

# Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann

Rafael Lazzarotto Simioni<sup>1</sup>

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia<sup>2</sup>

**Resumo:** O Estado Democrático de Direito apresenta novas exigências à forma de justificação das decisões jurídicas. As decisões jurídicas se tornam peças fundamentais à concretização das garantias constitucionais. Duas respostas a essas novas exigências podem ser encontradas nas teorias de Jürgen Habermas e de Niklas Luhmann. Com Habermas, compreendemos que o Direito hoje deve ser concebido como um sistema aberto de princípios, sendo insustentáveis quaisquer propostas positivistas ou literalistas de aplicação do Direito. E com Luhmann, pode-se entender que a decisão jurídica sempre constitui um ato criativo de desdobramento de paradoxos que, exatamente por isso, exige graus mais sofisticados de justificação.

**Palavras-chave:** Decisão jurídica. Estado democrático de direito. Jürgen Habermas. Niklas Luhmann.

**Abstract:** The Democratic Rule of Law State presents new demands on how to justify judicial decisions. Judicial decisions have become essential parts to the implementation of constitutional rights. Two responses to these new requirements can be found under Jürgen Habermas' and Niklas Luhmann's theories. According to Habermas, we understand that Law currently has been conceived as an open system of principles, and any positivist or literalist proposals for Law application are unsustainable. Based on Luhmann, one can understand that judicial decision has always been characterized by a creative act of paradox deployment which, due to this peculiarity, requires more sophisticated levels of justification.

**Keywords:** Judicial decision. Democratic rule of law state. Jürgen Habermas. Niklas Luhmann.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Unisinos, mestre em Direito pela UCS, professor e pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado – da Faculdade de Direito do Sul de Minas. *E-mail:* rafael@institutoorbis.org.br.

<sup>2</sup> Mestre e doutor em Direito Constitucional pela UFMG, professor e pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado – da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM); Professor da graduação em Direito na FDSM e na Faculdade Batista de Minas Gerais. *E-mail:* alexprocesso@gmail.com.

## Introdução

Saber “como” os juízes decidem é uma questão fundamental em um Estado Democrático de Direito que propugna pela proteção dos Direitos Fundamentais. Sabemos que, diferentemente do Estado Liberal e do Estado de Bem-Estar, no Estado Democrático de Direito (*Democratic Rule of Law*)<sup>3</sup> há uma grande preocupação não apenas com a declaração de direitos, mas também com garantir formas de protegê-los.

Entre as “garantias constitucionais”, os meios judiciais assumem singular importância. Daí por que sabermos a “forma” em que a decisão se dá (ou como deveria) é fundamental na promoção dos Direitos Fundamentais. A Constituição enumera uma série de garantias processuais às partes em litígio (devido processo legal, contraditório e ampla defesa, soberania do júri, presunção de inocência, etc.). Traça, por vezes de forma detalhada, da estrutura do Judiciário, de cada um dos Tribunais e de suas competências; dispõe também sobre a autonomia financeira e administrativa do Judiciário e das garantias dos magistrados. Fortalece a posição de autonomia do Ministério Público, desvinculado institucionalmente do Judiciário.

Some-se a isso a história de países, como o Brasil, nos quais o histórico de violações a direitos, que, na maior parte dos casos, não encontrou a devida ressonância no Judiciário.

Por último, mas não menos importante, o fato de a Constituição de 1988 proclamar, como requisito de validade de qualquer decisão

---

<sup>3</sup> A expressão não é nova, como nos lembra FIX-ZAMUDIO (1968, p. 11) já a Lei Fundamental de Bonn (1949) prescrevia que a República Federal alemã se constituía em um “*Estado de derecho democrático de carácter social*” (art. 20, I). Entretanto, o Estado que (res)surgia após a 2ª Guerra será marcadamente “Social” (*Welfare State*), como FIX-ZAMUDIO (*idem*) lembra, fazendo menção ao que afirmou Forsthoff, para quem, só como Estado Social um Estado de Direito se mantém. Sabemos, no entanto, que é da crise do *Welfare State* que surgirá um novo paradigma de Estado, o Estado Democrático de Direito, que possui como referenciais legais, as Constituições de Portugal – 1976 (Estado de direito democrático, art. 2º) e Espanha – 1978 (*Estado social y democrático de Derecho*, art. 1º, I). Sobre os paradigmas constitucionais da modernidade e suas implicações sobre a interpretação do Direito, cf. Bahia (2004).

judicial, a necessidade de fundamentação (art. 93, IX). Ora, como já teve oportunidade de decidir o STF, “fundamentar” uma decisão é uma tarefa que não se restringe à mera menção à lei (ou súmula) ou mera subsunção da lei ao caso.<sup>4</sup>

Entretanto, se por um lado, deve-se superar concepções positivistas, que reduzem a aplicação do direito à mera subsunção, não se deve, por outro lado, transpor o “código” próprio do Direito e transformar a resolução de casos jurídicos em sopesagem de valores, como se direitos fossem “bens” que pudessem ser “maximizados” ou “minimizados”, tal qual propõe Alexy e vem se utilizando o STF, através do princípio da proporcionalidade (cf. *infra*).

Para responder às exigências do Estado Democrático de Direito, propomos no presente mostrar as respostas que, a partir de Habermas e de Luhmann podem ser dadas. A partir de Habermas, compreendemos que o Direito hoje deve ser concebido como um sistema aberto de princípios, sendo insustentáveis quaisquer propostas positivistas ou literalistas de aplicação do Direito. Com Habermas e Luhmann, chamaremos a atenção para o caráter deontológico do Direito, que, como subsistema social, move-se por um código próprio (direito/não direito) – e não por códigos graduais de valor, como propõe a teoria alexyana. A partir de Luhmann, vemos que direito e políticas são subsistemas sociais autopoieticos, cada um se reproduzindo a partir de seus códigos próprios e que a Constituição se revela como acoplamento estrutural (Luhmann) – ou, em Habermas,

---

<sup>4</sup> Cf. e.g. decisão dada no RE. n. 217.631 (1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ. 24/10/1997): “Não satisfaz a exigência constitucional de que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário (CF, art. 93, IX) a afirmação de que a alegação deduzida pela parte é ‘inviável juridicamente, uma vez que não retrata a verdade dos compêndios legais’: não servem à motivação de uma decisão judicial afirmações que, a rigor, se prestariam a justificar qualquer outra” – no caso, originalmente, a parte havia levantado questão de incompetência que o juízo, a princípio sequer mencionara. Foram interpostos Embargos de Declaração para que o juízo suprisse a omissão, quando então o órgão judiciário, reconhecendo a omissão, limitou-se a indeferir a pretensão alegando que esta seria *inviável juridicamente, uma vez que não retrata[ria] a verdade dos compêndios legais*; a 1ª Turma conheceu e deu provimento ao Recurso para “anular o acórdão recorrido e determinar que outro se profira, observando-se o disposto no art. 93, IX, da Constituição”. E também Cattoni de Oliveira (2001, p. 222 et seq.).

como “dobradiça” – que permite que haja comunicação entre aqueles sistemas, de tal forma que ambos possam prestar serviços mútuos um ao outro, sem, contudo, perderem seus códigos próprios.

