

**DECISÃO, ORGANIZAÇÃO E RISCO: A POSITIVIDADE DO DIREITO NA
FORMA DA DECISÃO JURÍDICA****¹Cícero Krupp da Luz**
²Rafael Lazzarotto Simioni**RESUMO**

Esta pesquisa objetiva discutir uma possível reconstrução do sentido da decisão jurídica introduzindo uma diferença entre organização e risco. Para tanto, parte-se da noção luhmanianna de decisão como símbolo da positividade do direito, estabelecendo-se uma reflexão sobre a relação entre decisão, risco e organização. Para serem alcançados esses objetivos, a metodologia é a observação de segunda ordem da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. Como resultado, a relação entre decisão, organização e risco permite reentender a decisão jurídica como uma relação multirreferencial ligada tanto ao passado, quanto ao futuro.

Palavras-chave: Decisão Jurídica; Positividade; Organização; Risco.

**DECISION, ORGANIZATION AND RISK: THE POSITIVE LAW ON THE FORM
OF LEGAL DECISION****ABSTRACT**

This research investigates a possible reconstruction of the meaning of legal decision with the difference between decision, organization and risk. Therefore, we discuss the notion of Luhmann's legal decision as a symbol of positive law, establishing a reflection on the relationship between decision, risk and organization. To find this, the methodology used is the observation of the second order of the Niklas Luhmann's social system. As a result, the relationship between decision, organization and risk allows recognized legal decision as a multi-referential relationship between the past and the future.

Keywords: Legal decision; Positive law; Organization; Risk.

¹ Doutor em Relações Internacionais pela Universidade de São Paulo - USP, São Paulo (Brasil)
Professor pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - PPGD/FDSM, Minas Gerais (Brasil)
E-mail: ciceroluz@gmail.com

² Pós-Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade de Coimbra – UC (Portugal). Professor pela Universidade do Vale do Sapucaí - UNIVAS, Minas Gerais (Brasil). E-mail: simioni2010@gmail.com



1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa objetiva discutir a proposta da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann de entender a decisão jurídica como símbolo da positividade do direito, de modo a observar as conexões de sentido que a decisão jurídica opera, tanto voltadas para o passado – a lei, a norma, os precedentes, as regras e princípios –, quanto voltadas para o futuro – o risco e a organização.

Tradicionalmente, as concepções positivistas do direito entendem a decisão jurídica ora como ato de aplicação de um direito positivo pré-existente e pré-válido – como é o caso do positivismo clássico da Escola da Exegese francesa do século XIX –, ora como um ato de criação de uma norma jurídica particular a partir de normas jurídicas gerais de um escalão superior, igualmente pré-existentes e pré-válidas à decisão jurídica – como é o caso do neopositivismo normativista de Hans Kelsen. Em ambos os casos, a positividade do direito é entendida como uma existência ligada à ideia de lei ou de norma, diante da qual a decisão jurídica seria um ato posterior à existência positiva de uma ordem jurídica válida.

Nessa tradição positivista, tanto a correção quanto a validade de uma decisão jurídica são entendidas como dependentes da correspondência que a decisão jurídica estabelece com a ordem jurídica a ela pré-existente. E desse modo, o direito é entendido como um sistema que estabelece referências de sentido predominantemente voltadas ao passado da lei, das normas, dos precedentes, das regras e dos princípios, enfim, referências comunicativas que só existem no passado da decisão. Toda a questão do futuro, dos riscos e perigos, da incerteza, da incontrollabilidade e imprevisibilidade de efeitos colaterais, que são questões importantes nos contextos de decisão da economia, da política, da ciência e da arte, não joga um papel importante no entendimento da decisão jurídica.

A relação de autorreferência do direito sempre esteve voltada a uma imagem do passado, porque as leis, as normas, os precedentes, são referências de sentido que só existem, positivamente, enquanto passado. Mas a prática jurídica não trabalha apenas no passado. A observação de segunda ordem da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann permite observar também relações voltadas ao futuro, à orientação às consequências, aos impactos futuros da decisão, aos efeitos colaterais, ao risco. A decisão jurídica é uma operação altamente complexa, que estabelece não apenas uma relação de autorreferência comunicativa ligada a uma noção positivista de ordenamento jurídico, mas sim uma relação de multirreferencialidade, que conecta tanto o



passado quanto o futuro, tanto as referencias tradicionais da lei e das normas, quanto as referencias não positivistas do futuro, da orientação às consequências, do risco.

