria capaz de identificar qual “é” o direito de cada uma das nações do mundo e, ao mesmo tempo, o censor seria capaz de avaliar como o direito de cada uma dessas nações “deveria ser”. Portanto, o expositor seria sempre um cidadão de uma nação particular que explica, memoriza e julga o direito de acordo com as particularidades da nação, voltado para a análise prática do que o legislador e o julgador já realizaram e ao censor caberia sugerir ao legislador o que ele deveria fazer no futuro. Em resumo, ao censor caberia ensinar, pela ciência, novas práticas ao legislador.

A sua crítica centrava na ideia de que a teoria jurídica da sua época, descrita por juristas como Blackstone, embora tivesse como objetivo explicar o que o direito na Inglaterra “era”, na verdade atuava como um censor, ignorando o caráter inerente da mutabilidade das regras jurídicas existentes em uma determinada nação que poderiam, a qualquer tempo, ser comparadas com outras e submetidas ao escrutínio da técnica científica que não só poderia identificar qual “é” a sua natureza, como propor reformas em busca de um determinado valor que se desejasse alcançar, sendo de fundamental importância distinguir entre o fato e o valor, especialmente se considerarmos que

¹ William Blackstone foi um jurista inglês do século XVIII que ganhou notoriedade pela publicação de quatro volumes de comentários sobre as leis da Inglaterra, baseadas em suas aulas de direito inglês em Oxford entre os anos de 1765 e 1769, que pela sua notoriedade tornou-se o principal alvo de críticas promovidas por Bentham (Posner, 1976, p. 569).

² O significado para censor, contido no texto de Bentham, não é o do agente governamental dotado do poder de impedir a circulação de representação audiovisual ou de discurso, mas o de crítico, como exposto pelo próprio autor: “The work of *censure* (for to this word, in default of any other, I find it necessary to give a *neutral* sense), as it may be styled, or, in a certain sense, of *criticism* [...]”.

dentro de uma estrutura do governo das leis de uma sociedade política independente caberia ao cidadão “obedecer pontualmente e censurar livremente”³ (Bentham, 1891, p. 101), uma prerrogativa essencial baseada na premissa até hoje acertada que um “sistema que nunca é criticado, jamais será aprimorado”⁴ (Bentham, 1891, p. 101).

É a partir dessa leitura que H.L.A. Hart⁵ (1983, p. 50) proporrá a sua visão do direito positivo sob o ponto de vista da teoria jurídica e da prática jurídica. Dentro da lógica do positivismo jurídico, a prática jurídica de cortes e tribunais e a produção legislativa do legislador não poderia estar preocupada com uma atuação de censor ou crítico do direito, não estaria dentro das funções legislativas e jurídicas que tratam de um determinado direito, dentro das particularidades de um determinado sistema jurídico, julgar como o direito deveria ser, mas se preocupar em descrevê-los, explicá-los e julgar de acordo com as previsões do direito como ele “é” e esse seria também o objeto da teoria jurídica, o direito de uma determinada nação como ele “foi” estabelecido pelas estruturas políticas e jurídicas da nação, cabendo apenas ao campo da crítica e da ciência possível abordagem quanto ao que o direito deveria ser no futuro⁶ (Hart, 1983, p. 52).

O positivismo jurídico, no sentido proposto por Austin, Bentham e explorado por H.L.A. Hart, é uma resposta diametralmente oposta à visão do direito natural que prevalecia na época em que Bentham (1891) escreveu seus comentários. Segundo essa visão, as leis da natureza, ditadas pela autoridade divina, seriam sempre superiores em obrigações a todas as outras, vinculavam todo o globo, todos os países, em todo o tempo e nenhuma lei humana teria contra ela qualquer validade, portanto, qualquer produção legislativa humana deveria, primeiro, obediência a esses ditames superiores e universais (Schofield, 2021, p. 206).

A irresignação do positivismo jurídico contra o direito natural e contra o que Bentham (1891, p. 213) considerava uma “máxima perigosa” é algo autoevidente, dentro da estrutura da sociedade civil fundamentada nessa leitura, em uma confusão das funções de expositor/censor e do direito como fato/valor, caberia apenas àquele que gostasse de uma lei afirmar que ela estava de acordo com o direito natural, dando a ela uma validade universal superior a qualquer produção humana que deveria ser obedecida por todos e, caso não gostasse de uma lei, afirmar que ela não estava de acordo com a lei superior cabendo a sua desobediência (Schofield, 2021, p. 207).

Por isso, dentro do positivismo jurídico, centrado na atuação do legislador e das funções políticas que discutiriam o futuro do direito como ele “deveria ser”, com a finalidade de evitar essa máxima perigosa, não caberia a um julgador qualquer interpretação das leis, sejam elas restritivas ou expansivas (Bentham, 1891, p. 30), em outras palavras, não estaria nas suas funções fazer conjecturas a respeito dos pontos obscuros, silenciosos ou indeterminado do direito, uma inconformidade com a atuação de juízes que é demonstrado ao longo da obra de Bentham (1891, p. 21) que tinha como objetivo formular uma teoria da legislação e advogava por uma reforma legislativa em resposta direta à noção tradição do *judge-made law* inglesa personificada pela figura de Blackstone.

O positivismo jurídico, no sentido aqui proposto, não só se nega a fazer juízos valorativos do direito, como estabelece como pressuposto lógico da teoria jurídica uma distinção clara entre o direito como fato e o direito como valor, desassociando o direito como ele “é” observado e descrito daquele que ele “deveria ser”, retirando qualquer elemento valorativo que subordinasse o direito a uma ordem moral superior e centra o direito na autoridade que o institui e dentro dessa lógica é possível asseverar que a abordagem positivista afirma que não há conexão inerente entre direito e moralidade.

Nessa perspectiva, o direito não necessariamente reflete ou impõe valores éticos e as leis e códigos não servem como bússola moral para a sociedade, que sempre estaria disposta a censurá-los. Dentro da lógica do positivismo

³ “to obey punctually; to censure freely” no original em inglês, tradução livre.

⁴ “[...] a system that is never to be censured, will never be improved [...]” no original em inglês, tradução livre.

⁵ H.L.A. Hart afirma que tanto Bentham quanto Austin, considerados utilitaristas, constantemente insistiam na necessidade de uma distinção firme e com a máxima clareza do direito como ele “é” do direito como “deveria ser” complementando que, na Inglaterra de sua época, a separação entre direito e moral é feita de maneira superficial e errada.

⁶ H.L.A. Hart, usando das palavras de Austin, resume a sua posição a partir do seguinte enunciado: “A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation. This truth, when formally announced as an abstract proposition, is só simple and glaring as it seems idle to insist upon it.”

jurídico, essa separação entre direito e moral é essencial para manter a autonomia e a independência do sistema jurídico de julgamentos morais subjetivos, mas também suscita debates e críticas a respeito do papel da justiça. Como o positivismo jurídico afirma que o direito é desprovido de conteúdo moral inerente, surge a pergunta: a justiça pode ser acomodada dentro de uma estrutura legal que separa direito e moral?