Dessa forma, exporemos sucintamente as perspectivas de cada um dos autores sobre o papel do Judiciário e a forma como ele age. Ao final, tentaremos estabelecer pontos de divergência, mas principalmente pontos de contato entre essas que são atualmente duas das mais influentes correntes do pensamento atual.

## **1 A perspectiva de Habermas**

Tomando-se os postulados de Habermas, entendemos que qualquer decisão judicial deve ser o produto de uma reconstrução do caso concreto, tomado como evento único e irrepetível e do Ordenamento Jurídico como “mar revolto de normas”, em sua “integridade”; é dizer, deve o magistrado mostrar como foi formado seu convencimento, tendo em mira a conformidade ou não das pretensões a direito levantadas pelas partes diante das especificidades do caso *sub judice* – de tal forma que a decisão seja o produto daquilo que foi produzido em contraditório pelas partes, com a cooperação do magistrado.

Para chegarmos a essa conclusão, teremos de mostrar alguns dos fundamentos da teoria habermasiana acerca da filosofia da linguagem, da teoria do discurso, da tensão entre facticidade e validade e, por último, sua compreensão hermenêutica de aplicação do Direito.

Sobre o conceito de racionalidade, Habermas faz uma diferença entre a “razão prática”, própria da filosofia da consciência e a “razão comunicativa”, própria da filosofia da linguagem. Para ele, após Auschwitz, não há mais como se continuar acreditando no poder emancipador da razão (prática), tal como defendido pelo cartesianismo e o kantismo.<sup>5</sup> Por outro lado, Habermas não entende que a crítica pura e

---

<sup>5</sup> Vale lembrar que é a modernidade que cria o conceito de indivíduo, ao mesmo tempo em que lhe atribui uma razão inata capaz de conhecer todas as coisas. Daí afirmar Manfredo de Oliveira (1989, p. 29) que na tradição racionalista da filosofia da consciência “a subjetividade emerge como a fonte de todo sentido”, logo, a partir do “eu” se constrói

desconstrutiva (como Nietzsche e Derrida) à razão seja possível, “já que toda crítica da razão também é produto da razão” (HABERMAS, 1998, p. 59). Por razões semelhantes, não acredita em uma pós-modernidade, já que também acredita que há promessas ainda não cumpridas pela mesma. Sua alternativa é a ideia de “razão comunicativa”, em uma perspectiva procedimental, haja vista que, se de um lado há a crítica aos excessos da razão solipsista, por outro não há nada “mais alto” para além de nós mesmos, mas agora não considerados isoladamente, mas entendendo que compartilhamos formas de vida que são estruturadas (intersubjetiva e) linguisticamente (HABERMAS, 1998, p. 59).

O que é problemático, para alguns no Direito, isto é, enxergar que a crença cega no absolutismo da razão não faz mais sentido após os excessos vivenciados nos dois últimos séculos, em que, ao invés de gerar “libertação e igualização” gerou exploração e genocídio instrumentalizados. Assim, quando se aprovam mecanismos como “Súmulas Vinculantes” e “efeitos vinculantes” em controle concentrado de constitucionalidade de leis o que se tem ainda é a crença cartesiana de que a realidade é um dado objetivo, estático, que possa ser “presa” através de fórmulas – de forma semelhante como se pensou ser possível com o Código Civil francês. Complementar a isso estão outras reformas no processo, que nada mais fazem do que diminuir a esfera de discussão, na ideia de que a diminuição gerará celeridade, quando, na verdade, o efeito é justamente contrário, ou seja, é justamente a possibilidade do amplo debate e esclarecimento no primeiro grau que pode, potencialmente, reduzir a possibilidade de recursos desnecessários (NUNES; BAHIA, 2009).

A razão comunicativa supõe que o entendimento sobre algo no mundo se dá intersubjetivamente a partir de um conjunto de condições contrafáticas possibilitantes; supõe, por isso, compreender o outro como igual portador dos mesmos direitos.<sup>6</sup>

---

um “outro”, que se *objetualiza* – “o processo de subjetivação coincide com o processo de objetivação universal” (*idem*). Daí a perfeita formulação de uma ciência assentada no tripé: “sujeito, objeto e método”. São justamente essas verdades *cartesianas*, baluartes da modernidade que sofrerão duros golpes no século XX.

<sup>6</sup> Sobre isso, ver Salcedo Repolês (2003, p. 49-50) e Bahia (2006a).

Entretanto, a possibilidade do entendimento fica “prejudicada” por uma sociedade descentrada e pós-metafísica, em que não há mais homogeneidade sobre conceitos de moral, ética, etc. (HABERMAS, 2001, p. 94). Há que se atentar, no entanto, que, mesmo não compartilhando as mesmas expectativas, existem “consensos de fundo”, isto é, temas não questionados que possibilitam o mínimo de entendimento (a esse pano de fundo de silêncio, Habermas reutiliza a ideia de mundo da vida) (HABERMAS, 1998, p. 83).

A todo o momento, no entanto, quaisquer temas podem sair do “silêncio” e adentrar a arena pública de discussão, o que, mais uma vez, faz ressurgir a possibilidade do dissenso (HABERMAS, 1998, p. 87; OLIVEIRA, 1989, p. 32), que deve ser compensado por arenas públicas de integração social.<sup>7</sup> O meio institucional que, contingencialmente, surgiu na modernidade para fazer frente a isso foi a constituição do **Direito** como *medium* de integração social, possibilitando a estabilização de expectativas de comportamento.<sup>8</sup>

O Direito não apenas possibilita que tenha curso a ação comunicativa, mas também possui o poder de conter ações estratégicas (isto é, orientadas apenas ao próprio êxito).<sup>9</sup> Ele aparece, então, como coerção (facticidade), mas também como conjunto de normas legítimas (validade), de forma que os destinatários das normas podem obedecê-las por lhes reconhecer sua validade, ou então simplesmente por temer a coação. A validade do Direito advém do reconhecimento, por parte dos destinatários das normas, como também, sendo normas feitas por eles (através de seus representantes) – o processo legislativo é o meio institucional através do qual se gera “solidariedade social”, de forma que a possibilidade de obtenção de consenso pode se dar não porque todos concordem sobre (isto

---

<sup>7</sup> “A cada novo impulso de modernização abrem-se os mundos da vida divididos de modo intersubjetivo para se reorganizarem e novamente fecharem” (HABERMAS, 2001, p. 105).

<sup>8</sup> Na verdade, além do Direito, há dois outros sistemas de integração social: Mercado e Poder Administrativo. Entretanto, apenas o Direito se move por ações comunicativas (HABERMAS, 1998, p. 89; 2001, p. 194; 1987, p. 112).

<sup>9</sup> Sobre a diferença que Habermas estabelece entre Ação Comunicativa e Estratégica, cf. Habermas (1990, p. 75).

é, compartilhem) certos valores, mas porque concordam sobre a forma (o procedimento) de discordar (FARIA, 1978, p. 65).