Entre o passado e futuro das referencias comunicativas que uma decisão jurídica pode estabelecer, torna-se necessário uma estrutura de seletividade, uma estrutura capaz de reduzir a complexidade e a contingência que esse horizonte de sentido deixa em aberto para a decisão jurídica. A hipótese perseguida nessa pesquisa é a de que os sistemas de organização desempenham essa função de estruturar a complexidade das decisões, por meio de uma estrutura de sentido altamente seletiva, definida a partir de uma experiência histórica. A hipótese é a de que diferentes sistemas de organização, como a advocacia, a magistratura, o ministério público e, atualmente também a academia, produzem visões diferentes sobre o direito e, inclusive, possíveis disputas de poder pela episteme do direito.

Essa proposta é interessante porque permite conectar as pesquisas sobre decisão jurídica não apenas às suas referencias comunicativas tradicionais da lei, da norma, das regras e princípios e dos precedentes, que são referências predominantemente voltadas ao passado, mas também as conexões que a decisão estabelece com o futuro. Entender a decisão jurídica como símbolo da positividade do direito permite conectar a decisão jurídica a outras referencias de sentido, voltadas também ao futuro, como é o caso do risco e, em especial, dos diferentes sistemas de organização que influenciam as formas de produção de sentido da prática jurídica.

Reentender a decisão jurídica como o símbolo da positividade do direito significa romper, dentre outras coisas, com as tradições positivistas do direito que tanto influenciaram a autocompreensão da prática jurídica no século XX. Porque nessa perspectiva de multirreferencialidade, a decisão jurídica não é apenas um ato de aplicação de um direito pré-existente e pré-válido, cuja validade depende da relação de correspondência lógica que a decisão jurídica estabelece com a lei que a fundamenta. E também não é meramente um ato de criação de normas particulares deduzidas de normas gerais pré-existentes. Em uma perspectiva de observação de segunda ordem, a decisão jurídica está baseada em um paradoxo: ela encontra seu fundamento de validade nas normas que ela mesma afirma serem válidas. E isso significa que a positividade do direito não está na lei ou na norma, mas sim na decisão que valida essas leis ou normas para validar a si mesma. A positividade é um símbolo produzido pela própria decisão jurídica.



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? O que acontece, em termos de intelecção da prática da decisão jurídica se, no lugar do valor “segurança”, introduzirmos o valor “risco”, com sua rede de conexões conceituais à confiança, à crença, ao perigo, expectativa, contingência?

E nesse sentido exploratório queremos chamar a atenção para uma tentativa de descortinar um caminho diferente ao 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.

Nessa perspectiva, objetiva-se analisar uma possível reconstrução do sentido da decisão jurídica quando, no lugar de uma concepção tradicional de tensão entre segurança e legitimidade, a decisão jurídica é entendida como diferença entre decisão, organização e risco. Seguindo uma sugestão da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, pretende-se investigar as possibilidades de entendimento da decisão jurídica em termos de organização e risco. Para tanto, a pesquisa parte da relação entre decisão jurídica e positividade do direito, decisão jurídica e risco para, ao final, descrever a importância dos sistemas de organização centrais e periféricos na forma de constituição do sentido do direito.

Para serem alcançados esses objetivos, proceder-se-á no nível da analítica desenvolvida por Niklas Luhmann (1994; 1998) sob o nome de observação de segunda ordem. 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. Pensar a decisão jurídica no contexto do valor “risco” significa escolher um caminho diferente do da mediação modernista entre segurança e legitimidade.



2 DECISÃO JURÍDICA E POSITIVIDADE DO DIREITO

Duas concepções de positivismo jurídico foram muito importantes para o entendimento da decisão jurídica no Brasil: o positivismo jurídico clássico, desenvolvido pela Escola da Exegese, na França do século XIX; e o neopositivismo jurídico de Hans Kelsen, no século XX. Existiram outras propostas positivistas importantes, dentre as quais se destacam positivismo sociológico de Pontes de Miranda e também as influências do positivismo britânico de Austin, Hart, Raz e MacCormick. Mas apesar das divergências, as noções de lei e de norma prevaleceram no século XX como o centro das referências positivistas no campo do direito.

