

**VI ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E
DEMOCRACIA II**

CLAUDIA MARIA BARBOSA

NATALIA MARIA VENTURA DA SILVA ALFAYA

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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 - Unicritiba - 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

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Claudia Maria Barbosa; Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya; Vivian de Almeida Gregori Torres – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-720-5

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

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

Os trabalhos publicados nessa obra têm como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho: Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II, durante o VI Encontro Virtual do CONPEDI, ocorrido entre os dias 20 e 24 de junho de 2023, de forma remota, sobre o tema “Direito e Políticas Públicas na Era Digital”.

A proposta do trabalho é inovadora, vez que a partir da apresentação dos resumos relatados pelos pesquisadores, realizou-se um debate no âmbito do Grupo de Trabalho, facultando aos participantes a oportunidade de aprimorar a pesquisa realizada, bem como trocar experiências e informações.

O resultado obtido foram conceitos amadurecidas que espelham uma perspectiva ampla, sobre temas polêmicos e atuais, que também têm a pretensão de dar continuidade à ideia de divulgar a pesquisa produzida por alunos de pós-graduação.

O esforço e dedicação dos participantes foram fundamentais para o sucesso do Grupo de Trabalho e a expectativa é de que o debate ocorrido contribua para o aprimoramento do conhecimento da temática.

Os artigos científicos discutidos foram apresentados na ordem a seguir:

1 – “Constitucionalismo Crítico na América Latina: decoloniedade, repolitização do conflito e pluralismo jurídico”, de autoria de Wagner Eduardo Vasconcellos e Nelson Camatta Moreira. O estudo analisou o constitucionalismo de matriz decolonial, sob o prisma da Enrique Dussel, onde a matriz liberal-individualista, assentado nas premissas de organização formal-estrutural do poder político, no monismo jurídico e na abstração das normas jurídicas, revelou-se insuficiente para enfrentar e superar as assimetrias suportadas pelas populações subalternizados, notadamente na América Latina.

2 – “Democracia e Risco: a desdiferenciação funcional do sistema do direito pela comunicação neoconstitucionalista no Brasil”, das autoras Renata Almeida da Costa e Karen Lucia Bressane Rubim. A pesquisa investigou o fenômeno da desdiferenciação funcional do sistema do direito brasileiro em razão da comunicação neoconstitucional, o qual carrega a moral como unidade de sentido, utilizando-se como marco teórico a “Teoria dos Sistemas”,

proposta por Niklas Luhmann, com o objetivo de demonstrar o risco à democracia pela colonização sistêmica.

3 – “A Polarização do Discurso Político: as bolhas informacionais como mecanismos de amplificação dos discursos extremistas”, de autoria de Ana Carolina Marques Tavares Costa e Marcel Chaves Ferreira. O trabalho investigou o modo como a igualdade democrática, nos termos propostos por Jacques Rancière, estaria afetada nesse novo contexto de fragmentação e extremismos cultivados pelos recursos tecnológicos, que promovem o enclausuramento social por meio da formação de bolhas informacionais, um dos fenômenos de amplificação da polarização política e, por consequência, da disseminação dos discursos de ódio, fato que coloca em risco a democracia moderna.

4 – “As Estruturas de Suporte e a Construção de Legitimidade pelos Meios de Comunicação Institucionais do Supremo Tribunal Federal”, da lavra de Leonardo Paschoalini e João Pedro Felipe Godoi. Os autores visaram entender e desenvolver observações das estruturas que dão suporte ao Supremo Tribunal Federal, em especial aquelas relacionadas aos meios de comunicação, tanto ao longo do período da redemocratização (1987-1988), bem como após a implementação da Constituição Federal de 1988, alertando para a existência de potencialidades danosas quando tais instrumentos são utilizados para além das funções institucionais de publicidade e transparência dos atos judiciais.

5 – “Ameaças à Democracia Brasileira: politização das forças armadas e os riscos para o estado democrático”, de Alexander Fabiano Ribeiro Santos. A pesquisa percorreu o histórico de politização das Forças Armadas, associado a atos que prejudicaram a manutenção e consolidação da democracia, bem como o ressurgimento da ideia de intervenção militar no processo eleitoral, fato que chama a atenção para os riscos que representa para o estado democrático.

6 – “A Democracia como Princípio na Ordem Jurídico-Constitucional Brasileira: reflexões sobre suas origens e mutações numa perspectiva histórica”, de autoria de Ciro Rosa de Oliveira. O autor buscou analisar o princípio da democracia no âmbito da Constituição Federal de 1988 e o percurso histórico que tem possibilitado a sua densificação, de forma a compreendê-lo como um valor que orienta toda a ordem jurídico-constitucional brasileira.

7 – “A Crise Institucional e Política Brasileira: por que a reforma do poder legislativo é necessária para superá-la?”, da lavra de Pedro Henrique Fidelis Costa. O estudo investigou o protagonismo do judiciário correlacionado à necessidade de reforma do Poder Legislativo para contrabalancear os Poderes e restaurar a legitimidade do Parlamento perante a sociedade

civil, por meio de candidaturas independentes, do voto distrital puro e de modificações nos regimentos internos da Câmara dos Deputados e Senado Federal.

8 – “A Gravidade e as Consequências do Fenômeno das Fake News para a Democracia Brasileira”, dos autores Aline Hoffmann, Marcos Leite Garcia e Morgan Stefan Grando. O trabalho analisou o fenômeno da desinformação operado no âmbito das redes virtuais, fato que causa retrocesso na democracia e tornou-se terreno fértil para discursos de ódio, de modo que os usuários saíram das redes e partiram para atos criminosos fora do ambiente virtual, gerando danos a democracia e ao patrimônio público.

9 – “Interpretação Constitucional, Supremacia Judicial e Controle das Emendas Constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal”, de Samille Lima Alves, Olivia Brandão Melo Campelo e Deborah Dettmam Matos. As autoras buscaram esclarecer se a atuação do STF no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade ADIs 829-3/1993, 939-7/1993, 2.797-2/2005 e 5.105/2015 consistiu ou não em manifestação de sua supremacia judicial, à luz dos ensinamentos de Jeremy Waldron e Rodrigo Brandão.

10 – “Práticas Constitucionais: o costume constitucional nas constituições rígidas e flexíveis”, dos autores Nelson Juliano Cardoso Matos, Sebastião Patrício Mendes da Costa e Elayne Kallyne Braga da Silva Sobral. A pesquisa examinou a vinculação entre constituições flexíveis ou rígidas e normas não escritas, posteriormente abordou o costume constitucional, especialmente quanto à eficácia perante as demais normas e sua aplicação, e, por fim, percorreu as convenções e as práticas constitucionais no caso brasileiro.

11 – “Modelos Contemporâneos de Câmaras Altas na tradição Ocidental: análise dos casos norte-americano, britânico, alemão, francês e espanhol”, de autoria de Ana Luísa Melo Nogueira e Nelson Juliano Cardoso Matos. O estudo investigou os modelos de câmaras altas em parlamentos bicamerais contemporâneos, com o objetivo de apresentar uma síntese sobre as ideias em torno desse instituto, explicando as dimensões e perfis que as câmaras altas podem assumir, a depender das escolhas dos poderes constituintes, com o fito de contribuir para o campo de estudo da teoria constitucional e da democracia.

12 – “Controle de Constitucionalidade no Sistema Jurídico Brasileiro”, de Marcelo Bezerra Ribeiro e Jussi Anne Gonçalves de Lima Campos. O trabalho analisou os modelos de controle de constitucionalidade brasileiro, dissertando sobre a técnica, os modelos e as ações para manuseio da temática.

13 – “A Justiça Social e a Busca pelo Pleno Emprego como Garantias Constitucionais: é possível pensar em efetividade no contexto econômico vigente?”, das autoras Walkiria Martinez Heinrich Ferrer, Elisangela Volpe dos Santos e Ana Clara da Silva Ortega. A pesquisa examinou a desigualdade social no Brasil no atual modelo econômico, buscando compreender a concentração de renda como empecilho para o alcance da justiça social, em especial, a busca pelo pleno emprego e redução das desigualdades sociais e regionais.

