

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

**TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E
FILOSOFIA DO ESTADO I**

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

LEONEL SEVERO ROCHA

BERNARDO LEANDRO CARVALHO COSTA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T314

Teoria do Direito, Teoria da Justiça e Filosofia do Estado I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bernardo Leandro Carvalho Costa; Leonel Severo Rocha; Sérgio Urquhart de Cademartori. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-828-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teoria do Direito 3. Teoria da Justiça e Filosofia do Estado. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO I

Apresentação

Envolvendo TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO, o presente livro conta com relevantes pesquisas, resultantes do XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA.

Iniciando os trabalhos, destaca-se o trabalho de Iandara Bergamaschi de Freitas e Amanda Ferst Pereira da Silva, denominado “Argumentação Jurídica de Alexy no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/STF.

O trabalho busca Identificar alguns aspectos da Teoria de Robert Alexy no julgamento da ADI 481/DF, destacando elementos da teoria alexyana nos votos dos diferentes ministros do STF ao longo do referido julgamento. A pesquisa, nesse sentido, busca demonstrar a utilização e recepção da teoria da ponderação no Brasil por meio de um caso prático.

Na sequência, o texto de Renata Almeida da Costa, Germano Schwartz e Karen Lucia Bressane Rubim, denominado “ A internet como sistema diferenciado e seu acoplamento estrutural com o Direito: uma análise sociológica à luz de Niklas Luhmann” é vinculado à linha de pesquisa Direito e Sociedade, aplica a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann ao contexto da internet, apresentando a natureza sistêmica da internet, sustentando sua definição como um subsistema da sociedade mundial. Destaca-se, nesse sentido, por meio de uma perspectiva transdisciplinar , a formação de acoplamentos estruturais e da observação da seleção de novos elementos da internet ao sistema jurídico, com ênfase aos novos conceitos, próprios da internet, que passam a integrar a comunicação jurídica.

Os trabalhos seguem com a contribuição de João Luiz Martins Teixeira Soares, no texto “A liquidez do Direito Positivo e a (in)efetividade dos direitos de grupos vulneráveis.”

Neste trabalho, o autor busca observar o Direito Positivo a partir das categorias de Baumann, destacando-se o conceito de modernidade líquida, como possibilidade de observação entre as diferentes matrizes epistemológicas do Direito. Com esse propósito, o autor transita entre as diferentes correntes do pensamento jurídico.

Dando seguimento, Leandro Martins, em seu texto “A relação entre Direito e Religião e suas implicações para o debate jurídico contemporâneo” faz uma abordagem da religião nos debates da esfera pública, apresentando as possíveis iterações e contrapontos na relação Direito, Religião e Política. Para além da crítica direta, o autor busca demonstrar não apenas o combate direto às abordagens religiosas sobre o Direito, mas também questiona sobre as possibilidades de contribuição que essa transdisciplinaridade pode contribuir ao pensamento jurídico.

De autoria do mesmo pesquisador, a sequência conta com a pesquisa “Tolerância em Pierre Baile e sua pertinência para o período moderno e para o debate contemporâneo”

Por meio de um recorte histórico, o século XVII, o autor busca demonstrar e influência da obra de Pierre Baile no pensamento moderno, destacando sua influência nos trabalhos de John Locke e de Voltaire, elucidando sua contribuição para o pensamento jurídico, sobretudo a partir do conceito de tolerância.

O trabalho seguinte denomina-se “Análise da (In)constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 95/2016 sob a ótica kelseniana”.

Neste trabalho Eduardo Felipe Veronese analisa a Emenda Constitucional nº 95/2016, cuja discussão envolve a efetivação de direitos sociais, apontando o modo como o teto de gastos públicos determinado por referida emenda pode ser reconhecido como (in)constitucional sob esse posto de vista; e, de outro lado, o autor aponta como Kelsen destacaria a validade de referida norma a partir de aspectos internos do Direito.

Na sequência, no texto “Constitucionalismo Garantista: uma nova proposta teórica”, Willian Barreto Júnior e Sérgio Cademartori demonstram a dualidade entre constitucionalismo político e constitucionalismo jurídico, dando-se ênfase ao pensamento de Luigi Ferrajoli, apontando os 04 (quatro) postulados básicos do constitucionalismo garantista, que sustentam a relevância das garantias primárias e secundárias na aplicação de direitos fundamentais na Teoria do Direito no momento Pós-Segunda Guerra Mundial.

O texto subsequente denomina-se “Liberalismo, Marxismo e Conservadorismo: a influência das ideologias nas democracias liberais na distribuição dos direitos.”

Abordando as diferentes teorias econômicas, José Claudio Monteiro de Brito Filho faz uma análise das possíveis ideologias que influenciam a distribuição dos direitos nas democracias liberais. Para tal, aborda os principais autores clássicos vinculados a cada uma das referidas teorias, elencando a presença desses escritos em processos de distribuição dos direitos.

Ato contínuo, a pesquisa “Neoconstitucionalismo no Direito Animal: uma análise a partir do caso das búfalas de Brotas” é apresentada no Livro.

Neste trabalho, Iandara Bergamaschi de Freitas e Amanda Ferst Pereira da Silva abordam a abordagem neoconstitucionalista e o pensamento de Robert Alexy para observar o “caso das búfalas de Brotas”, destacando a abordagem do Supremo Tribunal Federal (STF) em casos vinculados aos direitos dos animais. A pesquisa, portanto, aponta as contradições do posicionamento da jurisdição constitucional brasileira em conceder a, após, regredir sua postura em relação a casos análogos envolvendo direitos dos animais.

Envolvendo elementos de Teoria do Direito, no texto “Non liquet: a exceção como forma de contingência para decisão, diferenciação funcional e desdobramento dos paradoxos do sistema jurídico”, a partir da matriz pragmático-sistêmica de abordagem do Direito, João Paulo Sales Pinto e Leonel Severo Rocha buscam enquadrar o conceito de “exceção” como integrante da comunicação jurídica, com uma abordagem que parte da concepção de tribunal como centro do sistema jurídico e avançam para concepções de paradoxo de decisão judicial no conceito organizacional. O non liquet, nesse sentido, representa a obrigatoriedade da decisão no Sistema do Direito. Por meio desse conceito os autores abordam os desdobramentos paradoxais do Sistema do Direito.

A sequência do texto conta com a pesquisa “O papel da dogmática jurídica: variedade doutrinária e segurança jurídica”,

Neste trabalho, Marcelo Antonio Theodoro Daiane Sabbag David França abordam os traços do sincretismo metodológico utilizado para a observação da dogmática jurídica atualmente. Nesse sentido, diferenciam dogmática e zetética jurídica, apontando a relevância dessa diferenciação para o âmbito da aplicação, sobretudo na perspectiva de aplicação dos direitos fundamentais nas decisões judiciais.

A pesquisa subsequente é denominada “Quem simpatiza com o vilão? Acesso à justiça, inclusão e exclusão nos casos de júris midiáticos e a (im)parcialidade do julgador.”

