

OBSERVAÇÕES DO RISCO E DO PERIGO PARA A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO

Jorge Adriano da Silva Junior¹
Caio Vinicius de J. F. dos Santos²

OBSERVATIONS OF RISK AND DANGER FOR THE LEGITIMATION OF LAW

RESUMO: O presente artigo visa analisar e compreender a relação entre os diferentes observadores da decisão judicial e o processo de legitimação do direito à luz da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. Para tanto, buscando analisar as questões propostas, a partir de uma pesquisa bibliográfica, o trabalho se valeu dos métodos qualitativo e exploratório. A distinção da observação em decorrência dos efeitos da decisão judicial pode ser desdobrada em duas perspectivas: o risco e o perigo. A decisão é avaliada enquanto risco por quem a elabora; por outro lado, ela é observada enquanto perigo pelos observadores que não fazem parte da tomada de decisão, mas sofrem os seus efeitos. Constatou-se que para que a decisão se torne uma premissa vinculante do comportamento dos observadores do perigo, mesmo que contrária aos interesses, faz-se necessária a legitimação do sistema jurídico por meio de procedimentos que maximizem a participação dos observadores do perigo e que os tomadores de decisão os levem em consideração ao assumirem os riscos decisórios.

Palavras-chave: Decisão Judicial. Teoria dos sistemas. Legitimidade. Risco. Processo.

ABSTRACT: This paper aims to analyze and understand the relationship between the different observers of the judicial decision and the process of legitimizing of the law in the light of Niklas Luhmann's theory of social systems. For this, in view of the proposed questions, from a bibliographical research, the work was based on the qualitative and exploratory methods. The distinction of observers of the judicial decision may be perceived in two perspectives: the risk and the danger. The decision is evaluated as risks by who makes the judicial decision; on the other hand, it is observed as danger by who doesn't participate of the taking decision, but suffer his effects. It was noted that for the decision becomes a binding premise of the behavior of the danger's observers, even if contrary to their interests, it is necessary to legitimize the legal system by procedures that maximize the participation of the observers of the danger and that the decision-makers to take them into account when they take the risks.

Keywords: Judicial decision. Theory of social systems. Legitimacy. Risk. Procedure.

¹ Mestrando em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pesquisador bolsista (2013-2014) associado ao Centro de Estudos e Pesquisas em Humanidades da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia (CRH/UFBA).

² Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA).



1 INTRODUÇÃO

Ao processo de evolução social³ romper com a estabilidade axiológica e normativa das sociedades primárias e pré-modernas, bem como alcançar a modernidade, o mundo atingiu outros níveis de complexidade e contingência. Com isso, se fez possível a reflexão intertemporal e localizada acerca das diferentes possibilidades de futuro.

As sociedades pré-modernas possuíam certas deficiências de seletividade das expectativas normativas, a partir do olhar contemporâneo, comunicadas no desenvolvimento dos signos do direito, uma vez que o direito natural, ou então as representações sagradas (mormente nas sociedades primitivas), tornava o direito positivo invariável ou subordinado a este direito natural. De outro modo, o passado colonizava as possibilidades e as reflexões sobre o futuro.

A modernidade, entretanto, reconhece o direito enquanto estritamente “positivo”⁴, ou seja, enquanto direito posto e alterável por decisão. A decisão, portanto, pode fazer válido outro direito⁵. A sociedade moderna se abre para o futuro, permitindo a intensificação da seleção das infinitas expectativas sociais. Nesse sentido, a modernidade pode ser compreendida a partir da complexidade social, contingência e diferenciação funcional.

A supercomplexidade social compreende a presença constante de possibilidades, elementos e relações maiores do que as que são possíveis de realizar. O mundo moderno apresenta uma infinidade de experiências, expectativas, comunicações e possibilidades ante o ser humano naturalmente limitado⁶.

³ Na teoria sistêmica, afasta-se a noção “inegavelmente carregada pela ideologia liberal biológico, que a evolução reside na ‘sobrevivência do mais apto’, ou na ‘luta pela vida’. (...) rejeita-se radicalmente qualquer redução sociobiológica da evolução social no sentido do ‘gene egoísta’” (NEVES, 2016, p. 3).

⁴ “A noção de positividade como decidibilidade e alterabilidade do direito, tal como formulada por Luhmann inicialmente, deve ser rearticulada com a concepção de positividade como ‘autodeterminidade’, fechamento operacional, auto-referência ou autopoiese do sistema jurídico, por ele desenvolvida e radicalizada posteriormente” (NEVES, 2016, p. 24).

⁵ “*El derecho encuentra ahora su principio de validez en la positividad de su establecimiento, con la consecuencia de que otras decisiones pueden hacer válido otro derecho*” (LUHMANN, 2006, p. 390).

⁶ “A maneira mais acessível de entender a complexidade é pensar, primeiramente, no número das possíveis relações, dos possíveis acontecimentos e dos possíveis processos. Imediatamente, compreender-se-á que cada organismo,

Contingência, por outro lado, se refere à seleção de qualquer alternativa dentre as múltiplas possíveis, deixando outras escolhas abertas. Ou seja, a contingência se qualifica como as possibilidades indicadas para as diferentes experiências que poderiam ser, diversas das esperadas e alcançadas. Ademais, a contingência pressupõe a negação da impossibilidade e não necessidade dos elementos. Diante disso, a contingência, pode ser descrita como aquilo que é (foi ou será) de determinada forma, mas também poderia ter sido, ou vir a ser diferente.

A supercomplexidade e contingência na sociedade requerem diferenciação funcional no sistema social a partir de sistemas parciais autônomos. Os diversos sistemas sociais autônomos (direito, política, economia, religião etc.) selecionam elementos do ambiente a partir de suas próprias estruturas e operações autopoieticas, reduzindo a complexidade do ambiente⁷ e ampliando sua própria complexidade apreensível e, portanto, sua capacidade seletiva.

Cada sistema social possui função e comunicação própria na sociedade. A sociedade, portanto, se fragmenta em subsistemas autônomos, que se orientam por códigos e programas próprios, desempenhando função específica e diferenciada dos demais sistemas que compõem seu entorno. A partir das infinitas possibilidades disponibilizadas na modernidade, cada subsistema decide sobre essas possibilidades, que, por sua vez, são acompanhadas por seus inerentes riscos.