14 – “Crise Democrática: os evangélicos e o seu real projeto de poder”, da lavra de Amanda Costa Centeno. A autora tratou o fenômeno do crescimento evangélico brasileiro com relação ao panorama democrático e sua influência no Supremo Tribunal Federal durante o governo Bolsonaro.

15 – “Constitucionalismo Negro: por uma teoria constitucional emancipatória e antirracista”, de autoria de Benjamin Xavier de Paula. O estudo analisou as condições dos negros nas cartas constitucionais brasileiras de 1824a1988, com o objetivo de examinar os silenciamentos e formas de opressão que ratificaram a condição do negro em uma condição de subalternidade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as possibilidades de um projeto de emancipação política e social amparado em um constitucionalismo negro.

16 – “As Conferências Nacionais de Políticas Públicas como Inspiração para um Desenho Institucional Permeável ao Constitucionalismo Popular”, da autora Mariana Tavares Pedi. A pesquisa explorou o constitucionalismo popular como corrente de pensamento crítico à Supremacia Judicial, com o objetivo de aproximar o povo da tarefa de atribuição de sentido à Constituição, por meio da deliberação cidadã e participação popular, apresentando as Conferências Nacionais de Políticas Públicas como forma de implementação do constitucionalismo popular.

17 – “A Solução Heterárquica como Proposta para os Conflitos entre Constituições Transnacionais”, de José Laurindo De Souza Netto, Higor Oliveira Fagundes e Amanda Antonelo. Os autores, com base na proposta de Teubner sob a perspectiva sistêmica de Luhmann, discutiram os conceitos de colisão inter-regimes e colisão intercultural, a transnacionalidade das constituições, os fragmentos constitucionais na sociedade atual e, por fim, a solução heterárquica como proposta para os conflitos entre constituições transnacionais.

18 – “A Evolução do Poder Judiciário: de poder nulo a legislador positivo supremo”, das autoras Maria Claudia Almendra Freitas Veloso e Olivia Brandão Melo Campelo. O trabalho analisou a evolução do Poder Judiciário desde as ideias de Montesquieu até a Constituição

brasileira de 1988, ressaltando a possibilidade de o judiciário anular os atos de outros poderes e criar normas com efeito erga omnes, fato que traz o desequilíbrio entre os poderes.

19 – “Processo Constitucional: os writs e as ações constitucionais vigentes na constituição federal de 1988 para eficácia dos direitos individuais e coletivos”, de autoria de Marcelo Bezerra Ribeiro e Jussi Anne Gonçalves de Lima Campos. O estudo percorreu os instrumentos constitucionais asseguradores dos direitos e interesses, individuais ou coletivos, quais sejam: habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública.

20 – “A Crise de Representatividade e Ideológica dos Partidos Políticos Brasileiros e os Reflexos no Processo Democrático”, das autoras Walkiria Martinez Heinrich Ferrer, Ana Clara da Silva Ortega e Elisangela Volpe dos Santos. A pesquisa analisou o contexto atual da representação social dos partidos políticos no Brasil, buscando verificar se há uma efetividade dessa conjuntura no processo democrático.

Como se vê, os artigos exploraram de forma ampla a pluralidade de temáticas decorrentes das questões que envolvem o constitucionalismo, a teoria constitucional e a democracia, assuntos que atualmente têm grande repercussão em razão de um processo de erosão democrática experimentado não só no Brasil, como também ao redor do mundo.

Estamos certas de que a presente obra constitui-se em fonte de inspiração, consulta e análise para o desenvolvimento de novos estudos com foco na teoria constitucional, em defesa da democracia e do direito constitucional humanizado.

Profa. Dra. Cláudia Maria Barbosa

PUCPR

Profa. Dra. Natalia Maria Ventura da Silva Alfaya

Escola de Direito das Faculdades Londrina - EDFL

Profa. Dra. Vivian A. Gregori Torres

UFMS

DEMOCRACIA E RISCO: A DESDIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL DO SISTEMA DO DIREITO PELA COMUNICAÇÃO NEOCONSTITUCIONALISTA NO BRASIL

DEMOCRACY AND RISK: THE FUNCTIONAL DISDIFFERENTIATION OF THE LAW SYSTEM THROUGH NEOCONSTITUTIONALIST COMMUNICATION IN BRAZIL

**Renata Almeida Da Costa
Karen Lucia Bressane Rubim**

Resumo

A pesquisa tenta explicar, mesmo que de forma incipiente, o fenômeno da desdiferenciação funcional do sistema do direito no Brasil em razão da comunicação neoconstitucional, o qual carrega a moral como unidade de sentido. Ao trabalho importará o Sistema do Direito e como a comunicação neoconstitucional comunica com o código desse sistema e o que ocorre com a função de estabilização normativa dos demais sistemas sociais. Para tal abordagem, a metodologia de pesquisa é a revisão bibliográfica cujo marco teórico é a Teoria dos Sistemas, proposta por Niklas Luhmann. O trabalho tem como objetivo demonstrar o risco à democracia pela colonização sistêmica, tendo como resultados iniciais que o neoconstitucionalismo como processo comunicacional corrompe a função do Sistema do Direito na Sociedade Mundial, o que pode ser entendido como alopoiese nos Sistemas Sociais. Cenário que gera o enfraquecimento a identidade do Estado de Direito e, conseqüente risco à democracia pela colonização sistêmica neoconstitucional. Ao final, o trabalho critica o processo comunicacional Neoconstitucional no Sistema do Direito Brasileiro tendo em vista sua estrutura e código alienígena à estabilização das expectativas normativas dos demais sistemas sociais.

Palavras-chave: Democracia, Desdiferenciação, Direito, Função, Neoconstitucionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

The research tries to explain, even if in an incipient way, the phenomenon of the functional dedifferentiation of the legal system in Brazil due to the neoconstitutional communication, which carries morality as a unit of meaning. The work will matter the Law System and how the neoconstitutional communication communicates with the code of that system and what happens with the function of normative stabilization of the other social systems. For such an approach, the research methodology is the bibliographic review whose theoretical framework is the Systems Theory, proposed by Niklas Luhmann. The work aims to demonstrate the risk to democracy by systemic colonization, having as initial results that neoconstitutionalism as a communicational process corrupts the function of the System of Law in World Society, which can be understood as allopoiesis in Social Systems. Scenario that weakens the identity of the Rule of Law and, consequently, risks to democracy due to neoconstitutional systemic

colonization. In the end, the work criticizes the Neoconstitutional communicational process in the Brazilian Law System in view of its structure and code alien to the stabilization of normative expectations of other social systems.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democracy, Dedifferentiation, Law, Function, Neoconstitutionalism

1. INTRODUÇÃO

A Teoria dos Sistemas Sociais consiste num aparato sociológico que tem por objetivo melhor descrever a sociedade mundial, sendo essa organizada em sistemas sociais com função determinada e que atendem à um código binário para seu processo interno entendido como Autopoiése.

Para essa teoria, a sociedade é comunicação, e de que forma essa comunicação comunica aos mais variados sistemas sociais, ou se essa pretensa comunicação é apenas “barulho”. Como comunicação é um ato de autoconhecimento e nunca se comunica o que se pretende comunicar, o marco teórico estudado vem dizer que comunicação é improvável, mas não impossível.

Então se comunicação é sociedade e a sociedade é organizada em sistemas, para o trabalho importará o Sistema do Direito e como a comunicação neoconstitucional comunica com o código desse sistema e o que ocorre com a função de estabilização normativa dos demais sistemas sociais.