Lucas Manito Kafer Renata Almeida da Costa, articulando a concepção de tribunal como centro do Sistema do Direito, em Niklas Luhmann, com a competência de decidir nos casos direcionados ao tribunal do júri. Nesse sentido, além de destacar a função dos jurados nesses casos, os autores também demonstram os ruídos oriundos dos meios de comunicação de massa em casos destacados pela mídia.

Dando sequência aos trabalhos, há o texto “Uma Crítica à Teoria Geral do Direito sob o prisma da Filosofia e da Sociologia Jurídicas”, de João Luiz Martins Teixeira Soares

Por meio da Filosofia do Direito, sobretudo da abordagem de Mascaro, o autor propõe uma crítica à Teoria do Direito. Nesse aspecto, diferencia as categorias de Filosofia e Direito, de modo a separar a Filosofia Geral das abordagens filosóficas sobre o Direito. A categoria “Direito”, segundo essa abordagem, reduziria o jurista a um técnico. De outro modo, a Sociologia do Direito possibilitaria uma observação mais ampla, permitindo destacar a influência das relações de poder no fenômeno jurídico.

A análise subsequente denomina-se “Warat e o Anel para todos governar.”

Neste trabalho, Leonel Severo Rocha e Pedro Ernesto Neubarth buscam analisar duas metáforas do poder (o anel e Luís Alberto Warat) a partir da em encontro entre a literatura contemporânea e Luís Alberto Warat.

O presente livro, portanto, representa um relevante passo na consolidação das áreas de TEORIA DO DIREITO, TEORIA DA JUSTIÇA E FILOSOFIA DO ESTADO junto ao CONPEDI.

Composto por relevantes textos, todos com pesquisas inéditas e em nível de pós-graduação, trata-se de uma coletânea que representa a seriedade e dedicação dos pesquisadores envolvidos na referida temática, tendo todos os textos sido debatidos e acrescidos das relevantes contribuições dos doutores Leonel Severo Rocha, Sérgio Urquhart de Cademartori e Bernardo Leandro Carvalho Costa.

Desejamos a todos uma ótima leitura; e renovamos o convite para as próximas edições!

NON LIQUET: A EXCEÇÃO COMO FÓRMULA DE CONTIGÊNCIA PARA DECISÃO, DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL E DESDOBRAMENTO DOS PARADOXOS DO SISTEMA JURÍDICO

NON LIQUET: THE EXCEPTION AS A CONTIGENCE FORMULA FOR DECISION, FUNCTIONAL DIFFERENTIATION AND DEVELOPMENT OF THE PARADOXES OF THE LEGAL SYSTEM

**Leonel Severo Rocha
João Paulo Salles Pinto**

Resumo

Repensar os limites da expansividade prejudicial de sistemas sociais autopoieticos, como, por exemplo, o direito, tem sido destaque de pesquisas de autores atuais do campo epistemológico da pragmático-sistêmica no contexto jurídico como, por exemplo, Teubner, Costa, Rocha e Pinto. Neste sentido, tendo-se amplamente reavivado o debate sobre essas questões, posto que se refere, sobretudo, aos significados da decisão judicial, exige-se, ao menos uma revisão das condições de possibilidade de se discutir essa questão sob o pano de fundo que procurará problematizar a questão sob as colocações de paradoxização, reparadoxização e excepcionalidade das operações judiciais contemporâneas. Portanto, a conclusão que se propõe, a partir de uma metodologia de pesquisa pragmático-sistêmica, é que desde a obrigatoriedade de desaparadoxização que experimentam os tribunais, mesmo que posto a alta sensibilidade irritativa frente à complexidade, faz-se permitido observar um modo de respecificação semântica autônoma que promove, sobretudo, pela pressuposição de vivência de exceção, que a indeterminação paradoxal seja conjecturada em determinação decisiva. A esta formula semântica que permite esse manejo dos paradoxos relacionado à vivência da exceção, irá se observar como: “proibição do non liquet”.

Palavras-chave: Non liquet, Exceção, Pragmático-sistêmica, Paradoxização, Decisão judicial

Abstract/Resumen/Résumé

Rethinking the limits of the harmful expansiveness of autopoietic social systems, such as law, has been highlighted in research by current authors in the epistemological field of systemic-pragmatics in the legal context, such as, for example, Teubner, Costa, Rocha e Pinto. In this sense, having largely revived the debate on these issues, since they refer, above all, to the limits of the judicial decision, it is required, at least a review of the conditions of possibility of re-discussing this issue under the background that it will seek to problematize the issue under the positions of paradoxization, reparadoxization and exceptionality of contemporary judicial operations. Therefore, the conclusion that is proposed, based on a pragmatic-systemic research methodology, is that from the mandatory desaparadoxization that the courts experience, even considering the high irritating sensitivity in the face of complexity, it is possible to observe a way of autonomous semantic respecification that

promotes, above all, through the presupposition of an exceptional experience, that the paradoxical indetermination is conjectured in decisive determination. This semantic formula that allows this handling of paradoxes will be described as: “non liquet prohibition”.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Non liquet, Exception, Pragmatic-systemic, Paradoxization, Judicial decision

INTRODUÇÃO

Repensar os limites da expansividade prejudicial de sistemas sociais autopoieticos, como, por exemplo, o direito e/ou suas organizações, tem sido realce de pesquisas de autores atuais do campo epistemológico da pragmática-sistêmica como, por exemplo, Gunther Teubner (2010, 2014, 2016) Costa, Rocha e Pinto (1985; 2006; 2013; 2011; 2012; 2020; 2021; 2023).

Assim, aquelas premissas questionáveis e problematizáveis: "os tribunais, como organização podem decidir com diferentes sentidos sistêmicos?"; há, realmente limites para atuação judicial? A situação concreta exige mesmo uma elasticidade? Se sim, isto constitui uma possível corrupção sistêmica (SIMIONI. PINTO, 2019; SIMIONI; PINTO, 2017; PINTO, 2018), uma sobreposição de códigos, uma desdiferenciação do/no direito, uma exceção estabilizada, um estado de Exceção, uma confusão? Parecem despontar e sugerir as mais variadas interpretações no cenário internacional e, especialmente no contexto brasileiro. Destaque-se, neste sentido, a ampla problemática que a questão das *Fake News* e os inquéritos judiciais que daí se advieram potencializaram nos debates em torno dos limites da decisão. (RODAS, 2022; COSTA; SANTOS, 2020; LORENZETTO; PEREIRA, 2020; DE CHUEIRI; GODOY, 2020; LEMOS, 2022; PEREIRA, 2021). Neste interim, tendo-se, por consequência, amplamente reavivado o debate sobre os alcances e acepções do poder decisório, limites e sistematicidade, exige-se, ao menos uma revisão das condições de possibilidade de se discutir esse assunto sob o pano de fundo que procurará problematizar o tema sob as colocações sistêmicas de paradoxização, reparadoxização e excecionalidade das operações judiciais contemporâneas.