No sistema jurídico, por sua vez, a decisão judicial deve levar em consideração os riscos que envolvem a operação decisória. Em alguns casos, essa análise dos riscos deve ser tomada com maior cuidado em razão do impacto social ou ambiental que uma decisão pode ocasionar. A título de exemplo, citem-se as diversas ações coletivas introduzidas no sistema, mormente as demandas que envolvem direitos humanos e direito ambiental.

Além do mais, as decisões tomadas com alto risco, a partir de observações do sistema político, econômico, científico etc., “podem” ser judicializadas, em razão da

máquina e formação social, tem sempre um meio que é mais complexo, e oferece mais possibilidades do que aquelas que o sistema pode aceitar” (LUHMANN, 2009, 184).

⁷ “As operações de redução da complexidade – ou seja de seleção diante de elevadas relações possíveis entre os elementos de um sistema – é que possibilitam, ainda que paradoxalmente, a contínua reprodução da complexidade interna do sistema político. Redução e manutenção da complexidade não são termos contraditórios” (CAMPILONGO, 2002, p. 72).

omissão dos sistemas ou se de discordância quanto ao seu conteúdo ou forma, de modo a sublimar, ou transferir, os riscos⁸ que envolvem a decisão ao sistema jurídico, o que reforça a importância da análise dos riscos/perigos derivados da decisão judicial.

Os processos judiciais não podem ser considerados apenas expectativas normativas presentes em um conjunto de papéis ou arquivos de computador a serem decididos no sistema jurídico. Trata-se de expectativas em torno da vida, dignidade e futuro de pessoas e instituições que estão vinculadas aos efeitos das decisões judiciais.

A participação dos observadores do risco, no processo judicial, precisa ser analisada, inclusive, para que possamos compreender como essa participação pode influenciar os afetados pela decisão, ainda que contrária às suas expectativas, para que as tomem enquanto premissa de seu comportamento, reforçando a legitimidade do sistema jurídico.

Com essas considerações, este trabalho possui o seguinte problema: a ampliação da participação dos observadores do perigo no processo de tomada de decisão do observador do risco contribui para a legitimação do direito?

Ainda, a partir desse cenário de insegurança, em que a complexidade e contingência social revelam que cada escolha poderia ser diferente daquela selecionada, bem como, em razão dos riscos/perigos envolvidos nas decisões judiciais, este trabalho tem como objetivo compreender o impacto da participação dos afetados por estas decisões judiciais em sua construção para a legitimidade do sistema jurídico.

Para tanto, a abordagem metodológica deste trabalho foi qualitativa, por não tratar de objeto reduzível à operacionalização de variáveis, e exploratória, pois visa uma maior familiaridade com o problema, suas concepções e teorias, tendo como objetivo o aprimoramento de ideias, construção de resultados e formulação de hipóteses (GIL, 2002). No que tange ao procedimento técnico utilizado, esta pesquisa se classifica como

⁸ “A politização da justiça e a judicialização da política, bem como o problema do ativismo judicial, são formas contemporâneas de sublimação do risco político nas estruturas da organização judiciária. Assim, ao invés de o Legislativo decidir as questões políticas da nação segundo os processos democráticos, ele prefere enganar o povo repetindo os velhos discursos vazios da educação, saúde, emprego, moradia e segurança — que lhes permitem ficar sempre em cima do muro — e deixar que as decisões polêmicas sejam transferidas para a responsabilidade decisória do Poder Judiciário. O Legislativo, assim, sublima seu risco transferindo a decisão ao Poder Judiciário” (SIMIONI, 2017, p. 272).

bibliográfica, considerando que se desenvolve, prioritariamente, a partir de material já elaborado, constituído em livros, artigos e materiais análogos, sobre posições e teorias acerca do problema (GIL, 2002).

2 LEGITIMIDADE E DIREITO

Considerada a complexidade da contemporaneidade, inúmeras expectativas conflitantes surgem na sociedade. Logicamente, algumas expectativas normativas serão frustradas e outras reafirmadas pelo sistema. Ora, a decepção, ou desapontamento, é um imperativo lógico da complexidade, uma vez que é impossível assegurar juridicamente todas as expectativas e alternativas normativas que surgem no ambiente social. É necessário que algumas expectativas normativas⁹ sejam estabilizadas e generalizadas, em detrimento de expectativas que as oponham.

O sistema jurídico, ao reduzir a complexidade do ambiente, seleciona as expectativas normativas e cria uma fronteira entre as expectativas semanticamente operadas pelo direito e as informações do ambiente. Não é o caso de condicionar a previsibilidade dos comportamentos, em razão de sua natural impossibilidade, mas sim de tornar previsível qual o comportamento legitimamente esperado. Não há como prever se determinada pessoa ou instituição irá discriminar outra em razão de seu gênero ou raça. O que se pode prever é o comportamento que é esperado, devendo este ser reafirmado, inclusive por meio de sanções.

O sistema jurídico tem por função a estabilização da generalização congruente das expectativas normativas (LUHMANN, 1983a, p. 121). Portanto, nem todas as expectativas normativas são positivadas, institucionalizadas e formuladas em termos de programas decisoriais, mas apenas aquelas que o direito generaliza como congruentes (CAMPILONGO, 2002, p. 19).

⁹ Acerca da distinção entre expectativas cognitivas e normativas, Luhmann (1983b, p. 56) descreve a seguinte distinção: “Nessa acepção (inconvencional), a diferenciação entre o cognitivo e o normativo não é definida em termos semânticos ou pragmáticos, nem referenciada aos sistemas afirmativos que as fundamentam ou à contradição entre afirmações informativas e diretivas – mas sim em termos funcionais, tendo em vista a solução de um determinado problema. Ela aponta para o tipo de antecipação da absorção de desapontamentos, sendo assim capaz de fornecer uma contribuição essencial para o esclarecimento dos mecanismos elementares de formação do direito. Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas a realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgredir”.

No processo judicial, da mesma forma, algumas expectativas são generalizadas em detrimentos de outras a partir da decisão judicial. Nesse sentido, ao pensarmos acerca da legitimidade dessa decisão, questiona-se como os sujeitos cujas expectativas são frustradas adotam a decisão judicial como “positivador” de determinado comportamento legítimo, a partir do reconhecimento da expectativa normativa da parte adversária, ainda que contra a sua vontade?