Esse Direito, na modernidade, origina-se a partir da tensão entre Soberania Popular (autonomia pública) e Direitos Humanos (autonomia privada). Os cidadãos de um Estado, através do processo legislativo (autonomia pública) *se dão* direitos, mas eles apenas podem fazer isso porque, ao mesmo tempo, *reconhecem-se* como livres e iguais portadores dos mesmos direitos (autonomia privada). O conjunto desses direitos de participação política e dos direitos individuais forma o que Habermas chama de “Sistema de Direitos”, ou seja, *aqueles direitos que os indivíduos reconhecem reciprocamente quando decidem regular sua convivência através do Direito* (HABERMAS, 1998, p. 164ss.).

Noutro texto, Habermas mostrará que essa abertura, se, por um lado, significa aumento da contingência (isto é, menos continuidade), significa também cada vez mais opções – ingrediente indispensável em qualquer processo de aprendizagem democrático.

[O] desligamento de um mundo da vida fortemente integrador libera os indivíduos para a ambivalência das possibilidades de opção cada vez maiores. Ele abriu os olhos deles e ao mesmo tempo aumentou o risco de se cometer erros. Mas esses erros são ao menos os erros cometidos por nós mesmos a partir dos quais pode-se aprender algo. [...] Se tal impulso de liberalização não descarrila de um modo sociopatológico, ou seja, não se fixa na fase da des-diferenciação [...], na alienação e na anomalia, uma reorganização do mundo da vida deve se realizar nas dimensões da autoconsciência, da autodeterminação e da auto-realização que marcaram a autocompreensão normativa da Modernidade. (HABERMAS, 2001, p. 106).

Através da institucionalização de um procedimento legislativo democrático, cria-se uma arena institucional para onde temas fundados nos mais diversos tipos de argumentos (éticos, morais, econômicos, pragmáticos, etc.), têm a possibilidade de adentrar e, após discussão, virem a ser transformados em normas (e, a partir daí, serem regidos pelo código próprio do Direito) (HABERMAS, 1998, p. 94, 175). O mencionado

Sistema de Direitos é fundado através da constituição e pode garantir coerção às suas normas através do Estado de Direito, meio institucional que possui o poder de garantir institucionalmente a co-originalidade das autonomias públicas e privadas: sua atuação protege e faz cumprir normas garantidoras da autonomia privada (direitos “humanos”) ao mesmo tempo em que cria uma arena pública institucionalizada na qual influxos comunicativos da periferia podem adentrar e “influenciar” na formação da opinião e da vontade pública vinculante (legislativa, administrativa e judicial) na medida em que influenciam a agenda do procedimento legislativo institucionalizado, e este, por sua vez, fornece subsídios às decisões dos outros poderes.<sup>10</sup>

Para Habermas, uma diferença entre os três “poderes” está no diferente acesso que eles têm às razões comunicativas. O processo legislativo possui posição ímpar, já que para ele são (podem ser) dirigidos os mais variados temas e tipos de argumentações (morais, éticas, econômicas, pragmáticas, religiosas, etc.). A partir do discurso, são editadas normas, como expectativas contrafáticas de comportamento.

Quanto ao Judiciário, num primeiro momento, não foi visto como um “poder” do Estado; na verdade, de início, a grande preocupação dos que formataram a feição do Estado burguês era garantir a supremacia do Parlamento e o controle sobre o Executivo. Ao juiz, restava simplesmente a função de aplicar a lei (norma geral e abstrata) a casos (concretos e individuais) valendo-se da subsunção.

Deram subsídio a essa configuração do Judiciário a Escola da Exegese e mesmo o Positivismo Jurídico, ambos compartilhando a ideia do Direito como um sistema fechado de regras. A crença na obviedade (do sentido) da lei e na neutralidade do juiz pareciam trazer estabilidade e eliminavam o risco e a contingência.

Mas, contrariamente ao que se pensava, o Ordenamento não era um sistema “completo”, possuindo “lacunas e antinomias”. Para solucioná-

---

<sup>10</sup> Este Estado de Direito passou por variadas (re)leituras, desde o advento da modernidade, no movimento de mudanças de paradigmas do constitucionalismo, ou seja, a forma como “liberdade e igualdade” foram compreendidas ao longo do tempo. Sobre o tema ver Bahia e Nunes (2009).

las foi proposta uma série de “métodos”: literal, histórico, sistemático, etc. (além de regras para solução de antinomias: lei superior derroga inferior, etc.). A partir do uso desses métodos, acreditava-se, achar-se-ia “o verdadeiro” sentido da lei, seja isso significando a *mens legislatoris*, seja a *mens legis*.

A percepção de que tal intento não era realizável tornou-se mais evidente quando o Direito passou a regular profundamente novos temas (economia, contratos, trabalho, previdência e mesmo família). Isso levou autores como Kelsen e Hart a proporem que, se o juiz tivesse diante de si um caso sobre o qual não houvesse clareza quanto à norma aplicável ou o sentido dessa norma (ou, de qualquer modo, não houvesse norma), estaria o juiz “autorizado” a dar a solução que entendesse melhor (HABERMAS, 1998, p. 271; BAHIA, 2004) Esse “decisionismo” se tornou inevitável para concepções do Direito como sistema fechado de regras.

Para Habermas, há que se repensar o Judiciário, desde uma perspectiva procedimental do Estado Democrático de Direito.

Todo processo judicial se move na tensão entre a segurança jurídica (dada pela positivação das regras que regem o procedimento, bem como pelas normas que geram direitos levados a juízo) e a pretensão de se obter decisões corretas (isto é, racionalmente aceitáveis) (HABERMAS, 1998, p. 267) – para isso o procedimento judicial toma as normas como dados e cria uma estrutura que possibilita a argumentação (sem, contudo, interferir no conteúdo da argumentação mesma).

Entretanto, essa é uma tarefa complexa. Se já não mais é possível afirmar-se que a aplicação do Direito consista em mera subsunção, por outro lado, não se pode pretender do Judiciário que seja colocado como o guardador das “virtudes” (pressupostamente compartilhadas) da comunidade. De um lado, desde Kelsen já não se acredita mais que o uso de “métodos de interpretação” nos faz alcançar “o verdadeiro” sentido da norma (BAHIA, 2004). De outro lado, não é possível sustentar teorias que supõem valores compartilhados (como a de Alexy, por exemplo), haja vista que confundem o caráter deontológico do direito com a gradação própria dos valores, e ainda supõe a existência de valores que, por serem compartilhados, poderiam ser escalonados. Sabemos

que tal compartilhamento não existe em sociedades pós-tradicionais, o que poderia levar o Judiciário – caso adotasse tal método – a um puro decisionismo.<sup>11</sup>

Garantindo-se a estrutura do processo de argumentação, a decisão judicial se consubstancia no resultado daquilo que os sujeitos do processo, em simétrica paridade, trouxeram; é dizer, a sentença será legítima se, obedecido o contraditório, for ela o produto da reconstrução do caso e do ordenamento, dessa forma respondendo às pretensões a direito levantadas pelas partes (NUNES, 2008).

## **2 A decisão jurídica em Niklas Luhmann**

Em Niklas Luhmann, podemos encontrar um tipo diferente de inteligência a respeito de como os juízes decidem. No âmbito da sua teoria dos sistemas sociais autopoieticos, a investigação da decisão jurídica é realizada por meio de uma análise das operações de decisão como formas de distinção. Decisões são, nessa perspectiva, operações de indicação e distinção (SPENCER-BROWN, 1979, p. 1) que produzem uma diferença no sistema. E que assim produzem também uma atualização do sistema dentro da sua dinâmica de clausura operativa (autorreferência) e abertura cognitiva (heterorreferência).