Isso porque, a comunicação neoconstitucional carrega em sua unidade de sentido a moral para a estabilização de determinada expectativa normativa, o que comunicando com o Código do Sistema do Direito – direito/não direito – e realizada a autopoiése, a função do Sistema pode sofrer uma desdiferenciação, já que permitiu que comunicação alheia ao seu código lhe fizesse sentido.

Para a teoria dos Sistemas Sociais aplicadas ao Direito, toda a ação implica risco, pois considerando a complexidade da sociedade mundial, suas indeterminações e gama de possibilidades para a resposta de um mesmo evento, o risco não está no mérito e sim na escolha de uma possibilidade em detrimento de outra.

Nesse cenário, o trabalho aborda, por meio de revisão bibliográfica, num primeiro momento, o processo comunicacional neoconstitucionalista no Brasil, utilizando como marco teórico os elementos da teoria dos sistemas sociais para criticar a moral como unidade de sentido, a natureza de suas comunicações e a incompatibilidade de seu código com a função de do Sistema do Direito.

Num segundo momento, a pesquisa explica o fenômeno da desdiferenciação funcional do Sistema do Direito, ocasionado pela alopoiése nos Sistemas Sociais, indicando a função desse sistema na sociedade mundial, justamente para pontuar o enfraquecimento da identidade do Estado de Direito e, conseqüente risco à democracia pela colonização sistêmica neoconstitucional, para ao final criticar o processo

comunicacional Neoconstitucional no Sistema do Direito Brasileiro tendo em vista sua estrutura e código alienígena à estabilização das expectativas normativas dos demais sistemas sociais.

2. O PROCESSO COMUNICACIONAL NEOCONSTITUCIONALISTA NO BRASIL.

Partindo do marco teórico utilizado, comunicação¹ é sociedade², ou seja, é a forma que a sociedade se organiza e se desenvolve e, por consequência, se complexifica³. Para Luhmann, a sociedade não é constituída por pessoas, mas por comunicações e sua teoria possui um caráter anti-humanista, uma vez que os seres humanos não estão no “centro” da sociedade, mas no seu entorno.

Buscando mais suporte no pensamento sociológico, para Luhman, sem comunicação não há sociedade, pois, “sociedade é comunicação”. E tudo que se comunica faz parte da sociedade ou é sociedade” (ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2013, p. 62). Nesse mesmo sentido, para Rodrigues e Neves (2017, p. 90):

A comunicação é a operação própria dos sistemas sociais. É uma operação puramente social porque pressupõe o envolvimento de vários sistemas psíquicos sem que se possa atribuí-la exclusivamente a um ou outro desses sistemas. A comunicação cumpre, ademais, os requisitos da autopoiesis, ou seja, unidade, limite e capacidade de operações posteriores a partir de anteriores, ou seja, depende de si mesma para prosseguir.

Nesse cenário, se pode identificar, ao menos no Brasil, a presença de dois processos comunicacionais capazes de operar no acoplamento estrutural⁴ válido ao

¹ A comunicação é a operação própria dos sistemas sociais. É uma operação puramente social porque pressupõe o envolvimento de vários sistemas psíquicos sem que se possa atribuí-la exclusivamente a um ou outro desses sistemas. A comunicação cumpre, ademais, os requisitos da autopoiesis, ou seja, unidade, limite e capacidade de operações posteriores a partir de anteriores, ou seja, depende de si mesma para prosseguir. (RODRIGUES; NEVES, 2017, p.90).

² A sociedade é uma realidade com clausura autorreferencial ordenada de forma autosubstitutiva, de vez que tudo que deve ser substituído ou mudado, em seu interior, deve ser mudado ou substituído a partir de seu próprio interior. É assim que a sociedade se comunica, transforma-se e complexifica-se. Dessa forma, a sociedade é tida como um sistema global da comunicação. (ROCHA; SCHWARTZ; CLAM, 2013, p. 62-63).

³ a complexidade é, então, reconstruída a partir de outro prisma: a de sua redução. É a redução que, paradoxalmente, permite a evolução social”. Diz-se paradoxalmente, pois a redução da complexidade para evolução social resulta em um outro fenômeno social: o aumento da complexidade, que ocorre para contingenciar o risco advindo das inúmeras possibilidades de comunicação entre os sistemas.

⁴ Para que se produza a referida diferença, entorno e sistema necessitam de acoplamentos instantâneos. As modificações de um sistema estão, assim, ligadas, também, aos acoplamentos estruturais. Acoplamentos estruturais, portanto, ocorrem de forma seletiva e se autorreproduzem dessa mesma

Sistema do Direito para fins de democratização do Estado, o Neoconstitucional⁵ ou principialista e o Garantista⁶ ou positivista.

Para fazer sentido ao leitor o segundo momento do trabalho, tratará do processo comunicacional neoconstitucionalista⁷ no Brasil, o qual carrega a moral como sua unidade de sentido para realizar a ponderação⁸ entre direitos fundamentais de ordem constitucional em caso de conflito, tendo como objetivo a prevalência da moral para a decisão justa, elemento que se sabe ser externo ao Sistema do Direito.

maneira (exclusão/inclusão). Desse modo, há uma irreversibilidade temporal. Uma vez que a seleção é realizada, o acoplamento deixa de existir, porém persiste internamente como um dos elementos operativos de cada um dos sistemas envolvidos na conectividade. Um acoplamento estrutural, assim é definido a partir das seguintes características: (1) parte do princípio de que um determinado sistema [...] absorva algumas características provenientes de seu ambiente de um modo duradouro a partir da confiança estrutural; (2) protege a clausura operativa dos sistemas, operando-se de modo ortogonal às suas aberturas cognitivas, possibilitando conseguir ordem a partir do barulho de modo seletivo (excluem-se algumas alternativas e outras são proporcionadas. [...] a relação entre os diferentes sistemas é absolutamente necessária e é realizada por mediante acoplamentos estruturais. Pode-se assumir que eles são eficientes porque, caso contrário, os sistemas não teriam se diferenciado em uma sociedade global. (SCHWARTZ, 2020, p. 09 e 11).

⁵ São três os marcos delimitadores do neoconstitucionalismo: o marco histórico foi a resignificação da ciência jurídica no final da Segunda Guerra Mundial, foi neste momento pós-guerra que valores como ética e moral se reaproximaram do Direito. O marco filosófico que traça a linha limítrofe desse momento histórico foi o questionamento do positivismo com posterior ascensão do pós-positivismo. E, por fim, o marco teórico significando uma gama de ideias de transformações nas ciências, inclusive o Direito, que traz a Constituição como polo irradiador interpretativo. (BARROSO, 2005, p. 12)

⁶ Oposta é a concepção que denominei “garantista” do constitucionalismo. O constitucionalismo rígido, como escrevi inúmeras vezes, não é então uma superação, mas sim um reforço do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas – os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais – que devem orientar a produção do direito positivo. Representa, por isso, um completamento tanto do positivismo jurídico como do Estado de Direito: do positivismo jurídico porque positiva não apenas o “ser”, mas também o “dever ser” do direito; e do Estado de Direito porque comporta a submissão, inclusive da atividade legislativa, ao direito e ao controle de constitucionalidade. FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**. Trad. de André Karam Trindade. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. 2010. p. 96

⁷ O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional. BARROSO, Luís Roberto (2005). Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista De Direito Administrativo*, 240, p. 42)

⁸ A ponderação funciona, então, como um fenômeno complementar necessário ao método jurídico tradicionalmente firmado sob a cunha de “interpretação e subsunção” (“Auslegung und Subsumtion”). Ela completa essa técnica clássica, uma vez que ela oferece ao direito uma mais-valia para que ele seja capaz de decidir em conflitos específicos que são impassíveis de serem solucionados adequadamente pelo esquema clássico. No lugar de decisões dicotômicas do tipo ou-um-ou-outro (Entweder-Oder-Entscheidungen) – ou em que se analisa: a hipótese de incidência da norma (Normtatbestand) foi preenchida ou não? – encontra-se o exame de interesses mutuamente afetados e de seu sopesamento (Gewichtung) específico no caso concreto ou sob o exame da posição que está do lado oposto. Ao invés de “tudo ou nada”, a tarefa agora é: a otimização de todos os lados das posições dos afetados que estão em relação de conflito uma com a outra (LADEUR, K.-H.; CAMPOS, 2016, p. 11).