Kelsen (2006, p. 3 e 18), seguindo a linha do positivismo jurídico, descreve o direito como um sistema de regras criado por uma ordem de comportamento humano que se diferencia de outros sistemas de regras, como a moral e a religião, pela autoridade que o cria e pelo poder de aplicar sanções. Em outras palavras, o direito é uma criação do homem, promulgada por autoridades reconhecidas ou entidades soberanas revestidas de poder e a ênfase da discussão do direito está nas suas características formais, como sua promulgação por meio de legislação ou por decisões de instituições jurídicas legítimas. A validade do direito, portanto, não depende de sua correção moral ou de seu alinhamento com os princípios do direito natural. Em vez disso, a legitimidade do direito decorre de seu reconhecimento pelas estruturas políticas e sociais de uma dada sociedade.

Dentro dessa lógica, Kelsen (2006, p. 5) propõe o problema sob um ponto de vista metódico e científico, em que a demarcação entre direito e justiça depende da refutação da suposição de que o direito positivo deve ser inerentemente justo. Essa refutação reconhece outra situação inerente; isto é, uma teoria científica do direito não tem o escopo de abordar essa questão moral. Em essência, colocar a questão “O direito positivo deve ser justo?” desafia a missão da ciência jurídica. Como ciência jurídica, o direito positivo não se envolve com questões morais e o problema do direito é enquadrado como uma técnica social e não como uma questão moral.

Essa distinção entre o direito e a moral não ignora o papel da justiça para a construção de uma ordem social, mas apenas dá outro significado à justiça, distinto da ordem jurídica e do direito. Para Kelsen (2006, p. 6), a justiça é uma questão de felicidade social e essa felicidade é relativa na medida em que não existe uma única ordem social capaz de oferecer felicidade geral para todos e essa relativização da felicidade social não negligencia o potencial de contentamento mútuo e geral. Apesar das diferenças individuais nos julgamentos de valor, isso não significa que esses indivíduos careçam de sistemas de valores individuais (Kelsen, 2006, p. 7). Na verdade, muitas vezes pode ser encontrado um grau significativo de consenso entre os indivíduos em muitos julgamentos de valor. Assim, um sistema de valores positivos não é meramente uma construção caprichosa de indivíduos isolados, mas é, invariavelmente, o resultado de influências recíprocas exercidas entre indivíduos dentro de um grupo definido – seja família, tribo, classe, casta ou profissão.

Para Kelsen (2006, p. 8), todo sistema de valores, notadamente os sistemas morais com sua ideia quintessencial de justiça, é um fenômeno social – um produto da sociedade da qual surge e varia de acordo com a natureza social e a aceitação generalizada de certos valores dentro de uma sociedade não nega a subjetividade e a relatividade desses julgamentos de valor. O acordo de numerosos indivíduos sobre julgamentos de valor específicos não fornece evidência causal substancial de sua correção e a crença generalizada não constitui prova científica adequada da precisão de tais ideias.

Por isso, dentro da lógica do positivismo jurídico, os valores sociais ou o sistema de valores da ordem social são distinguíveis dos pressupostos do direito positivo que não são inerentemente vinculados com esses valores, embora se possa dizer ou admitir uma interação entre eles na medida em que a discussão social é o que definirá quais desses valores serão positivados no direito e passarão a fazer parte da ordem jurídica ou do direito como ele “é”, independente das possíveis divergências existentes dos críticos desses valores positivados. Em outras palavras, não existe ligação inerente entre as dimensões factual e valorativa do direito como ele “é”.

2.1 Positivização da (in)justiça e o positivismo jurídico

Com isso em mente, é possível dar uma resposta à questão formulada. Dentro do positivismo jurídico, a justiça não pertence à ordem jurídica ou a um sistema jurídico. Ela pertence ao sistema de valores da moral. Mas, o que ocorreria se acontecesse a legalização de valores morais? Esses valores passariam a ser parte do direito positivo. E, dentro dessa legalização caberia algum tipo de julgamento valorativo sobre os valores positivados? Dentro da lógica do positivismo jurídico, onde não caberia juízo valorativo do direito, o direito não possui valores, ele apenas “é” o

direito da forma como foi proposto pela autoridade revestida do poder para fazê-lo e, por isso, independente do conteúdo da norma, ele seria direito.

Se o direito de uma nação, por exemplo, passasse a conter conteúdo religioso ou incorporasse parte da dogmática religiosa como elementos de sua normatividade, esse seria o direito da nação, independente do seu conteúdo e independente da justiça de seus elementos substantivos. Essa noção diz muito sobre a teoria do direito, mas diz pouco sobre o que Bentham (1891, p. 101) chamava de pontualidade de sua obediência, porque a obediência da lei implica que exista em seu conteúdo algo que justifique a sua obediência.

Esse conteúdo implícito é o que impulsiona Alexy (2010) a teorizar sobre a dupla natureza do direito, uma vez que a atuação em prol de um determinado direito pode definir a maneira como o sistema jurídico se comporta. Se o direito passasse a conter previsões absurdas que, por exemplo, dispusessem a destruição de parte dos governados de uma nação, claramente o sistema jurídico teria degenerado para um sistema baseado exclusivamente na força bruta (Alexy, 2010, p. 169). Não seria mais uma ordem jurídica e não há que se falar, por melhor que sejam as discussões teóricas do direito, que caberia obediência a essa ordem, pelo contrário, a prescrição da própria teoria jurídica seria no sentido de sua desobediência e a ordem social estaria factualmente arruinada.

Se fosse entendido em sentido contrário, se o direito positivo realmente estabelecesse que a ordem jurídica absurda ou destrutiva deveria ser cumprida porque esse “é” o direito da nação, o próprio direito estaria fadado à destruição ou seria orientado para a destruição da sociedade que o institui, transformando o direito em mero instrumento de exercício de poder dos governantes e das autoridades, sem qualquer necessidade de prestação de contas ou de respeito a um mínimo valor estrutural. Por óbvio, não se pode fazer o equívoco de alinhar o positivismo jurídico com teorias jurídicas que prescrevem o cumprimento de qualquer direito, independentemente de seu conteúdo valorativo.

O que o positivismo jurídico parece indicar é a necessidade de uma dupla visão do direito, que seja capaz de reconhecer a sua prática efetiva ou o que “é” praticado como direito em um determinado tempo e a capacidade de uma reflexão crítica do direito a partir do que ele “deveria ser”, sem que se possa concluir sobre o que deveria ser feito no nível do cumprimento ou materialização do direito e, nesse sentido, não se poderia afirmar que positivismo jurídico pregaria o cumprimento de uma lei que exigisse a destruição de parte dos governados de uma nação, mas apenas afirmar que essa “é” a lei de uma nação.

