

Decisão jurídica, organização e risco: a forma da decisão jurídica em tempos de tensão entre constitucionalismo e democracia

Legal decision, organization and risk: the form of legal decision in times of tension between constitutionalism and democracy

DOI: 10.55905/D&Iv2n2-001

Recebido: 1/12/2025

Aceito: 26/12/2025

Rafael Lazzarotto Simioni¹

RESUMO

A partir de uma abordagem sistêmica, o artigo afasta o dualismo tradicional sobre o qual se ampara o debate teórico da decisão jurídica: a tensão entre segurança x legitimidade para propor uma reconstrução do significado da decisão jurídica não mais em termos de tensão entre segurança e legitimidade, mas sim em termos de organização e risco. E para ser atingindo esse resultado, a pesquisa analisará algumas formas de distinção presentes nos discursos sobre a decisão jurídica a respeito da sua identidade como diferença em relação a outros tipos de decisão da sociedade; e observará as distinções históricas, em especial nos discursos jurídicos da modernidade, dos ideais de perfeição, correção ou adequação da decisão jurídica. Em um segundo momento, a pesquisa procurará sinalizar o papel da decisão jurídica como forma de sublimação dos riscos sociais, em especial dos riscos políticos, econômicos e individuais; e analisará a relação da decisão jurídica com a organização, quer dizer, com a dimensão institucional responsável pela sua realização prática. Enfim, o artigo reafirma que a unidade analítica de um Estado Democrático de Direito é a relação entre constitucionalismo e democracia e questiona como o Estado Democrático de Direito pode sublimar a tensão entre risco e organização.

Palavras-chave: decisão jurídica, abordagem sistêmica, risco e organização, constitucionalismo e democracia.

ABSTRACT

From a systemic approach, this article departs from the traditional dualism upon which the theoretical debate on legal decision rests: the tension between security and legitimacy. It proposes a reconstruction of the meaning of legal decision not in terms of tension between security and legitimacy, but rather in terms of organization and risk. To achieve this result, the research will analyze some forms of distinction present in discourses on legal decision regarding its identity as a difference from other types of societal decisions; and will observe historical distinctions, especially in modern legal discourses, regarding the ideals of perfection, correctness, or adequacy of legal decisions. Secondly, the research will seek to highlight the role of legal decisions as a way of sublimating social

¹ Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS), Professor da Graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (PPGD – FDSM), Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Pesquisador na área de teoria do direito, hermenêutica jurídica e decisão jurídica. Consultor da Capes e do CNPq em avaliação de projetos na área do direito.

risks, especially political, economic, and individual risks; and will analyze the relationship between legal decision and organization, that is, with the institutional dimension responsible for its practical implementation. Finally, the article reaffirms that the analytical unit of a democratic rule of law is the relationship between constitutionalism and democracy, and questions how a democratic rule of law can overcome the tension between risk and organization.

Keywords: legal decision, systemic approach, risk and organization, constitutionalism and democracy.

1 INTRODUÇÃO

Por muitos séculos a decisão jurídica foi entendida como uma questão de segurança e de legitimidade. Naturalmente, os adjetivos da decisão jurídica mudaram muito na história, mas os valores da segurança e da legitimidade sempre estiveram presentes de um modo mais ou menos explícito nos discursos sobre a prática da interpretação-argumentação-aplicação do direito. Segurança como certeza lógico-formal da aplicação do direito e legitimidade como correção material do direito em termos de justiça.

Na Modernidade, contudo, a decisão jurídica vai passar por inúmeras transformações de sentido. 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, o neopositivismo jurídico de Hans Kelsen e seus desdobramentos contemporâneos, a decisão jurídica vai ganhar muitos adjetivos. A relação entre segurança e legitimidade vai vir acompanhada de questões de validade, de eficácia, de racionalidade e os próprios critérios de validação da decisão serão transformados para satisfazer as dinâmicas comunicativas da sociedade contemporânea.