Neoconstitucionalismo, como pontua FERRAJOLI (2010, p. 96), “equivalaria à superação – ou, pior, a uma negação – do positivismo jurídico, que não é mais idôneo para dar conta da nova natureza das atuais democracias constitucionais.”

Mais, segundo esta tese, “a moral, que no velho paradigma juspositivista correspondia a um ponto de vista externo ao direito, agora faria parte do seu ponto de vista interno” (FERRAJOLI, 2010, p.96). A estrutura desse processo comunicacional no entendimento de FERRAJOLI (2010, p. 97):

pontua as normas constitucionais não como regras suscetíveis de observância e de aplicação, mas sim como princípios suscetíveis de ponderações e balanceamentos, porque se encontram virtualmente em conflito; e, conseqüentemente, a centralidade conferida à argumentação na própria concepção de direito.

O presente trabalho não abordará o processo comunicacional Garantista, mas desde já registra, que o entende como o único compatível com a Teoria dos Sistemas Sociais quanto ao Direito, em detrimento do Neoconstitucionalismo, uma vez que sua unidade de sentido é a legalidade sem possibilidade de ponderação, tendo a rigidez do acoplamento estrutural válido, não sendo possível a corrupção do código do Sistema do Direito por comunicações alheias à sua unidade de sentido.

2.1. A moral como unidade de sentido

Para a Teoria dos Sistemas Sociais, “o sentido determina o horizonte operativo dos sistemas sociais, traça uma linha fronteira entre sentido/não sentido, entre compreendido/não compreendido” (RODRIGUES; NEVES, 2017. p. 71). Dessa forma, Luhman sustenta que “o sentido é o meio que canaliza a diferença binária para seleções toleradas por cada comunicação – afinal, só se podem seguir ou responder comunicações inteligíveis” (2007, p. 21).

Para Luhmann, um sistema autopoietico⁹ é sempre uma “unidade de sentido”, posto que todo e qualquer sistema se constitui num processo de diferenciação (e esta lhe dá sentido) com relação ao entorno. Ainda, “o sentido, em geral, e os limites de sentido, em particular, garantem então, a inextrincável interconexão entre sistema e ambiente [...] o sentido relaciona-se finalmente também com a tese do fechamento de formações sistêmicas autorreferenciais” (LUHMANN, 2016, p. 83).

⁹ Sistemas autopoietico exibem a qualidade de autoconstituírem-se, “fecharem-se” em/sobre si mesmos no que diz respeito às suas operações, formando singularidades que se diferenciam, através da autoconstrução e do estabelecimento de fronteiras de diferenciação (limites) com relação ao ambiente em que estão colocados (acoplados), produzindo, assim, identidades e diferenças. RODRIGUES E NEVES (2017, p. 48)

No entendimento de CADEMARTORI e BAGGENTOSS (2011, p. 329)

Assim, o que não faz sentido para o sistema é descartado e resta a complexidade do ambiente como força potencial a ser utilizada em momento posterior, se oportuno – razão pela qual se pode afirmar que, no lugar de limites territoriais ou materiais, o sistema tem limites de sentido.

Quanto ao Sistema do Direito, sua unidade ocorre, em primeiro lugar, na forma de sequências operativas que reproduzem o sistema autopoieticamente. As operações podem observar sua pertinência ao sistema, isto é, têm capacidade de distinguir entre sistema e ambiente. Essa distinção atualiza a autorreferência, portanto, atualiza uma designação por meio da qual o sistema se designa a si mesmo, distinguindo-se dos demais. Nesse sentido, para Luhmann, por indiscutível que seja a qualidade ética da exigência moral de justiça, a teoria do Direito não pode se dar por satisfeita com essa solução. (2016, p. 288).

O sistema do Direito, assim como a completude da Teoria dos Sistemas sociais, não trata de valores e o máximo que se tem é a ideia de justiça como fórmula de contingência, “consequência da concepção segundo a qual as condições para uma ideia de justiça com base no direito natural, não procede” (LUHMANN, 2016, p. 292).

Mais,

Com o conceito de fórmulas de contingência, afirma-se que a justiça não inclui um enunciado sobre a essência ou sobre a natureza do direito, nem um princípio fundador de validade jurídica e nem, por fim, um valor que fizera aparecer o direito como algo digno de preferência. (LUHMAN, 2016, p. 297).

A moral como elemento extrajurídico reside no processo comunicacional Neoconstitucional, o que é defendido por ALEXY (2015, p. 42) “como a presença de um critério moral ou uma carga valorativa no ato de ponderar para decidir, bem como diz que os princípios são normas consagradoras de valores, “eis então sua característica orgânica, significando propriedades que lhes concedem conteúdos axiológicos aproximativos da moralidade”, pois “formam uma exigência da justiça e da equidade” (BARCELLOS, 2002, p. 47). Isso significa que Sistema do Direito além de dizer o que é direito e o não direito, terá que dizer o que é moral e não moral, mesmo que tal comunicação não deva fazer sentido ao código¹⁰ próprio do direito.

¹⁰o código é o que facilita as operações recursivas do sistema, a função ou o próprio cumprimento de sua função. A função diferencia funcional e clausalmente o subsistema. Ainda, é o código que diferencia o sistema do entorno. O código binário relativo à função de um subsistema é de sua exclusividade e opera a

Tal entrada da comunicação advinda da moral só é possível em razão da abertura cognitiva dos Sistemas Sociais, e não é diferente com o Direito, em que pese sejam fechados operacionalmente, “o que implica ausência de condicionamento do que ocorre no ambiente” (CADEMARTORI; BAGGENTOSS, 2011, p. 324).

Nas palavras de NEVES (2006, p. 241),

Esse quadro vem a ser denominado de *corrupção sistêmica* e tende à generalização em experiências jurídicas típicas da modernidade periférica, atingindo o próprio princípio da diferenciação funcional e resultando na *alopoiése* do direito, em sentido inverso à especialização do sistema e, por conseguinte, obstando a sua evolução.

Sobre a estrutura do sistema do Direito, “o fechamento operacional significa que nem o ambiente nem o sistema podem agir na esfera de operacionalidade um do outro” (CADEMARTORI; BAGGENTOSS, 2011, p. 328). Se o sistema selecionar um elemento do ambiente, será assimilado pela sua estrutura de acordo com a função que possa desempenhar. Isso porque, “o sistema não poderia construir sua própria identidade/complexidade e seu próprio conhecimento se fosse confundido com o ambiente/ meio”. (CADEMARTORI; BAGGENTOSS, 2011, p. 328)

A moral como unidade de sentido vai provocar uma ressignificação na forma de contingência da complexidade social, pois o Sistema do Direito além de tentar estabilizar¹¹ as expectativas normativas, terá que buscar estabilizar a expectativas da moral, o que se tem, por inviável, pois a moral não é elemento cognitivo a ser tolerado pela estrutura do sistema, não sendo, portanto, uma das probabilidades atuantes no movimento sistêmico.

partir de seus próprios elementos. O código dá a contrapartida, a equivalência necessária para que se possa minimizar a contingência. O código também pressupõe a exclusividade do subsistema, de tal forma que nenhum outro subsistema possa tratar a sua operatividade, preservando sua identidade quando contraposto ao sistema social e a seus demais subsistemas. (SCHWARTZ, 2004, p. 57).