Nas sociedades primitivas, o direito afirmava-se mediante a autodefesa da vítima ou de seu clã, em caso de frustração de suas expectativas. Apenas com as culturas avançadas pré-modernas é que o direito já não se expressa mais mediante a afirmação das próprias partes, mas sim é aplicado através de decisão de terceiro com base em normas e valores (NEVES, 2016, p. 20-22).

Assim, o Estado, desde as culturas avançadas pré-modernas, conforme o esquema de evolução proposto por Luhmann, detém o poder de coagir, inclusive por meio da violência, as partes cujas expectativas são frustradas a reconhecerem a expectativa generalizada com a decisão judicial.

Todavia, nenhum sistema pode se apoiar apenas na coação física¹⁰, pois precisa alcançar também um consenso maior para permitir um domínio duradouro (LUHMANN, 1980, p. 30). Ao deslocarmos a questão da legitimidade do direito para a tentativa do consenso entre as partes, percebemos que em uma sociedade complexa e supercontingente, existem inúmeros valores e interesses conflitantes que revelam um dissenso em relação a conteúdos, revelando sua limitação (NEVES, 2016, p. 147-151).

Assim é que a coação e o consenso devem existir como formas de assegurar o cumprimento da decisão ou reafirmar a expectativa generalizada, mas não são elementos suficientes para garantir nem explicam o fenômeno da aceitação normal das decisões como vinculantes, “já que tanto o consenso quanto a coação são recursos escassos do sistema político” (LUHMANN, 1980, p. 49-51).

¹⁰ “O poder não poderia subsistir se a todo tempo precisasse da força física ou mesmo de sua ameaça para que as decisões fossem aceitas. Não bastaria também o conhecimento prévio e a aceitação das premissas da decisão, embora isso ajude, porque é possível concordar com as premissas de uma decisão (regra da maioria, por exemplo) e discordar da decisão (porque seus resultados são inaceitáveis)” (ZAPATER, 2014, p. 169).

Em apertada síntese, Luhmann (1980, p. 30) define legitimação como “uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”. A legitimidade está relacionada, assim, à aceitação da decisão e à suposição de que os atingidos por seu conteúdo se ajustem cognitivamente às expectativas normativas institucionalizadas pelos que decidem.

Em razão das limitações da coação enquanto instrumento generalizador da aceitação, legitimidade pode ser alcançada a partir da participação dos afetados no processo judicial (LUHMANN, 1983b, p. 63-64). Esses processos judiciais, por sua vez, são sistemas sociais imediatos e provisórios que viabilizam decisões vinculantes (LUHMANN, 1983b, p. 65). No desempenho dessa função, a legitimidade fundamenta-se, inicialmente, na separação em termos de papéis sociais.

Ou seja, nos processos, os participantes comportam-se segundo as regras do sistema processual (testemunha, parte autora, réu, juiz etc.) e com isso, seu comportamento é destacado dos papéis¹¹ (pedreiro, encanador, engenheiro, motorista etc.) desempenhados na vida cotidiana (LUHMANN, 1983b, p. 65-66). Ao serem inseridos no processo judicial, os participantes desempenham papéis específicos e delimitados pelo sistema. Esses papéis contribuem para a generalização de seus resultados, possibilitando uma relativa autonomia social para o processo (LUHMANN, 1995 *apud* ZAPPATER, 2014, p. 173).

Além do mais, a forma pela qual o procedimento jurídico promove condições para a aceitação da decisão judicial, ainda que desapontadoras, ocorre a partir da participação dos sujeitos cujas expectativas pretendem ser generalizadas no processo judicial¹². Ou seja,

¹¹ Acerca do papel profissional e impessoal a ser desempenhado pelo juiz: “Um juiz não deve comprometer qualquer sentimento ou relações, atitudes ou informações no processo jurídico; deve deixar ao processo jurídico o seu caráter como sistema social regido apenas pela lei. Por outro lado, seria estranho e poderia até levar a sanções se ele quisesse, na sua vida particular, fazer troça do seu papel oficial, designar a sentença de morte como uma piada, dar a conhecer a sua própria opinião mesmo derrotada, ou afirmar que ele poderia fundamentar tudo o que quisesse. Segundo esta orientação ele fica obrigado à apresentação de consistência e à contínua identificação com a sua atuação e respectivas premissas” (LUHMANN, 1980, p. 82-83).

¹² “Somente o código que pode produzir legalidade ou ilegalidade, mas deixa aberta essa sua própria condição, pode produzir a incerteza da qual vive o processo. Não obstante, o processo faz uso dela como meio para sua própria autoapoiese. Utiliza-a para motivar contribuições, para incentivar participações, para oferecer oportunidades (mas não resultados) e assim chamar os participantes à colaboração, isto é, convoca-los para o reconhecimento, até que por fim se convertam prisioneiros de sua própria participação, tendo poucas perspectivas de posteriormente vir a negar a legitimidade do processo” (LUHMANN, 2016, p. 277).

a partir do momento em que o processo judicial é construído com a participação dos sujeitos que desempenham os papéis de partes, o produto final (decisão) adquire legitimidade.

Nessa toada é que se pode dizer que o processo judicial promove a generalização da aceitação da decisão judicial. As partes de um processo precisam observar a decisão enquanto resultado também de sua atuação. Assim, a legitimidade depende da aceitação da decisão judicial como imperativo comportamental, ainda que desapontador, por parte daqueles que são afetados pela decisão e participaram do processo que culminou em sua elaboração.

Aceitação não é sinônimo de cumprimento da decisão. Aceitar uma decisão como legitimamente vinculante está associada à adoção da decisão como premissa do próprio comportamento da parte, tanto para cumprir ou violar a decisão, supondo que os outros sujeitos farão o mesmo. Dessa maneira, legitimação não significa, necessariamente, cumprimento, mas aceitação da obrigatoriedade da decisão e compreensão da sua própria conduta como vinculada a essa obrigatoriedade (LUHMANN, 1995 *apud* ZAPATTER, 2014, p. 171).

A decisão é legítima, portanto, quando resultado de um procedimento autônomo e temporário, em que o juiz/tribunal desempenha seu papel de forma profissionalmente independente e as partes influenciam, através de seus papéis processuais, a positivação da decisão que generalizará suas expectativas normativas ou não.