Atualmente, diante da constelação de discursos pós-positivistas que se pode observar a respeito da decisão jurídica², os valores da segurança e da legitimidade da decisão jurídica voltaram a se tornar a unidade analítica da prática da realização do direito. Concepções pragmatistas, hermenêuticas, procedimentalistas, substancialistas,

² Ver-se: AROSO LINHARES, José Manuel. *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.

sistêmicas... Todas elas divergem bastante entre os critérios de segurança e de legitimidade ou mesmo de mediação entre a segurança e a legitimidade da decisão jurídica. Mas apesar de todas as divergências, no nível do discurso jurídico ainda se pode observar a segurança e a legitimidade como os cânones que ainda guiam não só a descrição da decisão jurídica em termos de “realidade” do direito, mas também as expectativas normativas que são produzidas e reproduzidas como um ideal de decisão perfeita, correta ou virtuosa.

Entretanto esta é uma visão medieval da decisão jurídica. A sociedade contemporânea possui uma dinâmica que exige uma compreensão mais profunda da decisão jurídica em termos de identidade e diferença, quer dizer, em termos de formas de distinção que são utilizadas nos discursos jurídicos a respeito das decisões jurídicas.

Obviamente, a aproximação da distância entre segurança e legitimidade na prática jurídica sempre pode ser algo desejável como um ideal de perfeição da decisão jurídica - o qual ainda guia muitos desenvolvimentos científicos no campo das teorias da interpretação, da argumentação e da decisão jurídica. Afinal, desde a *phronesis* grega ou a *prudentia* romana, a história da cultura jurídica ocidental não conheceu outros valores que não a segurança e a legitimidade, a forma e a matéria-substância, o *corpus* e a *mens*, o ato e a potência.

Mas está na hora de repensar essa tensão tradicional entre segurança e legitimidade. A noção de risco é um valor discursivo que permite conduzir essa resignificação do sentido da decisão jurídica. E ela torna não apenas sem sentido falar-se em segurança jurídica, como também permite questionar aqueles valores medievais ainda presentes nos discursos jurídicos modernos, como as noções de comunidade, de consenso e de metodologia. Mais ainda, a noção de risco permite observar que valores como a comunidade, o consenso e os métodos são valores modernos que já não possuem a verificação empírica que pretendem ter no mundo contemporâneo.

Mas para chegarmos nesse nível de entendimento da decisão jurídica, torna-se necessário renunciar a distinções há muito enraizadas em nossa cultura jurídica ocidental. A forma do direito, com seus ritos e solenidades, encontra-se presente não apenas nos rituais simbólicos de criação e aprovação de leis positivas contemporâneas, mas parecem fazer parte da arqueologia jurídica mais originária das primeiras experiências jurídicas.

Os rituais não apenas construíam segurança, previsibilidade e calculabilidade: eles também geravam legitimidade, criavam consenso, produziam aceitação social. Pensar a decisão jurídica no contexto do valor “risco” significa escolher um caminho diferente dessa história de mais de dois mil anos.

Poder-se-ia continuar a insistir na segurança e na legitimidade para satisfazer nossos ideais ocidentais de decisão jurídica perfeita, correta, adequada, virtuosa. E se as normas jurídicas já não satisfazem esse ideal, poder-se-ia traçar novas diferenciações como aquelas entre regras e princípios para separar problemas de interpretação (como questões de tudo ou nada, como questões de contradição lógica) dos problemas de argumentação jurídica (como questões de peso, de fundamentação) - escondendo o fato de que se trata, no fundo, de um único e mesmo problema de decisão jurídica. Continuar-se-ia a apostar, assim, todas as novas fichas nos velhos valores medievais da comunidade ou naqueles modernos valores discursivos do método científico e do consenso. E diante dos problemas que já conhecemos, as soluções também são conhecidas: mais cidadania, mais rigor científico, mais racionalidade, mais democracia.

Mas o que acontece se nós substituirmos a distinção clássica da decisão jurídica como tensão entre segurança e legitimidade por uma tensão entre risco e legitimidade? O que acontece, em termos de intelecção da prática da decisão jurídica se no lugar do valor “segurança” for introduzido o valor “risco”, com sua rede de conexões conceituais à confiança, à crença, ao perigo, expectativa, contingência? Com essas perguntas, podemos inclusive repensar a pergunta pelo que é uma decisão jurídica. Qual a diferença entre decisão e aplicação, decisão e interpretação? Qual a diferença entre decisão jurídica e decisão judicial?