O positivismo jurídico clássico, desenvolvido pela Escola da Exegese no século XIX, identificou o direito com a lei escrita (Tarello, 1976, p. 27; Wieacker, 1993, p. 386). A positividade do direito, nessa perspectiva, estava na lei escrita. Naquela época nem se falava em norma ou em ordenamento jurídico. Falava-se apenas em lei e em código. Porque para o positivismo clássico, direito é lei e somente a lei. Os textos legais, organizados na forma de um código, constituíam, com exclusividade e suficiência, toda a positividade do direito.

Com Hans Kelsen, contudo, a concepção positivista do direito vai encontrar uma nova referência comunicativa. Com todos os aportes da virada linguística do neopositivismo lógico do Círculo de Viena, Kelsen vai propor uma concepção da positividade do direito não mais baseada na lei, mas sim na norma jurídica (Kelsen, 2003, p. 1-2). Junto com o conceito de norma jurídica aparecerão os conceitos de ordenamento jurídico, interpretação autêntica e inautêntica, competência, hierarquia, processo de constituição do direito de um nível geral e abstrato para um nível especial e concreto, dentre outros.

Nessa tradição positivista, a decisão jurídica deixa de ser entendida como um ato de aplicação do direito e passa a ser entendida como um ato de criação do direito, um ato de continuação do processo legislativo de criação de normas jurídicas. No positivismo clássico, a decisão jurídica era entendida como um ato de pura aplicação subsuntiva da lei ao caso, proibindo-se qualquer possibilidade de transcender interpretativamente os textos legais. Já no neopositivismo jurídico normativista de Kelsen, a decisão jurídica é entendida como o ato de criação do direito, que envolvia um processo analítico-sintático de interpretação dos textos para a definição da moldura interpretativa do direito, dentro da qual apenas os órgãos jurídicos dotados da competência



normativa para produzir interpretações vinculantes poderiam realizar aquilo que Kelsen chamava de interpretação autêntica.

Seja como aplicação, seja como criação, em ambos os casos a decisão jurídica é entendida como um ato de concretização de um direito positivo pré-existente e pré-válido. Direito esse cuja positividade está na lei ou na norma jurídica, que pré-existem logicamente à validade da decisão. A decisão jurídica, portanto, encontra nesses positivismos dos séculos XIX e XX uma tradição teórica que a entende desvinculada da positividade do direito. Como se a positividade do direito estivesse ou na lei ou na norma jurídica e a decisão fosse um ato exterior a essa positividade do direito. Como se existisse um direito positivo, na forma da lei ou da norma jurídica, para o qual a decisão jurídica era meramente um ato de aplicação ou concretização desse direito pré-existente.

Niklas Luhmann (1995, p. 39), observando a clausula operativa do sistema jurídico, constatou que a positividade do direito, em uma perspectiva de observação de segunda ordem, não está nem na lei escrita, tampouco na norma jurídica. A positividade do direito está na decisão jurídica. Porque é a decisão que confere tanto existência, quanto validade às normas que invoca como fundamentos de si mesma. A existência positiva do direito, com efeito, não está no ordenamento jurídico como conjunto de leis ou de normas jurídicas válidas, mas sim nas decisões que conferem validade a essas leis ou normas jurídicas.

Veja se bem: Luhmann não afirma que o direito é positivo, tampouco está fundamentando uma nova concepção positivista do direito. A questão é que a positividade do direito é o modo do sistema jurídico observar a sua própria “existência” enquanto forma de sentido (Spencer-Brown, 1979, p. 1). Positividade, historicamente, é um conceito antítese ao conceito de metafísica. Existência positiva significa o contrário de uma existência metafísica. O positivismo, em sua origem, foi um movimento científico antimetafísico, foi um movimento científico de combate à metafísica. É nesse sentido que falamos de positividade.

A positividade do direito, em Luhmann, é a forma através da qual o direito se reconhece enquanto comunicação. E essa positividade não está nos textos legais, tampouco na normas jurídicas, como estamos acostumados a pensar desde o positivismo clássico até o neopositivismo jurídico de Hans Kelsen. Essa positividade está na operação que realiza a comunicação do direito. Está na operação de produção de sentido do direito, que não acontece



na lei ou na norma, mas sim na decisão jurídica. A decisão jurídica em Luhmann, portanto, não é um mero ato de aplicação do direito, mas sim a operação que produz a positividade do sistema jurídico (Luhmann, 1995, p. 103). É a operação que atualiza a identidade - e a diferença - do próprio direito da sociedade. A positividade do direito, nessa perspectiva, está na relação paradoxal que a decisão jurídica estabelece entre a validade das normas que invoca e afirma como válidas para justificar a sua própria validade.