Considerando que a adoção da decisão, enquanto premissa de comportamento generalizado, depende da participação das partes na construção da referida decisão, para compreendermos melhor a legitimidade no sistema jurídico, cabe aprofundarmos uma outra distinção entre as diferentes observações dos efeitos dessa decisão a partir da diferença de papéis desempenhados no procedimento judicial.

3 AS PERSPECTIVAS DOS RISCOS E DOS PERIGOS

O observador desempenha uma função central na teoria dos sistemas de Luhmann. A realidade é reflexo da observação. Ou seja, há tantas realidades a depender de quantos

sejam os observadores, uma vez que o observador constrói a própria realidade que observa e quando observa (LUHMANN, 2016, p. 60).

Considerando que as distinções se desdobram em dois lados, a observação se vale da distinção para definir um lado. Determinado objeto pode ser distinguido e compreendido de um ou outro lado da forma, não havendo uma distinção necessariamente ontológica, mas sim uma distinção que parte do horizonte de descrição do observador.

Os riscos são acontecimentos/possibilidades que decorrem diretamente da observação de quem toma a decisão. Os perigos são observações dos afetados em relação aos acontecimentos/possibilidades derivados de decisões tomadas por terceiros, ou seja, decisões das quais não participaram com poder de decidir¹³.

Nesses termos, risco e perigo são dois lados de um mesmo conteúdo. Essas conclusões se sustentam no conceito de “forma” de Georg Spencer Brown (1972), ponto de partida da distinção do risco e perigo (LUHMANN, 1992, p. 33). Conforme a “lei da forma”, cada forma possui dois lados, um que fica indicado e outro não indicado, sendo a forma a unidade dessa distinção (NAFARRANTE, 2015, p. 33-34).

Estamos diante de um paradoxo: os riscos constituem perigos e os perigos são riscos, pois se trata de um mesmo conteúdo observado através de uma diferença de dois lados (LUHMANN, 1991, p. 88). Ou seja, o paradoxo se evidencia em razão da observação da unidade da forma – consequência da decisão - que possui dois lados distintos: risco e perigo. A distinção, assim, se revela quando o observador indica um lado da forma. Os efeitos da decisão são os mesmos, se pensarmos enquanto unidade da forma de dois lados, mas os afetados pela decisão observam esses efeitos de um lado da forma e os tomadores da decisão os observam de outro.

¹³ “Estamos firmemente convencidos de que los riesgos se atribuyen a las decisiones, mientras que los peligros son objeto de una atribución externa. Desde el punto de vista sociológico esto no representaría ningún problema, con tal de que estos hechos pudieran ser objeto de una clara separación. (...) El afectado se encuentra en una situación completamente diferente. Se ve amenazado por decisiones que él mismo no puede activar ni controlar. Una autoatribución se encuentra, en su caso, excluida. En realidad, para él se trata de peligros y, de hecho, esto ocurre igualmente cuando ve reflexiona que se trata de algo que desde el punto de vista de la instancia de decisión (que podría ser él mismo) es un riesgo” (LUHMANN, 2006, p. 87).

Um exemplo que pode ilustrar o conceito explanado é o caso de um motorista imprudente. Ao decidir não respeitar os limites de velocidade, ou a abstinência de entorpecentes ao dirigir, o motorista observa as possibilidades de atropelamento enquanto risco, os pedestres, por sua vez, observam as consequências da decisão enquanto perigo, uma vez que não tomaram a decisão, mas são afetados por ela.

Ora, os riscos sociais na modernidade não são mais atribuídos a uma divindade, contrato social abstrato, ou direitos naturalmente vinculados ao ser humano, mas sim a uma decisão tomada por um observador no presente. Em verdade, os riscos devem ser avaliados no presente acerca de problemas futuros. Ou seja, no momento da decisão judicial, a análise dos riscos é uma forma de projetar as possibilidades presentes acerca do futuro, ainda que essa relação temporal seja marcada pela contingência, vez que o futuro é incerto (GOMES; SIMIONI, 2014, p. 125).

A importância da análise dos riscos sociais derivados de determinada decisão está no campo da prevenção de possíveis danos decorrentes da escolha do observador. Os observadores, ao decidirem, devem tomar em consideração todas as possibilidades de riscos que envolvem a decisão, uma vez que esse risco é inevitável¹⁴.

Por outro lado, as perspectivas presentes daqueles que decidem e dos afetados pela decisão, em função da sua diferença de posição enquanto observadores, bem como em função da contingência moderna, acabam por gerar conflitos no sistema (LUHMANN, 2006, p. 421).

Luhmann (2016, p. 189) alerta para o fato de que quanto mais a percepção de futuro da sociedade moderna depende da tomada de decisões, mais clara se torna a lacuna entre tomadores de decisões e partes envolvidas. Assim, reconhece que “os instrumentos jurídicos e financeiros de regulação designados para se lidar com os mais diferentes problemas já não são suficientes”.

¹⁴ “Frente a la imposibilidad de decidir de manera perfectamente racional (óptima) y frente a la imposibilidad de prever lo que habrá sido una decisión, toda comunicación se convierte en un riesgo: el de no haber atendido algo que más adelante resulta ser importante o el de haber decidido de una manera que más adelante resulta ser errónea o, de algún modo, reprochable. Pero la no comunicación tampoco nos protege de este riesgo, puesto que puede ser convertida, como omisión, en una decisión” (LUHMANN, 2006, p. 135).

Cada observador, tanto do risco quanto do perigo, não pode observar, simultaneamente, os dois lados da forma, que consiste nas consequências da decisão jurídica. Portanto, faz-se necessária uma relação dialógica entre os diferentes observadores para que se construa uma decisão jurídica democrática.

Partindo dessas premissas, na sequência, este trabalho indaga acerca de como reduzir esse “conflito” entre os observadores do risco e do perigo e aumentar a legitimidade da decisão no sistema jurídico.