Por hipótese, uma ressignificação da decisão jurídica pode ser experimentada a partir da introdução de uma nova distinção como essas que estamos propondo. E nesse sentido exploratório queremos chamar a atenção a uma tentativa de trilhar um caminho diferente para o entendimento da decisão jurídica, não mais como uma questão de aplicação, como uma questão de boca que pronuncia as palavras da lei. Tampouco como uma questão de escolha discricionária dentre possibilidades de constituição linguística do sentido normativo do direito. Mas como uma questão mais abrangente: 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 ou ação - para julgá-la racional ou irracional -, mas como uma operação de comunicação guiada por estruturas sociais, organizacionais/institucionais e individuais altamente complexas. Não se trata de um caminho melhor, mais correto, mais adequado ou mais perfeito - no sentido da ideia de perfeição da natureza da filosofia helênica que tanto nos comanda o pensamento. Simplesmente um caminho diferente. Um outro caminho possível de ressignificação da decisão jurídica.

No que segue, esta pesquisa objetiva analisar as formas de distinção utilizadas nos discursos jurídicos a respeito da decisão jurídica, de modo a reconstruir o significado da decisão jurídica não mais em termos de tensão entre segurança e legitimidade, mas sim em termos de organização e risco. E para ser atingindo esse resultado, esta investigação a) analisará algumas formas de distinção presentes nos discursos sobre a decisão jurídica a respeito da sua identidade como diferença em relação a outros tipos de decisão da sociedade; e b) observará as distinções históricas, em especial nos discursos jurídicos da modernidade, dos ideais de perfeição, correção ou adequação da decisão jurídica. Em um segundo momento, a pesquisa procurará c) sinalizar o papel da decisão jurídica como forma de sublimação dos riscos sociais, em especial dos riscos políticos, econômicos e individuais; e d) analisar a relação da decisão jurídica com a organização, quer dizer, com a dimensão institucional responsável pela sua realização prática.

E para serem alcançados esses objetivos, proceder-se-á no nível da análise do discurso sobre a decisão jurídica, em especial no estilo de análise de discurso, como identidade/diferença entre estrutura social e semântica, desenvolvido por Niklas Luhmann sob o nome de observação de segunda ordem³. Essa metodologia se justifica pois os objetivos exigem um estilo de observação capaz de analisar as distinções implicitamente comunicadas quando se faz referência à forma da comunicação jurídica.

³ LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998. *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

2 DECISÃO JURÍDICA E DECISÃO JUDICIAL, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

O primeiro sintoma de déficit dos valores e concepções teóricas tradicionais - medievais e modernos - de entendimento da decisão jurídica na dinâmica comunicativa da sociedade contemporânea pode ser observado nas diferenciações, ainda recorrentes nos discursos jurídicos contemporâneos, entre interpretação e aplicação do direito, decisão jurídica e decisão judicial.

Interpretar e aplicar são verbos da prática jurídica que pressupõem uma relação muito mais complexa de operações, as quais incluem também a argumentação jurídica. Historicamente, a interpretação é explicada de modo separado da aplicação do direito. Como se fosse possível primeiro interpretar para só depois aplicar a interpretação realizada⁴. Claro que essa distinção tem mais de dois mil anos de atuação ideológica 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 declarava o direito para as partes do processo, não executava o direito. A execução do edito era um ato posterior, que geralmente era realizado pela própria parte vencedora no processo, numa espécie de justiça privada. A separação entre interpretar e aplicar o direito, portanto, tinha uma razão na experiência jurídica Romana⁵. 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 jurídica. A jurisdição do Estado Moderno colocou um fim à diferença entre dizer e aplicar o direito. Como também fundiu a diferença entre interpretar e dizer. A Escola da Exegese,

⁴ 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.

⁵ WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Milano; Napoli; Palermo; Roma: Torino Unione Tipografico, 1902, Vol. 1.

justificando a necessidade de romper com o passado histórico de trevas que foi a Idade Média, inclusive proibia ao juiz interpretar-construir-inventar a lei alegando lacunas ou obscuridades no texto⁶. Nas palavras de Montesquieu, o juiz devia ser somente "la bouche qui prononce lês paroles de la loi"⁷. 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. E 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, colocando a interpretação no terreno da proibição, quer dizer, interditando a interpretação do direito como um ato arbitrário e nefasto 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 ele, sempre exige interpretação, argumentação e decisão a respeito do sentido que se pretende dar para os acontecimentos.