¹¹ A sociedade contemporânea, marcada pelo surgimento do risco em superação do perigo e pela incerteza, traz consigo uma outra carga, a da alta complexidade que deverá, ou não, ser reduzida pelo Direito. É ele que, na condição de subsistema social, assegura, de forma eficaz, a estabilização de expectativas normativas e não comportamentos (RUBIM, 2021, p. 14). Ainda, O direito (Recht) tem a função de manter as expectativas normativas, garantindo que as normas permaneçam estáveis ao longo do tempo (perspectiva temporal), mesmo quando elas não são respeitadas. Com isso, o direito estabelece o que vai acontecer nesse caso. Trata-se de uma forma para, na medida do possível, reduzir a complexidade, ou seja, “controlar” o futuro. Além disso, o direito deve ser generalizável no nível material (ou seja, deve ser aplicável em diferentes circunstâncias, a diferentes casos) e ter um consentimento geral (perspectiva social). O direito é, portanto, o “sistema imunológico” da sociedade, que permite responder a situações anômalas e imprevistas. (RISTER; FINCO 2019, p. 05).

Cenário que afeta o acoplamento estrutural válido¹² ao Direito, ou seja, a Constituição Federal, pois é ela “que determina o comportamento dos órgãos jurisdicionais e, por isso, os limites de conteúdo das decisões produzidas pelo sistema, visto que a interferência no subsistema Direito opera com a decisão judicial, desde que sua formação conte com elementos previstos e suportados pelo sistema.” (CADEMARTORI; BAGGENTOSS, 2011, p. 324).

Assim, no entender de CADEMARTORI e BAGGENTOSS (2011, p. 324),

observa-se a tendência de adoção de códigos de outros subsistemas em tais decisões, o que provoca a inserção de elementos não jurídicos no sistema e o impede de se reproduzir autonomamente e de evoluir estruturalmente. Os efeitos dessa miscelânea são a degradação da robustez dos códigos constitucionais e legais nas preferências particulares/pessoais de quem tem a competência de produzir as decisões e, ainda, o bloqueio de outros critérios legítimos do sistema jurídico

A moral como unidade de sentido de um processo comunicacional, “trata-se, em realidade, de quebra do fechamento operacional por onde se esfumam as fronteiras entre o sistema Direito e outras esferas de comunicação. Como corolário, o Direito sofre permanentes crises de identidade” (NEVES, 2006, p. 41),

2.2. As comunicações advindas da moral

Considerando a moral como código alienígena ao Sistema do Direito, pela ótica da Teoria dos Sistemas, pode-se entender que as comunicações advindas desse elemento extrajurídico formarão uma outra estrutura de decisão judicial, pois em detrimento do direito positivado e sua força normativa, à atividade jurisdicional caberá ponderar uma decisão justa e dentro de uma moralidade subjetiva.

Isso porque, segundo esta corrente,

a racionalidade moral desempenha um importante papel na formação do discurso de racionalidade jurídica e, em vista disso, existe uma relação intrínseca entre o Direito e a Moral, e isto deve ser considerado na aplicação das normas jurídicas, a fim de se legitimar a discricionariedade dos órgãos jurisdicionais. (CADEMARTORI; DUARTE, 2009, p. 43-44)

O presente trabalho tem como objetivo identificar as comunicações advindas da moral no Recurso Extraordinário n.º 638.491¹³ decidido pelo Supremo Tribunal Federal em 15 de maio de 2017. Acórdão, que denota o “garantismo ao contrário” (KUHN, 2019, p. 87), pois mesmo utilizando referencial garantista faz concluir pela prestação jurisdicional inconstante e que deteriora o texto constitucional em prol do “lamento moral” (KUHN, 2019, p. 89).

Teve por objeto a questão do confisco de bens de condenado por tráfico de drogas, relatado pelo Ministro Luiz Fux. Neste recurso, foi questionada a constitucionalidade da apreensão e alienação de um veículo sem a comprovação de que tenha servido à prática delitiva, fundando-se em norma constitucional. A fundamentação do voto indicou que o confisco assume roupagem de regra constitucional, já que o STF consentiu com a sua aplicação sem a necessidade de comprovação acerca do caráter instrumental do ato ilícito.

A decisão contou com o seguinte trecho:

É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal.

Ocorre que, para se obter uma reprodução de direito justa e que fosse ao encontro da moral, o Supremo Tribunal Federal anulou a alteração ao tratamento do confisco, dada pela Emenda Constitucional n.º 81/2014, que acrescentou ao texto do parágrafo a expressão “na forma da lei”, ou seja, transferindo a competência para processamento e tramitação à Lei infraconstitucional, que por sua vez, exige a comprovação do nexos específico entre o bem e o uso para a prática do fato típico.

¹³ *EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 647 DO PLENÁRIO VIRTUAL. TRÁFICO DE DROGAS. VEÍCULO APREENDIDO COM O SUJEITO ATIVO DO CRIME. DECRETAÇÃO DE PERDIMENTO DO BEM. CONTROVÉRSIA SOBRE A EXIGÊNCIA DE HABITUALIDADE DO USO DO BEM NA PRÁTICA CRIMINOSA OU ADULTERAÇÃO PARA DIFICULTAR A DESCOBERTA DO LOCAL DE ACONDICIONAMENTO. DESNECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (...) 10. Recurso Extraordinário a que se dá provimento. (RE 638491, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-186 DIVULG 22-08-2017 PUBLIC 23-08-2017).*

Note que a fundamentação para a decisão reside no processo comunicacional neoconstitucional como afirma o Ministro Relator, Luiz Fux:

O novo paradigma constitucional brasileiro, genericamente denominado de *neoconstitucionalismo*, designa as transformações por que passam a teoria e a prática jurídicas (BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito” in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 240, 2005, pág. 1-42). No seio delas está um fenômeno de inegável importância: o reconhecimento da força normativa da Constituição e de sua centralidade como núcleo axiológico conformador de toda a ordem jurídica, cujos valores, princípios e regras irradiam-se por todos os recantos da teia normativa.

Ainda, o Ministro Relator cita tanto Dworkin como Alexy para justificar o resultado de sua ponderação e negar o texto constitucional em prol de elementos extrajurídicos, restringindo direitos e mitigando garantias

Na missão de dar a vida aos preceitos constitucionais, o próprio constituinte pode estabelecer normatizações com definição de conteúdo suficientemente aferível a nível da Constituição e outras que necessitam de mediação do legislador para dar-lhes um conteúdo determinado. As normas constitucionais cuja determinação de conteúdo impõe seja feito aquilo que o texto determina, são consideradas *regras constitucionais*, hipótese em que sua aplicação se dá “tudo ou nada” mediante o mecanismo de subsunção, nas conhecidas palavras de Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, tradução e notas Nelson Boeira, Editora Martins Fontes, 2002, pág. 39), situação em que apenas será possível a sua não aplicação caso a regra não seja válida ou em se tratando de uma “cláusula de exceção” como refere o alemão Robert Alexy (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 5ª edição, tradução de Virgílio Afonso da Silva, Malheiros Editores, 2012, págs. 104/105). De outro lado, há normas constitucionais que não ostentam um conteúdo definitivo na altura do texto constitucional, os conhecidos “*princípios*”, cuja incidência ao caso concreto demanda a dimensão “peso”, como “*mandamentos de otimização*”, que dada a sua textura aberta possibilita uma atividade hermenêutica mais intensa na obtenção do seu conteúdo. (...) Como consequência, todas normas constitucionais são passíveis de sofrer alguma restrição, sejam elas regras ou princípios. Restrição que quando um direito é atingido desvantajosamente depois de, à partida, estar resguardado pela própria constituição. A constituição pode não apenas enunciar um determinado direito, mas também fazer incidir sobre ele uma norma que diminua o seu alcance inicial, limitando um direito *prima facie* garantido sem qualquer afetação.

Assim, é a decisão judicial a operação sistêmica própria do Sistema do Direito e que, permeada de códigos alienígenas, como a moral, exprime posicionamento anti-garantista. No caso citado, o STF negou o texto constitucional para restringir direitos e garantias, confiscando o bem mesmo sem a prova de sua utilização ilícita, ponderando

inclusive a garantia do contraditório e ampla defesa em nome de um posicionamento dirigido/ideológico que não se sustenta pela comunicação garantista.