É essa a reflexão de Ferrajoli (2013a, p. 13) sobre a constituição italiana promulgada após a codificação do direito fascista, em que coexistem corolários do direito constitucional moderno, como a presunção de inocência e o princípio da estrita legalidade em matéria penal, com instituições do direito fascista da responsabilidade objetiva, grandes prazos de prisão preventiva e inexistência de garantias de defesa adequadas, que exigem de sistemas complexos, como o caso dos Estados constitucionais de direito, um duplo foco que não seja puramente normativista, voltados apenas no “dever ser” do direito, como prescrevia o direito natural de Blackstone, nem puramente realista, que despreveria o direito apenas a partir do que ele “é”, transformando o direito em mero exercício de poder.

A abordagem do direito em uma visão dualista ou com foco dualista que não o transforme apenas no realismo daquilo que “é” e nem o limite às visões naturalistas que focam apenas na censura ao direito e vinculam a sua validade a uma visão normativista é o que está na essência da pergunta inicial: existiria espaço para a justiça dentro do direito ou do sistema jurídico como um todo? A resposta para essa pergunta pode ser encontrada na tese da dupla natureza do direito formulada por Alexy (2010, p. 167) que se baseia no pressuposto que o direito possui tanto uma dimensão real ou factual quanto uma dimensão ideal ou crítica e, nessa definição, o direito como “fato” é representado pelos elementos de autoridade e de eficácia, muito semelhantes à visão do positivismo jurídico da autoridade e da obediência, e o direito como “valor” é representado pelo elemento da correção moral, que serve de elemento para justificação da obediência.

Essas definições, no entanto, são elementos apenas formais que “em ordem para se chegar a um conteúdo concreto e uma estrutura clara, a tese precisa ser explicada dentro de um sistema⁷” (Alexy, 2010, p. 167) pela

⁷ “In order to arrive at concret content and a clear structure, the thesis has to be explicated within a system” no original em inglês, tradução livre.

“institucionalização da razão⁸” (Alexy, 2010, p. 167), cuja etapa final promove a “reconciliação entre o ideal e o real⁹” (Alexy, 2010, p. 168). Essa reconciliação entre o direito como “fato” ou real e o direito como “valor” ou ideal é baseada na premissa que a correção substancial, que é um argumento em prol da justiça, não se esvai quando o direito é institucionalizado, ou seja, ele continua contido atrás e dentro da lei (Alexy, 2010, p. 174), que é percebido mesmo pela lógica do positivismo jurídico e está contido no hábito geral de obediência que precisa justificar materialmente o “porquê” de se obedecer à lei.

Segundo Alexy (2010, p. 174), a correção do direito, nesse sentido, passa por uma visão de duas ordens. A primeira ordem de correção se refere apenas à sua dimensão ideal e à noção de justiça como tal, enquanto a segunda ordem de correção lida com a compreensão da justiça, se referindo tanto à dimensão ideal quanto à dimensão real. Essa compreensão da justiça ou “certeza legal” (*Rechtssincherheit*) só é possível pela positividade e está imbricado no compromisso com o que é estabelecido pela autoridade e pela eficácia social (Alexy, 2010, p. 174), ou seja, o que justifica a obediência é o compromisso com a certeza que legitima o direito instituído pela autoridade soberana.

Essa segunda dimensão é o que faz Alexy (2010, p. 175) criticar a lógica formulada do positivismo jurídico de que o direito pode ter qualquer conteúdo e, portanto, a lei de estados autoritários que estabeleçam o confinamento de indivíduos em campos de concentração ou mesmo a sua morte ainda assim seria o direito daquela nação e afirmar, segundo a fórmula de Radbruch, que a “extrema injustiça não é direito” (Alexy, 2010, p. 175) e, nesse sentido, retomamos o problema do direito como mero instrumento de poder e ignoraríamos o problema da compreensão do direito sob o ponto de vista da própria sociedade que o estabelece que estaria sujeita à sua destruição interna.

Esse problema é respondido tanto pelo positivismo jurídico quanto pela teoria da dupla natureza pelo estabelecido do constitucionalismo democrático que para Alexy (2010, p. 177) é a única forma de conciliação entre a positividade e a correção do direito por promover a materialização sistêmica da dupla natureza do direito, ao tempo em que para Ferrajoli (2013b, p. 46) uma constituição democrática, compreendida como uma lei maior que ordena todas as demais, transforma os princípios éticos e políticos que são externos ao direito em *principia iuris et in iure* ou em direito positivo interno e geradora de deveres de coerência para a produção e interpretação das demais leis a ela subordinadas.

A resposta do constitucionalismo democrático é eficiente porque atende à necessidade de se responder ao problema dos governos autoritários que preveriam a destruição ou subordinação da sociedade à vontade tirânica de um soberano, mas ao mesmo tempo não subordina o direito a uma ordem externa ou maior que o próprio direito, como prescreveria o direito natural, porque ele subordina o direito à sua própria lógica interna e à própria autoridade do direito previsto em seus códigos internos, principalmente pela prescrição de princípios ético-políticos em uma constituição que funciona como lei maior que legitima e condiciona todas as demais.

Por isso, a legalização de imperativos morais transforma tais imperativos em condicionantes das práticas do próprio direito e, ao contrário do que prescrevia o direito positivo, a justiça não estaria fora dos limites do direito, pelo contrário, a legalização dos imperativos morais transforma a justiça em elemento de legitimação interna do próprio sistema e condiciona o seu funcionamento tanto na produção da legislação quanto na interpretação para a sua aplicação, especialmente na presença de uma constituição de fundamento democrático. No entanto, isso não explica o problema das fontes do direito, que continuam dependentes de um elemento externo ao sistema jurídico.

A positivação dos princípios em regras de direito constitucional, como afirmam ambas as teorias, do positivismo jurídico e do não positivismo jurídico sobre o constitucionalismo democrático, embora resolva o problema de o direito positivo prescrever qualquer tipo de conduta, ainda condiciona a autoridade do direito a um elemento externo, o direito positivo produzido pela autoridade soberana do parlamento. Nesse processo, essas duas visões ignoram que a própria noção de autoridade soberana do parlamento é uma estrutura do direito (Nobles; Schiff, 2006, p. 102) que foi e é discutida e trabalhada por cortes e tribunais e que o direito e seus elementos, como a justiça,

⁸ “institutionalization of reason” no original em inglês, tradução livre.

⁹ “reconciliation of the ideal with the real” no original em inglês, tradução livre.

não são apenas construções abstratas da discussão teórica do direito, mas constatações históricas de um sistema jurídico em busca do sentido do que “é” o direito.

Embora o positivismo jurídico se coloque em posição de crítica à atuação de cortes e tribunais, as cortes e os tribunais estão contidos no terreno do que Luhmann (1983, p. 236) chama de “positividade”. A positividade é uma característica tanto dos juízes quanto da legislação, que acentua nos juízes a neutralidade política, transferindo a consciência jurídica do julgador para a sociedade e vinculando os seus argumentos, a sua proximidade com as sanções e a indeterminação das normas ao processo legislativo, de maneira a complementá-lo. Assim, as considerações da legislação vinculam as decisões judiciais de cortes e tribunais que mesmo quando arriscam considerações mais arrojadas, inclusive sobre a justiça, precisam estar resguardados pela legislação.