4 A APROXIMAÇÃO DOS OBSERVADORES E A LEGITIMAÇÃO

Pode se dizer que o fechamento operacional do sistema possibilita a abertura cognitiva do direito ao ambiente (LUHMANN, 2016, P. 102), o que constitui um paradoxo. A decisão jurídica atua nesse paradoxo, uma vez que o juiz/tribunal se encontra obrigado a decidir (*non liquet*) as demandas do ambiente (abertura) a partir dos elementos e estruturas produzidos pelo próprio sistema jurídico (fechamento)¹⁵.

A obrigatoriedade de decidir¹⁶ as demandas do ambiente, imposta pelo próprio sistema, revela a diferenciação interna do sistema jurídico em centro/periferia, no qual os tribunais se encontram no centro; os legisladores, contraentes etc. são a periferia (LUHMANN, 2016, p. 429-430). Os tribunais estão obrigados a aplicar o código jurídico lícito/ilícito (direito/não-direito), ao contrário da periferia do sistema, que apenas recebem as expectativas normativas do ambiente enquanto irritações, não estando impelidos a decidir acerca dessas expectativas. O legislador, por exemplo, pode sofrer pressões do ambiente social para elaborar determinado projeto de lei que atenda à expectativa social, todavia, não está obrigado a fazê-lo.

¹⁵ “De uma parte, o sistema jurídico constringe o juiz a decidir com base em seu fechamento operacional (completude e unidade do ordenamento jurídico): isso reforça a imagem do judiciário como ‘boca da lei’. De outra parte, dada a evidente hipersimplificação do judiciário contida no dogma da completude do ordenamento, a proibição da denegação da justiça garante a abertura do sistema jurídico a uma infundável série de demandas do ambiente: isso revela que o judiciário é um inevitável interprete, criador e construtor do direito” (CAMPILONGO, 2002, p. 35).

¹⁶ Só os tribunais devem: “transformar a indeterminação em determinação; só eles fingem, quando é necessário, a indisponibilidade dos princípios. Só eles estão obrigados a decidir e, por consequência, só eles gozam do privilégio de poder transformar a necessidade em liberdade” (LUHMANN, 2016, p. 427).

Ao mesmo tempo, os tribunais supervisionam a conformidade das decisões jurídicas (leis, contratos, decisões judiciais) ao código direito/não-direito, realizando uma observação de segunda ordem no sistema (LUHMANN, 2016, p. 437). Trata-se de uma auto-observação que o sistema recursivamente faz de si mesmo a partir da *re-entry* do código jurídico no direito. Dessa forma, os tribunais avaliam a consistência das informações introduzidas pelas decisões oriundas da observação de primeira ordem, distinguindo, pela segunda vez, o sistema jurídico do ambiente social. Ocorre que, na modernidade, o excesso de expectativas normativas acionadas ao judiciário ampliou consideravelmente a complexidade da análise, pelos tribunais, da consistência das decisões de primeira ordem.

A Constituição Federal de 1988 positivou diversos direitos fundamentais dos quais a sua efetivação perpassa pela atuação direta e inescusável do Estado. Todavia, no Brasil, a concretização das normas constitucionais, bem como a eficácia plena dos direitos políticos e sociais foram comprometidas em função das barreiras econômicas e da omissão do poder público.

A desídia do poder executivo em implementar políticas públicas que garantam a eficácia dos direitos fundamentais acarretou na ampliação da atuação dos tribunais, ao considerarmos que o ambiente insere suas expectativas normativas no judiciário, visando obter uma generalização congruente de sua expectativa relativa à política ou à eficácia de direitos fundamentais.

Os tribunais, em razão do princípio da vedação do *non liquet*, estão obrigados a decidir acerca das expectativas normativas políticas e sociais demandas em juízo. Esse protagonismo representa um redirecionamento do poder decisório e do risco relativo à execução de políticas sociais (poder executivo) e à criação de normas garantidoras de direitos fundamentais (poder legislativo) para o judiciário, o que Simioni chama de “sublimação do risco”¹⁷.

¹⁷ “A política retira a discussão democrática do seu âmbito de responsabilidade e transfere essa responsabilidade para o judiciário, que em face do *non liquet*, acaba por decidir juridicamente sobre uma política pública, incorrendo muitas vezes em um ativismo judicial que define políticas públicas sem o processo democrático e, por isso, de modo muito arriscado. A politização da justiça e a judicialização da política, bem como o problema do ativismo judicial, são formas contemporâneas de sublimação do risco político nas estruturas da organização judiciária” (SIMIONI, 2017, p. 272).

Essa “justicialização” (*Vergerechtlichung*)¹⁸ da política e da economia, transfere para o judiciário a obrigação de decidir sobre demandas do ambiente social que são acompanhadas de riscos às pessoas cuja observação da decisão se dá como perigo.

Em que pese o objeto desta pesquisa não seja a autonomia e autopoiese dos sistemas sociais, cabe mencionar que a consequência dessa transferência do espaço do agir político ao judiciário acarreta não somente a sublimação do risco, mas também corrupção sistêmica e alopoiese dos sistemas sociais, fenômenos típicos de Estados de modernidade periférica (NEVES, 2016).

O Supremo Tribunal Federal em diversos casos, como a disputa da terra indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3.388/RR), a constitucionalidade do casamento homoafetivo (ADPF nº 132) e a permissão de aborto de feto anencéfalo (ADPF nº 54), decidiu sobre demandas cujos riscos/perigos afetariam um grande espectro de sujeitos e coletividades, o que revela a sublimação dos riscos da política para o direito, minando a autonomia dos sistemas parciais da sociedade.

Em que pese a periferia do sistema jurídico seja a zona de contato com outros sistemas de funções da sociedade, suportando pressões do ambiente maiores que as do centro, bem como que o autoisolamento cognitivo no centro seja maior que na periferia (LUHMANN, 2016, p. 427), os tribunais, posicionados no centro do sistema, devem estar atentos às demandas sociais e aos riscos oriundos de sua decisão. Sobretudo em razão do contexto de sublimação dos riscos que lamentavelmente sobrecarrega o judiciário.

Ora, considerando que os tribunais estão obrigados a decidir demandas das quais os riscos sociais são inevitáveis, devemos viabilizar meios para que a análise dos riscos seja potencializada. Para isso, deve-se refletir acerca da maior participação do ambiente social no processo decisório a partir dos limites estabelecidos pelo próprio sistema.