Para RISTER e FINCO (2019, p. 17-18) sobre a atuação do STF,

porém, que cada subsistema funcional está ligado diretamente à evolução da sociedade obviamente isso vale também pelo direito, o qual, sob o prisma luhmanniano, evoluiu impulsionado pela complexidade, chegando ao estado atual, onde é caracterizado pela positividade. É dessa forma que o direito positivo se transforma em direito da diferenciação funcional. Essa referida positividade não é limitada ao sentido do positivismo jurídico tradicional. Para Luhmann, é positivo o direito posto por uma decisão e alterável por outra; é distinto da moral.

Na prática, podemos destacar que o processo comunicacional neoconstitucionalista vincula o dizer o direito/não direito em prol da moral em detrimento de sua função precípua, dando vazão à ponderação e ao ativismo judicial, sendo que tal unidade de sentido é alheia ao direito, fazendo concluir pela sua incompatibilidade com a função do Sistema do Direito na ótica da Teoria dos Sistemas Sociais.

2.3 A “presença” da moral no neoconstitucionalismo brasileiro

Ao contrário do processo comunicacional garantista¹⁴ que trata do direito a partir da máxima da legalidade cuja espinha dorsal é a separação entre direito e moral, sendo vedada a ponderação ou argumentação, a comunicação Neoconstitucional leva em sua unidade de sentido, a moral, o que significa que toda a comunicação emanada da moral inevitavelmente vai compelir o Sistema do Direito a inserir em seu código e função a expressão da moral.

Nesse sentido é o entendimento de FIGUEROA (2007, p. 01), “pois deverá achar-se algum vínculo do ser do Direito com o seu dever ser. Hoje, essa vinculação acontece a partir de uma transação entre as esferas do Direito e da moral em dois sentidos que supõem a sua paulatina integração na mais ampla categoria da razão prática”.

¹⁴ [...] o "garantismo" designa também uma filosofia do direito e crítica da política, condensando-se numa filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga de sua justificação externa, isto é, um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam sua existência. Isso permite a valoração do ordenamento a partir da separação entre ser e dever-ser do direito, o que é denominado por Ferrajoli de "ponto de vista externo. (CADEMARTORI, 2006, p.203)

Para ALEXY, por exemplo, não se pode apartar do estudo acerca do direito “a interligação deste com a moral, permitindo-se, com esta abordagem, observar uma forma de compreensão do próprio conceito de direito, bem como de suas relações com as mais diversas situações em que se faz possível a sua presença” (FERRI, 2006. p. 17).

ALEXY¹⁵ entende que “o conceito de direito é a relação de direito e moralidade” e define o conceito de norma como sendo um gênero, do qual são espécies regras e princípios, onde ambos seriam dotados de cunho normativo. Quando princípios colidem, a decisão acerca de qual princípio deve prevalecer no caso concreto ocorre por meio de um instrumento de ponderação, onde, a despeito de serem analisadas questões fáticas e jurídicas acerca das normas, é possível que sejam utilizados argumentos valorativos que independem e não se sujeitam aos parâmetros de procedimentalização.

Para FERRI (2006, p. 35),

A moral, assim como o direito, tem a pretensão de prescrever condutas aos indivíduos para que estes venham a realizar certos atos ou para ficarem inertes quanto a efetivação de certo comportamento. Esta prescrição de uma conduta a ser tomada pelo sujeito compreende, além dos aspectos inerentes ao cunho interno do indivíduo, a possibilidade de sofrer a ação praticada uma avaliação pelos demais membros da comunidade social. Esta apreciação compreende a aprovação ou desaprovação do ato praticado. Dessa forma, aquele que desaprova a conduta de um indivíduo que foi realizada em conformidade com uma prescrição moral apresenta um comportamento dito imoral. Do mesmo modo, a aprovação da conduta realizada conforme a regra moral indica a moralidade daquele que está na condição de avaliador.

Nesse sentido, DWORKIN (2002, p. 36-46) sustenta que princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”

Importante mencionar que, a estrutura Neoconstitucional sustentada por ALEXY destaca que a “fórmula peso, as regras de colisão e a ponderação são argumentos morais que fornecem racionalidade, jamais uma única resposta correta, pois o balanceamento muda conforme a aplicação da regra de interpretação, das contingências e do próprio intérprete”. (FERREIRA, 2014, p. 127).

¹⁵ ALEXY, Robert. The argument from injustice; a reply to legal positivism, p. 03. tradução de Caroline Ferri. No original: “The central problem in the debate surrounding the concept of law is the relationship of law and morality.

Cenário que abre espaço ao ativismo judicial, “o que de certa forma é uma inconsistência metodológica da ponderação, que abriria espaço para o subjetivismo judicial e insegurança atacando o equilíbrio da justiça, já que a ponderação não impõe critérios racionais, sendo os princípios elementos móveis ao sabor da interpretação” (FERREIRA, 2014, p. 128).

Para o pensamento sistêmico, como cada sistema só poderá ter conhecimento daquele setor que fica sob seu código particular e sua seletividade, a partir de um processo de diferenciação funcional e por sua evolução sociocultural, “o Direito autonomizou-se da moral até se constituir em um sistema social autopoiético, composto de comunicações de elementos normativos, cuja validade se remete de modo recursivo a outras expectativas normativas” (MADEIRA, 2007. p. 28-29).

3. A DESDIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL DO SISTEMA DO DIREITO

A diferenciação funcional, no entender de Luhmann é tida como aquisição evolutiva de uma sociedade moderna que, “pressupõe que cada sistema possui uma função específica. A diferenciação funcional dos sistemas é, basicamente, a (re) duplicação da diferença entre o sistema e o ambiente que permeia os sistemas” (LUHMANN, 1977, p.31). “Trata-se de uma forma reflexiva de construção dos sistemas sociais” (SCHWARTZ; DA COSTA, 2020, p. 307-318).

3.1. A função do sistema do direito na sociedade mundial

Na obra “O Direito da Sociedade”, Lhuman expõe que “a relação que a função do Direito mantém com o futuro explica a necessidade de simbolização de toda a ordem jurídica. As normas jurídicas constituem um arcabouço de expectativas simbolicamente generalizadas” (2016, p.172).

Então para se entender a função do Sistema do Direito é preciso verificar sua referência temporal, pois para o sociólogo alemão:

A referência temporal do Direito não se encontra, pois, nem na vigência das normas, que se dividem em variáveis e invariáveis, nem na historicidade imanente do direito. Tampouco residirá na matéria do direito, que é a conduta humana, dada no espaço e no tempo. a referência temporal do direito encontra-se na função normativa no intento de se preparar, ao menos no nível das expectativas, para um futuro desconhecido, genuinamente incerto. Por isso, com as normas, varia também a medida com que a sociedade produz um futuro incerto. (LUHMAN, 2016, p. 173)

Dessa forma, “o direito torna possível saber quais expectativas encontrarão aprovação social e quais não”, uma vez que, visto o sistema concretamente, é função do Direito “a estabilização de expectativas normativas pela regulação de suas generalizações temporais, objetivas e sociais”. (LUHMAN, 2016, p. 175).

Tal entendimento é disseminado por outros sistêmicos, e nesse sentido é o posicionamento de AMADO (2004, p. 30)

[...] na própria estrutura de suas normas está implícita a previsão do conflito, pois sempre se coloca como alternativa de cumprimento e descumprimento. É o conflito precisamente, o descumprimento, o que exerce o efeito paradoxal de reforçar a expectativa normalizada, pois desencadeia os mecanismos tendentes à imposição contrafática dessa expectativa, que aparece assim reforçada perante os casos futuros. Daí que diga Luhmann que o direito usa a possibilidade de conflito para a generalização de expectativas (já que os conflitos são inevitáveis)

Ainda, nos termos de NEVES e SAMIOS (1997, p. 31), “o direito positivo reproduz-se de acordo com seus próprios critérios e códigos de preferência”, então quando se presta a reproduzir comunicações cujo código lhe é externo, corre-se o risco de haver a produção de um direito meramente simbólico sem condições de evolução dentro de seus limites operacionais e, conseqüente estabilização das expectativas normativas já que vinculado a ideologias ou interesses de um determinado subsistema social.