Uma delas, neste aspecto, é que objetiva-se propor. Neste caso, a partir de uma ótica pragmático-sistêmica que, especialmente, retome observações realizadas, sobretudo, por Niklas Luhmann e postule reorientações sobre o ponto de vista das relações entre decisão e exceção. (PINTO; ROCHA, 2021).

Por consequência, mesmo que, de fato, autores como Luhmann (1983; 1998; 1993; 2005; 2006;) não realizam/realizaram em suas obras uma teoria especificada da exceção, buscaremos mostrar como é possível destacar por esta ótica, especialmente em obras como o "direito da sociedade (*Das Recht der Gesellschaft*)"¹, que os tribunais, por

¹ Neste sentido: "Antes de tudo, voltamos a repetir: nem as leis, nem os contratos se encontram sob a obrigatoriedade de decidir. A validade do direito pode mudar- ou se deixar mudar- com a seleção dessas formas. Quanto a isso, somente os tribunais vivem uma situação de exceção (*Nur die Gerichte haben in*

sua obrigação de decidir, pressupõem uma situação/vivência de exceção em relação ao direito e suas outras organizações (LUHMANN, 2016, p. 427-428; LUHMANN, 1993, p. 320). É isto que implica, por consequência, na nossa releitura, situações amplamente problematizáveis e a distinção circular entre uma organização central, que sempre terá que decidir, e outras periféricas, que não possuem essa obrigação (LUHMANN, 1993, p. 319-320).

Decerto, partindo desse escopo, faz-se possível ao menos uma rediscussão dessa temática a partir de um metodologia pragmático-sistêmica (ROCHA, 2006; 2011; 2022; PINTO; ROCHA, 2021), pois a pressuposição de uma vivência de situação de exceção dos tribunais que, sem embargo, os autorizam e obrigam sempre a decidir, posto que impossibilitados de não decidir, impõe pensar com Luhmann (PINTO, ROCHA, 2021), logo em sequência², preocupações hodiernas que, não obstante, por mais diversos que sejam os conceitos de exceção, irão colocar a questão da autonomia dos sistemas sociais e a sua diferenciação em pauta de debates.

dieser Hinsicht eine Ausnahmestellung). É possível que, por razões políticas ou econômicas, das leis e dos contratos demande-se uma decisão. Mas, nesse caso, as coações são de outro tipo, e diante delas o sistema do direito se encontra em liberdade de decidir se são juridicamente relevantes. Só a eles incumbe o manejo do paradoxo do sistema- independentemente de como se queira denomina-lo concretamente. Somente eles devem, onde for necessário transformar a indeterminação em determinação (*Nur sie müssen, wo nötig, Unbestimmbarkeit in Bestimmbarkeit transformieren*). [...] O paradoxo, todavia, é o santuário do sistema (*Heiligtum des Systems*), e sua divindade (*Gottheit*) se oferece em múltiplas configurações. [...] Por isso, a pergunta pelo desdobramento do paradoxo é a chave para o problema da diferenciação, e é a partir da forma de diferenciação que se regulamenta qual semântica adquire ou perde plausibilidade. (LUHMANN, p. 427. No original: LUHMANN, 1993, p. 320).

² Neste sentido, o autor chega mesmo a dizer que: Como poderiam ser pensadas outras fontes de delimitação? Se se tomar como base um conceito ampliado de sistema, no sentido de construto de uma autopoiese, pode ser vislumbradas fontes bastante distintas de delimitação da margem de manobra da decisão- precisamente organização e a profissão. [...] Ser membro de uma organização significa também que o comportamento interativo possui limites cuja transgressão possibilita uma reclamação relativa ao serviço. Organização significa que os erros devem ser mantidos no marco do juridicamente aceito. Alguns podem se rebelar contra a opinião prevalecente, provocar os tribunais superiores, mas sempre com argumentos aceitáveis (adiantando-nos, vemos aí uma cooperação mútua e necessária entre organização e profissão). [...] Por fim, a organização quer decidir que existem postos diferentes, salários diferentes, ou seja, carreiras. E, em se tratando de uma carreira, muita coisa depende de onde e de como as decisões são tomadas- cada movimento sempre requerer a cooperação entre autoseleção e heteroseleção. “Do ponto de vista das perguntas: como se chega às limitações da margem de possibilidade pela determinação das possibilidades que permitam combinar 1) independência, 2) dependência do texto jurídico (vinculação pelo direito vigente) e 3) a proibição da denegação da justiça, de modo que organização e profissão sejam equivalentes funcionais? Isso se torna compreensível que se proceda a uma comparação regional entre formas de organização e expressões de profissionalidade muito diversas. [...] Certamente a função referida aos tribunais apresenta duas faces, e a segunda se torna cada vez mais importante. Por um lado, os juristas (advogados, mas também juízes) preparam a decisão formal para o litígio; por outro, no contexto da prática cautelar, ocupam-se de formular os instrumentos jurídicos de tal modo que o litígio possa ser evitado. [...] Aí atentar para o lado operacional da autopoiese do sistema do direito e não tanto para o lado institucional, a influência organizatória e profissional com relação ao que se comunica ou se deixa de comunicar erige-se como uma zona limítrofe a circunscrever a verdadeira atividade jurídica. Protegido pela organização e pela profissionalização, o tribunal faz apresentação de sua própria decisão como interpretação do direito vigente e aplicação do direito vigente que transforma o direito vigente.” (LUHMANN, 2016, p. 444).

Assim, nos capítulos que seguem, estatuímos, a partir de uma metodologia de revisão bibliográfica, que na forma como Luhmann descreve os tribunais, estas problematizações possam permitir uma resposta que coloque a questão da pressuposição da exceção como relacionada intrinsecamente com fórmulas de manejo dos paradoxos (momentos de improbabilidades) e, por consequência, com a manutenção da diferenciação funcional do direito da sociedade contemporânea.

Portanto, a conclusão que se propõe, a partir de uma metodologia de pesquisa pragmático-sistêmica, é que desde a obrigatoriedade de desparadoxização que experimentam os tribunais, mesmo que posto a alta sensibilidade irritativa frente à complexidade, faz-se permitido observar um modo de respecificação semântica autônoma que promove, sobretudo, pela pressuposição de vivência excepcional, que a indeterminação paradoxal seja conjecturada em determinação decisiva reforçando a diferenciação funcional autônoma jurídica. A esta fórmula semântica que permite esse manejo dos paradoxos relacionada à questão da exceção, irá se descrever como: “proibição do *non liquet*”. Neste aspecto, ao considerar a organização sob uma perspectiva sistêmica, a noção de excepcionalidade desempenha um papel crucial na sua identificação e definição, influenciando sua dinâmica e interações dentro do contexto mais amplo do sistema ao qual pertence.

1- A DECISÃO E A FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS COMO SISTEMA CENTRAL DO DIREITO

Embora existam várias obras sobre o papel dos tribunais na sociedade contemporânea, autores como Niklas Luhmann (1993; 2005; 2006; 2016) apresentaram uma perspectiva singular sobre esse assunto. Considerando as premissas metodológicas da abordagem pragmático-sistêmica (ROCHA, 2022; 2006, 2011; 2013; 2021; 2023), surge o questionamento sobre a função, a estrutura e as seletividades inerentes às atividades dos tribunais no contexto da comunicação jurídica na sociedade. Essa análise é realizada a partir da posição de um observador de segunda ordem.