As questões que nós podemos destacar aqui, de forma sucinta e com intenções propedêuticas, são a) o endereço ou o lugar onde se pode atribuir uma decisão jurídica no contexto da sociedade contemporânea; b) a ideia da decisão como diferença da operação; c) a estrutura a partir da qual a decisão é realizada como operação genuinamente social e fechada de distinção comunicativa; e d) a abertura que esse fechamento produz às informações do ambiente. Nossas perguntas, portanto, são: qual o endereço sistêmico de

---

<sup>11</sup> Percebe-se tal fato quando juízes, a partir do princípio da proporcionalidade, passam a “julgar as opções do legislador” não tendo em vista sua constitucionalidade e sim a “razoabilidade” da lei. O que se tem aí é uma perda dos limites do Judiciário (perda, inclusive, dos limites à crítica, já que a decisão, teoricamente se funda em argumentos racionais de custo-benefício sobre o que é “melhor” para a sociedade). Cf. Bahia (2006b, 2005).

uma decisão? O que é uma decisão? Como ocorre a decisão? Como a decisão jurídica se estabelece dentro de uma lógica fechada (autorreferencial) de produção e, ao mesmo tempo, aberta (heterorreferencial) a uma série de referências externas ao sistema do direito?

Importante ter presente, antes disso, que a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (1998, 2003, 2007b) procura observar a sociedade como formas de comunicação funcionalmente diferenciadas. Formas de comunicação diferenciadas em sistemas/função dotados de clausura operativa e de autopoiese, como são os sistemas/função do direito, da política, da economia, da arte, da ciência, da religião, dos meios de comunicação de massa etc. Cada sistema disponibiliza uma racionalidade diferente para as decisões. Cada sistema estrutura formas de comunicação que produzem sentido de modo diferente. E, ao se transitar, como um observador externo, de um sistema de referência para outro, os diversos sentidos são reconstruídos de modo contingente, de modo policontextural (GUNTHER, 2007).

No caso específico do sistema/função do direito, essa estruturação da comunicação ocorre através do código da diferença entre direito e não direito. Assim, toda comunicação da sociedade que faz referência a essa diferença entre direito e não direito fica atribuída ao sistema jurídico, quer dizer, ganha o sentido já estruturado simbolicamente pelo sistema do direito. Um evento qualquer da sociedade pode ser observado em termos de verdade e falsidade (código da ciência), como também pode ser observado em termos de pagamento ou não pagamento (código da economia) e igualmente pode ser observado em termos de governo ou oposição ao governo (código da política) ou entre informação nova e redundância (código dos meios de comunicação de massa), entre outros inúmeros contextos de significação possíveis. Mas, se esse evento for observado em termos de direito ou não direito, então já se está fazendo referência ao sistema jurídico da sociedade.

Uma decisão jurídica, portanto, é toda decisão que estabelece uma referência comunicativa à diferença entre direito e não direito. Nessa perspectiva da teoria dos sistemas, torna-se possível observar a produção de decisões jurídicas em todos os contextos da sociedade e não apenas

nos tribunais. Qualquer decisão que utiliza o direito como sistema de referência já é uma decisão jurídica, ainda que decidida no âmbito de sistemas de organização que não fazem parte das instituições jurídicas tradicionais, como o Estado ou mais especificamente os tribunais. Uma empresa ou sujeito qualquer pode decidir entre o lucro e o prejuízo em uma determinada situação, como também pode decidir entre a verdade e a falsidade. Pode decidir também por salvar sua alma evitando o pecado em um contexto de referência religioso. Pode também julgar uma situação segundo um código moral de bondade ou maldade. Mas sempre que usar, como sistema de referência para a sua decisão, o código do direito, já se está decidindo segundo a estrutura sistêmica do direito.

Também uma decisão realizada no âmbito dos tribunais pode decidir um evento conforme o código da diferença entre direito e não direito – nesse caso há, aliás, um dever de fazer isso. Mas os tribunais podem, também, decidir uma causa utilizando outros códigos, como o da diferença entre governo e oposição – um código da política, e que por isso aparece no direito como politização da justiça. Uma operação bastante comum que se observa hoje nos tribunais superiores é a utilização de códigos da economia, como para decidir uma questão jurídica pensando nos impactos econômicos (lucro/prejuízo) da decisão no ambiente sistêmico.

Na perspectiva de Niklas Luhmann, portanto, uma decisão jurídica não é apenas a decisão tomada por quem trabalha com o direito, nem são apenas as decisões do Judiciário ou do Governo. As decisões jurídicas são todas aquelas que são decididas a partir do código da diferença entre direito e não direito, independentemente do lugar onde elas acontecem. O endereço da decisão jurídica, portanto, não está marcado nas instituições legais, tampouco nas organizações que fazem parte do sistema jurídico (tribunais, advocacia, procuradorias, polícia etc.). As decisões jurídicas acontecem em qualquer lugar, em qualquer instância e em qualquer contexto de comunicação da sociedade que usa o código da diferença entre direito e não direito como estrutura de produção de sentido normativo. Até mesmo no âmbito da política, se um governo toma uma decisão não com base na diferença entre governo e oposição, mas com base na diferença entre direito e não direito, a decisão do governo já é uma decisão primariamente jurídica, e não política.

Isso acontece porque os sistemas/função da sociedade, dos quais o direito é apenas um deles, produzem potencialidades de sentido de modo simultâneo. Não há, portanto, um sistema mais importante do que os outros. Cada um possui e desempenha uma função específica para a sociedade e para os demais sistemas autopoieticos. Por esse motivo, uma organização ou um sujeito pode transitar de um sistema para outro, pode reconstruir o sentido da sua observação ou da sua decisão conforme estabeleça referências comunicativas com o código de um sistema ou de outro. Claro que as decisões jurídicas devem ser tomadas pelos tribunais e as decisões políticas pelo governo e pelo legislativo. Como também as decisões científicas devem ser tomadas pelas universidades e centros de pesquisa e as religiosas pelas Igrejas etc. Mas por que há esse dever? Já que, do ambiente dos sistemas sociais, todos esses sentidos estão dados de modo simultâneo e reciprocamente contingente?

Segundo Luhmann, os sistemas sociais dotados de clausura operativa produzem também sistemas de organização responsáveis pela atualização das operações do sistema. Para o sistema do direito, a organização que desempenha essa função de centro de tomada de decisões jurídicas – e portanto de atualização do sistema jurídico – são os tribunais. Já para a política, as organizações são o Governo, o Legislativo e as demais entidades da administração pública. A economia, por outro lado, tem os bancos centrais como as organizações centrais da atualização do sistema econômico. Do mesmo modo, as escolas e universidades para a educação, os centros de pesquisa (universitários ou não) para a ciência, as Igrejas para a religião etc. Cada sistema social autopoietico produz também seus sistemas de organização centrais para desempenhar a atualização de suas operações de decisão/reprodução do próprio sistema.