3.2. O risco à democracia pela colonização sistêmica

Esse sistema, então, passa a sofrer o estancamento do processo concretizador da sua força normativa nos enunciados textuais. Deve-se superar, portanto, as condições desjuridicizantes que determinam a colonização do Direito por outros códigos oriundos de outros sistemas sociais.

Diante disso, fala-se em alopoiese social do direito por força da prevalência de outros códigos de preferência sobre o código direito/não direito, já que não se vê uma definição clara das fronteiras de uma esfera de juridicidade, o que implica, fatidicamente, privilégios e exclusões ilegítimas.

As operações jurídicas do Estado Democrático de Direito são contaminadas por critérios extrajurídicos que, incontrolavelmente, corrompem o processamento de casos

jurídicos de acordo com critérios generalizados de constitucionalidade e legalidade, concretizados jurisdicional e administrativamente.

NEVES (2006, p. 240) pondera que

(...) é ingênua a interpretação de que se trata aqui de uma ampla abertura cognitiva do direito aos interesses sociais”, já que, do ponto de vista sistêmico, abertura cognitiva pressupõe fechamento operacional ou normativo. Trata-se, em realidade, de quebra do fechamento operacional por onde se esfumaçam as fronteiras entre o sistema Direito e outras esferas de comunicação. Como corolário, o Direito sofre permanentes crises de identidade.

Como a concretização jurídica é violada por códigos alheios, “os códigos constitucionais e legais degradam-se em preferências particulares/pessoais e bloqueios oriundos de outros critérios sistêmicos”, e têm seu desenvolvimento estancado no decorrer do processo concretizador de sentido, por conta da insuficiente força normativa dos enunciados normativos. Fica claro que “a questão central não está na produção de um maior ou menor volume de textos normativos: está na superação das condições desjuridicizantes que determinam a colonização do direito pelo sistema social”. (CADEMARTORI; BAGGENTOSS, 2011, p.338).

Sobre a necessária separação de direito e moral, importante é a explanação de KUHN,

Ao passo que se identifique a ideia ocidental hegemônica de civilização ao critério da existência de uma ordenação social mais ou menos determinada ou determinável, a separação entre Direito e Moral se prestaria, no positivismo jurídico, a ser uma forma artificial de tornar esta ordenação social – o Direito – ainda mais determinado ou determinável ao ser isolado, portanto, artificialmente, de todos os outros aspectos sociais, políticos e históricos que com ele se relacionam. (KUHN, 2109, p. 24)

Um positivista, ainda que não negue que os juízes façam uso de argumentos extrajurídicos ao proferir suas decisões, consideram como sendo este fato algo excepcional (CALSAMIGLIA, 1998, p. 213-214).

No entendimento de CADEMARTORI e BAGGENTOSS (2011, p. 350),

Especificamente no que se refere ao relacionamento entre o Direito e a Moral, o Neoconstitucionalismo sustenta que, para o Positivismo Jurídico, o Direito não perde sua juridicidade pelo fato de ser injusto. Ou seja, uma coisa é o direito que é e outra, por certo diferente, é o direito que deve ser. Tais diferenciações são tipicamente positivistas. O Neoconstitucionalismo, por sua vez, apresenta tese em contrário. Isso

porque, segundo esta corrente, a racionalidade moral desempenha um importante papel na formação do discurso de racionalidade jurídica e, em vista disso, existe uma relação intrínseca entre o Direito e a Moral, e isto deve ser considerado na aplicação das normas jurídicas, a fim de se legitimar a discricionariedade dos órgãos jurisdicionais.

Não se pode aceitar, portanto, que a abertura cognitiva do sistema jurídico se preste à satisfação das exigências econômicas, morais ou de quaisquer outras ordens presentes na esfera pública, bem como que o fechamento operacional permita a reprodução de critérios não-jurídicos dentro do Direito.

Indispensável, nesse cenário, pontuar que “a partir de uma abordagem partir da linguagem sistêmica – concepções autopoieticas e heteropoieticas, que tratam da legitimação do sistema jurídico no seio da teoria garantista” (CADEMARTORI e BAGGENTOSS, p. 352).

Nesse sentido, para NEVES e RISTER (2019, p. 18)

cada subsistema funcional está ligado diretamente à evolução da sociedade: obviamente isso vale também pelo direito, o qual, sob o prisma luhmanniano, evoluiu impulsionado pela complexidade, chegando ao estado atual, onde é caracterizado pela positividade. É dessa forma que o direito positivo se transforma em direito da diferenciação funcional.

Pode-se observar que, preservando a especificidade do código operacional do sistema jurídico, alcança-se a incolumidade do sistema, desde que sua operacionalidade siga a abertura do que lhe é afeto e tolerado, o que implica o fechamento para sua autorreferência e, acrescente-se, a distinção e a eliminação dos elementos que pertençam a códigos externos, como por exemplo, a moral.

Note que a sociedade contemporânea, marcada pelo surgimento do risco em superação do perigo e pela incerteza, traz consigo uma outra carga, a da alta complexidade que deverá, ou não, ser reduzida pelo Direito. É ele que, na condição de subsistema social, assegura, de forma eficaz, a estabilização de expectativas normativas e não comportamentos.

ROCHA (2001, p. 127) pontua que “a pós-modernidade não acentua a racionalidade ou consenso, muito menos a identidade, acentua, todavia, a produção da diferença, da fragmentação, da singularidade.” Isso, no pensamento luhmanniano, “acentua a contingência, a complexidade e, por consequência, o risco” (LUHMANN, 1997, p. 87). Para DE GIORGI, “o risco é uma modalidade da relação com o futuro:

uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade” (1998, p. 197).

Ainda, “sob a ótica dos sistemas sociais, o risco deve ser tratado como um fenômeno da contingência advinda da complexidade da sociedade contemporânea”. (SCHWARTZ, 2004, p. 41). Falar em contingência significa, então, selecionar as possibilidades de comunicação, sendo o risco “unidade de distinção entre o que foi decidido e o que não foi decidido. Ou o que poderia ter sido decidido” (SCHWARTZ, 2004, p. 41).

Assim, diante da complexidade da sociedade contemporânea e teoria sistêmica, a operação de decidir e selecionar as comunicações entre sistema e entorno é entendida como contingência, residindo o risco no próprio ato de decidir e selecionar, pois todo ato humano implica risco.

Tudo isso para contextualizar o risco à democracia¹⁶ pela colonização sistêmica em razão da comunicação neoconstitucional, que em suma, enfraquece a identidade do estado de direito e sua democratização. Para a o aparato sistêmico, o risco não está no resultado ou na produção de um direito meramente simbólico e sim na escolha de um processo comunicacional em detrimento de outro, sendo que esse “não se caracteriza pela falta de segurança, mas sim pelos danos que podem resultar das decisões e das ações dos atores sociais” (MENDES, 2016, p. 27).

3.3. O neoconstitucionalismo no sistema do direito

Por sua vez, GUASTINI (2003, p. 43) destaca que “[...] o neoconstitucionalismo tem impacto principalmente na cultura legiscêntrica” estabelecendo outras vias de diálogo. Para CITTADINO (2004, p. 34) pelo neoconstitucionalismo “[...] existe uma transformação, um jogo mutável de forças plurais” que na sociedade interagem entre si, em si, e com a Constituição.