Como bem observado pela perspectiva hermenêutica, o justa não interpreta para compreender o direito para, então, aplicá-lo. Interpretação, compreensão e aplicação são operações que pressupõem um único e mesmo horizonte hermenêutico de pré-compreensões⁸. Interpreta-se o que já se compreendeu. E compreende-se aquilo que possui uma perspectiva de aplicação. Afinal, ninguém entende 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

⁶ 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 da la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice."

⁷ MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*. Paris : Librairie Garnier Frères, 1927, p. 154 [Livre XI, Chapitre VI].

⁸ 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; GADAMER, Hans-George. *Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003. A reflexão jurídica dessa hermenêutica encontra-se 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.

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.

Mas apesar desses avanços enormes produzidos pelo paradigma da linguagem - que no entanto ainda não foram suficientemente assimilados na semântica do direito contemporâneo -, nós 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.

É como se a decisão jurídica (que ainda se confunde com decisão judicial, como sentença) fosse a unidade da diferença entre três operações: interpretação, argumentação e decisão. E isso é uma característica típica da concepção contemporânea de decisão jurídica como realização prática do direito, que não pode mais ser concebida como se a interpretação fosse um pressuposto de entendimento para, depois, ser justificada ou fundamentada por meio da argumentação para, no final, ser objeto de uma escolha por meio da decisão. Afastando-se da tradição de Gadamer, portanto, nós preferimos ver a interpretação não como um diálogo do intérprete com o texto⁹, tampouco um diálogo do intérprete com uma comunidade ideal de intérpretes¹⁰ ou ainda como um diálogo intersubjetivo com uma comunidade de intérpretes interessados com vistas a um consenso sob condições ideais de discussão¹¹, 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

⁹ GADAMER, Hans-George. *Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2003.

¹⁰ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*. 6ª ed. Bruxelles: L'Université de Bruxelles, 2008.

¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*. Frankfurt am Main : Suhrkamp, 1995, Vol. 1.

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, 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 três “partes”: interpretação, fundamentação e aplicação. 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 hermenêutica, não faz nenhum sentido separar interpretação, fundamentação e aplicação, já que se tratam de um acontecer dentro de um mesmo e único horizonte linguístico. Mas afastando-se também da hermenêutica, preferimos conceber esses três acontecimentos linguísticos como três operações 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.

A partir dessas reflexões, pode-se perceber que 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 muito mais longe ainda dos discursos dogmáticos do conceito de sentença como o ato processual que possui os três requisitos legais: relatório, fundamentação e dispositivo-conclusão. Ora, uma decisão jurídica não é apenas um ato processual que possui relatório, fundamentação e dispositivo. Isso pode ser descrito no máximo como uma sentença, um acórdão e talvez até uma interlocutória. 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. Cujas 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 validade¹².

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 base no direito, quer dizer, em todas as decisões que decidem algo não com base no lucro (economia), no poder (política), na beleza estética (arte), na transcendência (religião), no bem (moral), na verdade (ciência), mas que decidem com base no direito, no lícito, no justo.

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 do Poder Jurisdicional do Estado também acontecem decisões jurídicas a todo momento. Aliás, podemos supor que apenas uma pequena parte das decisões jurídicas conflituosas que acontecem a todo momento na sociedade contemporânea são transformadas em processos judiciais nos Tribunais. Em termos estatísticos, podemos supor que uma 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 uma unidade recursiva de três operações simultâneas de interpretação, argumentação e decisão, com uma dimensão discursiva que observa o acontecer da decisão jurídica não

¹² 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, 2005, p. 639).

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 ou - se assim quisermos - ideológica. No que segue, procuraremos sinalizar as formas históricas mais importantes da decisão jurídica no período da Modernidade, desvelando as diferenças enormes entre estrutura social e a 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-Brown¹³. 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 talvez tenha 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 tradicionais: interpretação, aplicação e jurisdição (dizer o direito). A decisão jurídica é entendida, nesse contexto histórico, como um importante ato de estrita aplicação do direito. O papel do juiz, como boca que pronuncia as palavras da lei - e que por isso não violaria as atribuições do Legislativo de criar o direito -, é o de exercer uma estrita atividade de aplicação do direito vigente, que na época era o Código Civil de Napoleão¹⁴.