A corrupção das decisões aparece exatamente quando uma instância dessas decide com base em outros códigos; quando, por exemplo, uma decisão do governo decide não com base na diferença entre governo e oposição, mas com base na diferença entre amigo e inimigo, parente e desconhecido, lucro e prejuízo etc. E isso pode ser observado em qualquer sistema de organização central vinculado a cada sistema/função da sociedade (MIRANDA; SIMIONI, 2005). E essa corrupção de códigos também pode ser observada como um problema de falta de diferenciação

funcional ou “alopoiense” (NEVES, 1994, p. 256), como também, sob uma hipótese colocada por Luhmann (2005, p. 58), como uma questão de acoplamento estrutural entre uma forma funcionalmente diferenciada de sociedade – típica da modernidade – e outra forma de sociedade estratificada – típica da Idade Média –, convivendo simultaneamente em países de modernidade periférica como o Brasil, que convive com formas modernas de organização social e ao mesmo tempo convive com sistemas feudais e favorecimentos pessoais em muitos âmbitos de decisão jurídica, política e econômica.

Nessa breve exposição do lugar das decisões jurídicas já aparece uma diferença fundamental em relação à perspectiva teórica de Jürgen Habermas. Para Luhmann, o mais importante para se entender as decisões jurídicas na sociedade contemporânea é observar a diferença, a produção da diferença, os processos de produção das diferenças. Para Habermas, o mais importante é observar a unidade, sob uma pretensão universal de racionalidade para, a partir dela, procurar estabelecer mediações exatamente para aproximar as diferenças.

À pergunta pelo lugar da decisão jurídica em Niklas Luhmann, portanto, respondemos com a referência sistêmica que a decisão utiliza. Já que o sistema do direito, entendido com sistema autopoiético que opera com base em comunicação significativa, é um sistema que não possui fronteiras territoriais – até porque o direito estrangeiro pode ser diferente em seus programas de decisão, mas ainda assim é um direito que opera com base no código da diferença entre direito e não direito –, logo se pode observar que as decisões jurídicas estão em todas as decisões que usam o direito como sistema de referência, quer dizer, em todas as decisões com base na diferença entre estar em conformidade com o direito ou não estar em conformidade com o direito. Qualquer um pode decidir com base no direito em qualquer lugar, independente dos programas legislativos vigentes em cada lugar geográfico. Do mesmo modo que um católico não perde necessariamente sua fé cristã ao visitar a Índia budista, nem um político do governo passa a ser da oposição ao criticar a verdade científica de uma determinada teoria política.

Mas os tribunais são o sistema de organização responsável pela atualização do primado funcional do direito. E, por isso, no âmbito dos

tribunais, as decisões das causas com a utilização de outros códigos que não o código do direito já se apresentam como um problema – atualmente se fala em judicialização da política e também na repercussão geral como um problema de análise dos impactos especialmente econômicos da decisão jurídica. Um juiz que decide uma causa não porque a conduta do autor ou do réu foi correta ou incorreta do ponto de vista do direito, mas porque a decisão é lucrativa ou gera prejuízos econômicos, já tomou uma decisão econômica. Do mesmo modo, um juiz que decide um fato fazendo política pública do governo ou da oposição, em detrimento à diferença entre direito e não direito, já tomou uma decisão política e não jurídica. E isso aponta também para a importância que tem a argumentação jurídica na justificação dessas decisões mais difíceis, dessas decisões que exigem um pouco mais do que as respostas previstas no direito positivo.

### 3 Decisão e operação

É nesse ponto que aparece a ideia de decisão na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Há uma diferença entre operação e decisão. Claro que toda decisão é uma operação do sistema. Uma operação comunicativa. Mas uma decisão é mais que uma operação ou, pelo menos, um tipo especial de operação do sistema.

Uma operação pode ser observada de várias maneiras. Uma operação articula, simultaneamente, várias diferenças. Por isso, “*Cuando se quiera saber cómo se observa una operación, se debe observar al observador*” (LUHMANN, 2005, p. 106). E, posto que o olhar de um observador também é uma operação, trata-se de uma operação que também produz diferença. Pode-se, por exemplo, realizar uma operação de julgamento moral sobre uma determinada afirmação, produzindo assim a diferença entre afirmações boas e afirmações más (LUHMANN, 1993, p. 1008). Pode-se, também, realizar uma operação de investigação científica sobre uma determinada proposição, produzindo assim a diferença entre proposições verdadeiras e proposições falsas. O que cai como pressuposto dessas diferenças é a própria diferença produzida pela operação de observação: a diferença entre operação e observação.

Na medida em que uma observação é também uma operação, toda observação produz uma diferença, quer dizer, produz um novo estado irreversível no sistema.<sup>12</sup> Assim, toda observação produz história e contribui para a autopoiese do sistema que realiza a operação de observação. E isso significa que toda observação está constituída na base do paradoxo de ser, ela mesma, uma operação de observação. Seguindo a terminologia de Spencer-Brown (1979, p. 69), pode-se chamar esse paradoxo de “*re-entry into the form*”, uma reentrada da distinção naquilo que foi por ela mesma distinguido.

Uma *re-entry* é uma operação paradoxal. Ela utiliza duas distinções como se fosse uma só (LUHMANN, 2007a, p. 31). A operação de *re-entry*, no entanto, não determina em qual dos lados da forma de distinção se reduplicará. Ela sempre deixa em aberto essa alternativa, produzindo uma ambivalência. De modo que a operação de observação é sempre uma construção, é sempre uma operação transjuntiva (GUNTHER, 2007, p. 20), que decide ela mesma se uma determinada distinção se aceita ou se nega nas subsequentes operações. E nesse nível de abstração, segundo Luhmann (2005, p. 603, 2007a, p. 34), isto é assim.

Em Luhmann, portanto, a questão não é exatamente como o juiz decide, mas sim como o sistema jurídico produz as decisões na forma de operações de distinção dentro daquilo que já foi por ele mesmo distinguido.

O nível inusitado de abstração dessa conceituação luhmanniana exige uma aproximação prévia. Pode-ser partir, a título de ilustração, da explicação tradicional da doutrina jurídica sobre como se decide uma questão jurídica. Com efeito, na doutrina jurídica tradicional, pode ser encontrada uma técnica de decisão que parte daquele silogismo aristotélico entre premissa maior (a lei, geral e abstrata), premissa menor (o caso, especial e concreto) e conclusão (o resultado, o comando de eficácia da decisão).

Mas, por trás dessa operação, nós podemos ver uma série de pressupostos que já estão previamente decididos na estrutura do sistema jurídico mesmo: a escolha da premissa maior é uma decisão contingente,

---

<sup>12</sup> Compare-se com o conceito de estruturas dissipativas de Prigogine (1996, p. 78).

que precisaria ser decidida e justificada; a definição do caso concreto também já é uma decisão por ressaltar algumas e não outras características do fato; como também a conclusão é uma decisão que recomenda uma ou algumas eficácias normativas que poderiam ser diferentes. E alguém poderia então contestar: mas então uma decisão jurídica é impossível! E é exatamente nessa impossibilidade que começa a ideia de decisão jurídica.

