



DECISÃO, ORGANIZAÇÃO E RISCO: A FORMA DA DECISÃO JURÍDICA PARA ALÉM DA SEGURANÇA E DA LEGITIMIDADE

*Rafael Lazzarotto Simioni**

Resumo

Esta pesquisa tem como objetivo discutir uma possível reconstrução do sentido da decisão jurídica quando, no lugar das referências modernas à tensão entre segurança e legitimidade, ela é entendida como diferença entre decisão, organização e risco. Desde a modernidade até as concepções pós-positivistas, os principais referentes da decisão jurídica permanecem os mesmos. Entretanto, a sociedade contemporânea é diferente. Hoje não são mais os juízes que decidem, mas sim as organizações, as estruturas, os desenhos institucionais nos quais os juízes se encontram inscritos. Assim também na advocacia e academia, o que importa são os atores sociais, as estruturas, as instituições e não os sujeitos individuais e suas virtudes. Para serem alcançados esses resultados, a metodologia utilizada é a observação de segunda ordem da teoria dos sistemas sociais autopoiético de Niklas Luhmann. Como resultado, conclui-se que a substituição da correlação histórica entre segurança e legitimidade pela diferença entre decisão, organização e risco permite observar que as transformações importantes no direito não decorrem mais de mudanças nas leis, mas sim das mudanças nos desenhos institucionais, nas organizações que ocupam os espaços de produção de sentido do direito.

Palavras-chave

Decisão Jurídica. Legitimidade. Organização. Risco. Segurança.

DECISION, ORGANIZATION AND RISK: THE FORM OF THE LEGAL DECISION TO THE SECURITY AND LEGITIMACY

Abstract

This research discuss a possible reconstruction of the meaning of legal decision when, instead of the modern references to the tension between security and legitimacy, it is understood as the difference between decision, organization and risk. From modernity to post-positivist conceptions, the main points of legal decision remain the same. However, contemporary society is different. It is no longer the judges who decide, but rather the organizations, structures, and institutional designs in which the judges are members. So also in advocacy and academia, what matters are social actors, structures, institutions and not individual subjects and their virtues. The methodology used is Niklas Luhmann's second order observation of the autopoietic social systems theory. As a result, it is concluded that the substitution of the historical correlation between

* Pós-Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Universidade de Coimbra, Doutor em Direito Público pela Unisinos, Mestre em Direito pela UCS, Professor do Programa de Mestrado em Direito da FDSM e do Programa de Mestrado em Bioética da Univás, Pesquisador-Líder do Grupo de Pesquisa Margens do Direito (PPGD/FDSM).

security and legitimacy by the difference between decision, organization and risk makes it possible to observe that the important transformations in law are no longer due to changes in laws but changes in the institutional designs, in the organizations that occupy the spaces of production of sense of the law.

Keywords

Legal decision; Legitimacy; Organization; Risk; Safety.

1. INTRODUÇÃO

O sentido da decisão jurídica passou por inúmeras transformações na Modernidade. Desde a Escola da Exegese do século XIX, passando pela Escola Histórica, pela Jurisprudência dos Conceitos, dos Interesses, dos Bens, dos Valores, como também com o Movimento do Direito Livre e, depois, com o neopositivismo jurídico de Hans Kelsen e seus desdobramentos, a noção de decisão jurídica manteve diversas referências a valores medievais, tais como as noções de comunidade, costumes e moralidade, mas oscilou entre dois valores genuinamente modernos, que são os valores da segurança e da legitimidade.

Hoje temos concepções pragmatistas, hermenêuticas, procedimentalistas, substancialistas, sistêmicas. Elas divergem bastante entre os critérios de segurança e de legitimidade que devem ser utilizados na prática das decisões jurídicas. Mas apesar das divergências, no nível do discurso jurídico a segurança e a legitimidade permanecem como os cânones que guiam não só a descrição da decisão jurídica em termos de “realidade” do direito, mas também as expectativas que são produzidas e reproduzidas como um ideal de decisão perfeita, correta ou virtuosa.

Entretanto, segurança e legitimidade são referentes discursivos genuinamente modernos, de um tempo em que se acreditava que o problema estava no controle do arbítrio subjetivo do juiz. Controle que, em nome da segurança, deveria ser realizado por metodologias científicas racionais, enquanto que, em nome da legitimidade, deveria ser realizado por meio de uma relação de aderência entre os considerandos da decisão e o conjunto de valores, princípios, tradições e convicções éticas de uma comunidade concreta. As concepções contemporâneas procuram estabelecer um equilíbrio ou uma mediação da tensão entre segurança e legitimidade, para que as decisões jurídicas sejam não apenas seguras, previsíveis e corretas em termos de lógica formal, mas também legítimas, justas, equânimes, adequadas aos princípios e valores de uma comunidade política concreta. Desde a *phronesis* grega ou da *prudentia* romana, a história da cultura jurídica ocidental continua articulando os valores da segurança e da legitimidade, forma e matéria, *corpus e mens*, ato e potência.

O problema é que a sociedade contemporânea possui uma dinâmica que exige uma compreensão diferente da decisão jurídica. A decisão jurídica não pode continuar a ser entendida como um ato de um juiz como sujeito,

pessoa ou indivíduo. A questão está nos atores sociais, na estrutura, nas instituições, nas organizações. Entender a decisão como decisão de um juiz é o mesmo que entender as decisões políticas como decisão de um soberano, contra as quais nós então reagimos ao arbítrio mediante o constitucionalismo, isto é, mediante o deslocamento do governo dos homens, para o governo das leis. Mas isso só nos leva à questão humanista da legalidade e sabemos já pela experiência do constitucionalismo moderno que legalidade não é sinônimo de legitimidade. Então, como hoje, podemos reclamar por mais democracia nos processos judiciais, como se a participação dos afetados pelas decisões pudesse temperar a legalidade com um pouco mais de legitimidade. Ou podemos convocar princípios, valores, razões de eficiência e inúmeras outras possíveis referências de sentido como suplementos de legitimidade, como próteses da decisão.