Para esse propósito, é possível notar que os sistemas sociais, como o direito, historicamente se beneficiaram de premissas organizacionais concretas para estabelecer sua relação com o ambiente de variedade. Essa observação é feita levando em consideração o estilo de observação mencionado que “sistema jurídico só se permite ser diferenciado como sistema internamente diferenciado.” (LUHMANN, 2016, p. 396).

De acordo com o autor, o conceito de "diferenciação interna" significa que, do ponto de vista do sistema social, tudo o que não faz parte das suas próprias autorreflexões é considerado ambiente. Por consequência, na perspectiva de Luhmann: “importa verificar, em primeiro lugar, o posicionamento dos tribunais como um sistema parcial diferenciado do direito” (LUHMANN, 2016, p. 399).

Em outros termos, busca-se descrever os tribunais a partir da subseqüente pontuação: “qual a forma de diferenciação se impõe ao sistema do direito quando se é obrigado a diferenciar em tribunais?” (LUHMANN, 2016, p. 400).

Dessa forma, a metodologia sistêmica procura descrever as questões por meio de uma abordagem operacional e, conseqüentemente, heterárquica. Luhmann prescinde, neste sentido, de propor uma contribuição hierárquica institucional de natureza semântica, ou sintática.

Com base em uma diferença operacional entre o centro e a periferia, torna-se explicável a posição dos tribunais. Considerando essa perspectiva observacional, pode-se descrever os tribunais como o epicentro do sistema, uma vez que deles constantemente se espera uma decisão. Em outras palavras, os tribunais têm a obrigação de tomar decisões.

“O fechamento operativo do sistema e seu deslocamento de toda e qualquer participação direta no ambiente corresponde à necessidade, interna ao sistema, de ter de decidir” (LUHMANN, 2016, p. 410).

O termo "decidir", por consequência, refere-se à ação de tomar uma determinação ou escolher uma opção em relação a uma situação ou problema específico. No contexto mencionado, a observação da decisão pode ser compreendida como o processo de analisar e perceber como uma escolha é feita ou uma resolução é alcançada.

Quanto à perspectiva de Luhmann sobre a decisão como um desdobramento concreto do paradoxo do direito, ele argumenta que a possibilidade de tomar uma decisão só surge quando não é possível decidir de forma clara e definitiva. Em outras palavras, a decisão torna-se necessária quando uma situação apresenta complexidade, incerteza ou conflito, e não há uma resposta clara ou pré-determinada.

Essa visão paradoxal da decisão sugere que a tomada de decisão é uma resposta contingente a circunstâncias complexas, onde não há uma opção inscrita no sistema. Portanto, a decisão emerge como um processo que lida com tensões e contradições inerentes ao direito.

Em outras palavras, a permissibilidade de decisão só advém porque, destarte, não possível decidir, “até porque a decisão não pode se confundir como as alternativas a serem escolhidas” (LUHMANN, 2016, p. 411). Deste modo, esta se considera a partir de “a diferença que constitui a alternativa, ou de maneira mais precisa, ela é a unidade dessa diferença. Portanto, “um paradoxo” (LUHMANN, 2016, p. 411).

Assim, “que os tribunais se vejam na obrigatoriedade de decidir é ponto de partida para a construção do universo jurídico, para o pensamento jurídico e para a argumentação jurídica” (LUHMANN, 2016, p. 423).

Exatamente, a função dos tribunais de tomar decisões em situações onde não é possível evitar a necessidade de decidir é o que os torna o centro do sistema jurídico. Eles assumem esse papel central devido à sua responsabilidade de lidar com casos complexos e controversos (paradoxais), nos quais a aplicação das leis existentes pode não ser suficiente para resolver de forma clara e direta, “visto que de outro modo a decisão já estaria decidida, e seria o caso apenas de reconhecê-la” (LUHMANN, 2016, p.411).

De acordo com a visão luhmanniana, os tribunais desempenham um papel significativo na operacionalização do paradoxo do sistema jurídico. Eles atuam como decisores frente a comunicação complexa com o ambiente no qual estão inseridos.

Em outra percepção, tal distinção funcional entre periferia e centro, permite, no mesmo aspecto, certo lugar de uma averiguação temporalizada da decisão. “Uma extensão de tempo só é possível se o presente for inserido como distinção, como unidade da diferença entre passado e presente, [...] a decisão opera no âmbito de sua própria construção, que é possível somente no presente”. (LUHMANN, 2016 p. 412-413).

Dessa forma, além da responsabilidade de tomar decisões, os tribunais precisam estabelecer diretrizes para o futuro, mesmo que as decisões ocorram sempre no presente e o futuro permaneça incerto. Desse modo: “a decisão tem consequências para os presentes no futuro” (LUHMANN, 2016, p. 413).

Nesta ocasião se depara, quiçá, o pretexto de Luhmann (2016, p. 414) delinear “que os tribunais tem de lidar com a questão de construir estabilidade na instabilidade”, tendo em vista consolidações de sentido como a “justiça”, por exemplo.

Da mesma forma, isso gera uma preocupação significativa em relação às consequências, bem como uma ilusão construída em torno do termo "procedimento", uma vez que as consequências das decisões, embora possam ser discutidas, não podem ser completamente conhecidas.

“Levando em conta tudo isso, a decisão é um paradoxo que não se pode tematizar, mas na melhor das hipóteses, somente mistificar” (LUHMANN, 2016, p. 413). “A autoridade, as decorações, tudo isso ocupa uma lugar que impede que o paradoxal da tomada de decisão apareça como paradoxo” (LUHMANN, 2016, p. 413), bem como “denuncie que a razão que decide com legalidade sobre o que é legal e ilegal vem a ser, também ela, um paradoxo, e que a unidade do sistema só pode ser observada como paradoxo” (LUHMANN, 2016, p. 413).

No entanto, é um fato, conforme sugerido por Luhmann, que, independentemente da situação que se apresente, os tribunais devem tomar decisões e isso, sem dúvida, representa a maneira pela qual a jurisdição se liberta completamente do controle político.

Entretanto, o que admite que os juízes, neste sentido, admitam os ímpetos do decidir? Deste modo, “A um olhar retrospectivo, tem-se a impressão de que o risco da tomada de decisão inerente a todo direito tinha de ser distribuído em duas instâncias (jurisdição e legislação) para, assim, tornar-se tolerável.” (LUHMANN, 2016, p.403).

No entanto, na perspectiva observada, os tribunais se apresentam como a organização central do sistema jurídico porque não têm a opção de se abster de tomar decisões. Isso difere da periferia do sistema organizacional, onde não há tal obrigação, e esses elementos desempenham um papel importante como apoio cognitivo contingencial. “Precisamente por isso a periferia serve de zona de contato com outros sistemas de funções da sociedade- seja a economia, a vida familiar domestica ou a política” (LUHMANN, 2016, p. 430).