A decisão jurídica é impossível de ser decidida e, paradoxalmente, exatamente por ser impossível, é que ela exige uma decisão. Se não fosse impossível, não exigiria uma decisão, exigiria apenas uma operação de reprodução de decisões anteriores, sem nenhum conteúdo inovador, sem nenhuma exigência de argumentação da escolha decidida e sem nenhuma produção de diferença no âmbito do sistema jurídico.

Existem, portanto, decisões jurídicas que apenas reproduzem as operações anteriores do sistema, sem produzir nenhuma diferença, produzindo apenas redundância, confirmação de decisões pretéritas. Mas existem também decisões jurídicas que inovam as operações anteriores, que produzem diferença, produzem variações. As decisões reprodutoras são operações de comunicação jurídica, mas não são decisões no sentido que queremos destacar a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Já as decisões que introduzem uma diferença nas operações do sistema, estas sim são decisões, porque não apenas decidiram entre esta ou aquela regra ou princípio, esta ou aquela solução, este ou aquele argumento. E também não se trata de decisões que decidem apenas entre manter a tradição jurisprudencial ou inová-la com um novo precedente diferente, inaugurando uma nova corrente jurisprudencial. A decisão jurídica é mesmo aquela que era impossível de ser decidida e, precisamente por ser impossível de ser decidida, teve que ser criada, inventada, decidida. E como tal também justificada.

A decisão está, portanto, na impossibilidade da decisão. Porque se a decisão fosse possível, já não seria uma decisão, seria apenas uma operação de reprodução da diferença já distinguida na história do sistema. Por isso, nem toda interlocutória, sentença ou acórdão é decisão no sentido que estamos desenvolvendo aqui. Do ponto de vista da doutrina e das autodescrições do sistema jurídico, todos esses atos são decisões. Naturalmente, o direito precisa de uma forma, precisa dar nome às coisas,

até para poder reproduzir operações baseadas nas anteriores, como é o caso dos recursos às decisões e especialmente dos requisitos formais de admissibilidade. Mas do ponto de vista da observação de segunda ordem – que é o lugar do observador que trabalha com a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann –, pode-se ver que as formas dos atos jurídicos também fazem parte da estrutura do sistema jurídico, quer dizer, também são operações de comunicação que produzem diferenças orientadas à função do sistema para ele mesmo, que é a de reduzir complexidade para permitir ou ao menos facilitar a reprodução de si mesmo: a reprodução de suas operações.

Exatamente quando não é possível decidir, quando não é possível a reprodução redundante de uma operação, é que temos então a autêntica decisão jurídica: a introdução de uma diferença que produz variação, que mexe com a redundância do sistema e que, por isso, pode – não necessariamente – provocar transformações estruturais no sistema se essa variação for tolerada (selecionada) pelas próprias estruturas e assimiladas como re-estabilização.<sup>13</sup> Já se pode ver, portanto, que as próprias transformações no sistema só ocorrem em níveis toleráveis pelo próprio sistema, como se fossem *pre-adaptative advances*.

É por isso que, por mais inovadora que seja uma decisão jurídica, ela só passa a se constituir como referência para novas operações jurídicas se o próprio sistema do direito a tolerar dentro de suas estruturas. A decisão inovadora, portanto, sempre será uma decisão já esperada pelo sistema, tolerada pelo sistema e estruturalmente compatível com o estado imediatamente anterior da rede de operações do sistema. Ela inova em relação às operações anteriores, mas não inova em relação às potencialidades desde já sempre projetadas pelo sistema.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> A Teoria da Evolução de Luhmann explica como ocorre esse processo de variação, seleção e re-estabilização sistêmica, para a qual remetemos o leitor (LUHMANN, 2003, 2007b). E, no caso específico do Direito, ver-se Luhmann (2005, p. xxx).

<sup>14</sup> Talvez seja necessário destacar, contra uma grande quantidade de críticas inadequadas a essa perspectiva sistêmica, que essas potencialidades já projetadas pela estrutura do sistema não têm nada a ver com a ideia da quadratura do direito de Hans Kelsen. Dizer que o sistema projeta para o futuro potenciais de sentido que podem se confirmar /condensar ou não nas operações jurídicas não significa dizer que há uma discricionariedade na

Com isso, fica claro que a decisão jurídica – gize-se: decisão realizada com base no código da diferença entre direito e não direito –, é uma operação do sistema jurídico. É uma operação que faz parte do direito. É uma operação que se endereça, ela mesma, ao sistema jurídico como sistema/função de referência. É uma operação que, como todas as demais operações de comunicação, por mais que introduza uma diferença inovadora no sistema, sempre será uma operação atribuída a um ou a outro sistema de referência. Em outras palavras, uma decisão jurídica, por mais que ela produza uma diferença em relação à história da rede de operações jurídicas até então conhecida, sempre será uma decisão jurídica. Por mais que se possa ver, do ambiente do sistema jurídico, uma decisão jurídica como sorte, como inspiração divina (religião), como bela (arte), como pagamento (economia), como um ato de poder (política), como verdade (ciência) etc., ela continua a possuir a identidade da decisão jurídica na medida em que decidida com base no código “direito/não direito”.

#### 4 Clausura e abertura da decisão

Pode-se dizer então que uma decisão jurídica sempre será uma decisão “fechada”? E que por isso ela deveria ser mais “aberta” para a realidade social? Em primeiro lugar, a distinção entre sistemas abertos e fechados é uma distinção que vem da teoria dos sistemas de Bertalanffy (1973). Na teoria dos sistemas autorreferenciais – e com muito mais razão na teoria dos sistemas autopoieticos –, a diferença entre sistemas abertos e fechados perde qualquer sentido. Porque um sistema dotado de autopoiese é um sistema simultaneamente aberto e fechado. As operações produzidas por sistemas autopoieticos são fechadas no que tange à autorreferência, mas são igualmente abertas no que tange à heterorreferência.<sup>15</sup>

---

interpretação de normas. Até porque entender o direito como um sistema é vê-lo como uma estrutura social muito mais complexa do que apenas um conjunto sistemático de normas.

<sup>15</sup> E sempre é importante salientar que os sistemas sociais autopoieticos não são máquinas, nem seres vivos: o seu substrato material, a sua “energia vital” não são combustíveis ou eletricidade, tampouco é a energia dos alimentos. Sistemas sociais operam baseados em comunicação. Consomem sentido produzindo mais sentido na comunicação. E fazem isso

Há, contudo, um interesse didático nessa distinção entre fechamento ou clausura operativa e abertura cognitiva do sistema. E apenas para fins didáticos, essa distinção pode produzir sentido no entendimento da clausura operativa (autorreferência) e da abertura cognitiva (heterorreferência) da decisão jurídica.

No âmbito do sistema jurídico, a sua clausura operativa está na sua positividade. Na medida em que o direito se tornou direito positivo, ele mesmo passou a criar os próprios critérios jurídicos de definição do que é e do que pode vir a se tornar direito. O fundamento do direito então se torna paradoxal, porque o fundamento do direito passa a ser aquilo que o próprio direito diz que é seu fundamento. Assim, o código do direito, que é a diferença de base entre direito e não direito, simboliza a própria validade e ao mesmo tempo a referência para as novas operações jurídicas. Esse processo de produção de operações jurídicas com base nas operações jurídicas precedentes constitui a autorreferência do direito, a sua clausura operativa, porque, aconteça o que acontecer, as operações jurídicas são “jurídicas” enquanto estiverem baseadas na diferença entre direito e não direito. Se não, não são operações jurídicas, são de outro sistema.