A noção de risco é um valor discursivo que pode conduzir uma possível ressignificação do sentido da decisão jurídica. O risco torna sem sentido falar-se em segurança jurídica, como também permite questionar os valores medievais presentes nos discursos jurídicos modernos, como as noções de comunidade, de consenso e de moralidade.

A questão central desta pesquisa, então, é descrever o que acontece quando nós substituímos a distinção modernista da decisão jurídica como tensão entre segurança e legitimidade por uma tensão entre risco e legitimidade?

Por hipótese, uma ressignificação da decisão jurídica pode ser experimentada a partir da introdução de uma nova distinção como essa, sugerida por Niklas Luhmann, entre decisão, organização e risco¹. E nesse sentido especulativo, queremos chamar a atenção a uma tentativa de descortinar um caminho diferente para o entendimento da decisão jurídica, não mais como uma questão de aplicação, tampouco como uma questão de escolha discricionária dentre possibilidades de constituição linguística do sentido normativo do direito, mas como uma questão de unidade de diferenças entre três operações recursivas: a interpretação, a argumentação e a decisão em uma estrutura de organização.

Falaremos, portanto, de diferenças entre decisão e organização e entre decisão/interpretação/argumentação. Veremos a decisão não como um fato, tampouco como uma ação — para julgá-la racional ou irracional —, mas como uma operação de comunicação guiada por estruturas sociais, organizacionais/

¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996; _____. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998; _____. *Organizzazione e decisione*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 2005b.

institucionais e individuais. Não se trata de um caminho melhor ou pior. Simplesmente um caminho diferente. Um outro caminho possível de ressignificação da decisão jurídica.

2. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO, DECISÃO JURÍDICA E DECISÃO JUDICIAL

Interpretação e aplicação é uma distinção reproduzida por uma tradição milenar da cultura jurídica ocidental. Hoje fala-se também em argumentação e decisão jurídica. Mas as razões que justificaram essas diferenciações sofreram profundas transformações na história.

Interpretar e aplicar são verbos da prática jurídica que pressupõem uma relação complexa de operações, as quais incluem também a argumentação jurídica referida aos fatos. Historicamente, a interpretação é explicada de modo separado da aplicação do direito. Como observou Streck², esse foi um tempo, anterior à virada linguística, em que se acreditava ser possível primeiro interpretar para só depois aplicar a interpretação realizada. Claro que essa distinção possui mais de dois mil anos de operação sobre os discursos jurídicos, pois ela vem da distinção entre *interpretatio* e *applicatio* da experiência jurídica Romana. Naquela época, os editos dos pretores — o equivalente hoje às sentenças judiciais — apenas declaravam o direito para as partes do processo, não executavam o direito. A execução do edito era um ato posterior, que geralmente era realizado pela própria parte vencedora no processo.

A separação entre interpretar e aplicar o direito, portanto, tinha uma razão na experiência jurídica Romana³. A qual inclusive era reforçada pela máxima da *prudentia* — e depois, com seu equivalente grego da *phronesis* —, a qual apresentava a exigência do cuidado com os efeitos colaterais tanto na operação da *interpretatio*, quanto na da *applicatio*. A *jurisdictio*, portanto, significava a prática dos pretores romanos — com a ajuda dos jurisconsultos — de dizer o direito e não necessariamente de executá-lo ou aplicá-lo no sentido que entendemos hoje.

Entretanto, hoje, não há mais essa razão que separava interpretação e aplicação do direito. A jurisdição do Estado Moderno transformou a diferença entre dizer e aplicar o direito: fundiu a diferença entre interpretar e dizer. A Escola da Exegese, justificando a necessidade de romper com o seu passado

² STRECK, Lenio. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir da Ontological Turn. In: _____; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

³ WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Milano; Napoli; Palermo; Roma: Torino Unione Tipografica, 1902, v. 1.

histórico de trevas não burguesas, inclusive proibia ao juiz interpretar-constituir-inventar a lei alegando lacunas ou obscuridades no texto⁴. Nas palavras de Montesquieu, o juiz devia ser somente “la bouche qui prononce les paroles de la loi”⁵. E assim, a atividade jurisdicional conheceu o sentido da decisão jurídica como um ato de dizer/aplicar o direito — não inventá-lo, não adaptá-lo, apenas dizer e aplicá-lo.

Somado ao monopólio da jurisdição — que proíbe no geral a aplicação do direito por particulares —, a decisão jurídica do Estado Moderno vai fundir o dizer e o aplicar o direito. Entre o dizer o e aplicar o direito não deve haver espaço para a interpretação. Interpretar tornou-se uma atitude proibida, pois ela passou a ser considerada um ato arbitrário de criação ou adaptação do direito pelo juiz.

Os ecos dessa forma de construção do sentido da decisão jurídica podem ser observados ainda hoje nos discursos jurídicos. As discussões a respeito da interpretação correta ilustram a armadilha discursiva dessa “*in claris cessat interpretatio*”. Interpreta-se apenas segundo regras pré-estabelecidas — mas que também elas podem estar sujeitas à interpretação; e aplica-se o direito em conformidade com o caso concreto — como se o caso concreto não passasse de uma narrativa de fatos que também exigem interpretação, argumentação e decisão a respeito do sentido que se pretende dar para os acontecimentos.

A tradição da filosofia hermenêutica ensinou que interpretação, compreensão e aplicação são operações que pressupõem um único e mesmo horizonte hermenêutico de pré-compreensões⁶. Interpreta-se o que já se compreendeu. E compreende-se aquilo que possui uma perspectiva de aplicação. Afinal, não é possível entender um conceito jurídico em abstrato. É necessário, no mínimo, imaginar uma hipótese de aplicação prática do conceito para se compreendê-lo em um mínimo de sentido útil e coerente. E isso significa que um conceito como o de princípio só faz sentido se o intérprete desde já consegue pelo menos imaginar uma hipótese relevante de aplicação do conceito de princípio em questão.

⁴ O art. 4º do *Code Civil*, em sua redação original, possuía a seguinte redação: “Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.”

⁵ MONTESQUIEU. *De l’esprit des lois*. Paris: Librairie Garnier Frères, 1927, p. 154.