2- NON LIQUET: “A PROIBIÇÃO DA DENEGAÇÃO DA JUSTIÇA” COMO MANEJO EXCEPCIONAL PARA RESPOSTA AOS PARADOXOS E MANUTENÇÃO DA DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL

“A norma que corresponde a essa situação- central- é de que se encontra proibida a denegação de justiça” (proibição do *non liquet*) (LUHMANN, 2016, p. 414). Dessa maneira, Luhmann observa que a questão da excepcionalidade operada através do conceito de *non liquet*, ou seja, a proibição de impossibilidade de decidir³, coloca uma

³ Neste sentido, no Brasil, há expressamente um dispositivo legal que diz: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. (BRASIL. Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Brasília: Planalto, 2010.)

demanda no sistema jurídico por uma competência universal capaz de decidir sobre todos os casos que chegam ao centro do sistema. (LUHMANN, 2016, p. 414).

“Antes de tudo, voltamos a repetir: nem as leis, nem os contratos se encontram sob a obrigatoriedade de decidir. [...] Quanto a isso, somente os tribunais vivem uma situação de exceção” (*Nur die Gerichte haben in dieser Hinsicht eine Ausnahmestellung*)” (LUHMANN, 2016, p. 427-428; LUHMANN, 1993, p. 320).

Exatamente, é precisamente esse problema de relação entre universalidade e capacidade de decisão que explica a proibição da negação de justiça. No direito, uma norma imperativa continua a ser válida mesmo em situações contrafáticas.

Por consequência, a questão da proibição da denegação da justiça leva a que o sistema autodescritivamente persista teoricamente com essa instalação fundamental da função dos tribunais, especialmente, tendo-se em vista a questão de interpretação.

Nesse interim, é onde se evidencia, por exemplo, a importância dos princípios ou mesmo dos casos difíceis (hard cases). “Trata-se, por conseguinte de casos em que não basta o conhecimento do direito vigente para indicar quem esta de posse do direito [...] não obstante, os tribunais devem decidir sobre esses casos”. (LUHMANN, 2016, p. 419)

“Assim é que o paradoxo das decisões indecidíveis deve se desdobrar de um ou de outro modo” (LUHMANN, 2016, p. 419). Aqui fica evidente a diferença e a importância de uma observação focada nas operações jurídicas desparadoxais dos tribunais.

Em resumo, pode-se descrever que o paradoxo da decisão sempre busca encontrar formas de ocultação aceitáveis. No entanto, essa questão levanta outro questionamento: o paradoxo é, onde, invisibilizado? Luhmann observa que é, sobretudo, na jurisdição que isso ocorre. (LUHMANN, 2016, p. 427).

Portanto: “Por isso, a pergunta pelo desdobramento do paradoxo, é a chave para o problema da diferenciação [...] assim impõe-se a necessidade de substituir o modelo hierárquico – jurisdição e legislação – pelo de uma diferenciação entre centro e periferia” (LUHMANN, 2016, p.428).

Por conseguinte, Luhmann ressalta que: “o problema não está no processo de diferenciação, mas na contingência do sistema já diferenciado que, sem embargo, reage à distinção entre legislação e jurisprudência” (LUHMANN, 2016, p. 403). “Tudo isso nos traz a suspeita que nos leva mais fundo e dissolve o nível da discussão a que até agora se chegou” (LUHMANN, 2016, p.414).

Em outro aspecto, Luhmann (2016, p. 446) Luhmann também observa que essas organizações centrais responsáveis por lidar com o paradoxo são descritíveis em outros sistemas sociais de sentido.

No sistema econômico, por exemplo, podemos perceber que os bancos ganham destaque como organizações que lidam com as complexidades comunicacionais.

No mesmo aspecto, observa-se o Estado enquanto organização do sistema político, porque tem papel determinante na manutenção das decisões coletivamente aplicáveis, independente das discussões por consensos que ocorrem na periferia do sistema, isto é, nos setores legislativos.

Exatamente, a organização e a profissionalização das competências desempenham um papel crucial nesse sentido. A diferenciação operativa correspondente ao sistema permite lidar com os riscos das atividades, incluindo o cálculo das consequências envolvidas.

Nesse sentido, é possível observar que apenas no centro do sistema são notáveis outras configurações de diferenciação, como a segmentação e uma certa hierarquização.

Essas características são mais proeminentes no centro, onde as funções e responsabilidades são distribuídas de forma mais especializada e organizada. “Somente os tribunais constituem uma hierarquia, somente eles se diferenciam horizontalmente segundo as distintas competências espaciais ou profissionais”. (LUHMANN, 2016, p.432). Sendo assim, por exemplo, um tribunal hierárquico, como o Supremo Tribunal Federal no Brasil, permite-se interpretar questões com base na sua própria recursividade decisional.

De fato, ao considerarmos a concepção operativa da autopoiese do sistema jurídico, é notável que a influência da organização e da profissionalização desempenha um papel central na verdadeira atividade jurídica.

Mais do que apenas questões semânticas, a forma como o sistema jurídico se organiza e se profissionaliza é fundamental para o seu funcionamento. (LUHMANN, 2016, p. 444-445). “Protegido pela organização e pela profissionalização, o tribunal faz apresentação de sua própria decisão como interpretação e aplicação do direito vigente que transforma o direito vigente” (LUHMANN, 2016, p.444).

Como resultado, a diferenciação operativa observada entre "centro e periferia" em vez da distinção convencionalmente feita entre "legislação e jurisdição" permite uma nova perspectiva para analisar a circularidade ou a dimensão institucional em que o debate jurídico normalmente se situa. Isso coloca a posição dos tribunais e sua excepcionalidade

presumida como uma condição fundamental para lidar concretamente com o paradoxo do direito. (LUHMANN, 2016, p. 427-428; LUHMANN, 1993, p. 320).

Assim, a distinção estabelecida entre organização e sistema, assim como entre centro e periferia, permite, no entanto, a auto-observação de que os tribunais desempenham um papel fundamental como um aparato operacional central que possui a excepcionalidade decisiva pressuposta, sendo responsáveis por estabelecer uma relação comunicativa entre o sistema jurídico e o ambiente em que atuam.

Há, como se pode notar, uma transformação no pretexto que desde de o jurista e juiz Romano Aulo Gélío [*Aulus Gellius*] (123–165) se entendia por *Non Liquet* [mais especificadamente, *non liquere*] (não está claro).