¹³ SPENCER-BROWN, George. *Laws of form*. New York: Dutton, 1979.

¹⁴ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2ª Ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 379; TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 47 e 221; NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra:

A forma da decisão jurídica, nessa época, estava ligada à idéia 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 da atividade jurisdicional que foi experienciado na Idade Média. 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. Ensejando assim algumas 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”¹⁵ - nas conseuetudes, nos costumes das comunidades jurídicas.

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

Mas como se sabe, respondendo aos riscos da insegurança no valor legitimidade, a Escola Histórica procurou responder à pretensão de segurança por meio de uma dogmatização pretensamente científica dos costumes históricos, esvaziando a sua própria

Coimbra Editora, 1995, Vol. 2, p. 183; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

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

razão de ser e desencadeando o surgimento de uma nova concepção, muito próxima ao positivismo exegético, que foi a Jurisprudência dos Conceitos. A qual, após as críticas e aportes de Jhering, Heck e outros, tornou-se a famosa e sofisticada Jurisprudência dos Interesses¹⁶.

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 com uma semântica ou como uma 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 justo¹⁷ - “decido conforme minha consciência”, afirmavam os juristas desse movimento. A consciência do justo era oposta exatamente ao formalismo da segurança positivista. E assim a decisão foi entendida como

¹⁶ As referências são várias, destacando-se os estudos de Philipp Heck e Rudolf von Jhering, seguidos por Max Rümelin, Heinrich Stoll, Eugen Locher, Rudolf Muller-Erzbach, 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.

¹⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª Ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 72-73.

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 Direito¹⁸. Com Kelsen, torna-se possível renunciar a quase todas as 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, como questão de segurança linguística e validade em termos de competência normativa. A forma da decisão jurídica em Kelsen é a diferença entre validade e competência, onde o órgão competente afirma a validade do direito que valida a própria competência.

Depois de Kelsen - e em especial 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 a 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.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Procedimentalismo, substancialismo, pragmatismo, concepções sistêmicas... hoje existem inúmeras concepções de decisão jurídica, todas elas procurando uma resposta convincente - e uma nova construção ideológica - para os problemas contemporâneos da interpretação, argumentação e decisão jurídica. Uma multiplicidade de discursos 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 exatamente 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 Durkheim¹⁹, já foi estraçalhada pela divisão do trabalho social ocorrida na sociedade industrial. E ainda há os discursos Modernos que acreditam na introdução de prognósticos e análises de conseqüências, baseando a decisão jurídica em critérios de eficiência econômica de modo a evitarem-se os riscos de efeitos colaterais - como se o juiz ou decisor jurídico fosse agora um *business manager*.

¹⁹ DURKHEIM, Émile. *A divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Freitas e Inês Mansinho. 3ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 1989.

4 DECISÃO JURÍDICA E SUBLIMAÇÃO DO RISCO

Todavia, se é possível desconstruir os pressupostos intrínsecos a uma série de teorias pós-positivistas da decisão jurídica, o que acontece então quando introduzimos nesse teorema a variável “risco”? O que acontece quando, além de todas as questões ligadas às transformações do processo de reflexividade da modernidade, introduzimos na exigência de racionalidade da decisão jurídica a questão do risco?

Um sintoma importante desse déficit intelectual da decisão jurídica em lidar com o risco está no fato de que 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. É como se a decisão jurídica preferisse não enxergar o problema do risco do que assumi-lo como algo inevitável - e talvez pressuposto da própria justificação da decisão. Basta observarem-se os discursos jurídicos majoritários na prática jurídica contemporânea: os discursos mais reproduzidos na prática jurídica brasileira, por exemplo, é aquele de origem procedimentalista da perspectiva metodológica de Robert Alexy, que não fala de risco da decisão, mas em ponderação de princípios de modo a otimizar os graus de eficácia ou justificar a relação de precedência de um sobre o outro no caso concreto; e outros menos recorrentes como o procedimentalismo discursivo de Habermas e a hermenêutica política de Dworkin, que também não possuem uma estrutura conceitual apta a lidar com as questões do risco - ou se preferirem, ambos não falam nada a respeito do risco. Isso para indicar concepções pós-positivistas contemporâneas. Porque se considerarmos a quantidade de discursos que ainda 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, a qual, como se sabe, ficou em segundo plano após o processo de transformação neoliberal dos currículos das faculdades de direito nos anos noventa. 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, dos *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 Beck²⁰, Anthony Giddens²¹ e Niklas Luhmann²², 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 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

²⁰ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998; e GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magna Lopes. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.