Para Luhmann (1983, p. 236-237), historicamente, a positividade não trata apenas da amplificação das atribuições legislativas ou da subordinação das instituições e dos processos legislativos a uma hierarquia das leis, que seria uma reprodução da noção romana da *lex positiva*, mas sim do próprio estabelecimento do direito como a base e o fundamento do próprio direito. Nesse contexto, a soberania do parlamento se transforma em estrutura do próprio direito e o direito positivo passa a vigorar não porque é permitido ou estabelecido por normas superiores que o autorizam, mas porque o sistema jurídico pelos seus próprios critérios o estabelece, o que acaba por abrir o direito à possibilidade de mudança, não mais vinculado a uma autoridade que o legitima, pela própria decisão judicial.

3 Uma observação sistêmica do direito e da justiça

O positivismo jurídico à época de Bentham (1891) era apresentado sob um ponto de vista reformista, uma crítica ao direito natural e à teoria jurídica do período personificada na figura de Blackstone. A noção do direito como duas vertentes, fato/valor, era apresentada como uma novidade, uma alternativa à má compreensão do direito do período e da sua vinculação a uma ordem moral superior que determinava o seu conteúdo valorativo, uma oposição ao direito natural. Por isso, embora o caráter reformista do direito positivo prescrevesse uma superação da ordem anterior, da imutabilidade do direito vinculado à ordem universal do direito natural, o direito da época era centrado nas noções do direito natural e delas decorriam as práticas das cortes e dos tribunais.

Por isso, por melhores que possam ser as críticas à vinculação do direito à lógica do direito natural e por mais que se afirme a preponderância do pensamento jurídico do positivismo e da influência reformista de Bentham (1891) na discussão teórica do direito (Schofield, 2021, p. 203), a justiça ou a possibilidade de uma leitura moralista do direito sempre esteve presente na formação das estruturas internas de sentido do direito e ainda está presente na discussão teórica do que é o direito, algo que pode ser observado no debate entre Hart e Dworkin, que entre as diferentes questões apresentadas está a função do direito e a possibilidade de leituras principiológicas de sua ciência (Shapiro, 2007, p. 3-4), ou na crítica do constitucionalismo garantista às teorias neoconstitucionalistas como um retorno ao jusnaturalismo (Ferrajoli, 2012, dnp), uma modernização da crítica do positivismo jurídico ao suposto retorno do direito natural.

Embora o positivismo jurídico descreva o direito em termos de fontes de autoridade e se afirme que o sistema jurídico tenha aderido ao positivismo, o direito natural não desapareceu de imediato do sistema jurídico (Nobles; Schiff, 2006, p. 92) e embora se possa presumir que a existência do direito natural em concomitância com o positivismo jurídico sugira que o direito natural é um remanescente histórico sujeito à extinção, conforme expressam Nobles e Schiff (2006, p. 92), essa seria uma “conclusão incorreta” porque não existe razão para esperar que o sistema jurídico venha, em seu processo de comunicação de sentido sobre o que “é” o direito, apenas identificar como parte de seus elementos internos comunicações em referência a fontes de autoridade. O sistema jurídico, em seu processo histórico evolutivo, jamais deixou de operar comunicações sem referência à “justiça”.

Parte da discussão teórica sobre as funções do direito que podem ser observadas nos trabalhos de diferentes teóricos do direito é um indicativo dessa irritação interna do sistema jurídico, que não pode fugir de questões de justiça e, mesmo no positivismo jurídico, o pressuposto de desvinculação entre fato e valor ou direito e justiça é um elemento fundamental de sua distinção de outras teorias. Isso sem considerar as práticas de cortes e tribunais, cujos argumentos são, em diferentes medidas, orientados a partir de noções de justiça que são, inclusive, o plano

de fundo para a crítica sobre a qualidade desses argumentos a partir da teoria jurídica, que são considerados um problema de ativismo judicial (Streck; Tassinari; Lepper, 2015).

Isso significa que a abordagem positivista, por melhor que sejam os seus argumentos em prol da distinção entre direito e moral, trabalha muito mais no plano prescritivo da teoria jurídica, que busca orientar os processos internos do sistema jurídico para o que o direito “deveria ser” em uma crítica ao sentido corrente do direito, do que no plano descritivo do funcionamento interno do sistema jurídico, embora não se possa ignorar o valor da teoria jurídica como elemento interno de descrição do sistema sobre o sentido de suas próprias estruturas internas, o que Luhmann (2016, p. 678) chama de “autodescrições”.

Dentro de uma teoria da sociedade com fundamento em sistemas sociais que se autorreproduzem, o papel das autodescrições é o de descrever o sistema jurídico de maneira como que o sistema continue provendo sentido (Luhmann, 2016, p. 678), ou seja, o papel da teoria jurídica em sua descrição do sistema jurídico é o de dar sentido ao o que “é” o direito mesmo que a dúvida quanto à existência de uma resposta certa para essa pergunta seja cada vez maior. Para Luhmann (2016, p. 677), o sistema jurídico precisa ser entendido como uma instância de decisão e, precisando tomar decisões em referência à justiça (Nobles; Schiff, 2006, p. 92), a teoria jurídica e as autodescrições fornecem os elementos necessários pra que o sistema jurídico não recomende a anarquia ou o livre-arbítrio (Luhmann, 2016, p. 677).

O que se verifica no sistema jurídico, especialmente a partir do período em que Bentham (1891) escreveu os seus comentários e sua proposta de reforma à teoria da legislação da Inglaterra, é que as decisões judiciais não só faziam parte do direito inglês, como eram uma de suas primeiras fontes e mesmo que a legislação tenham substituído as decisões judiciais como o principal mecanismo pelo qual o direito é estabelecido e modificado, inclusive essa era uma das defesas de Bentham (1891, p. 222) da legislação positiva. A modificação da lei pelas decisões judiciais continuou e juízes em livros, artigos e palestras jamais precisaram negar que, em diferentes circunstâncias, afetam o direito com suas decisões (Nobles; Schiff, 2013, p. 47).

Em termos sistêmicos, isso significa que embora se possa afirmar que o sistema jurídico opera, desde o século XVIII, a partir da distinção entre direito e moral, essa distinção apenas reforçou a diferença entre o que é o direito positivo e o que pode ser ajuizado moralmente, ou seja, a distinção entre o direito conforme previsto pela convenção social e o que as cortes e os tribunais são chamados a decidir. Nesse sentido, o positivismo jurídico e a positivação do direito contribuíram para evitar que as decisões judiciais estivessem à mercê das pressões sociais ao vincular o juiz à lei (Luhmann, 2016, p. 78), impedindo que juízos morais tenham consequências jurídicas imediatas (Luhmann, 2016, p. 106), mas sem negar que o sistema jurídico decidirá a partir de expectativas de justiça (Luhmann, 2016, p. 158).