Mas um sistema autopoietico estabelece também referências ao seu ambiente interno. Ele é operativamente enclausurado porque se reproduz sempre com base em si mesmo, sempre com base no seu estado estrutural imediatamente anterior, mas é também aberto cognitivamente porque a sua função está orientada a um problema específico da sociedade como um todo: um problema do ambiente. Claro que a imagem que o direito constrói do seu ambiente externo é uma imagem que também só pode ser reproduzida por operações de sentido do próprio sistema. E por isso o seu ambiente externo é, na realidade, um ambiente interno, um ambiente externo internamente reconstruído, sobre o qual o sistema age seletivamente na construção de sentido. No caso do direito, essa abertura se estabelece através dos seus programas normativos, através das normas jurídicas (leis, princípios, regras, doutrina, jurisprudência e tudo aquilo que o direito incorpora como norma capaz de orientar a atribuição de um fato ao lado “direito” ou ao lado “não direito” do seu código).

---

por meio das suas operações, que, como visto acima, são sempre operações de diferenciação do sentido entre o sentido indicado e o sentido distinguido (potencial, contingente).

Essa relação entre abertura e clausura pode ser observada também no âmbito da decisão jurídica. A decisão é fechada porque estabelece uma referência operativa ao código do direito, mas é também aberta porque estabelece uma referência argumentativa a informações exteriores ao direito. A decisão é fechada, a argumentação é aberta. Só que é preciso entender isso com suficiente precisão, especialmente porque entre essa abertura e esse fechamento, há uma série de paradoxos e suas estratégias criativas de resolução. Ou, utilizando-se de uma alegoria também usada por Luhmann, há uma série de paradoxos e de seu necessário décimo segundo camelo (2004).

Um fato do ambiente, um fato social, ou está conforme ao direito ou não está conforme ao direito. Um fato não pode ser mais ou menos conforme ao direito ou mais ou menos contrário ao direito. O código “direito/não direito” torna irreduzível essa diferença. Mas, para atribuir o fato do ambiente societal no valor “conforme ao direito” ou no valor “contrário ao direito”, a decisão deve seguir os programas do sistema jurídico, que são as normas (regras, princípios e tudo o que tem conteúdo normativo válido para a decisão jurídica, inclusive a jurisprudência, a doutrina etc.). São esses programas normativos, portanto, que estabelecem aberturas do sistema jurídico às informações do ambiente societal. Por meio desses programas condicionais – programas do tipo “se isso, então isto” –, os eventos do ambiente são introduzidos dentro do sistema jurídico para poderem ser tratados como “conforme ao direito” ou como “contrário ao direito”.

A decisão jurídica realiza essa atribuição. E já que a própria atribuição pode ser submetida ao direito, a decisão precisa de um suplemento, precisa de argumentação. Em outras palavras, um sistema autopoietico como o direito possui reflexividade em um nível tal que as suas próprias operações podem ser submetidas à decisão: uma sentença pode ser anulada, por exemplo, como pode ser revista ou reformada por tribunais superiores etc. Há um paradoxo nessa operação. O direito pode ser aplicado a si mesmo e não há como se decidir se o direito é direito ou não direito. Por isso, torna-se necessária a argumentação jurídica, como a forma através da qual a decisão jurídica assimetiza esse paradoxo, introduzindo referências externas, introduzindo suplementos para o

fundamento ausente, presentificando a ausência do fundamento e, assim, tornando inofensivo o paradoxo da exigência de uma decisão impossível de ser decidida.

## 5 Paradoxos e suplementos argumentativos da decisão

Nesse contexto da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, então, podemos compreender de um modo diferente a pergunta acerca de como os juízes decidem. A decisão jurídica decide sempre em condições de incerteza e, ao mesmo tempo, pressionada pela regra do *non liquet*. Isso faz com que a decisão jurídica tenha que decidir inclusive quando não pode decidir.

Como então a decisão torna possível a sua própria impossibilidade? A resposta que Luhmann coloca a esse paradoxo é a metáfora do décimo segundo camelo (LUHMANN, 2004), quer dizer, a introdução de uma referência externa para completar a ausência da possibilidade da decisão. A introdução de um valor lógico do ambiente do sistema para completar a incompletude do teorema. Para isso servem os recursos argumentativos a valores exteriores ao sistema de referência.

Junto com Jacques Derrida, também podemos chamar esses recursos argumentativos externos ao sistema jurídico de “suplementos”.<sup>16</sup> Nós encontramos “suplementos” não apenas nas formas gerais do conhecimento metafísico, mas também em todas as decisões jurídicas que recorrem a valores externos ao sistema do direito para fundamentar a sua legitimidade e a sua correção. Em outras palavras, nós encontramos “suplementos” em todas as decisões jurídicas que recorrem a valores

---

<sup>16</sup> Para Derrida (2004, p. 178), “acrescentando-se ou substituindo-se, o suplemento é *exterior*, fora da positividade à qual se ajunta, estranho ao que, para ser por ele substituído, deve ser distinto dele. Diferentemente do *complemento*, afirmam os dicionários, o suplemento é uma ‘adição *exterior*’”. Observa-se também esta passagem de Derrida (2007, p. 109-110): “[...] sem estar aí imediatamente presente, ela [a violência] aí está substituída (*vertreten*), representada pelo suplemento de um substituto. O esquecimento da violência originária se produz, se abriga e se estende nessa *différance*, no movimento que substitui a presença (a presença imediata da violência identificável como tal, em seus traços e em seu espírito), nessa representatividade *différentielle*”.

lógicos exteriores ao sistema jurídico para suplementar a ausência de um fundamento jurídico unívoco na decisão, para tornar “presente” o fundamento “ausente”, para completar a falta de justificação com um suplemento argumentativo.

Esses suplementos, na prática das decisões judiciais, podem ser observados quando a decisão recorre a princípios morais, valores éticos ou religiosos etc. E também podem ser observados quando a decisão recorre àquilo que se convencionou chamar de “orientação às consequências”, isto é, o uso do recurso à previsão dos prováveis efeitos colaterais ou impactos da decisão jurídica na economia, na ciência, na política, na educação etc.

Um dos aspectos mais interessantes dessa operação é que sobre esse uso de suplementos argumentativos não há nenhum tipo de controle. Não há nenhuma regra ou princípio positivo que permita controlar, nem mesmo há um procedimento que permita monitorar o uso legítimo desses suplementos argumentativos na práxis das decisões jurídicas.

Em termos lógicos, o suplemento é um terceiro paradoxalmente incluído. E em termos ontológicos, o suplemento é um valor transcendente presentificado na decisão: é um ser que está e não está ao mesmo tempo na decisão. É um valor transcendente que presentifica o ausente, operando aquilo que Derrida (2002, p. 233) chama de “cumplicidade metafísica”. Poder-se-ia dizer também que o suplemento é uma simbolização do fundamento ausente no sistema de referência. É um símbolo que torna presente, na decisão, o fundamento que só pode ser encontrado mais além de si mesmo.