⁶ Referimo-nos à hermenêutica da tradição fenomenológica de HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. 14ª ed. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universidade de São Francisco, 2005, e GADAMER, Hans-George. **Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003. Uma reflexão jurídica crítica dessa tradição hermenêutica pode ser lida em: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Mas apesar desses avanços produzidos pela filosofia da linguagem, podemos entender a relação entre interpretação, compreensão e aplicação em termos não de linguagem ou de experiência histórico-linguística, e sim em termos de comunicação. Quer dizer, podemos reconstruir o sentido da distinção entre interpretação, compreensão e aplicação do direito em termos de discurso, de referências comunicativas que são estabelecidas nas conexões discursivas dessas palavras no seu uso na práxis jurídica. E nessa perspectiva, pode-se observar que os discursos contemporâneos sobre a decisão jurídica nem falam mais em interpretação, compreensão e aplicação, mas sim em interpretação, argumentação e decisão.

Afastando-se da tradição de Gadamer, portanto, nós preferimos ver a interpretação não como um diálogo do intérprete com o texto⁷, tampouco um diálogo do intérprete com uma comunidade ideal de intérpretes⁸ ou ainda como um diálogo intersubjetivo com uma comunidade de intérpretes interessados com vistas a um consenso sob condições ideais de discussão⁹, mas um diálogo do intérprete consigo mesmo a respeito do texto.

Interpretar é projetar as possibilidades de uma argumentação. Interpretamos aquilo que podemos argumentar. E argumentar é projetar as possibilidades de uma decisão. Decidimos aquilo que podemos argumentar. E decidir é escolher uma dentre outras possibilidades de interpretação bem argumentadas (bem fundamentadas). Por isso há uma relação circular entre interpretação, argumentação e decisão. Há uma relação autorreferencial entre essas três operações que, no fundo, acontecem de modo simultâneo, sem um começo absoluto ou um fim necessário: interpreta-se o que se pode argumentar para uma decisão, ao mesmo tempo em que se decide o que se pode argumentar a respeito de uma interpretação possível. Uma operação é horizonte da outra. Uma delimita as condições de possibilidade da outra, sem um ponto de partida pré-estabelecido ou um ponto de chegada necessário.

Nessa perspectiva, a decisão jurídica pode ser definida como a unidade de três operações: interpretação, argumentação e decisão. Afastamo-nos assim da tradição científica racionalista-iluminista que enxerga a decisão jurídica como um “todo” resultante da soma de “partes”. Preferimos deixar a *applicatio* para os sistemas anteriores ao monopólio da jurisdição do Iluminismo Burguês ou aos paradigmas que separavam teoria e prática e que, só assim, podiam ver teorias separadas da aplicação prática. E com já observado pela crítica herme-

⁷ GADAMER, Hans-George. **Verdade e método I**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.

⁸ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité de l'argumentation**: la nouvelle rhétorique. 6^ª ed. Bruxelles: L'Université de Bruxelles, 2008.

⁹ HABERMAS, Jürgen. **Theorie des kommunikativen Handelns**: Handlungsrationaltät und gesellschaftliche Rationalisierung. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, v. 1.

nêutica, não faz nenhum sentido separar interpretação, fundamentação e aplicação, já que se tratam de um acontecer dentro de um mesmo e único horizonte linguístico.

Todavia, afastando-se também da hermenêutica, preferimos conceber esses três acontecimentos linguísticos como três operações correlativas de comunicação, cada uma estabelecendo uma referência comunicativa na outra, de modo a constituírem-se reciprocamente e, assim, autorreferencialmente. Interpretamos para argumentar, argumentamos para decidir, decidimos para interpretar e assim por diante. Em uma relação recursiva que condiciona e ao mesmo tempo constitui o horizonte das possibilidades de sua própria realização.

Nossa observação está muito longe também dos esquemas dogmáticos de conceituação da decisão jurídica segundo os discursos jurídicos realizados sob o esquema do silogismo aristotélico da premissa maior, premissa menor e conclusão. E distantes também dos discursos dogmáticos do conceito de sentença como o ato processual que possui os três requisitos legais: relatório, fundamentação e dispositivo-conclusão. Uma decisão jurídica é muito mais do que isso. É a operação nuclear do sistema jurídico. É a operação que atualiza a identidade — e a diferença — do próprio direito da sociedade. Cujá positividade, nessa perspectiva, não está na lei, na norma, nas regras ou nos princípios, mas está na própria relação que a decisão jurídica estabelece entre a validade das normas que invoca e afirma como válidas para justificar a sua própria validade¹⁰.

Decisão jurídica e decisão judicial, portanto, não são necessariamente sinônimos. Preferimos chamar de decisão judicial apenas as decisões jurídicas realizadas no âmbito da organização judiciária, da Jurisdição. Isso porque a decisão jurídica, enquanto forma de comunicação da sociedade, acontece não apenas no âmbito dos Tribunais, mas em todas as decisões da sociedade que são realizadas com referência no direito, quer dizer, em todas as decisões que decidem algo não com base no dinheiro (economia), no poder (política), na

¹⁰ Niklas Luhmann observou que a positividade do direito está na relação paradoxal - e por isso de constituição recíproca - que a decisão jurídica estabelece com a validade: a positividade do direito não está nas normas, tampouco na decisão, mas na relação de validação que a decisão jurídica estabelece com as normas. A decisão jurídica baseia sua validade na validade das normas que ela mesma afirma serem válidas. Este é o paradoxo. E assim a validade circula na comunicação jurídica como o dinheiro circula na economia ou o poder na política ou a verdade na ciência. A validade é o símbolo da positividade do direito. E ela não vem das normas, tampouco da decisão, mas da relação de auto-validação recíproca entre norma e decisão, entre a decisão que afirma a sua própria validade com base em normas válidas que ela mesma afirma serem válidas (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Felipe Segura. México DC: Universidad Iberoamericana e Herder Editorial, 2005a, p. 639).

beleza estética (arte), no transcendente (religião), no bem (moral), na verdade (ciência), mas que decidem com base no direito.