²¹ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

²² LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996.

justiça ou de judicialização da política, mas também no âmbito das decisões empresariais e individuais.

Com efeito, 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 todo o ideal ou todo o projeto normativo dos direitos fundamentais. Então não é raro observar-se o descumprimento, seja por omissão, seja por negativa mesmo, 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, como a união homoafetiva, a pesquisa com células tronco, os critérios para acesso à saúde, a situação dos estrangeiros, os latifúndios em terras indígenas e tantas outras questões 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 (o “Povo” do *we the people*) perceber em breve que ele se trata de 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, cinicamente, figurar no pólo ativo das ações em litisconsórcio com o Ministério Público.

Na esfera individual, também, os riscos das decisões sobre separação, divórcio, muitas vezes 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 desgraça 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 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA, ORGANIZAÇÃO E DECISÃO

Qual a forma da decisão jurídica que pode oportunizar um entendimento dela para além da distinção entre segurança e legitimidade? 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? E como conectar essa forma aos ideais do Estado Democrático de Direito? Talvez esta pesquisa não seja capaz de responder a todas essas perguntas. Mas tratam-se de perguntas que suscitam reflexões capazes de abrir algumas vias de entendimento novas para a decisão jurídica. Seguindo uma sugestão de Niklas Luhmann, queremos explorar a forma da diferença entre decisão e organização²³, para conectá-la à noção de Estado Democrático de Direito.

A unidade analítica de um Estado Democrático de Direito é a relação entre constitucionalismo e democracia. Dependendo do modo como um dado Estado estabelece essa relação, podemos ter uma configuração político-administrativa bastante diferente. No mundo ocidental, como sabemos, a noção de Estado Democrático de Direito supõe uma constante tensão entre, de um lado, o constitucionalismo como uma série de princípios fundamentais contramajoritários e, do outro, a democracia como uma série de procedimentos e valores de participação popular para definição das políticas públicas e suas prioridades²⁴.

O problema é que entre constitucionalismo e democracia parece existir uma contradição interna. Pois o constitucionalismo afirma que existem princípios - os princípios fundamentais, as cláusulas pétreas - tão importantes que nem a vontade das maiorias pode pretender revogá-los. E a democracia, por seu lado, afirma que as decisões sobre as questões políticas só podem ser realizadas segundo processos democráticos²⁵. E isso significa que, com base nos valores democráticos, um Estado poderia pretender transformar princípios fundamentais que, por alguma razão (geralmente razões econômicas e ideologias disseminadas nos *mass media*), apresentam-se em discordância com os valores populares de uma determinada época e lugar. Em suma, o valor da democracia afirma que a vontade

²³ LUHMAN, Niklas. *Organizzazione e decisione*. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 2005.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002; DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*, n. 3, Vol. 1, p. 2-11, April, 1995.

²⁵ DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and democracy. *European Journal of Philosophy*, n. 3, Vol. 1, p. 2-11, April, 1995, p. 5.

das maiorias democráticas deve prevalecer, como modo de legitimidade das decisões políticas.

Por outro lado, o constitucionalismo afirma que existem princípios fundamentais que são tão importantes para a estabilidade política do Estado que eles devem ser blindados, imunes à possibilidade de revogação pela via democrática. Existem princípios fundamentais que nem as maiorias democráticas podem pretender esvaziá-los ou revogá-los. Esses princípios constituem a regra contramajoritária, que não apenas protege os direitos das minorias em face das maiorias democráticas, como também constitui aquela base sólida, conservadora e mais estável para que as estruturas políticas do Estado possam suportar a própria dinâmica da democracia.

Assim, ao invés de uma contradição entre constitucionalismo e democracia, o Estado Democrático de Direito mantém em seu núcleo essencial uma constante tensão autoconstitutiva, quer dizer, a relação entre constitucionalismo e democracia é uma relação de pressuposição recíproca: não há constitucionalismo sem democracia, como não há democracia sem constitucionalismo. Pois não há constitucionalismo sem uma base dinâmica de constituição e discussão das vontades democráticas, como também não há democracia sem uma base sólida e estável que constitui os limites para as discussões democráticas. O constitucionalismo fornece a estrutura para a democracia, enquanto a democracia confere legitimidade ao constitucionalismo.