Sed maius ego altiusque id esse existimavi, quam quod meae aetati et mediocritati conveniret, ut cognovisse et condemnasse de moribus, non de probationibus rei gestae viderer; ut absolverem tamen, inducere in animum non quivi et propterea iuravi mihi non liquere atque ita iudicatu illo solutus sum. (GELLIUS, Aulus. Liber XIV, 25)

Em uma tradução nossa:

Mas eu achava que era maior e mais grave do que o próprio da minha idade e mediocridade, que eu fosse visto como conhecido e condenado pelo caráter, e não pelas provas dos atos; para me absolver, no entanto, não me recusei a trazê-lo à minha mente e, portanto, jurei a mim mesmo que não estava claro e, por isso, fui livre por esse julgamento.⁴

⁴ Neste mesmo sentido: *Non Liquet*. Lat. *is not clear*. In the Roman courts, when any of the judges after the hearing of a cause, were not satisfied that the case was made clear enough for them to pronounce a verdict, they were privileged to signify this opinion by casting a ballot inscribed with the letters 'N. L.' the abbreviated form of the phrase *non liquet*." (BLACK, Henry Campbell. Black's law dictionary. 4. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1951. Disponível em: <https://heimatundrecht.de/sites/default/files/dokumente/Black%27sLaw4th.pdf> Acesso em: 19 ago 2022). Também em uma tradução nossa: *Non Liquet*. Lat. não está claro. Nos tribunais romanos, quando qualquer um dos juízes, após a audiência de uma causa, não estava convencido de que o caso estava claro o suficiente para pronunciar um veredito, eles tinham o privilégio de expressar essa opinião por meio de uma cédula inscrita com as letras 'N. L.' a forma abreviada da frase *non liquet*. Não obstante, até pela escassa pesquisa genealógica desse tema no Brasil, destacamos o estudo de: MARMELSTEIN, George. O asno de Buridano, o non liquet e as katchangas. **Direitos Fundamentais.net**, 2009. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>. Acesso em: 10 ago 2022. Todavia, uma obra paraceu-nos fundamental na leitura, trata-se: RABELLO, Alfredo Mordechai. Non liquet: from modern law to Roman law. **Ann. Surv. Int'l & Comp. L.**, v. 10, p. 1, 2004. Disponível em: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1080&context=annlsurvey> Acesso em: 19 ago 2022.

De fato, a premissa que o juiz romano poderia deixar de decidir quando não “esta claro”, ou até mesmo aquela de recorrer ao imperador para solucionar a controvérsia, já na chamada época imperial do *cognitio extra ordinem*⁵, em que o processo se centralizou na figura institucional do juiz (RABELLO, 2004)⁶ e, portanto, uma sentença pública dele era esperada (RABELLO, 2004⁷, somente se resolve efetivamente em 543 d.c quando Justiniano publica a novela 125, “De Iudicibus”. (RABELLO, 2004).

Nesta, o imperador ressaltou a proibição da prática estatuidando que os juizes deveriam: *perfecte examinare causam et quod sibi iustum atque legitimum visum sit iudicare* (examinar o caso com o maior cuidado e pronunciar-se de acordo com o que lhes parece justo e legítimo⁸).

Destarte, como ressaltava Rabello (2004, p. 23), “*a certain assumption may thus be made that the Novella 125 of Justinian actually lays down the same rule as later adopted by modern legal systems, by imposing upon the judges the duty to pronounce judgment in all cases*”⁹.

Desse modo, é um “não esta claro (*ex-capere- non liquere*)” como campo constituinte de uma decisão e exceção (a proibição do *non liquet*) que é gestada (“de acordo com o que lhes parece justo e legítimo”).

⁵ Que assim é, por diversos autores, que aqui, até por uma questão de respeito não citaremos, erroneamente vista como o final do *Non Liquet*. Ver nesse sentido: RABELLO, Alfredo Mordechai. Non liquet: from modern law to Roman law. **Ann. Surv. Int'l & Comp. L.**, v. 10, p. 1, 2004. Disponível em: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1080&context=annlsurvey> Acesso em: 19 ago 2022, p. 22.

⁶ Ver nesse sentido: Ver nesse sentido: RABELLO, Alfredo Mordechai. Non liquet: from modern law to Roman law. **Ann. Surv. Int'l & Comp. L.**, v. 10, p. 1, 2004. Disponível em: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1080&context=annlsurvey> Acesso em: 19 ago 2022, p. 21.

⁷ Ver nesse sentido: RABELLO, Alfredo Mordechai. Non liquet: from modern law to Roman law. **Ann. Surv. Int'l & Comp. L.**, v. 10, p. 1, 2004. Disponível em: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1080&context=annlsurvey> Acesso em: 19 ago 2022, p. 21.

⁸ A tradução é feita pelo próprio Alfredo Mordechai Rabello: “... to examine the case with the utmost care and to pronounce in accordance with what appears to them fair and legitimate”. It will be recalled that around that time a theory of evidence was being formulated, providing the judge with additional criteria of judgment. On this point see G.G. Archi, “La Prova nel Diritto del Basso Impero,” 1961, 12 *lura* 1 et seq.; *Idem*. “Les Preuves dans le Droit du Bas Empire” (RABELLO, Alfredo Mordechai. Non liquet: from modern law to Roman law. **Ann. Surv. Int'l & Comp. L.**, v. 10, p. 1, 2004. Disponível em: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1080&context=annlsurvey> Acesso em: 19 ago 2022, p. 23.

⁹ Em uma tradução nossa: “Assim, pode-se supor que a Novella 125 de Justiniano realmente estabelece a mesma regra que mais tarde foi adotada pelos sistemas jurídicos modernos, por impondo aos juizes o dever de proferir sentença em todos os casos.”

Desse modo, que a questão do *non liquet* tem a ver com a exceção em um sentido evolutivo, autores como Agamben já deixaram bastante claro em seu estudo histórico sobre a questão. Veja-se:

Segundo alguns autores, no estado de necessidade “o juiz elabora um direito positivo de crise, assim como, em tempos normais, preenche as lacunas do direito” (Mathioti, 1956, p.424). Deste modo, o problema do estado de exceção é relacionado a um problema particularmente interessante na teoria jurídica, o da lacunas no direito. Pelo menos a partir do art. 4 do código de Napoleão (“o juiz que se recusar a julgar, sob pretexto de silêncio, sentido obscuro ou insuficiência da lei, poderá ser perseguido como culpado de denegação da justiça), na maior parte dos sistemas jurídicos modernos o juiz tem obrigação de pronunciar um julgamento, mesmo diante de uma lacuna da lei. [...] Mas, na verdade, em que consiste a lacuna em questão? Será ela, realmente, algo como uma lacuna sem sentido próprio? Ela não se refere, aqui, a uma carência no texto que deve ser reparado pelo juiz; refere-se, antes, a uma suspensão do ordenamento vigente para garantir-lhe a existência. Longe de responder a uma lacuna normativa, o estado de exceção como abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, tem o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal. A lacuna não é interna a lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, a possibilidade de sua aplicação. É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchido pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor. (AGAMBEN, 2010, p. 48-49)

Neste mesmo sentido, diz Luhmann que:

Durante a transição para modernidade era ponto pacífico que qualquer demanda fosse respondida com uma decisão, ainda que esta não fosse prevista por lei (por exemplo, o célebre art. 4 do Código Civil Napoleônico. [...] Segundo o texto: “o juiz que se recuse a julgar, sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, pode ser processado como culpado de denegação da justiça”. Só mesmo com essa medida que estipula a necessidade de conceder à jurisdição a responsabilidade própria o juiz se emancipou do velho controle imperial da política. Só então parece ser sensato tornar essa competência judicial gradativamente extensivamente aos assuntos públicos jurídicos. (LUHMANN, 2016, p. 415-416).