Esse tipo de decisão jurídica não é uma exclusividade das decisões judiciais. Naturalmente espera-se que as decisões judiciais sejam todas jurídicas — sob pena de enxergarmos corrupção. Mas fora dos tribunais também acontecem decisões jurídicas a todo momento. Aliás, podemos supor que apenas uma pequena parte das decisões jurídicas que acontecem a todo momento na sociedade são transformadas em processos judiciais nos Tribunais. Grande parte das decisões jurídicas acontecem de forma quase corriqueira quando, mesmo com pressa, decidimos respeitar os limites de velocidade no trânsito; ou quando, mesmo passando necessidades, decidimos respeitar o direito dos outros etc.

Desse modo, complementamos nosso conceito de decisão jurídica como a unidade recursiva de três operações simultâneas de interpretação, argumentação e decisão, com uma dimensão discursiva que observa o acontecer da decisão não apenas no âmbito exclusivo da organização judiciária, mas em todas as formas de comunicação da sociedade que suscitam decisões com base no código do direito (direito/não-direito, lícito/ilícito, justo/injusto). Em síntese: decisão jurídica é a unidade das operações recursivas de interpretação, argumentação e decisão, realizada com base na forma da comunicação jurídica como sistema de referência.

Esse conceito, contudo, é um conceito genuinamente estrutural. Ele afirma muito sobre a forma de sentido da decisão jurídica, mas não afirma nada sobre sua dimensão material. No que segue, procuraremos sinalizar as principais formas históricas da decisão jurídica no período da Modernidade, desvelando as diferenças entre estrutura social e semântica da decisão jurídica naquele período.

3. AS FORMAS HISTÓRICAS DA DECISÃO JURÍDICA DA MODERNIDADE

Falamos de forma no sentido do cálculo autorreferencial de Spencer-Brown¹¹. Forma, aqui, não é o contrário da matéria ou da substância. Forma é a unidade de uma distinção que produz, ao mesmo tempo, duas operações: indicação e distinção. Nessa perspectiva, que é uma unidade analítica da teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann, torna-se possível observar o outro lado do sentido dos discursos a respeito da decisão jurídica. Ou, em outras palavras, contra o que se fala em decisão jurídica em cada época.

O primeiro esforço genuinamente moderno de concepção do direito parece ter sido o da Escola da Exegese, na França do Século XIX. A palavra decisão jurídica não aparece nos discursos dessa escola, mas aparecem os termos

¹¹ SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. New York: Dutton, 1979, p. 5.

tradicionais: interpretação, aplicação e jurisdição (dizer o direito). A decisão jurídica é entendida, nesse contexto histórico, como um ato de estrita aplicação do direito. O papel do juiz, como boca que pronuncia as palavras da lei, é o de exercer uma estrita atividade de aplicação do direito vigente, que na época era o Código Civil de Napoleão¹².

A forma da decisão jurídica, nessa época, estava ligada à ideia de segurança e previsibilidade da prática jurisdicional. A legitimidade nem aparecia como um problema da jurisdição, já que ela estaria automaticamente presente no texto do Código Civil. A questão da decisão jurídica da época, portanto, era uma questão apenas de aplicação correta. E correção, aqui, no sentido estritamente lógico e formal, mediante o silogismo aristotélico da premissa maior (a lei), premissa menor (o fato) e a conclusão. A forma da decisão jurídica aqui, portanto, é a forma da diferença entre segurança como o contrário da arbitrariedade jurídica. No fundo, o Iluminismo Burguês presente na Escola da Exegese procurava coibir o arbítrio, queria substituir o governo dos homens pelo governo da lei. E para tanto, fundou uma semântica da decisão jurídica baseada na diferença entre segurança na aplicação e arbitrariedade interpretativa. A partir da qual torna-se ideologicamente óbvio o dever de guiar-se pela segurança e não pela arbitrariedade no direito.

Entretanto, a Escola da Exegese apostou demais em uma concepção positivista-legalista de direito, acreditando que todo o direito era apenas o Código Civil de Napoleão e nada mais. Naturalmente, surgiram problemas relacionados às lacunas e a sombra da arbitrariedade projetou-se sobre elas. Ensejou-se, assim, críticas contundentes, especialmente aquelas da Escola Histórica do Direito, na Alemanha, que acreditava que o verdadeiro direito não estava na lei escrita, na positividade do direito escrito em códigos, mas sim no *Volksgeist*, no espírito comunitário do povo — a espiritual consciência comunitária ou, conforme a tradução francesa, o “espírito nacional”¹³ — nas consuetudes, nos costumes das comunidades jurídicas.

A Escola História concebeu outra forma de se entender a decisão jurídica, não mais como diferença entre segurança e arbitrariedade, mas como segurança e legitimidade. Segurança no sentido de verdade histórica e legitimidade no sentido de uma coerência com os costumes comunitários do povo.

¹² TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**: assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 47 e 221; WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2ª Ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 379; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico. Curitiba: Juruá, 2014, p. 25; NEVES, A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 2, p. 183.

¹³ SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Traité de Droit Romain**. Trad. M. Ch. Guenoux. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, 1855, Tomo I, p. 15.

Mas como se sabe, respondendo aos riscos da insegurança com o valor da legitimidade, a Escola Histórica procurou responder à pretensão de segurança por meio de uma dogmatização, pretensamente científica, dos costumes históricos. Desse modo, a Escola História esvaziou a sua própria razão de ser e desencadeou o surgimento de uma nova concepção, nem tão distante do positivismo exegético que ela tanto criticou: a Jurisprudência dos Conceitos. A qual, após as críticas e aportes de Jhering, Heck e outros, tornou-se a famosa e sofisticada Jurisprudência dos Interesses¹⁴.

Na Jurisprudência dos Interesses, a decisão jurídica começa a tornar-se uma instância importante de pesquisas científicas. A lei e os costumes históricos comunitários ainda são importantes, mas a decisão jurídica passa a ser o *locus* do reconhecimento dos interesses que merecem proteção jurídica. É nessa fase histórica que começam a surgir os primeiros estudos sobre a decisão jurídica, que na época eram chamados de “metodologia do direito” ou “metodologia jurídica”, no sentido de se explicarem as regras e os fundamentos para a construção jurídica dos raciocínios corretos da interpretação e aplicação do direito.