Naturalmente, o nível de abstração dessa explicação é inusitado. Precisamente porque a lógica da decisão jurídica sempre foi pensada a partir do princípio lógico aristotélico do *Tertium Non Datur*, do terceiro excluído. E o que o suplemento realiza é exatamente uma afronta a esse princípio: o suplemento é um *tertium datur*, um terceiro paradoxalmente incluído, que força a observação a adotar uma postura pós-ontológica, diferencialista, conexionista.

O suplemento funciona como um “terceiro incluído”. Um terceiro valor que é introduzido e, portanto, passa a ser incluído ao mesmo tempo

em que continua sendo um terceiro alheio ao sistema de referência. Por isso que qualquer argumentação que busca fundamentar a decisão recorrendo a valores transcendentais ao direito parece fazer com que esses valores pertençam ao direito. A referência é externa, mas uma vez incluída argumentativamente, ela passa a estar e não estar ao mesmo tempo no sistema de referência. Ou em termos ontológicos: a referência é e não é ao mesmo tempo. Esse é o resultado do paradoxo. E são precisamente os usos argumentativos desses suplementos, desses valores lógicos externos ao sistema de referência, que tornam possível a decisão jurídica.

Como os juízes decidem? Com suplementos, com décimos segundos camelos, introduzindo, argumentativamente, referências externas na decisão que, paradoxalmente, passam a ser e não ser “parte” da decisão.

Assim a decisão passa a se constituir, a si mesma, como fundamento do próprio sistema jurídico. Não no sentido de Carl Schmitt, mas no sentido de que a validade das normas jurídicas encontra a sua referência de sentido na decisão, que por sua vez encontra nas normas jurídicas a sua validade. Uma relação circular de validação então acontece: a decisão baseia a sua validade nas normas jurídicas que ela mesma afirma serem válidas. Ou, em termos circulares: a decisão valida as normas que validam a decisão.

A introdução de uma referência externa então assimetiza esse paradoxo. Há princípios, há valores, há consequências etc. Mas o paradoxo não se resolve, apenas se desdobra para novas configurações: a referência aos princípios cria, ela mesma, a projeção de consequências para serem usadas na fundamentação da decisão judicial (MAGALHÃES, 1997, p. 246), como também a referência às consequências da decisão cria, por si só, a projeção de princípios e valores normativos. Claro que, no nível das autodescrições do sistema jurídico, esses princípios e valores são fundamentados com independência da positividade do direito e também com autonomia em relação aos casos concretos. E é exatamente esse o ponto: um fundamento externo para ser introduzido argumentativamente na decisão, um “terceiro incluído”, um “suplemento”, um “parasita” no sentido de Michel Serres (1980, p. 50).

## Conclusão

A partir de Habermas, compreendemos que o Direito hoje deve ser concebido como um sistema aberto de princípios, sendo insustentáveis quaisquer propostas positivistas ou literalistas de aplicação do Direito. E por meio da Teoria dos Sistemas de Luhmann, pode-se entender que a decisão jurídica sempre constitui um ato criativo de desdobramento de paradoxos que, exatamente por esse motivo, exige graus mais sofisticados de justificação.

Habermas e Luhmann chamam a atenção para o caráter deontológico do Direito, que, como subsistema social, move-se por um código próprio (direito/não direito) – e não por códigos graduais de valor, como propõe a teoria alexyana. A partir de Luhmann, vemos que direito e política são subsistemas sociais autopoieticos, cada um se reproduzindo a partir de seus códigos próprios e que a constituição se revela como acoplamento estrutural (Luhmann) – ou, em Habermas, como “dobradiça” – que permite que haja comunicação entre aqueles sistemas, de tal forma que ambos podem prestar serviços mútuos um ao outro, sem, contudo, perderem suas respectivas identidades.

No contexto dos ideais políticos e normativos do Estado Democrático de Direito, temos que esperar, portanto, que as decisões jurídicas levem a sério os valores e princípios constitucionais atualmente importantes para a sociedade. Não que o direito possa efetivamente substituir a política na concretização dos objetivos políticos do Estado Democrático de Direito, mas que pelo menos as decisões jurídicas possam criar diferenças no sentido desses ideais.

## Referências

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A Interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da Teoria do Discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

\_\_\_\_\_. Ingeborg Maus e o Judiciário como superego da sociedade. *Revista CEJ*, Brasília, v. 30, p. 10-12, set. 2005.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. O Direito e as formas de integração social desde a Teoria do Discurso de J. Habermas: pequeno estudo do Capítulo I de Facticidade e Validade. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.18, p. 7-21, 2006.

\_\_\_\_\_. Antissemitismo, tolerância e valores: anotações sobre o papel do Judiciário e a questão da intolerância a partir do voto do Ministro Celso de Mello no HC 82.424. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 847, p. 443-470, maio 2006b.

\_\_\_\_\_; NUNES, Dierle José Coelho. O potencial transformador dos direitos privados no constitucionalismo pós-88. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 882, p. 45-60, abr. 2009.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. Trad. Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 1973.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. 2. ed. Trad. Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *A escritura e a diferença*. 3. ed. Trad. Maria Beatriz Marques Nizza da Silva. São Paulo: Perspectiva, 2002.

FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade: uma introdução à política do direito*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional – 1940-1965*. México: UNAM, 1968.

GÜNTHER, Gotthard. Cognition and volition: a contribution to a cybernetic theory of subjectivity. *Vordenker*, 2004. Disponível em <http://www.vordenker.de/ggphilosophy/ggphilo.htm>. Acesso em: 20 set. 2007, p. 20.

HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência: a crise do estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 18, setembro 1987, p. 103-114.

\_\_\_\_\_. *Pensamiento postmetafísico*. Madrid: Taurus, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Trad. Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 33-107.

\_\_\_\_\_. Code of the moral. *Cardozo law review*, vol. 14, p. 995-1009, 1993, p. 1008.

\_\_\_\_\_. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Pappe e Luis Flipe Segura. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

\_\_\_\_\_. *La religión de la sociedad*. Trad. Luciano Elizaincín. Madrid: Trotta, 2007a.

\_\_\_\_\_. *La sociedad de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Herder, Universidad Iberoamericana, Daad e Cátedra G. A. Humboldt, 2007b.

\_\_\_\_\_. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker; coord. Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana, 1998.

\_\_\_\_\_; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 11. ed. Milão: Franco Angeli, 2003.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos no direito. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da Auto-Observação: recursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.

MIRANDA, Daniela; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Direito, silêncio e corrupção: um diálogo com Luhmann e Habermas. *Revista da Faculdade de Direito*. Caxias do Sul. v 15, p. 59-81, 2005.

NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. In: *Dados: Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: IUPERJ, v. 37, n. 2, 1994, p. 265.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. A crise da racionalidade moderna: uma crise de esperança. *Revista Síntese (nova fase)*, Belo Horizonte, n. 45, 1989, p. 13-33.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 1996.

SALCEDO REPOLÊS, María Fernanda. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SERRES, Michel. *Le parasite*. Paris: Grasset, 1980.

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

*Enviado em: 07/2009*  
*Aprovado em: 10/2009*