Assim, diferente de uma mera questão de “direito dos juízes”, em uma sociedade onde a complexidade cada vez mais se faz presente, tal forma de observação parece conduzir e captar uma maneira pragmática de observar o lugar dos tribunais no sistema do direito, assim como desvelar a forte irritação que eles estão sujeitos e, por conseguinte, suas fórmulas de contingência por meio da pressuposição de condição de possibilidades

excepcionais. Luhmann, por conseguinte, utilizou-se da proibição do *non liquet* para visualizar essa questão da invilizabilização “da impossibilidade paradoxal de decidir e de não decidir” e, por consequência, observar a condição de necessidade da decisão, da diferença e operatividade dos tribunais em todos os aspectos. (LUHMANN, 2016, p. 416-417)

Portanto, sob uma perspectiva pragmático-sistêmica, baseada na aplicação empírica dos preceitos da teoria dos sistemas sociais autopoieticos (incluindo comunicação, observação de segunda ordem e desparadoxização), é possível perceber que a exceção pode ser vista como um elemento evolutivo na diferenciação funcional jurídica da sociedade.

Esse fenômeno é observado tanto em um contexto mais amplo quanto em casos específicos, onde se manifesta de forma cada vez mais marcante e dispersa em múltiplos contextos operacionais e decisórios. Nessa abordagem, como se pode verificar, a análise da exceção não se limita apenas à questão política e ao poder, como é comum em muitas análises tradicionais (LUHMANN, 2016, p. 445-450; 1993, p. 333-337)."

Por outro lado, essa maneira de abordagem também revela que a autonomia construtiva do sistema jurídico não autoriza um potencial acrítico que conduza a "constantes expansões de arbitrariedades".

Assim, a função dos tribunais, no contexto da comunicação desparadoxal à qual o sistema jurídico está vinculado, enfrenta certas barreiras que o obrigam a se submeter às demandas das responsabilidades sociais às quais está sujeito. Por exemplo, o tratamento competente e a proteção dos direitos humanos como uma questão transnacional e constitucional, assim como o exercício da crítica teórica, como já demonstrado anteriormente (ROCHA; PINTO, 2021).

Portanto, a conexão perspicaz entre a semântica social e a diferenciação funcional reconhece, inclusive nos desdobramentos seletivos dos paradoxos do direito, uma tentativa de produzir operações em que as decisões possam sempre se colocar em questionamento.

Dessa maneira, os tribunais, por consequência, só se desataram, desatam-se e persistem a se desatar de uma permitida observação relacional política, ou mesmo de outras tentativas de capturas, como da economia, desde que mantenham a liberdade e a necessidade contínuas de decidir diante das situações que o sistema jurídico precisa comunicar e autoconservar, até porque essas tomadas de decisão não ocorrem sem possibilidade de revisões ou mudanças.

CONCLUSÃO

Decerto, por tudo que se colocou até aqui em discussão, a positividade jurídica implica que são, antes de tudo, as decisões, que validam a norma jurídica para assim se validarem.

Dessa maneira, o direito se fecha operacionalmente em seu sentido criando uma versão da realidade em que a prática jurídica (a decisão), como destaca sempre Teubner (2010; 2014), precisa continuamente operacionalizar criativamente seus paradoxos.

Os paradoxos, assim, até se permitem ser tematizados pela autodescrição (teorias, filosofia do direito, sociologia do direito, etc.) do sistema do direito¹⁰, mas a comunicação do direito exige que eles sejam operacionalizados, sob pena de mostrar o paradoxo no qual ele repousa e, assim, não oculta-lo e torna-lo suscetível a um paralisia.

Deste modo, como mostramos nos itens acima, a obrigatoriedade paradoxal de decidir e a posição dos tribunais permite a observação pela comunicação da excepcionalidade, porque o sistema jurídico abre, na necessidade da jurisdição, essa efetivo exame da incoerência paradoxal do próprio direito. É preciso decidir; a improbabilidade da comunicação, gera, por consequência, a probabilidade excepcional da comunicação

Por certo, isso traz uma ativa probabilidade de risco quando se considera a função judicial, mas também a permissibilidade de se observar relações comunicacionais entre decisão e exceção. Assim, pela maneira que trabalha Luhmann, a *questão da vivência da exceção decisória* e sua relação com a proibição do *non liquet* (LUHMANN, 2016, p. 427-428; LUHMANN, 1993, p. 320; LUHMANN, 2016, p. 415-416; PINTO; ROCHA, 2021), no direito, deslumbra um ponto comprobatório distinto e uma possibilidade de teorização, sem embargo, diferente, partindo da problemática que daí se gera.

Dessa maneira, do mesmo modo que descreve a obrigatoriedade de decisão judicial como uma coação que se transforma em liberdade pela excepcionalidade, indeterminação em determinabilidade, Luhmann dispõe uma descrição que permite constar inauguralmente uma sistematização desta mesma pela ótica *organizativa e profissional*.

Assim, observa-se que o Tribunal *sistematiza a excepcionalidade que ele constantemente supõe*, de modo a continuamente proteger o poder excessivo da função

¹⁰ Mostramos isso em nosso livro: PINTO, 2018. Ver também neste sentido TEUBNER, 2014.

judicial observando uma lógica organizacional e profissional que, decerto, antecipa procedimentos de asseguramento.

Assim, os tribunais como centro do sistema jurídico, antes de tudo, organizam-se constituindo formas de hierarquia, superioridade e inferioridade recursal e decisória, competências espaciais, concorrências frente ao crescimento efetivo da profissão, pressões das outras organizações não decisórias (Ordem dos Advogados do Brasil, Poder Legislativo, Ministério Público e afins) competências profissionais, instâncias de revisão, procedimentos de controle centralizado que vão desde jurisprudencial-sumular ao institucional.

Portanto, atentando-se para essa ótica sistêmica dos tribunais, pode-se ver que a organização e profissionalização significam que a vivência de exceção pressuposta, bem como a função judicial, devem ser mantidas no marco do *juridicamente aceito* (o que, por consequência, polemiza situações de suspensão) que, neste caso, admite dizer constatar que os sistemas sociais se tornaram tão especializados em seus centros decisivos com a questão da operatividade da exceção pressuposta, que realmente fica difícil falar colocar em xeque a questão da diferenciação funcional.

Dessa maneira, a *sistematização da vivência de exceção* (LUHMANN, 2016, p. 427; 1993, 320) é também conjecturada pelos tribunais para justificar seu centro excessivo e decisivo, de modo que somente assim permite combinar: a independência; a remissão ao direito vigente e proibição da denegação da justiça.

Sendo assim, conclui-se que a *operacionalização da exceção* pelas organizações centrais (no caso do direito, pelo suposta proibição moderna do *non liquet*) reforça o pressuposto da especialização autônoma dos sistemas sociais em casos limites, o que torna realmente difícil colocar essas questões sobre os campos de debates de “desdiferenciação funcional” e afins.