A segurança e a legitimidade continuam presentes como o pano de fundo desses discursos jurídicos a respeito da “metodologia do direito”, mas a forma construída como semântica ou como ideologia de fundamentação da decisão jurídica nessa época é outra: a diferença entre interesses juridicamente protegidos e interesses juridicamente não protegidos, tendo como valor de reflexão a finalidade do direito.

Nos discursos do Movimento do Direito Livre também pode ser encontrada uma forma de distinção interessante, que ilustra com exatidão a identidade daquele movimento na multiplicidade das suas vozes — que nunca foi suficientemente coeso para formar uma Escola, apenas um Movimento esparsos de crítica e de resistência às Escolas da época. Este movimento apostava em uma crítica tanto ao formalismo do positivismo exegético, quanto à dogmatização dos costumes da Escola Histórica. E por isso construiu uma nova ideologia jurídica no sentido de se conceber a decisão jurídica como uma questão de justiça, uma questão de consciência subjetiva do justo¹⁵ — “decido conforme minha consciência”, afirmavam os juristas desse movimento. A consciência do justo era oposta exatamente ao formalismo da segurança positivista.

¹⁴ As referências são várias, destacando-se os estudos de Philipp Heck e Rudolf von Jhering, seguidos por Max Rümelin, Heinrich Stoll, Eugen Locher, Rudolf Müller-Erbach, dentre outros. Para uma visão de conjunto, ver-se SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 97-138).

¹⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª Ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 72-73.

E assim a decisão foi entendida como diferença entre segurança e justiça, diante da qual a justiça deveria prevalecer sobre a segurança.

Na metade do Século XX a comunidade jurídica começa a perceber a complexidade e a necessidade da construção jurídica do neopositivismo lógico, em especial as contribuições de Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito¹⁶. Com Kelsen, torna-se possível renunciar às construções precedentes da metodologia jurídica, porque os conceitos agora são outros: ao invés de lei, entra no discurso o conceito de norma; ao invés de lacunas, fala-se agora em ordenamento jurídico; ao invés de fundamento, tem-se agora uma complexa e rica estrutura hierárquica do ordenamento jurídico com uma norma fundamental fazendo papel de poder constituinte originário, de vontade do povo ou de qualquer outro fundamento histórico que se queira apontar para justificar uma dada ordem jurídica. E no famoso capítulo da Interpretação Jurídica, Hans Kelsen sinaliza uma diferença entre interpretação autêntica e inautêntica que dá um novo sentido para a decisão jurídica, não mais como questão de segurança e legitimidade, mas como um problema de segurança linguística e validade em termos de competência normativa. A forma da decisão jurídica em Kelsen é a diferença entre validade e competência, na qual o órgão competente afirma a validade do direito, que valida a própria competência.

Depois de Kelsen — e em especial depois do problema por ele mesmo levantado da inevitável margem de discricionariedade na interpretação jurídica —, o grande problema da decisão jurídica passou a ser o de como conjugar a segurança com a discricionariedade na escolha de uma, dentre várias, interpretações jurídicas igualmente possíveis. Como conciliar o velho ideal da segurança jurídica dentro de um paradigma positivista que já se dava conta da impossibilidade lógica de se garantir apenas uma única resposta correta no direito. E que dentre as possibilidades de diferentes interpretações jurídicas, a escolha da que deveria prevalecer seguiria critérios não jurídicos, critérios estranhos ao direito, como os princípios morais, valores éticos, convicções religiosas etc. Esse problema da discricionariedade da decisão fez ruir, aos poucos, a concepção de decisão jurídica como diferença entre validade e competência. E iniciou a corrida pós-positivista por uma resposta convincente à pergunta por um novo entendimento da tensão entre segurança e legitimidade da decisão jurídica.

Procedimentalismo, substancialismo, pragmatismo, concepções sistêmicas: hoje existem inúmeras concepções de decisão jurídica, todas elas procu-

¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

rando uma resposta convincente para os problemas contemporâneos da interpretação, argumentação e decisão. Uma multiplicidade de discursos¹⁷ que parecem se pulverizar em redes de comunicação efêmeras, etéreas. E enquanto nenhuma dessas concepções se cristaliza em meio à neblina ideológica dos diversos discursos jurídicos sobre a questão, a decisão jurídica tem a sua disposição um número infinitesimal de esquemas e estilos de fundamentação que, ao se justificarem na segurança e na legitimidade, acabam cada vez mais se afastando dos valores que querem atingir: a segurança e a legitimidade. Afinal, quando se tem uns vinte esquemas e estilos diferentes de decisão jurídica segura e legítima, trata-se na realidade de vinte motivos diferentes para se desconfiar tanto da segurança quanto da legitimidade que cada um desses discursos pregam.

Mas apesar da multiplicidade de discursos pós-positivistas sobre a decisão jurídica, o fato é que a segurança e a legitimidade continuam guiando tanto as descrições, quanto os ideais de uma decisão jurídica correta, válida, virtuosa, adequada. Alguns discursos apostam em metodologias de argumentação jurídica racional, outros apostam na racionalidade comunicativa dos participantes de um discurso democrático, outros ainda acreditam na possibilidade de fundamentação de princípios comunitários, utilizando conceitos tipicamente medievais como moralidade, comunidade, povo, tradição, isso quando não apelam para valores éticos de uma comunidade ideal que, desde as observações de Durkheim¹⁸, já foram estraçalhados pela divisão do trabalho social ocorrida na sociedade industrial. E ainda há os discursos Modernos que acreditam na introdução de prognósticos e análises de consequências, baseando a decisão jurídica em critérios de eficiência econômica de modo a evitar-se os riscos de efeitos colaterais — como se a decisão jurídica fosse agora um caso de *business manager*.

4. DECISÃO JURÍDICA E SUBLIMAÇÃO DO RISCO

Apesar da multiplicidade de discursos pós-positivistas, são raras as perspectivas teóricas que se dispuseram a enfrentar a questão do risco na interpretação, na argumentação ou na “aplicação” do direito. Com efeito, são pouquíssimas as concepções de decisão arriscada que aparecem na prática jurídica como relevantes. Como se as teorias preferissem não enxergar o problema do risco, ao invés de assumi-lo como algo inevitável e talvez pressuposto da própria justificação da decisão.