Isso não significa que a moral e a questão quintessencial de justiça seja um elemento de validação ou justificação do direito, porque o sistema jurídico a partir do direito positivo não precisa mais de um fundamento externo ou uma legitimação adicional (Luhmann, 2016, p. 51); pelo contrário, a positividade do direito fechou o sistema jurídico em suas próprias estruturas internas de sentido, em um “fechamento operativo” (Luhmann, 2016, p. 104), impedindo juízos morais no interior do sistema, forçando-o a decidir em referência a seus próprios elementos.

No entanto, o sistema jurídico é uma máquina histórica (Luhmann, 2016, p. 77-78) e como tal, conforme nos apresenta a estrutura do *common law* e a vinculação do juiz às decisões anteriores para a formação de suas razões de decisão, movimenta-se em referência às decisões anteriores que formam as bases para as decisões do futuro e, nesse sentido, conduzem ao estabelecimento de critérios que são válidos apenas para o próprio sistema que não pode importar estruturas de fora, mas com o auxílio de suas próprias estruturas internas pode modificá-las ou abandoná-las (Luhmann, 2016, p. 154) e, por isso, não pode ignorar que em determinados momentos será chamado a decidir com base na justiça, mas precisa fazê-lo de maneira juridicamente criteriosa.

O sistema jurídico só consegue decidir o que faz parte do direito e o que não faz parte do direito quando confronta decisões anteriores e, ao fazê-lo, antecipa possibilidades para decisões futuras (Luhmann, 2016, p. 153), colocando em marcha o que a teoria sistêmica chama de “autopoiese do sistema jurídico” (Luhmann, 2016, p. 153), que é a reprodução de sentido oriundo das próprias estruturas internas do sistema onde são recordados não apenas os materiais de conflito, a solução de casos isolados, quais foram as reivindicações negadas ou aceitas

em determinados períodos históricos, mas todas essas informações juntas que atuam como pré-requisitos para condicionar as decisões futuras.

Por isso, quando se fala que o sistema jurídico jamais deixou de operar comunicações sem referência à justiça (Nobles; Schiff, 2006, p. 92), o que se está dizendo é que questões de justiça ou mesmo questões morais, como a legalização de princípios morais que estão presentes no sistema jurídico, não podem ser ignoradas como parte das suas estruturas internas de sentido sobre o que pertence ou não ao direito e mesmo que o positivismo jurídico afirme categoricamente que a justiça não deveria pertencer ao sistema, ele apenas está confirmando que o sistema jurídico como “é” não só considera a justiça um de seus elementos, como não deveria mais fazê-lo.

Se o sistema jurídico está sujeito a tomar decisões com base em critérios de justiça ou, pelo menos, a partir de expectativas de justiça (Luhmann, 2016, p. 158), considerando que a justiça está sujeita a limitações de sentido descritas pela teoria jurídica em seu trabalho de descrição do sistema, a partir de sua positividade, evita-se que as comunicações do que “é” ou não direito estejam à mercê das pressões sociais ao vincular o juiz à lei (Luhmann, 2016, p. 78) então faz-se necessário compreender como esses critérios são estabelecidos e, dentro da teoria sistêmica, a justiça é compreendida como “fórmula de contingência” (Luhmann, 2016, p. 291) que opera a partir do esquema igualdade/desigualdade (Luhmann, 2016, p. 308).

A justiça como “fórmula de contingência” é, para a teoria dos sistemas sociais autopoieticos, uma estrutura de estabilização interna do sistema, fornecendo previsibilidade ou consistência às decisões judiciais (Lima; Bôas Filho, 2019, p. 256). A justiça dentro do sistema jurídico não é a mesma justiça do direito natural de “fundamentação metafísica”, mas ao mesmo tempo não é a pluralidade de possibilidades da moral pública, que implicaria um “decisionismo” das decisões judiciais. A justiça é um símbolo de “congruência” que tem função de estabilizar as expectativas normativas desenvolvidas pelo direito (Lima; Bôas Filho, 2019, p. 256).

O que Nobles e Schiff (2006, p. 62) parecem sugerir é que, apesar de o sistema jurídico moderno definir-se em termos da positividade do direito ou que “o direito moderno se define como ‘direito positivo’” (Luhmann, 2016, p. 51), em uma superação do modo de pensar o direito a partir de valores transcendentais e universais do jusnaturalismo, o sistema jurídico não precisa “desistir da ideia de justiça” (Luhmann, 2016, p. 289) que funciona no interior desse sistema como uma representação de sua unidade que tem como objetivo fazer conexões entre as diferentes operações de sentido sobre o que “é” o direito.

Para Luhmann (2016, p. 289), a ideia de justiça é um “programa para programas”, o que significa dizer que a ideia orienta a produção de programas que dão unidade ao sistema jurídico em sua função de estabilização das expectativas normativas. Essa ideia de justiça é diferente das teorias jurídicas em si, que como autodescrições do sistema jurídico são discutíveis a partir de auto-observações, e requer uma qualidade normativa que é implícita ao sistema jurídico que “pretende-se justo por si mesmo” (Luhmann, 2016, p. 290).

Mas isso não significa que o sistema jurídico opera-se a partir de fórmulas teóricas como a de Radbruch (Alexy, 2010, p. 175), que impediria um julgamento a partir da injustiça extrema, porque apesar de possuir uma qualidade normativa ela não opera na forma de uma teoria, mas como programa normativo sujeito à frustração (Luhmann, 2016, p. 290), o que significa dizer que “podem existir sistemas jurídicos injustos (ou mais ou menos justos)” (Luhmann, 2016, p. 291). Cabe, portanto, explicar como o sistema é capaz de expressar esse programa normativo que é a ideia de justiça.

3.1 A justiça do sistema jurídico e possível convergência entre a teoria sistêmica e o positivismo jurídico

Se o sistema jurídico jamais deixou de operar comunicações em referência à justiça, faz-se necessário descrever de que “justiça” estamos falando quando nos referimos a um sistema jurídico. O positivismo do direito já estabeleceu um alerta importante que serve de abertura para a compreensão da justiça a partir do sistema jurídico, a “máxima perigosa” de que o direito estaria subordinado a uma origem anterior, exterior e maior que ele, como prescrevia o direito natural que Bentham (1891, p. 213) criticava e que acabava por limitar o direito e sua mutabilidade em uma sociedade positiva, subordinando-o à ordem imutável do direito natural. O ponto central da crítica do positivismo jurídico é, portanto, a imutabilidade do direito natural.