A decisão jurídica baseia sua validade nas normas que ela mesma afirma serem válidas. Este é o paradoxo. Desse modo a validade do direito 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 (Luhmann, 1995, p. 563). E ela não vem das normas, tampouco da decisão como mero ato de aplicação, mas da decisão como relação de auto-validação entre norma e decisão, entre a decisão que afirma a sua própria validade com base em normas que ela mesma afirma serem válidas.

Na perspectiva da teoria dos sistemas sociais autopoiético de Niklas Luhmann, a positividade do direito pode ser entendida como um símbolo que circula na comunicação jurídica na forma das decisões. Pois não é a norma que confere validade a uma decisão jurídica. Tampouco é a decisão jurídica que, sozinha, confere validade a uma norma. Na verdade, a decisão jurídica fundamenta-se nas normas que ela mesma afirma serem válidas. A relação de validação, portanto, é recíproca, circular, autorreferencial e, no fundo, paradoxal.

Esse deslocamento da validade do direito para a decisão jurídica rompe com muitas tradições teóricas importantes que, de algum modo, influenciam a compreensão e discussão sobre decisão jurídica no Brasil. Conceber a positividade do direito como uma forma de comunicação produzida pelas decisões jurídicas e a validade do direito como um símbolo que circula nessa forma de comunicação significa, dentre outras coisas, que os velhos ideais iluministas-burgueses da segurança e da previsibilidade do “governo da lei” não estão mais na lei, mas na decisão que dota essa lei de validade. E significa também que os ideais modernistas da segurança linguística, da objetividade e da racionalidade argumentativa do direito também não estão na competência interpretativa autêntica ou em métodos interpretativos racionais, mas sim em uma relação contingente, paradoxal e, por isso, absolutamente arriscada, de produção de sentido do direito.



3 DECISÃO JURÍDICA E RISCO

O risco é uma categoria fundamental no campo da sociologia contemporânea. Risco é coisa nova. Não encontramos estudos sobre ele nos clássicos. O *mythos*, de mão dadas com o *logos*, serviu por muito tempo para explicar o inexplicável (Amstrong, 2001). Doenças, catástrofes, mortes, efeitos colaterais. A vontade de Deus e outros *mythos* eram suficientes para explicar e justificar um mundo em descontrole (Giddens, 2000, p. 39). Mas a partir do final da Idade Média, com o Renascimento na ciência, com o processo de secularização do saber e da razão, o *logos* começa a ocupar o lugar do *mythos* e, assim, surge a noção contemporânea de risco no sentido de uma imprevisibilidade e de uma falta de controle sobre o futuro.

No campo do saber jurídico, 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. Como se o risco não fizesse parte das decisões jurídicas. Como se o risco fosse um problema de outros tipos de decisão da sociedade. Baseada nas normas jurídicas válidas, corretamente interpretadas de acordo com metodologias objetivas e racionais, a decisão jurídica parece imunizar-se contra os riscos de consequências futuras indesejáveis.

Isso acontece porque o direito possui uma referencia comunicativa predominantemente voltada para o passado. A decisão jurídica é uma operação cujas referencias comunicativas encontram-se predominantemente no passado da lei, da norma, dos precedentes, dos fatos, dos acontecimentos passados. E isso cria a ilusão de que, nos considerandos da decisão jurídica, só se selecionam informações do passado.

Entretanto o futuro sempre é um horizonte em aberto de possibilidades. Os efeitos de uma decisão jurídica são, como de todas as decisões da sociedade, incontroláveis e incalculáveis. Os impactos que uma decisão pode provocar no futuro não podem ser nem conhecidos, muito menos previstos com precisão. Planos podem ser feitos, estratégias, metas, objetivos, finalidades... Mas o futuro sempre pode surpreender com acontecimentos imprevisíveis e muitas vezes também inevitáveis.

Isso faz com que a decisão jurídica seja realizada no âmbito de uma cegueira cognitiva a respeito do risco. 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. Os riscos são compreendidos pela decisão jurídica como externalidades, como problemas não jurídicos, como questões atribuídas a outras instâncias de decisão. O risco é uma questão de futuro e a decisão jurídica, entendida na perspectiva dos positivismos jurídicos, não precisa lidar com o futuro, mas sim com o passado das leis, dos precedentes, dos fatos. Até mesmo as provas testemunhal e pericial são meios de prova sobre fatos que aconteceram e não sobre previsões ou suposições sobre o futuro.