¹⁷ AROSO LINHARES, José Manoel. **Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas?** A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2007, p. 66.

¹⁸ DURKHEIM, Émile. **A divisão do trabalho social**. Trad. Eduardo Freitas e Inês Mansinho. 3ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 1989.

A observação dos discursos jurídicos dominantes na prática jurídica contemporânea corrobora esta proposição: os discursos mais reproduzidos na prática jurídica brasileira são aqueles de origem procedimentalista, especialmente os da perspectiva metodológica de Robert Alexy, que não fala de risco da decisão, mas em ponderação de princípios, em otimização dos graus de eficácia, de relativização de direitos fundamentais; e outros menos recorrentes, como as variações do procedimentalismo discursivo de Habermas e a hermenêutica política de Dworkin, que também não possuem uma estrutura conceitual que lida com as questões do risco. Isso para indicar concepções contemporâneas. Porque se considerarmos a quantidade de discursos que reproduzem as redes conceituais da Escola da Exegese ou do neopositivismo lógico de Hans Kelsen, então precisamos admitir que a decisão jurídica está muito longe de abrir os olhos para a questão do risco e das novas formas de estruturação do entendimento da questão.

Outro sintoma importante desse baixo grau de aceitação, pelos discursos jurídicos oficiais, da questão do risco, está na preterição dos estudos de sociologia jurídica. O risco é uma categoria fundamental no campo da sociologia. Mas no direito, o risco é entendido como um problema da economia, da política, da administração, do *business manager*, quer dizer, o risco, do ponto de vista do direito, é entendido como um problema externo que não diz respeito à sua especificidade decisória.

Isso faz com que a decisão jurídica seja realizada no âmbito de uma cegueira cognitiva a respeito do risco e do perigo. Os riscos simplesmente não são vistos como riscos — no máximo como efeitos colaterais da decisão que eram imprevisíveis e que, por isso, não podem ser atribuídos à responsabilidade da decisão.

Entretanto, importantes pensadores-referências do risco da sociedade contemporânea como Ulrich Beck¹⁹, Anthony Giddens²⁰ e Niklas Luhmann²¹, sinalizam o caráter central do risco para o entendimento da sociedade contemporânea. O risco não é mais, como na Idade Média, um conceito ligado a profissões perigosas, como os caçadores, os navegadores e os soldados. Tampouco os perigos são atribuídos à instâncias metafísicas ou religiosas. As catástrofes e os efeitos colaterais das decisões da sociedade não são mais atribuídos ou explicados segundo a noção medieval de vontade dos deuses, punição divina

¹⁹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998; _____. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magna Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.

²⁰ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

²¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia del rischio**. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996.

por erros cometidos ou outra explicação místico-religiosa. Com o Renascimento, a ciência separou-se da religião e as explicações agora apontam para as decisões. O risco é produto das decisões e a elas são atribuídos. E por que a decisão jurídica ficaria fora dessa atribuição? Se toda decisão — inclusive uma não-decisão, uma espera cautelosa ou um diferimento da decisão — é uma decisão arriscada, por que a decisão jurídica não faria parte, também, dessa realidade genuinamente contemporânea das decisões arriscadas?

Embora os estudos e pesquisas sociológicas sobre o risco enfatizem bastante o papel da ciência, da economia, da política e da individualidade como mecanismos de reflexão e absorção dos riscos, pode-se observar também uma importante contribuição do direito nesse sentido. O direito é a instância que sublima os riscos das decisões da sociedade. Decisões arriscadas do ponto de vista político, econômico, científico etc., podem ser judicializadas de modo a transferir a responsabilidade pelo risco de efeitos colaterais a uma instância exterior, soberana e indiscutível — em face dos efeitos da coisa julgada — que é o Judiciário. E isso acontece não apenas sob o nome de politização da justiça ou de judicialização da política, mas também no âmbito das decisões empresariais e individuais.

Os direitos fundamentais na sociedade contemporânea apresentam exigências enormes de prestações positivas por parte dos Estados. Muitas vezes essas prestações não podem ser cumpridas por meio de políticas públicas suficientemente abrangentes para realizar o ideal ou o projeto normativo dos direitos fundamentais. Então não é raro observar-se o descumprimento, seja por omissão, seja por negação, de pretensões materiais baseadas em direitos fundamentais previstos na Constituição. Para as quais o Estado simplesmente omite-se em decidir pontos por ele considerados polêmicos ou nega-se a implementar políticas por ele consideradas igualmente polêmicas. Surge então a judicialização das políticas públicas, que além de todas as demais características e implicações, também apresenta a característica de transferir o risco do dissenso, da esfera política, para o judiciário. Desse modo, a política retira a discussão democrática do seu âmbito de responsabilidade e transfere essa responsabilidade para o judiciário, que em face do *non liquet*, acaba por decidir juridicamente sobre uma política pública, incorrendo muitas vezes em um ativismo judicial que define políticas públicas sem o processo democrático e, por isso, de modo muito arriscado.

A politização da justiça e a judicialização da política, bem como o problema do ativismo judicial, são formas contemporâneas de sublimação do risco político nas estruturas da organização judiciária. Assim, ao invés de o Legislativo decidir as questões políticas da nação segundo os processos democráticos, ele prefere enganar o povo repetindo os velhos discursos vazios da educação, saúde, emprego, moradia e segurança — que lhes permitem ficar sempre em cima do muro — e deixar que as decisões polêmicas sejam transferidas para a

responsabilidade decisória do Poder Judiciário. O Legislativo, assim, sublima seu risco transferindo a decisão ao Poder Judiciário. E com isso ele assume, talvez sem querer, um risco ainda maior: o da população perceber em breve que ele se tornou um custo desnecessário em um Estado Democrático de Direito, cujo valor da democracia parece estar se deslocando para outra esfera decisória, sem as estruturas comunicativo-discursivas necessárias para as deliberações políticas importantes da nação.