REFERÊNCIAS:

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Lisboa: Edições 70, LDA, 2010, p.48-49

BLACK, Henry Campbell. Black's law dictionary. 4. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1951. Disponível em: <https://heimatundrecht.de/sites/default/files/dokumente/Black%27sLaw4th.pdf> Acesso em: 05 ago 2023.

COSTA, José Lucas Lima da; SANTOS, Wigna Beatriz Silva dos. INQUÉRITO DAS FAKE NEWS O PERIGO DA CRIAÇÃO DE UM NOVO INSTRUMENTO DE

CONTROLE SOCIAL . In: **Conexão Unifametro 2020** - Fortaleza- CE , 2020.
Disponível em:
<https://www.doity.com.br/anais/conexaounifametro2020/trabalho/169084>. Acesso em:
17 mar 2023.

DE CHUEIRI, Vera Karam; DE GUALANO GODOY, Miguel. **Breve ensaio sobre o Judiciário e o Executivo na pandemia**: a exceção, a regra ou a exceção como regra. ACADEMIA. EDU, 2020.

GELLIUS, Aulus. **Noctes Atticae**. Liber XIV, 25. Disponível em:
http://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Gellius/14*.html Acesso em: 05 ago 2023.

LEMOS, Aana Claudia Secundo da Luz. Os limites do Direito: Observações do papel do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na Judicialização das Políticas Pública. In: **Rafaele De Giorgi e os Observadores**. Jonas Lemos: Luciano Nascimento Silva (org.). 1 ed. Campina Grande: PB- Plural, 2022, p. 54-55.

LORENZETTO, Bruno Meneses; PEREIRA, Ricardo dos Reis. O Supremo Soberano no Estado de Exceção: a (des) aplicação do direito pelo STF no âmbito do Inquérito das “Fake News”(Inquérito n. 4.781). **Sequência** (Florianópolis), p. 173-203, 2020.
Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/seq/a/3rd8dS8fb5j5pVH4rBbsfbB/abstract/?lang=pt> Acesso em
05 jan 2023.

LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de R.L. de C.V, 2006.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

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

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983;

LUHMANN, Niklas. The third Question: The creative Use of Paradoxes in Law and Legal History. **Journal o law and Society**, 1998, p. 153-165. Disponível em:
<https://steffenroth.files.wordpress.com/2014/04/1410051.pdf>. Acesso em: 01 de março de 2023.

MARMELSTEIN, George. O asno de Buridano, o non liquet e as katchangas. **Direitos Fundamentais.net, 2009**. Disponível em:
<http://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>. Acesso em: 10 ago 2023

PEREIRA, Joaquim Eduardo; VIEGAZ, Osvaldo Estrela. DISSOLUÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO NA DUPLA CONTINGÊNCIA DA EXCEÇÃO—CONVERSAÇÃO ENTRE NIKLAS LUHMANN E GIORGIO AGAMBEN. **Revista Pensamento Jurídico**, v. 15, n. 2, 2021

PINTO, João Paulo Salles. **Corrupção Sistêmica e direitos humanos: o lugar do paradoxo na autodescrição do direito**. Curitiba: Jurúia, 2018.

PINTO, João Paulo Salles.; SIMIONI, R. L. . Ecos do decisionismo de Carl Schmitt no Supremo Tribunal Federal Brasileiro: o soberano, a relativização da garantia da presunção da inocência e o estado de coisas inconstitucional. in: VII Encontro Internacional do Conpedi/braga - Portugal, 2017, Braga/Portugal. Teorias do Direito, da Decisão e Realismo jurídico. Curitiba: **CONPEDI/UMinho**, 2017. v. 01. p. 145-163.

PINTO, João Paulo Salles.; ROCHA, Leonel Severo. . PARADOXOS, DECISÃO E INDETERMINAÇÃO: UMA TENTATIVA DE APROXIMAÇÃO ENTRE NIKLAS LUHMANN, GUNTHER TEUBNER E GIORGIO AGAMBEN. In: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. (Org.). **O futuro da Constituição: Constitucionalismo social em Luhmann e Teubner**. 1ed.Porto Alegre- RS: Editora Fi,, 2021, v. 1, p. 1-638.

RABELLO, Alfredo Mordechai. Non liquet: from modern law to Roman law. **Ann. Surv. Int'l & Comp. L.**, v. 10, p. 1, 2004. Disponível em: <https://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1080&context=annlsurvey> Acesso em: 05 ago 2023.

ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985;

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, B. L. C. **Constitucionalismo Intersistêmico: sistemas sociais e Constituição em rede**. 1. ed. Blumenau- SC: Dom Modesto, 2023;

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2006;

ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 4, n. 2, 2012, pp. 193-213. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09/1242>. Acesso em 08 de maio de 2023.

ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. 2. ed. rev. e atual. Unijuí, 2013;

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Atualidade da Constituição: o constitucionalismo em Luhmann, Febrajo, Teubner e Vesting**. 1. ed. Porto Alegre: FI, 2020;

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. (Org.). **O futuro da Constituição: Constitucionalismo social em Luhmann e Teubner**. 1ed. Porto Alegre-RS: Editora Fi., 2021, v. 1, p. 1-638. Disponível em: http://https://drive.google.com/file/d/1-JkjmZgVOff_qobxBiqMjrUKZAsBSK79/view; Série: 1; Número da revisão: 1; ISBN: 9786559172498. Acesso em 28 set 2021.

ROCHA, Leonel Severo ; PINTO, João Paulo Salles . Os direitos humanos como semântica (des)paroxal contemporânea da autodescrição do sistema jurídico. **REVISTA QUAESTIO IURIS**, v. 14, p. 1001-1038, 2021.

ROCHA, Leonel Severo. Teoria do Direito no Século XXI: da semiótica à autopoiese. Santa Catarina: **Seqüência**, n. 62, p. 193-222, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n62p193/18578>. Doi: 10.5007/2177-7055.2011v32n62p193. Acesso em 08 mai 2023.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **RECHTD**, n. 05, p. 141-149, 2013.

RODAS, Sergio. Bloqueio de páginas do PCO pelo STF levanta debate sobre liberdade de expressão. Rio de Janeiro: **Revista Consultor Jurídico**, 2022

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PINTO, João Paulo Salles. Paradoxos na autodescrição do sistema do direito: corrupção sistêmica e o ativismo judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 2, e30746, maio./ago. 2019. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30746> Acesso em: 06 de abril de 2023.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. THE LAW BEFORE ITS LAW: FRANZ KAFKA ON THE (IM)POSSIBILITY OF LAW'S SELF REFLECTION. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, n. 1, p. 12-31, 1 jan. 2014, p. 19.. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24620>. Acesso em: 04 de maio de 2023.

TEUBNER, Gunther. Tratando com paradoxos do direito: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski e OLIVEIRA, Elton Somensi (org). **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. Barueri: Manole, 2010.