Mesmo no campo do direito ambiental e do Biodireito, no qual princípios como os da precaução e da prevenção são abordagem importantes para a análise dos impactos futuros dos empreendimentos, a decisão jurídica baseia suas proposições nos princípios e não nas prováveis consequências de uma atividade econômica no meio ambiente. Isso é uma característica da forma de comunicação do sistema jurídico. Um sistema que, diferentemente da economia, da ciência, da política, que operam baseados em programas finalísticos, opera formas de comunicação baseadas em referências predominantemente condicionais, voltadas para o passado de programas condicionais do tipo “se isso”, “então isto”.

Entretanto, importantes pensadores do risco da sociedade contemporânea como Ulrich Beck (1997; 1998), Anthony Giddens (1991; 2000) e Niklas Luhmann (1996) sinalizam o caráter central do risco para o entendimento das decisões na 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 pecados ou erros cometidos ou outra explicação místico-religiosa. Com o Renascimento, a ciência diferenciou-se da religião. As explicações científicas conquistaram autonomia em relação às explicações teológicas.

As explicações, agora, apontam para as decisões. Se nossa casa apresentar rachaduras nas paredes, não procuramos mais uma explicação na natureza, mas procuramos a culpa do engenheiro ou do arquiteto que negligenciou a necessidade de uma fundação mais sólida. Se nossos planos não dão certo, já não atribuímos a frustração das nossas expectativas a um vodu, à magia negra ou ao destino. Atribuímos nossa frustração a uma decisão. O risco é produto das



decisões realizadas em sociedade 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 da sociedade?

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 no sentido da sublimação dos riscos. Decisões arriscadas do ponto de vista político, econômico e científico podem encontrar, no direito, uma forma de sublimação do risco. Isso porque o direito é uma instância exterior a esses sistemas, que absorve em suas estruturas de expectativas normativas, predominantemente referidas ao passado, a responsabilidade pelo risco de efeitos colaterais no futuro.

O risco rompe com a noção de segurança. E na falta de segurança, a decisão precisa de organização. As organizações constituem a estrutura de seletividade que permite que algumas coisas sejam consideradas e, ao mesmo tempo, que todo o restante seja desconsiderado. Em um mundo em descontrole, a decisão jurídica também precisa de organização. Segurança, previsibilidade e objetividade foram promessas da modernidade para as decisões jurídicas. Hoje se fala em racionalidade, consenso, intersubjetividade. O risco, contudo, permanece presente a desconstruir essas expectativas genuinamente modernistas da decisão jurídica. Na realidade das operações do sistema jurídico, a decisão lida com o risco, com a incerteza, com a insegurança, com a irracionalidade, com a subjetividade, por meio de estruturas fortemente consolidadas na história, que são as organizações.

4 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? 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 organização (Luhmann, 2000).

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 econômica (Linhares, 2008, p. 402). 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 jurídicas (Simioni, 2011, p. 127; Rocha & Azevedo, 2012, p. 194). 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 - 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 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 empresário 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 direito (Bourdieu, 2006) - 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 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.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação entre decisão, organização e risco rompe com uma série de tradições teóricas que circulam na cultura jurídica brasileira do século XX. Rompe com a noção positivista clássica de que a decisão é um ato de aplicação de um direito válido e pré-existente à decisão. Rompe também com a imagem neopositivista de que a decisão é um ato de criação de uma norma jurídica particular a partir da interpretação de normas jurídicas positivas válidas em geral. E rompe também com os ideais modernistas presentes nessas tradições positivistas do direito, como a segurança e legitimidade, a validade e a eficácia, a objetividade e a racionalidade.

Por muito tempo se pensou que o problema da decisão jurídica estaria em uma questão de método, mais especificamente de controle metodológico do arbítrio do intérprete e, em especial, do arbítrio do juiz. Estudos interdisciplinares abrem agora mais uma frente de trabalho, sob o conceito de risco, que demonstram 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.

Ser membro de uma organização significa desde já fazer parte de uma estrutura que também comanda os processos interpretativos do direito. Mais do que apenas a subjetividade do intérprete, a metodologia ou a racionalidade da argumentação, a decisão jurídica encontra nas estruturas do sistema de organização da qual faz parte uma forma violenta de seleção e de



constituição de sentido. A própria diferença entre o sentido do direito do ponto de vista da organização judiciária e o sentido do mesmo direito do ponto de vista da organização da advocacia ou do ministério público ilustram a força gravitacional que as diferentes estruturas das organizações produzem sobre os critérios, pressupostos e finalidades da relação entre interpretação, argumentação e decisão jurídica.