Essa sublimação do risco pela organização judiciária não é, contudo, uma exclusividade da relação entre direito e política. Também as organizações empresariais utilizam a mesma estrutura burocrática do judiciário para transferência de responsabilidades. Os exemplos são intermináveis, mas não podemos deixar de ilustrar o caso da ausência de consenso ou acordo em dissídios coletivos, que acabam sendo transferidos ao poder judiciário para que este decida no lugar das partes interessadas no dissídio. Transferindo, também, os riscos dos efeitos colaterais decorrentes das regras do acordo. No direito ambiental há ilustrações exemplares também, onde provocado a atuar em uma área politicamente polêmica — normalmente quando o poluidor é um dos contribuintes da campanha política do governo municipal, estadual ou federal, conforme o caso —, o órgão ambiental não atua no âmbito da sua competência administrativa para deixar ao Ministério Público a iniciativa de promover o inquérito civil e as respectivas ações — para depois, cingidamente, figurar no polo ativo das ações em litisconsórcio com o Ministério Público.

Na esfera individual, também, os riscos das decisões sobre separação e divórcio são transferidos à decisão jurídica. A própria verificação do crime é outra dimensão da transferência de responsabilidade: os riscos da condenação criminal de um inocente não são mais da vítima, tampouco da polícia investigativa, mas da organização judiciária. Os princípios processuais do contraditório, da verdade formal e do livre convencimento motivado ajudam a realizar essa sublimação. Pois com ela, nem ao decisor pode ser atribuído o risco de um erro substancial na decisão, já que se trabalha apenas com o que está nos autos, apenas com o cenário narrativo daquilo que consta nos autos.

O direito, assim, permite uma sublimação do risco, absorvendo a responsabilidade pelos efeitos colaterais das decisões da sociedade em suas próprias estruturas. Todavia, em nenhum momento se afirma que a decisão jurídica transforma o risco em segurança, a dúvida em certeza, a catástrofe em dádiva. Pelo contrário: absorver os riscos significa apenas transferir ele para uma outra forma de distinção. Significa apenas sublimar uma dada configuração de riscos em outra configuração diferente, não mais segura ou mais correta ou mais adequada, mas apenas diferente.

5. ORGANIZAÇÃO E DECISÃO

Se o risco é uma categoria fundamental da decisão, qual a forma de distinção que permite entender a decisão jurídica no contexto de uma sociedade complexa, na qual as decisões em geral são sempre arriscadas? Seguindo uma sugestão de Niklas Luhmann, queremos explorar a forma da diferença entre decisão e organização²².

As organizações, no Século XX, tornam-se bases empíricas fundamentais na estruturação das dinâmicas comunicativas entre direito, política e economia. Não se trata apenas das Instituições do Estado, no seu sentido tradicional, mas de organizações de decisões que seguem lógicas diferentes, como é o caso das diferenças entre os contextos organizacionais da assim chamada Organização Judiciária, do Legislativo e dos órgãos da Administração Pública direta e indireta, das empresas, das universidades etc. É na organização que o risco parece tornar-se mais presente, menos escondido por trás das ideologias da dogmática ou da racionalidade burocrática.

Se entendemos a decisão jurídica na perspectiva do risco, o outro lado da forma da decisão jurídica é a organização judiciária — e não os princípios, regras, valores, convicções, opinião pública, eficiência econômica ou tudo aquilo que os discursos jurídicos pós-positivistas têm sinalizado para a decisão jurídica. Isso porque o risco significa uma mudança nos valores de orientação da decisão jurídica. Com o risco, a decisão jurídica não olha mais somente para o passado das leis, dos precedentes, da doutrina jurídica e das demais fontes válidas do direito, como também não olha somente para o futuro das consequências, das expectativas da opinião pública ou da eficiência econômica²³. O risco exige da decisão jurídica uma espécie de proteção cognitiva especial, uma blindagem operativa recursiva. Ele exige uma orientação da decisão jurídica ao seu próprio contexto organizacional.

A dimensão organizacional influencia muito a decisão jurídica. Tanto quanto o mundo vivido do sujeito, a organização na qual o intérprete se encontra submetido também produz forças gravitacionais. Isso acontece porque as organizações possuem regras de comportamento e de conduta que interferem na produção do sentido das normas jurídicas²⁴. Fazer parte de uma orga-

²² LUHMANN, Niklas. **Organizzazione e decisione**. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 2005b.

²³ AROSO LINHARES, José Manoel. A “abertura ao Futuro” como Dimensão do Problema do Direito: um “correlato” da pretensão de autonomia? Separata: **O direito e o futuro, o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 402.

²⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito processual e sociologia do processo: aproximações entre estrutura social e semântica do direito processual na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 127; ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoiética. **Revista de Estudos**

nização ou instituição como o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Advocacia, significa desde já assumir um determinado tipo de comportamento e de posicionamento interpretativo bem determinado. A organização não é apenas uma instituição no sentido tradicional. Ela é também um núcleo de irradiação de sentidos prévios dos problemas práticos do mundo, um sistema de arquivo das experiências, ideologias e visões de mundo que condicionam a interpretação jurídica para um horizonte bem definido de produção de sentido normativo.

Ser um membro da Advocacia significa a necessidade de assumir uma postura interpretativa do direito que não permite espaço para convicções morais ou éticas pessoais do advogado. Afinal, espera-se que os advogados não julguem seus clientes, mas sim que os defendam do melhor modo possível. Por outro lado, ser um membro do Ministério Público significa assumir outra postura interpretativa do direito: a de procurar defender os interesses da lei e do Estado. Já no Judiciário, a perspectiva de um membro da magistratura é a de prestar a jurisdição com correção e eficiência, sob a pressão do *non liquet*.

Ao lado de outras dimensões subjetivas e sociais, há uma dimensão organizacional da decisão jurídica que funciona como uma blindagem contra o risco. A própria divisão das competências funcionais ilustra isso, na medida em que o juiz da vara de falências não precisa se ocupar com o risco que o decreto de falência provoca para a família e para o futuro dos filhos do falido. Como também o juiz da vara criminal não precisa se preocupar com a execução da pena. As competências são divididas de modo a se repartirem também os riscos dos efeitos colaterais. Uma repartição do “campo simbólico”²⁵ do direito.