A “justiça” no sistema jurídico é, em primeira análise, parte de suas estruturas internas e o sistema jurídico, como todos os subsistemas da sociedade, é “sempre contingente” (Lima; Bôas Filho, 2019, p. 254) e dentro dessa contingência as operações internas do direito em busca de sentido do que “é” ou “não é” direito está sempre sujeito à mutabilidade que é característica, principalmente, da sociedade moderna e sua complexidade. Nesse sentido, a justiça como é compreendida pelo sistema jurídico é tão mutável quanto é o direito da sociedade política de Bentham (1891, p. 141) e mesmo que se fale em conquista de valores ou de legalização de pressupostos morais, a justiça no sistema jurídico não é concebida como conquista de valores imutáveis (Lima; Bôas Filho, 2019, p. 254), como a lógica do direito natural de Blackstone e a sua descoberta do espírito do direito (Blackstone, 2016, p. 47).

A “justiça” no sistema jurídico está vinculada com a impossibilidade do direito de prescrever a todos os casos a ele submetidos a prestação jurisdicional correspondente e é, em parte, abordado pela crítica hodierna feita pelo positivismo moderno ao que o se chama de teorias “pós-positivistas” ou “neojusnaturalistas” que pela defesa de um direito centrado na ponderação restabeleceram a conexão pré-moderna do direito e da moral (Ferrajoli, 2014, p. 10) em um retorno ao modelo estático de normas do direito natural, incompatível com lacunas que devem ser preenchidas em referência a sistema coerente de princípios (Ferrajoli, 2013a, p. 110), contrário ao paradigma do positivismo da sociedade moderna.

Em termos de uma teoria sistêmica, a necessidade de prestação jurisdicional é oriunda de uma pressão do ambiente social que exige do sistema jurídico decisões sobre demandas que, regra geral, o sistema jurídico não tem a capacidade de cumprir de maneira imediata e programática, por exemplo, pela ausência de previsão normativa. A justiça no interior do sistema exerce a missão de tornar essas pressões adequadas a uma possível operação jurídica de comunicação, tornando possível a decisão judicial onde não seria possível uma decisão (Lima; Bôas Filho, 2014, p. 255) e, nesse sentido, não tem qualquer vinculação axiológica e não se trata de vincular o direito a uma norma superior a ele (Lima; Bôas Filho, 2014, p. 256) pela qual seria possível criticá-lo.

A justiça no sistema jurídico opera como uma “fórmula de contingência” (Lima; Bôas Filho, 2014, p. 255), cuja finalidade não é fornecer ao sistema jurídico elementos valorativos externos que o vinculem a uma ordem natural superior a ele mesmo, de onde extrairia a sua legitimação, mas fornecer elementos de controle de consistência interna ao próprio sistema jurídico, dando estabilidade às decisões judiciais que são o produto final de seus processos comunicativos de sentido quanto ao o que “é” ou o que “não é” o direito e, portanto, quando se fala em justiça no sistema jurídico se está falando na justiça para o direito e não fora dele (Lima; Bôas Filho, 2014, p. 256).

Para Luhmann (2016, p. 291), a ideia de justiça como fórmula de contingência do sistema jurídico não precisa ser vinculada a um conceito de valor específico e, nesse sentido, a justiça dentro do sistema jurídico não é uma característica de fundamento axiológico e pode ser comparada a outras fórmulas de contingência de outros subsistemas da sociedade, como é o caso da produtividade das negações, centrada na noção de falseabilidade das hipóteses de pesquisa, do sistema científico, o princípio da escassez no sistema econômico, que orienta o valor das operações de mercado e a disponibilidade de mercadorias e serviços, ou a ideia de Deus único para o sistema religioso.

A fórmula de contingência dos sistemas sociais surge no seu interior pela impossibilidade de a sociedade antecipar e planejar o seu próprio futuro (Luhmann, 2012, p. 72). Como sistemas sociais distintos estabelecem fórmulas de contingências ou programas condicionantes de suas próprias estruturas internas de maneira distinta. Isso significa que existem na sociedade diferentes “valores” que não são estruturas transcendentais que fundamentam, a *priori*, a existência do sistema em si, mas são formas de variedade de como os desvios são percebidos pelo próprio sistema, permitindo ao nível da sociedade que se reavaliem os valores sociais ou a mudança de valores, que estão expostos a um “processo de corrosão” (Luhmann, 2012, p. 282) dentro do esquema tradição/novidade que informa o sistema social do que é conhecido, normal ou esperado (tradição) e o que não é esperado (novidade).

Isso é perceptível inclusive na presente discussão sobre a teoria jurídica, tanto na crítica do positivismo jurídico ao direito natural clássico quanto na crítica moderna do positivismo jurídico ao retorno do jusnaturalismo, porque o positivismo jurídico à época de Bentham e sua vontade de reforma da teoria da legislação de seu período apresentava-se como “novidade” à teoria da jurisdição clássica, centrada na ideia do direito natural defendida por Blackstone e, nesse sentido, defendia-se a possibilidade de mudança da teoria jurídica em prol de uma nova teoria,

enquanto a crítica moderna do positivismo jurídico parte da posição de tradição e se irressigna da “novidade” do retorno do jusnaturalismo das teorias neoconstitucionalistas, querendo que a antiga novidade, agora estabilizada como tradição, se mantenha como o fundamento da teoria jurídica.

O que Nobles e Schiff (2006, p. 92) sugerem ao afirmar que no processo histórico evolutivo o sistema jurídico jamais deixou de operar comunicações sem referência à “justiça” é exatamente o problema de se categorizar a variação da tradição/novidade pela produção de exceções às regras, quando as regras perderam a sua importância para o sistema, ignorando que tal abordagem possui uma “hipertrofia semântica” (Luhmann, 2012, p. 284) que compreende a “crítica” como a rejeição do que é criticado e “alternativa” como a melhor opção do que atualmente existe. Ignoram que a sociedade moderna adaptou modos de seleção que não apresentam um futuro estável, mas alternativas do que é possível dentro do que é “esperado” e do que “não é esperado” em um paradoxo da probabilidade do improvável (Luhmann, 2012, p. 251).

Para o sistema jurídico, isso significa que o direito precisa existir como parte da sociedade moderna sem um futuro certo e que todo o futuro do direito se expõe por meio do que é mais ou menos provável ou mais ou menos improvável (Luhmann, 2016, p. 753), não sendo possível dizer que o que é válido para o direito hoje será válido para sempre (Luhmann, 2016, p. 754). Nesse sentido, a “justiça” serve como estrutura interna do sistema para lidar com a improbabilidade inerente à incerteza do direito e, nesse espaço de improbabilidade, o sistema jurídico apresenta alternativas ou estruturas para se preparar, de maneira contingente, às possíveis alterações resultantes dessa incerteza, compensando as quebras de expectativas sobre o que é e o que não é esperado e protegendo as disposições jurídicas resultantes de possíveis mudanças no direito, algo que é mais evidente quando se trata da jurisdição ou da atuação de cortes e tribunais (Luhmann, 2016, p. 755), especialmente no caso da jurisdição constitucional quando se está tratando de casos controvertidos em que pode existir menor adesão de cortes inferiores.