O mesmo direito, em um contexto de organização acadêmica, possui outro sentido, com um desenho muito mais ligado aos problemas de fundamentação e de coerência sistemática do que aos problemas forenses de funcionalidade e utilidade dos conceitos para a solução dos problemas práticos. Tão importante quanto os métodos e técnicas de interpretação e argumentação jurídica, o contexto organizacional também influencia decisivamente o que deve e o que não deve ser levado em consideração pela decisão jurídica.

O sistema de organização, portanto, disponibiliza uma estrutura altamente seletiva para as decisões que são realizadas por seus membros. A organização inclui considerandos que ela mesma considera relevantes e ao mesmo tempo exclui todo o restante da realidade como algo supérfluo ou externo. Ela hiperboliza algumas alternativas e trata outras como eufemismos. E isso significa que, na perspectiva da organização, a decisão possui um ponto cego, um ponto sobre o qual ela não pode observar, tampouco prever ou controlar.

Essa perspectiva da decisão/organização/risco abre um campo novo de investigações sobre as diferentes perspectivas interpretativas do direito entre organizações centrais e periféricas do direito. E também sobre os desenhos institucionais das disputas pela episteme do direito, isto é, disputas pelo monopólio do direito de dizer o que é direito. Tal como no Brasil do século XX existiu uma disputa entre advocacia e magistratura, na qual a advocacia lutou pela afirmação de uma concepção de direito ligada à afirmação do direito material, enquanto que a magistratura lutou por outra concepção do direito, ligada não à realização do direito material dos clientes, mas sim à prestação jurisdicional, à tutela jurisdicional.

Interessante observar, nos discursos jurídicos do Brasil contemporâneo, uma nova disputa de poder entre diferentes organizações do sistema do direito, não mais entre magistratura e advocacia, como foi no século XX, mas sim entre magistratura e academia. A magistratura, ocupando a posição central dos tribunais no sistema jurídico, de um lado, e a academia ocupando a posição marginal de crítica contra a apropriação hegemônica da episteme do direito



pelos tribunais. Essas assimetrias e disputas de poder entre organizações centrais e periféricas do direito só é possível no contexto de uma compreensão teórica da decisão jurídica não mais como aplicação ou criação de um direito positivo pré-existente e pré-válido, que dota a decisão jurídica de validade e de fundamentação, mas sim no contexto de uma compreensão da decisão jurídica como diferença entre decisão, organização e risco. Diante da qual a decisão já não é mais vista como aplicação ou criação e sim como a operação paradoxal que valida o direito que a valida, que afirma a positividade do direito que a fundamenta.

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 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. Mas também podemos repensar essa tensão modernista entre segurança e legitimidade no campo da decisão jurídica.

A noção de risco é um valor discursivo que pode conduzir uma possível ressignificação do sentido da decisão jurídica, especialmente porque ela permite desconectar a decisão tanto dos seus valores modernistas da segurança e da legitimidade, quanto dos valores medievais, presentes nos discursos jurídicos modernos, como as noções de comunidade, de consenso e de moralidade. No lugar disso, a perspectiva do risco permite conectar a decisão à organização, na forma de uma articulação seletiva entre referências voltadas ao passado e referências voltadas ao futuro.

A decisão jurídica pode continuar a ser entendida como uma questão de mediação ou de equilíbrio entre segurança e legitimidade, entre a segurança prometida pela racionalidade técnico-instrumental do positivismo jurídico e a legitimidade alcançada pela convocação ética e moral das proposições jurídicas. Mas em um mundo global e arriscado, a decisão jurídica pode ser entendida também como forma de diferença. Uma forma de dois lados, reciprocamente autoconstitutivos: decisão e organização. Nessa perspectiva, 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.

6 REFERÊNCIAS

AMSTRONG, Karen. *Em nome de Deus: o fundamentalismo no judaísmo, no cristianismo e no islamismo*. Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

AROSÓ 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.

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.

GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. Cambridge: Polity Press, 1991.

_____. *Runaway world: how globalisation is reshaping our lives*. New York: Routledge, 2000.

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

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

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

_____. *Organisation und Entscheidung*. Opladen/Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 2000.

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

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



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.

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.

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.