A forma da decisão jurídica, portanto, pode ser entendida como o outro lado da forma da organização. Organização e decisão constituem, desse modo, os dois lados de uma mesma unidade, a unidade de uma diferença. E isso significa que a decisão jurídica, enquanto decisão/organização, encontra-se tão submetida aos riscos e perigos da sociedade contemporânea quanto as demais decisões/organizações da sociedade. A diferença é que, em face da especificidade jurídica das decisões/organizações judiciárias, ela possui uma estrutura fortemente preparada para sublimar os riscos de outros sistemas sociais.

Todavia, embora a decisão jurídica encontre no sistema de organização a estrutura para sublimação dos riscos de outros sistemas, ela não está prepa-

Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). v. 4. N. 2, julho-dezembro 2012, [p. 193-213], p. 194.

²⁵ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 9ª ed. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

rada para enfrentar seus próprios riscos e perigos, a não ser mediante um isolamento cognitivo baseado em regras metodológicas estritamente formais, que reconstruem a complexidade bruta dos casos e os problemas do mundo prático na forma de uma complexidade estruturada, isto é, na forma dos “casos” jurídicos. Para os quais, então, a decisão pode decidir com a “segurança” de considerar todas as questões relevantes — mas com o risco sempre presente de considerar irrelevante todo o restante da realidade.

6. CONCLUSÃO

Por muito tempo se pensou que o problema da decisão jurídica estaria em uma questão de método, mais especificamente de controle metodológico do arbítrio subjetivo do intérprete. Estudos interdisciplinares abrem agora mais uma frente de trabalho, sob o conceito de risco, que demonstra existir também uma zona de sensibilidade perceptiva muito importante ligada à dimensão organizacional, a qual define um horizonte de sentido especial do direito.

Para o problema do arbítrio subjetivo na interpretação, as soluções clássicas foram a construção de sempre novos e mais sofisticados métodos de interpretação “objetiva” — hoje se prefere: “racional” — do direito. Para o problema das exigências intersistêmicas ou sociais da interpretação, as soluções indicadas vão desde mais democracia, mais pluralismo, até mais compromisso com os direitos fundamentais, com as consequências práticas da decisão ou com convicções de moralidade política da comunidade.

Já para a problemática do risco, a resposta aponta para as estruturas da organização. Uma organização — como a organização judiciária — que sempre possui uma história e que, na medida em que nos tornamos membros dela, submetemo-nos automaticamente às suas exigências ideológicas e funcionais previamente delimitadas pela própria rede histórica de experiências da organização.

A decisão jurídica não precisa ser entendida exclusivamente como uma questão de mediação ou de equilíbrio entre segurança e legitimidade, quer dizer, entre a segurança prometida pela racionalidade técnico-instrumental do positivismo jurídico e a legitimidade alcançada pela referência ética e moral das proposições jurídicas. No mundo contemporâneo, a decisão jurídica pode ser entendida também como forma de diferença. Uma forma de dois lados, reciprocamente auto-constitutivos: decisão e organização. Desse modo, pode-se conectar a decisão jurídica às diferentes perspectivas organizacionais, como são os Tribunais, a Advocacia, o Ministério Público, para citar apenas os mais evidentes em termos de decisão jurídica.

Consequências disso para futuras pesquisas: a) ruptura do modelo de decisão baseado na correlação entre interpretação e aplicação e substituição

por um modelo baseado na correlação entre interpretação, argumentação e decisão; b) ruptura do modelo de decisão baseado na correlação entre decisão e juiz e substituição por um modelo baseado na correlação entre decisões e organizações (tribunais, advocacias, academia); e c) ruptura do modelo de decisão baseado na correlação entre segurança e legitimidade e substituição por um modelo baseado na correlação entre risco e perigo.

Se Luhmann tem razão em observar que a positividade do direito está na decisão jurídica; e que a relação entre tribunais e demais instituições jurídicas são relações inscritas em estruturas sociais que comandam as formas de produção de sentido da própria realidade do direito; então não são alterações legislativas que podem provocar transformações importantes no direito, tampouco as referências éticas a um compromisso pessoal com as convenções políticas, com a moralidade ou outra referência de sentido. Transformações importantes no direito, na forma de sociedade contemporânea, pressupõem alterações nos desenhos institucionais desses sistemas de organização que disputam os espaços de produção de sentido do direito.

REFERÊNCIAS

AROSO LINHARES, José Manoel. A “abertura ao Futuro” como Dimensão do Problema do Direito: um “correlato” da pretensão de autonomia? Separata: **O direito e o futuro, o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas?** A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2007.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

_____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Trad. Magna Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 9ª ed. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

DURKHEIM, Émile. **A divisão do trabalho social**. Trad. Eduardo Freitas e Inês Mansinho. 3ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Theorie des kommunikativen Handelns: Handlungsrationaltät und gesellschaftliche Rationalisierung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, Vol. 1.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. 14ª ed. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universidade de São Francisco, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª Ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappe e Luis Felipe Segura. México DC: Universidad Iberoamericana e Herder Editorial, 2005.

_____. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

_____. **Organizzazione e decisione**. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 2005.

_____. **Sociologia del rischio**. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996.

MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**. Paris: Librairie Garnier Frères, 1927.

NEVES, A. Castanheira. **Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, Vol. 2.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique**. 6ª ed. Bruxelles: L'Université de Bruxelles, 2008.

ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoiética. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. Vol. 4. N. 2, julho-dezembro 2012, p. 193-213.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Traité de Droit Romain**. Trad. M. Ch. Guenoux. Paris: Librairie de Firmin Didot Frères, 1855, Tomo I.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. **Direito processual e sociologia do processo:** aproximações entre estrutura social e semântica do direito processual na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Curitiba: Juruá, 2011.

SPENCER-BROWN, George. **Laws of form.** New York: Dutton, 1979.

STRECK, Lenio. Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir da Ontological Turn. In: _____; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito:** Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna:** assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Il Mulino, 1976.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** 2ª Ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

WINDSCHEID, Bernardo. **Diritto delle pandette.** Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Milano; Napoli; Palermo; Roma: Torino Unione Tipografico, 1902, Vol. 1.

* Recebido em 20 abr. 2016.