Por isso, em uma visão sistêmica, o direito não deve ser compreendido como dependente de um elemento externo de validação ou legitimação que precisaria encontrar em um valor absoluto e universal da natureza ou da razão ou em uma alguma regra de reconhecimento da autoridade legislativa o argumento de sua fundamentação. O sistema jurídico e a suas comunicações do que “é” ou não direito precisam ser compreendidas como instância de decisão (Luhmann, 2016, p. 677) que são condicionadas, internamente e pelo próprio sistema, por procedimentos onde cada decisão é parte de uma cadeia em busca de consistência, em referência a suas próprias decisões, mas abertos à possibilidade de alternativas ou variações, desde que essas alternativas ou variações façam também referência às próprias decisões, como proposta de substituição do que “é” comunicado como direito.

Esse procedimento de busca de consistência realizado pelo sistema jurídico, em referência à “justiça” pode ser associado à ideia de igualdade. Para Luhmann (2016, p. 217-218), a igualdade é vista, tradicionalmente, como uma forma geral que abarca todos os conceitos de justiça, mas que significa algo muito mais próximo da regularidade ou da consistência e é vista, como são todas as fórmulas de contingência, como um princípio que fundamenta a si mesmo, não sendo uma afirmação da essência ou natureza do direito, nem um princípio para a substanciação da validade da lei e nem um valor que, se poderia presumir, conduz a uma escolha preferencial.

A “justiça” é uma busca pelas razões ou valores que se tornam legalmente válidos na forma de programas que orientam a resposta do sistema jurídico a partir da consistência de seus processos de decisão (Luhmann, 2004, p. 219) e isso significa que todas decisões judiciais precisam ser colocadas no contexto de outras decisões judiciais e devem levar em conta, nesse processo, que a igualdade favorece o processo de repetição do sistema (Luhmann, 2004, p. 228), ao estabelecer que casos semelhantes serão julgados de maneira semelhante, mas pela natureza contingente do processo de tomada de decisão, que podem variar a medida em que mudam o direito, está aberto ao tratamento de maneira desigual pela não repetição do sistema, seja pela alteração da legislação, que levantará questões sobre a vontade ou a intenção do legislador e que o sistema tratará de maneira desigual em referência casos já julgados anteriormente, ou pela jurisdição de casos difíceis, que se apresentam como novidade que dificultam a repetição em referência de igualdade aos casos anteriores.

Isso não significa que mesmo essas decisões consideradas novas não estejam sujeitas aos mesmos critérios de mutabilidade e de contingência do sistema jurídico. Pelo contrário, o sistema jurídico pode fazer comparações

retrospectivas ou prospectivas de maneira a preservar a consistência das decisões, expondo-as, sejam elas iguais ou desiguais. As novas observações do próprio sistema jurídico (Luhmann, 2004, p. 229), como é o caso de mudança de posições das cortes e tribunais em matérias controvertidas e, portanto, inconsistentes dentro do sistema jurídico, explicam, por exemplo, os casos da possibilidade de prisão em segunda instância no Brasil¹⁰ e da reversão da decisão *Roe v. Wade* nos Estados Unidos¹¹.

A visão da teoria sistêmica da justiça não como valor transcendental, mas como fórmula de contingência que se liga à própria função do sistema jurídico (Lima; Bôas Filho, 2019, p. 256) esclarece a discussão moderna da teoria jurídica sobre a possibilidade ou a impossibilidade de o juiz interpretar o direito para resolver casos difíceis. Para o positivismo jurídico moderno, as lacunas do direito são um vício jurídico que devem ser sanadas pela autoridade competente, o legislador, por meio da introdução de norma inexistente (Ferrajoli, 2013a, p. 13). Nesse sentido, qualquer jurisdição a partir da lacuna seria uma discricionariedade do julgador (Dworkin, 2010, p. 127) e não seria uma decisão judicial. Isso, no entanto, fala muito pouco sobre a decisão judicial em si, porque podem ocorrer decisões judiciais no sentido aqui prescrito e a decisão judicial seria uma decisão judicial, apesar da teoria não considerá-la como tal.

O que se identifica aqui é exatamente a confirmação da justiça como regra de contingência e não como um elemento valorativo transcendental, porque o sistema jurídico comunica decisões judiciais e o faz tanto a favor do que prescrevem teorias mais restritivas da interpretação do direito pelas cortes e pelos tribunais — o que teorias positivistas considerariam decisões judiciais “corretas”, apesar disso implicar um paradoxo teórico ao permitir juízos valorativos de decisões fundamentadas no positivismo, que é antiaxiológica, quanto a favor de teorias mais amplificativas da interpretação do direito que dão liberdade às cortes e aos tribunais na prestação jurisdicional.

O que o sistema jurídico está preocupado, quando lida com a justiça, é com a consistência das decisões judiciais e o faz não a partir de elementos externos ao direito, mas internos a ele no uso do esquema igualdade/desigualdade (Luhmann, 2016, p. 308). Apenas a partir desse esquema é possível compreender a possibilidade, por exemplo, que decisões judiciais, mesmo sob a teoria do positivismo jurídico, sejam “corretas” e não sejam vinculadas a um valor externo e universal. É a partir do esquema igualdade/desigualdade que se compreendem os processos comunicativos do sistema jurídico e as decisões judiciais a partir da consistência de suas decisões.

A visão da teoria sistêmica sobre a justiça não nega a preocupação do positivismo jurídico, principalmente a teoria jurídica de fundamento científico de Kelsen (2006, p. 5), de que a confusão entre direito e justiça é um elemento político-ideológico que busca justificar uma determinada ordem social e, ao fazê-lo, deixa de ser considerada uma preocupação científica, mas afirma que mesmo a visão positivista da ordem social como ordem coercitiva (Kelsen, 2006, p. 18) precisa de um elemento que justifique a coerção, como é o caso da autoridade revestida de poder (Kelsen, 2006, p. 18) e que esses elementos são usados pelo sistema jurídico para que possa replicar as decisões judiciais ao longo do tempo.

4 Considerações finais

A discussão teórica do direito, principalmente entre teorias não axiológicas que desvinculam o direito da moral e teorias axiológicas que buscam trazer a justiça de volta para o sistema jurídico ignoram que os processos de tomada de decisão de cortes e tribunais jamais deixaram de levar em consideração referências à justiça, mas isso não significa, por melhores que sejam as críticas da teoria à prática de cortes e tribunais, que se está diante do retorno ao jusnaturalismo ou diante da necessidade de vinculação do direito a um fundamento externo, universal ou transcendental que deixe o direito subordinado à moral ou à política.

¹⁰ Até 2009, o STF entendia que a execução provisória da pena era constitucional. Em 05/02/2009, no julgamento do HC 84.078/MG, considerou a execução provisória da pena inconstitucional. Em 17/02/2016, no julgamento do HC 126.292/SP retomou o entendimento da corte até 2009, entendendo que a execução provisória da pena era constitucional. Em 07/11/2019, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, entendeu que a execução provisória da pena era inconstitucional.