Nessa perspectiva, torna-se mais cristalina a noção de "guardião da constituição" atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Guardiã da constituição é o guardião do constitucionalismo, dos princípios fundamentais contramajoritários que devem prevalecer inclusive contra a opinião pública das maiorias democráticas. Os princípios fundamentais são fundamentais porque eles possuem a força constitucional necessária para prevalecer mesmo que em desacordo com a vontade das maiorias democráticas. E o judiciário em geral possui uma estrutura organizacional apta para realizar esse tipo de decisão constitucionalista. Já que, diferentemente do legislativo, a frustração de uma expectativa popular de uma determinada época não resulta em desgaste político dos representantes que foram eleitos. Pois os juízes não são eleitos, não dependem de aprovação popular para permanecerem em seus cargos e inclusive dispõem de princípios funcionais protetivos dessa liberdade de decisão em face das opiniões públicas, como são os princípios da inamovibilidade, da vitaliciedade e da irredutibilidade dos vencimentos do juiz. Diferente

dos deputados e demais meios de representação político-democrática, que são eleitos a cada quatro anos e que, por isso, precisam orientar suas decisões mais à opinião pública do que àquilo que é correto em termos de princípios fundamentais.

O problema acontece quando o judiciário pratica decisões que pretendem guardar mais a efêmera e inconstante opinião pública do momento ou da "moda" do que a guarda dos princípios fundamentais. Satisfazer a opinião pública talvez seja algo sedutor em termos de "vontade de poder", no preciso sentido que Nietzsche conferiu a essa expressão²⁶. Mas ao fazer isso, o judiciário não só compromete o seu dever de guarda dos princípios fundamentais, como também desequilibra a relação de constante tensão entre constitucionalismo e democracia. E um desequilíbrio nessa relação, que é o núcleo fundamental da ideia de Estado Democrático de Direito, pode significar um risco de efeitos incalculáveis, imprevisíveis e irreparáveis em termos de modelo de Estado. Afinal, do mesmo modo que se mexer na "liberdade" do Estado Liberal transformou-o em Estado Social, também uma reconfiguração dessa relação sensível entre constitucionalismo e democracia pode levar a uma transformação significativa no modelo político-administrativo.

As organizações tornam-se então importantíssimas na estruturação dessa dinâmica comunicativa entre direito e política. 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. 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

²⁶ NIETZSCHE, Friedrich. *Vontade de potência*. Parte 2. Trad. Mário D. Ferreira Santos. São Paulo: Escala, 2005, p. 260 [Livro Terceiro, II, 1, n. 297].

demais fontes válidas do direito, como também não olha somente para o futuro das consequências²⁷, das expectativas da opinião pública ou da eficiência econômica. O risco exige da decisão jurídica uma espécie de proteção cognitiva mais especial, uma blindagem operativa mais 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 jurídicas²⁸. Fazer parte de uma organização ou instituição como o Poder Judiciário, como o Ministério Público, como 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. Ela disponibiliza um arquivo de experiências, de ideologias e visões de mundo que conduzem a interpretação jurídica para um horizonte bem definido de produção de sentido normativo.

Ser um membro da Advocacia - ser membro da “organização” Advocacia - por exemplo, significa já a necessidade de assumir uma postura interpretativa do direito que não permite muito 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, para que eles recebam a melhor justiça possível. Por outro lado, ser um membro do Ministério Público - da organização Ministério Público - significa assumir outra postura interpretativa do direito: não aquela da advocacia de defender os clientes, mas a de procurar defender os interesses da lei e do Estado. E com isso, a perspectiva interpretativa do direito se modifica bastante comparada com a da advocacia, pois é outro horizonte de sentido que se abre sobre os olhos de quem faz parte da

²⁷ Ver-se a reflexão de: 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. 391-429], p. 402.

²⁸ Cf. 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. Ver-se também a pesquisa de ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. Vol. 4. N. 2, julho-dezembro 2012, p. 193-213.

organização Ministério Público. Igualmente no Judiciário: a perspectiva de um membro da magistratura não é a de procurar afirmar os interesses do cliente, tampouco da lei ou do Estado, mas a de prestar a jurisdição do melhor modo possível. Sob a pressão do *non liquet*, a “organização” Magistratura precisa responder às demandas interpretando, argumentando e decidindo o direito da posição de quem ocupa um lugar nessa - e não outra - perspectiva interpretativa do direito.