¹⁶ Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. (BOBBIO, 1992, p. 10). Ainda, (...) por isso, o garantismo redefine o conceito de democracia: E chamada democracia substancial ou social o “estado de direito” munido de garantias específicas, tanto liberais quanto sociais; sendo que a democracia formal ou política será o “estado político representativo”, isto é, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade. (CADEMARTORI, 2007, p. 234). A racionalização do direito leva pois à exigência de que ele seja criado democraticamente, dado que a democracia é o modo pelo qual as razões individuais contrastam-se em pé de igualdade e em liberdade se reduzem a uma certa unidade através do critério da maioria, isto é, faz-se expressiva a soberania social. (CADEMARTORI, 2007, p. 156).

No mesmo sentido, BINENBOJM (2006, p. 64) [...] se pode falar numa supremacia não apenas formal, mas também material da Constituição relacionada ao fato de que os valores mais caros a uma comunidade política costumam ser exatamente acolhidos pela Lei Maior.

Isto se constituiria em uma abertura do sistema do direito para o sistema da moral. A comunicação Neoconstitucional observada pela teoria dos sistemas sociais faz com que se altere a percepção de norma no Sistema do Direito, pois no conceito funcional de norma, entendida como expectativa de conduta que se estabiliza ainda que de maneira contrafactual, não há espaço para argumentar se a norma está ou não em consonância com valores morais, ou quando nessa perspectiva ela é julgada neutra ou contrária à moral.

A norma ou se cumpre, ou, por desconhecida, não se cumpre. Essa é cumprida porque oferece informação; por exemplo, sobre os riscos de determinadas situações descritas nas leis de trânsito ou pela lei ambiental; e não se cumpre quando se confia mais na informação que se tem do que naquela transmitida pela norma.

Veja-se que a estrutura sistêmica do Direito não comporta a comunicação Neoconstitucional, pois essa traz mais indeterminação à prestação jurisdicional, que se amolda no campo do subjetivismo da ponderação e argumentação e o sistema do direito para Lhuman, “visto como totalidade, opera na base de segurança de expectativas normativas”. (2016, p. 195).

Mais, o Sistema do Direito se diferencia com base no caráter reflexivo de suas operações, o que só vai ocorrer que o seu código não for irritado por comunicações advindas de elementos não normativos, como a moral. Somente assim esse sistema pode chegar à compenetração de competências no sistema de decisões do direito que seja socialmente rastreável e aceitável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo da utilização da Teoria do Sistemas Sociais como forma de descrever a sociedade mundial e seus processos comunicacionais, foi possível identificar a presença de dois processos antagônicos que se comunicam com o Sistema do Direito no Brasil, sendo um o Garantista, o qual é compatível com a função do Sistema do Direito tendo em vista sua unidade de sentido ser a legalidade e a rigidez do acoplamento estrutural válido.

E ou outro, denominado principialista ou Neoconstitucional, o qual carrega a moral como unidade de sentido para justificar a ponderação do texto constitucional, o que se viu desdiferenciar o sistema do direito, pela colonização sistêmica com a presença de código alienígena à sua função.

Viu-se a impossibilidade de colonização sistêmica pela presença da moral como unidade de sentido, ou seja, a incompatibilidade da comunicação Neoconstitucional com o sistema jurídico sob pena de romper seu fechamento operacional para responder à códigos alienígenas que enfraquecem a identidade do Direito e a sua diferenciação funcional, retirando a autopoiese do sistema para dar voz a alopoiese do sistema social, ou seja, sua desdiferenciação funcional e impossibilidade de estabilização das expectativas normativas dos demais sistemas sociais.

Não se pode aceitar, portanto, que a abertura cognitiva do sistema jurídico se preste à satisfação das exigências morais ou de quaisquer outras ordens presentes na esfera pública, bem como que o fechamento operacional permita a reprodução de critérios não-jurídicos dentro do Direito. Portanto, não se tem como conceber a autopoiese entre Direito com a moral, pois ter-se-ia uma desconstrução do Estado de Direito.

Referências

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**, 4. ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

AMADO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o direito na obra de Niklas Luhmann. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JUNIOR, Dalmir. Niklas Luhmann: do sistema social à sociedade jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Abril/junho. 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: www.planalto.gov.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 638.491**. Recorrente:

Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Carlos Alexandre Gomes. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de maio de 2017c. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=13413414>>. Acesso em 01.09.2021.

CADEMARTORI; Luiz Henrique Urquhart; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **A Coerência do Sistema Jurídico em Luhmann: uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial**. Sequência: Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. V. 32 n. 62. 2011.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Constitucional**. São Paulo: Atlas. 2009.

CADEMARTORI, Sergio Urquhart de. **Estado de Direito e Legitimidade**, 2. ed. rev. e ampl. Campinas: Millenium, 2007.

CALSAMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**. Revista Doxa n. 21-I, 1998.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e risco. Vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1998.

DE MEDEIROS, Carlos Henrique Pereira. **Direito penal na “sociedade mundial de riscos”- uma aproximação da crise da ciência penal frente às exigências do contemporâneo**. Em <https://ambitojuridico.com.br/tag/autor-carlos-henrique-pereira-de-medeiros/> Julho de 2009. Acessado em 20.05.2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo**. Trad. de André Karam Trindade. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. 2010.

FERREIRA, Dirce Nazaré de Andrade. **NEOCONSTITUCIONALISMO E INTERPRETAÇÃO EM ROBERT ALEXY: análise da colisão das normas de direitos fundamentais**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 45, 2014.

FERRI, Caroline. **A interface entre direito e moral segundo a perspectiva de Robert Alexy**. Dissertação apresentada em 2006 para obtenção do grau de mestre na UFSC/Florianópolis/SC

FIGUEROA, Alfonso García. **A Teoria do Direito em tempos de Constitucionalismo**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Fórum. 2007.

GUASTINI, Riccardo. **A Constituição do ordenamento jurídico**. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)?** Madrid: Editorial Trotta, 2003.

KUHN, Lucas Bortolini. **Da separação à autonomia recíproca entre direito e moral: o constitucionalismo garantista e jurisdição constitucional democrática**. Dissertação apresentada em 22.08.2019 para a obtenção do grau de mestre na UniLaSalle/Canoas/RS

LIMA, Fernando Rister de Souza e FINCO, Matteo. **Teoria sistêmica e direitos humanos: o Supremo Tribunal Federal e o direito à saúde**. Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 13, Nº 2, jul./dez. 2019.

- LUHMANN, Niklas. **A sociedade da sociedade**. Madrid: Trotta.2007.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. tradução de Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1980.
- LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- MADEIRA, Lígia Mori. O Direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, jun. 2007.
- MENDES, José Manuel. **Sociologia do Risco: Uma breve introdução e algumas lições**. Publicado por Imprensa da Universidade de Coimbra. URL: <http://handle.net/10316.2/38055>. Acesso em 29.06.2020.
- NEVES, Clarissa Baeta; SAMIOS, Eva Machado B. Niklas Luhmann: A nova Teoria dos Sistemas. Porto Alegre: Goethe Institut, 1997.
- NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabricio Monteiro. **A Sociologia de Niklas Luhmann**. Rio de Janeiro: Vozes, 2017.
- ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2013.
- RUBIM, Karen Lucia Bressane. **As comunicações advindas do ciberespaço da Deep Web: uma análise sistêmica entre o risco e o direito no Brasil**. Dissertação apresentada em 30.07.2021 para a obtenção do grau de mestre na UniLaSalle/Canoas/RS.
- SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre. Livraria do Advogado: 2004.
- SCHWARTZ, Germano. **As constituições estão mortas? Momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- SCHWARTZ, Germano; DA COSTA, Renata Almeida. **A Covid-19 e o Primado da Diferenciação Funcional no caso da Hidroxicloroquina: O Direito entre o Sistema da Saúde e o Sistema da Ciência**. In: COVID-19 e os Impactos no Direito. São Paulo: Almedina, 2020.
- SCHWARTZ, Germano; PRIBÁN, Jirí; ROCHA, Leonel Severo. **Sociologia sistêmico-autopoietica das Constituições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.