¹¹ Em 2022, a Suprema Corte norte-americana modificou o entendimento sobre a possibilidade ou não do abortamento, revertendo o precedente de mais de 49 anos firmado em *Roe v. Wade* (Cohen et al., 2022).

A justiça funciona no sistema jurídico não como uma subordinação a elementos externos, mas como símbolo da unidade do sistema em referência a seus próprios elementos internos, especialmente diante da implícita contingência dos processos de tomada de decisão das cortes e dos tribunais, onde não existe certeza absoluta quanto ao futuro do direito, que é incerto tanto pela possibilidade política de alteração da lei, quanto pelos possíveis casos que serão levados a julgamento, sejam eles casos difíceis ou não, que exigem e exigirão do sistema jurídico interpretação e aplicação do direito que sempre está sujeito à frustração quanto ao que se espera de seus julgamentos.

Essa natureza contingente pode ser identificada na própria discussão teórica do direito. Quando teóricos do direito, sejam eles positivistas ou não positivistas, observam uma determinada decisão e se irressignam contra ela, estão reforçando a natureza contingente do direito e não a rejeitando, porque ao observar a decisão por um determinado ponto de vista, estão afirmando que a decisão como foi tomada poderia ser tomada de outra maneira e, até mesmo, apresentam argumentos que reforçam a sua observação. O que parecem ignorar é que esse processo é realizado internamente pelo próprio sistema, que não só tem conhecimento das diferentes possibilidades de ser observado, como essas possibilidades fazem parte do próprio processo de tomada de decisão, afinal de contas, se o sistema poderia ter decidido de outra forma, ele poderia ter decidido de outra forma, por mais tautológica que possa parecer essa afirmação.

Isso significa que o sistema jurídico está aberto às diferentes possibilidades de tomada de decisão em casos submetidos a julgamento pelas cortes e pelos tribunais e no seu processo de dar sentido ao que “é” ou “não é” direito não precisa fazer referência a elementos externos ao próprio direito, porque todas as diferentes possibilidades já estão contidas dentro do sistema jurídico como parte de suas estruturas internas, sejam elas visões axiológicas ou não do direito e, exatamente para não cair no problema anunciado pelo positivismo de sujeição do direito e da moral, precisa estabelecer modos de seleção dessas possibilidades o que faz em referência à justiça.

Embora essa abordagem possa parecer uma defesa de uma leitura axiológica do direito que o vincule a uma determinada noção de justiça, a justiça como é explicada pelas cortes pelos tribunais no presente das práticas jurídicas, na verdade é a única possível até mesmo para a consolidação do positivismo jurídico como a tradição jurídica corrente, porque é preciso reforçar que o positivismo jurídico surgiu em oposição à lógica do direito natural e, paradoxalmente, porque se presumia que o direito natural era imutável, realizou uma mudança no sistema jurídico que só foi possível exatamente porque o sistema jurídico se consolidou a partir da mutabilidade de seus processos internos de comunicação do direito e da incerteza dos processos de tomada de decisão, onde o futuro é incerto exatamente porque hoje o positivismo é a tradição, mas se está aberto às possibilidades de novidades do futuro. Uma visão sistêmica do direito, muito mais do que uma defesa das posições jurídicas consolidadas ou de uma possível reinvenção do direito pela defesa de novas visões dele mesmo, é uma abordagem que tem como prioridade um pragmatismo teórico que não se prenda a um dogmatismo jurídico e apresenta o direito a partir de um sistema jurídico centrado na noção que todas as decisões poderiam ser tomadas no sentido contrário e “não se deve negar que o que acontece do modo como acontece” (Luhmann, 2016, p. 294). Nesse sentido, por mais que exista uma resistência ou uma crítica à justiça como ela é observada e descrita no e pelo sistema jurídico, é inegável que o tema da justiça sempre será trabalhado pelo sistema e é preciso compreender os processos e “como” o sistema jurídico assim o faz.

5 Referências

ALEXY, R. The dual nature of law. *Revista Ratio Juris*, v. 13, n. 2, p. 167-182, 2010.

AUSTIN J. *The province of jurisprudence determined*. São Paulo: Cambridge University Press, 1995.

BENTHAM, J. *A fragment on government*. Oxford: At The Clarendon Press, 1891.

BLACKSTONE, W. *Commentaries on the laws of England - Book I: the rights of persons*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

COHEN, I. G; MURRAY, M; GOSTIN, L. O. The end of Roe v Wade and new legal frontiers on the constitutional right to abortion. *JAMA*, v. 328, n. 4, p. 325-326, 2022.

- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FERRAJOLI, L. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução: André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Leno Luiz; TRINDADE, André Karam; ROSA, Alexandre Moraes da; COPETTI NETO, Alfredo; STRAPAZZON, Carlos Luiz; ADEODATO, João Maurício; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; CADEMARTORI, Sérgio. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. De Luigi Ferrajoli, Lênio Streck e André Karam Trindade.
- FERRAJOLI, L. *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Tradução: Perfecto Andrés Ibáñez. Bologna: Editorial Trotta, 2014.
- FERRAJOLI, L. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia 1*. Tradução: Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Bologna: Editorial Trotta, 2013a.
- FERRAJOLI, L. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia 2*. Tradução: Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Bologna: Editorial Trotta, 2013b.
- HART, H.L.A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- KELSEN, H. *General theory of law & state*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2006.
- LIMA, F. R. DE S.; BÔAS FILHO, O. V. Por uma descrição da justiça em Luhmann. *Revista Direitos Culturais*, v. 14, n. 33, p. 251-275, 2019.
- LUHMANN, N. *Direito da sociedade*. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- LUHMANN, N. *Law as a social system*. Tradução: Klaus A. Ziegert, com introdução de Richard Nobles e David Schiff. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- LUHMANN, N. *Sociologia do direito I*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, N. *Theory of society volume 1*. Tradução: Thodes Barrett. Stanford: Stanford University Press, 2012.
- NOBLES, R; SCHIFF, D. *A sociology of jurisprudence*. Portland: Hart Publishing, 2006.
- NOBLES, R; SCHIFF, D. *Observing law through systems theory*. Portland: Hart Publishing, 2013.
- POSNER, R. Blackstone and Bentham. *The Journal of Law & Economics*, v. 19, n. 3, p. 569-606, 1976. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/725082>. Acesso em: 6 nov. 2015.
- SCHOFIELD, P. Jeremy Bentham and the origins of legal positivism. In: THE CAMBRIDGE Companion to Legal Positivism. [S. l.] Cambridge University Press, 2021. p. 203-224.
- SHAPIRO, S. *The Hart-Dworkin debate: a short guide for the perplexed*. 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=968657>. Acesso em: 22 set. 2023.
- STRECK, L. L.; TASSINARI, C.; LEPPER, A. O. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, [s. n.], p. 51-61, 2015.