Ao levar em conta que os riscos não analisados de forma devida na decisão judicial se convertem em perigos para os sujeitos afetados por essa decisão, nada mais justo e

¹⁸ “A ‘justicialização’ [Vergerechtlichung] da sociedade como tentativa de conduzir toda a sociedade à justiça através de um instrumental jurídico é um dos mais desastrosos imperialismos da racionalidade moderna, da economização, politização, cientifização, moralização, medicalização da sociedade – um processo de crescimento unidirecional da justiça jurídica” (TEUBNER, 2011, p. 49).

democrático que a aproximação dos observadores do perigo e do risco no processo judicial.

O observador que decide acerca de determinadas expectativas normativas precisa analisar os riscos que envolvem sua decisão. Não se trata de apenas mais uma expectativa plasmada em um papel ou arquivo de computador a ser decidido, mas sim o futuro e a existência de pessoas que sofrem seus efeitos.

Essa compreensão e alteridade, ao ampliar a cognição dos efeitos da decisão e dos argumentos trazidos pelos afetados, não representa “pessoalidade” por parte do juiz/tribunal ou que o caso seja julgado com base na afetividade pessoal do julgador. Como aduz Luhmann (1980, p. 82): “a impessoalidade é estabelecida institucionalmente como filtro de ação unilateral não como separação completa”.

Ora, se a legitimidade decorre da participação daqueles que inserem suas expectativas normativas para serem generalizadas pelo sistema jurídico, a compreensão e análise dos argumentos trazidos por aqueles que são afetados pela decisão, ao desempenharem seus papéis no procedimento, é essencial para a legitimidade do direito¹⁹.

Diante do exposto, vale refletir acerca de como a aproximação dos observadores do perigo com o observador do risco, cada um desempenhando seus papéis, ampliaria a legitimidade das decisões judiciais. Essa aproximação pode se dar, obviamente, através das informações trazidas pelos afetados enquanto desempenham os papéis de partes processuais. Todavia essa não é a única forma de alinhamento de observações possível. Ao analisar o sistema jurídico brasileiro, encontra-se disponível instituto que, se aplicada de forma consciente e compromissada, pode contribuir para a aproximação dos observadores para além das informações trazidas pelas partes: o *amicus curiae*.

O *amicus curiae* é um terceiro que não compõe a lide, mas intervém em determinada demanda para fornecer elementos e fundamentos hábeis a influenciar o

¹⁹ “Para o problema da legitimação são, entretanto, mais importantes os intervenientes no processo participando com caráter não profissional, os solicitadores, reclamantes, réus que são afetados pela decisão. Eles não gozam da proteção da impessoalidade legítima. Pelo contrário: o processo jurídico está preparado para captar sua personalidade e a comprometer” (LUHMANN, 1980 p. 83).

tribunal em casos cuja relevância social, ou repercussão social, permitam essa contribuição.

No Brasil, diversas leis preveem a possibilidade da intervenção do *amicus curiae* em processos judiciais²⁰. O Código de Processo Civil de 2015 regulamentou de forma inovadora o instituto e ampliou sua hipótese de cabimento, ao prever que o *amicus curiae* pode intervir, inclusive, em qualquer grau de jurisdição²¹.

Essa ampliação da hipótese de aplicação do *amicus curie*, desde que sua norma tenha efetividade, bem como que seja aplicada de forma a não sobrecarregar o judiciário em casos que o problema não exija o instituto, pode dilatar a aproximação dos observadores da decisão judicial. Com a maior participação daqueles que veem os efeitos da decisão enquanto perigo, maior a generalização da adoção da decisão enquanto premissa de comportamento, o que proporciona legitimidade à decisão.

Mormente nas ações coletivas ou difusas, em razão da amplitude do alcance do perigo que envolve a decisão, os tribunais devem, através do *amicus curiae* e das próprias provas e argumentos trazidos pelas partes, se valer das observações dos afetados pela decisão para tomar melhor conhecimento dos riscos que circundam a demanda.

Nas ações que versam sobre direito ambiental, Gomes e Simioni (2014, p. 127-133) ressaltam a importância dos princípios da informação e participação para a aproximação dos observadores do risco/perigo, e, conseqüentemente, para a confiança e legitimidade das decisões judiciais, não se tratando apenas de uma cooperação democrática dos afetados pelas decisões, mas também da potencialização de redução de riscos a partir da inserção de novos conhecimentos e informações ao processo.

²⁰ Entre as leis que preveem o *amicus curiae*: art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/1999 (ADPF); art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999 (ADI); art. 3º, § 2º, da Lei 11.417/2006 (Súmula Vinculante); e art. 896-C, § 8º, da CLT, acrescido pela Lei 13.015/2014 (recursos de revista repetitivos).

²¹ O art. 138 do CPC dispõe que: “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação”.

Não há que se falar em julgamento pautado simplesmente nos efeitos da decisão, ou seja, consequencialismo²². Não se trata, também, de negação do direito positivo e das decisões anteriormente tomadas. O que se defende é uma tomada de consciência dos riscos que envolvem uma decisão. O impacto desses riscos devem ser um elemento a ser analisado em cada caso²³, sendo que a ampla cognição do caso contribui para a legitimidade do sistema.

Ao decidir acerca da aplicação de princípios como a dignidade da pessoa humana e a propriedade, por exemplo, a importância da análise dos riscos que envolve a decisão é flagrante. Como analisar a ofensa a dignidade humana em um caso de desapropriação, ou não reconhecimento do direito à terra indígena ou quilombola, sem considerar o risco de sua decisão?

Ao decidir pela legalidade da demarcação contínua da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol, nos autos da Pet 3.388/RR, o Supremo Tribunal Federal precisou analisar os impactos de sua decisão na preservação das etnias indígenas que ocupavam o território em discussão. Isso não significa, necessariamente que o STF precisou decidir a partir de normas, códigos e operações alheias ao sistema jurídico. Em verdade a observação dos efeitos foram analisadas pelo sistema e através dos elementos produzidos pelo próprio sistema jurídico.

O STF, ainda, ao julgar a ADI 2240 e reconhecer a inconstitucionalidade da lei estadual nº 7.619 que criou o município de Luís Eduardo Magalhães/Bahia, se deparou com o seguinte dilema: ou aplica os efeitos oriundos do princípio da nulidade e extingue todas as relações jurídicas estabelecidas com a criação do município; ou modula os efeitos do reconhecimento da nulidade e aplica o princípio da segurança jurídica às relações já firmadas, mantendo-as válidas.