Assim, ao lado de outras dimensões subjetivas e sociais, há uma dimensão organizacional da decisão jurídica que funciona como uma blindagem a respeito 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 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. Nas últimas instâncias, contudo, essa repartição não funciona. E nela, portanto, a gestão do risco parece ser absorvida nos discursos jurídicos - no campo simbólico do direito²⁹ - que diz o direito na perspectiva de uma organização de decisões.

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. Mas ao mesmo tempo, parece não estar preparada 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 problemas do mundo prático em uma complexidade estruturada, na forma de casos jurídicos. Para os quais, então, a decisão pode decidir com a “segurança” de considerar todas as questões relevantes - mas só as relevantes e nada mais... Risco.

²⁹ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 9ª ed. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por muito tempo se pensou que o problema da decisão jurídica estaria em uma questão de método, mais especificamente de controle metodológico da subjetividade 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 para conduzir a decisão jurídica para umas e não outras possibilidades de constituição de sentido do direito.

Para o problema da subjetividade 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 até mais compromisso com os direitos fundamentais, com as consequências práticas da decisão ou com convicções de moralidade política da comunidade. Mas e para o problema do risco? A resposta estaria mesmo nas estruturas da organização? E se for a organização a resposta para a questão do risco na decisão jurídica, como lidar então com as regras, o “arquivo”³⁰ ou a ideologia da organização? Como lidar com 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?

É possível encontrar nos modernos sistemas de gestão, em especial nos modelos de governança corporativa, algum encaminhamento possível para essa dimensão institucional dos riscos da decisão jurídica? E mais: até que ponto a imagem que a organização constrói de si mesma não deixa de ser um sistema de discursividade fortemente “arquivado”³¹ sob o *index* de um conjunto de experiências históricas que, por

³⁰ Utilizamos o conceito de arquivo no sentido de FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 6a. ed. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. Ver-se também, em uma perspectiva diferente: DERRIDA, Jacques. *Mal de arquivo: uma impressão freudiana*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2001.

³¹ FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. 6a. ed. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

uma simples questão de integridade e coerência dworkinianas³², precisam ser consideradas para as próximas interpretações?

Como se vê, finalizamos esta pesquisa com mais perguntas do que respostas. Mas longe disso ser lamentável, vislumbramos uma possibilidade de novos desenvolvimentos interessantes no campo das pesquisas empírico-descritivas sobre a decisão jurídica contemporânea. Afinal, como sinalizado no início deste estudo, a decisão não apenas descobre um direito previamente existente em algum lugar do mundo jurídico: ela o constrói, inventa-o, recria-o. A decisão jurídica é uma atitude, uma ação, um compromisso assumido pelo jurista de realizar o direito, ainda que a definição do sentido normativo desse direito seja fruto de uma operação altamente complexa, duplamente contingente e inevitavelmente submetida ao risco de muitas auto-ilusões que envolve, pelo menos, três operações simultaneamente: interpretação, argumentação e decisão, no contexto do conjunto das experiências normativas e cognitivas - e ideológicas - de uma organização.

³² Referimo-nos à noção de “virtue of political integrity” de: DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 165-166.

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.
- 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.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.
- BECK, Ulrich; 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.
- DERRIDA, Jacques. **Mal de arquivo: uma impressão freudiana**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2001.
- DURKHEIM, Émile. **A divisão do trabalho social**. Trad. Eduardo Freitas e Inês Mansinho. 3ª ed. Lisboa: Editorial Presença, 1989.
- DWORKIN, Ronald. **Constitutionalism and democracy**. *European Journal of Philosophy*, n. 3, Vol. 1, p. 2-11, April, 1995.
- DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. 6a. ed. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- 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. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Theorie des kommunikativen Handelns: Handlungsrationaliät 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 Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

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, 2005.

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

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

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

LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

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.

NIETZSCHE, Friedrich. **Vontade de potência**. Parte 2. Trad. Mário D. Ferreira Santos. São Paulo: Escala, 2005.

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 autopoietica. **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.

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.

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.