²² “a expressão *consequencialismo jurídico* será utilizada em um sentido extremamente amplo, i. e., como qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas. Nesses termos, denominar-se-á de ‘consequencialista’ não apenas a posição segundo a qual uma decisão D é correta se e somente se não se encontra, com relação a ela, alguma decisão alternativa a que se associem consequências preferíveis àquelas associadas a D” (SCHUARTZ, 2008, p. 130-131).

²³ “Por mais que não possamos ou não queiramos identificá-las, as decisões judiciais *têm* consequências, *reconhecidamente*. Exigir dos juízes que se abstenham, na justificação das suas decisões, de considerar as consequências associadas às mesmas e às suas alternativas, significa reservar exclusivamente aos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Executivo essa possibilidade” (SCHUARTZ, 2008, p. 141).

Ao modular os efeitos da nulidade da lei que instituiu o referido município, a Suprema Corte precisou observar os riscos inerentes ao processo decisório, inclusive para avaliar a insegurança jurídica possivelmente causada pela decisão, o que revela, de certo modo, o diagnóstico antecipado dos efeitos da decisão para a própria tomada de decisão.

Ademais, vale registrar que as irritações ou perturbações, que representam informações advindas do ambiente, em consonância com a teoria dos sistemas sociais autopoieticos, não configuram, por si só, ameaça ao fechamento operacional do sistema jurídico. Evolutivamente, o direito deve analisar esses elementos enquanto variação e decidir, orientado pelas suas próprias operações, se selecionam e estabilizam²⁴ ou não a expectativa comunicada pelos observadores do perigo. As perturbações originadas do ambiente só se tornam determinantes da evolução sistêmica quando assimiladas internamente como inovações (NEVES, 2016, p. 3).

A heterorreferência sistêmica deve abarcar, da melhor forma possível, a observação por parte daqueles que sofrem impactos da decisão judicial, enquanto o fechamento deve traduzir essas irritações para que suas consequências sejam analisadas enquanto riscos. O que se intenta, além do mais, não é a eliminação dos riscos decorrentes das decisões judiciais, o que é impossível, mas sim uma melhor análise das consequências advindas das decisões judiciais a partir da democratização e legitimação do processo decisório derivado da participação²⁵ dos afetados.

Por outro lado, essa abertura cognitiva não deve representar assunção por parte do sistema jurídico de códigos e programas dos demais sistemas sociais diferenciados como a política, a economia e a ciência. Os argumentos e expectativas trazidas ao processo precisam ser recebidos enquanto irritações do ambiente que serão filtradas pelo código e programa do direito, para não incorremos em corrupção do sistema. Esse controle precisa

²⁴ “A evolução se dá quando diferentes condições são satisfeitas e quando elas se acoplam entre si de maneira condicional (não necessária) a saber: (1) a *variação* de um *elemento* autopoietico relativamente aos padrões de reprodução que até então eram vigentes; (2) a *seleção* da *estrutura* que assim se faz possível como condições de outras reproduções; e (3) a *estabilização do sistema*, no sentido de mantê-lo dinamicamente estável para que seja possível a reprodução autopoietica dessa forma estruturalmente determinada que passou por alteração” (LUHMANN, 2016, p. 323).

²⁵ “um tribunal que exija apenas algumas poucas informações dos participantes e depois decida de surpresa com base em uma convicção própria desvinculada dessas informações, não utiliza as oportunidades de legitimação que o processo oferece” (LUHMANN, 1995 *apud* ZAPATER, p. 176-177).

ser realizado, principalmente, pelos tribunais, ao auto-observar o sistema aplicando o código direito/não-direito às decisões jurídicas de primeira ordem, garantindo a autopeise do sistema jurídico.

Cabe pontuar, inclusive, que as decisões judiciais produzidas pelos tribunais têm a aptidão de se tornar precedentes judiciais aplicáveis em outros casos semelhantes ao julgado anteriormente. Deste modo, os riscos a serem analisados transcendem o objeto discutido em uma demanda. Os tribunais não apenas decidem casos concretos a partir da observação de segunda ordem, mas também projetam regras de decisão a serem usadas em processos semelhantes no futuro, o que gera redundância. Então, os tribunais estão submetidos a uma dupla exigência: decidir sobre cada caso e aplicar as regras de decisão de maneira igualitária a outros casos particulares (LUHMANN, 2016, p. 405-406).

Em outras palavras, para Luhmann (2016, p. 420) a decisão dos tribunais pode valer também como um programa de decisão. Em caso de vinculação desse programa, a *ratio decidendi* do precedente judicial orientará as novas decisões tomadas pelo próprio tribunal ou pelos juízes a ele vinculados.

A partir desse efeito programático do sistema, em função do precedente judicial firmado em determinada demanda, revela-se, mais uma vez, necessária a abertura cognitiva do direito a partir da maximização da participação da sociedade no processo decisório.

Ao analisar os riscos de uma decisão considerando os elementos traduzidos da observação do perigo, o tribunal cria programas de decisão que facilitarão a comparação com os casos futuros inseridos no sistema, facilitando a consistência e legitimidade do direito. No processo de decisão não se pode evitar a atribuição de consequências jurídicas dessas decisões (LUHMANN, 1991, p. 87). Levando em conta sua inevitabilidade, as instâncias decisórias não podem negligenciar os efeitos concretos de sua decisão.

A melhor comunicação entre aqueles que decidem e os observadores do perigo dessa decisão perpassa pela eficiente participação dos afetados pela decisão no cumprimento de seus papéis de parte e *amicus curie*. A adoção da decisão (legitimidade), enquanto premissa de comportamento dos sujeitos, depende de procedimento em que as partes influenciem a decisão, ou, ao menos, vejam-na como resultado de sua participação.

Por outro lado, faz-se necessário o desenvolvimento de mecanismos de controle das condições de racionalidade instrumental da decisão²⁶. Isso para que não se exceda a margem de consequências reconhecidas na decisão e se reforce o consequencialismo.

Ocorre que os observadores do perigo poderão apresentar argumentos relacionados à consequência ou não da decisão. Em que pese esses observadores partam da observação do perigo (consequência) da decisão, não significa, necessariamente, que os argumentos e normas invocadas sejam no sentido de alertar para a consequência da decisão.

Em verdade, a proposta de ampliação do alinhamento dos observadores do risco e do perigo está mais relacionada à legitimação da decisão, democratização e acesso à justiça. Como afirma Luhmann (1983b, p. 63): “democracia e legitimidade são fenômenos reciprocamente referenciados”.

Dessa forma, em conclusão às premissas expostas, no momento em que os afetados pelas decisões judiciais participem e contribuam efetivamente para a análise dos riscos/perigos que envolvem sua definição, aumenta-se a legitimidade do sistema jurídico, o que fortalece a democracia e, ao mesmo tempo, a aceitação das decisões judiciais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Toda decisão jurídica tem como efeitos os riscos/perigos que envolvem sua escolha. Não há decisão sem que seus efeitos sejam diferentes, enquanto observadores, para aqueles que tomam a decisão e para aqueles que são atingidos por ela. Todavia, os tomadores de decisões judiciais precisam analisar seriamente os riscos que envolvem sua escolha.

²⁶“O problema, e este é um dos grandes achados de Luhmann sobre o assunto, verifica-se quando, nos processos de aplicação do direito, ambos os elementos da relação, i. e., tanto as normas jurídicas (em virtude da positivação do direito e das liberdades envolvidas na sua interpretação), quanto os casos concretos a que seriam aplicadas, passam a ser contingentes, e o processo de aplicação ‘perde o ponto fixo de referência em um dos seus elementos’. Nessas circunstâncias, a referência perdida tem que ser substituída por um critério que governe o movimento de ir e vir entre as normas e os fatos e imponha limites ao capricho do aplicador na seleção das variações que se tornaram em princípio possíveis com a bilateralidade da contingência. É então para a provisão de critérios deste tipo que surge a necessidade da dogmática jurídica (...). Por mais que não possamos ou não queiramos identificá-las, as decisões judiciais *têm* consequências, *reconhecidamente*. Exigir dos juizes que se abstenham, na justificação das suas decisões, de considerar as consequências associadas às mesmas e às suas alternativas, significa reservar exclusivamente aos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Executivo essa possibilidade” (SCHUARTZ, 2008, p. 147).

Os observadores que decidem acerca das expectativas normativas advindas do ambiente, devem tomar ampla consciência dos efeitos de sua decisão e dos argumentos trazidos pelos afetados pelo julgamento.

Não se trata de fortalecimento do decisionismo nem de rompimento com a autopeise do sistema jurídico. A clausura operativa do direito permanece, ao aplicar exclusivamente o código lícito/ilícito a partir de seus programas. Todavia o fechamento operacional é condição de abertura cognitiva do direito, e essa abertura deve potencializar a participação dos afetados pelas decisões judiciais.

Ao potencializar as irritações provocadas pelos observadores do perigo, através de regras e controles criados pelo próprio direito, o sistema jurídico não compromete sua autopeise. Em verdade, apenas amplia a abertura cognitiva e regula a evolução dos elementos introduzidos pelos referidos observadores a partir da variação/seleção/estabilização no sistema jurídico.

Portanto, ao julgador traduzir a observação do perigo na análise dos riscos de sua decisão, reforça-se a legitimidade do sistema jurídico, pois a decisão se revela enquanto produto da participação dos afetados pelo julgamento. Nesses termos, a aproximação entre aqueles que veem os efeitos de uma decisão enquanto risco e enquanto perigo aumenta a adoção da decisão enquanto premissa de comportamento dos próprios afetados pela decisão.



REFERÊNCIAS

BROWN, George Spencer. **Laws of form**. Nueva York: The Julian Press, 1972.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. Legitimação procedimental e modernidade: a problemática da legitimidade jurídico-política em sociedades complexas. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 38, n. 150, p. 100-120, 2001. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/681>. Acesso em: 18 nov. 2018.

- GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo : Atlas, 2002.
- IBARRA, Arturo Ortega. **El sistema confianza**. La confianza en el pensamiento de Niklas Luhmann. Dissertação de Mestrado. Universidad Panamericana. México, DF: 2012. Disponível em: <http://biblio.upmx.mx/library/index.php?title=Special:GSMSearchPage&process&mode=&subheadings=SISTEMAS%20SOCIALES%20LEMB%20>. Acesso em: 15 set. 2018.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Ed. UnB, 1980.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Vol. I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983a. Coleção Biblioteca Tempo Universitário, n. 75.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Vol. I. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983b. Coleção Biblioteca Tempo Universitário, n. 75.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Tradução de Silvia Pappé, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura. Javier Torres Nafarrate (coord./trad.). Guadalajara: Universidad Iberoamericana; Universidad de Guadalajara, 1992.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales**: lineamentos para una teoría general. México:Alianza/Universidad Iberoamericana, 1991.
- LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: Herder, 2006.
- LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- NAFARRANTE, Javier Torres. Luhmann e as “formas elementares” da vida social. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 2, n. 1, p. 28-36, jan./jun. 2015.
- NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na periferia: alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann. **Revista de Informação Legislativa**, ano 52, n. 206, 2015.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, n. 1, p. 130-158, 2008. Disponível

em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em: 15 mar. 2019.

SILVA, Artur Stamford. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. *In: Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade. **Nomos** - Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, v. 37, n. 1, p. 259-279, 2017. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2936>. Acesso em: 13 ago. 2018.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; GOMES, Renata Nascimento. A aplicação do princípio ambiental da informação no direito brasileiro na forma de confiança e risco em Niklas Luhmann. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, v. 4, n. 2, p. 117-136, 2014. Disponível em: <http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/view/3341>. Acesso em: 20 ago. 2018

TEUBNER, Gunther. Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do Direito? **Revista Eletrônica do Curso Direito** – PUC Minas Serro, Belo Horizonte, n. 4, p. 17-54, out. 2011.

SILVA JUNIOR, Jorge Adriano da; SANTOS, Caio Vinicius de Jesus Ferreira dos. Observações do risco e do perigo para a legitimação do direito. **RBSD** – Revista Brasileira de Sociologia do Direito, v. 6, n. 3, p. 246-267, set./dez. 2019.

Recebido em: 15/05/2019

Aprovado em: 17/08/2019