

**VII ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E
DEMOCRACIA II**

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

BENJAMIN XAVIER DE PAULA

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

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 - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

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

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

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

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

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

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

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

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

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

C755

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

Coordenadores: Benjamin Xavier de Paula; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Samantha Ribeiro Meyer-pflug – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-932-2

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

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

O GT Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II, coordenado pela Prof^a Dr^a Samantha Ribeiro Meyer-pflug, pelo Prof^o Dr^o Paulo Roberto Barbosa Ramos e pelo Prof^o Dr^o Benjamin Xavier de Paula, tem como foco a produção científica produzida por pesquisadores/as da área do Direito, nos diferentes níveis da carreira científica, e oriundos de diversas instituições de pesquisa jurídica, públicas e privadas, nas diferentes regiões do país e estado da federação.

Essa produção científica trata dos estudos constitucionais (constituição, teoria constitucional e constitucionalismos) por meio das mais variadas perspectivas e abordagens, e representa uma pluralidade de interpretações científicas de estudiosos pertencentes aos diferentes estratos da sociedade brasileira.

O primeiro artigo de Rafael Rogério Manjabosco Braga e Arthur Gabriel Marcon Vasques “A alteração de domicílio eleitoral do Deputado Federal como causa de perda do mandato: uma análise do caso Rosângela Moro”, trata-se de um estudo sobre o normativo constitucional-eleitoral e seus princípios norteadores, que regulam a possibilidade de alteração de circunscrição do político eleito para fora dos limites que o elegeram.

O segundo artigo de Emerson Affonso da Costa Moura, Mauricio Jorge Pereira da Mota e Marcos Alcino de Azevedo Torres “Constitucionalismo Social, Ordens Constitucionais e Direitos Fundamentais: a interpretação sistematizada da política urbana na Constituição de 1988, trata-se de um estudo sobre a ascensão do constitucionalismo social e os efeitos na teoria do Direito, com vistas a verificar como direitos fundamentais demandam uma leitura da ordenação da cidade à luz de uma interpretação sistemática da Constituição.

O terceiro artigo de Ricardo Silveira Castro “Qual Reforma? reflexões sobre as propostas de reforma da Suprema Corte Brasileira em período de crise institucional (2019-2023)”, trata-se de um estudo que analisa a reforma das normas constitucionais vigentes que tratam da autonomia e da autoridade do Supremo Tribunal Federal (STF).

O quarto artigo de Otávio Fernando de Vasconcelos, Douglas da Silva Garcia e Victória Cássia Mozaner “Constitucionalismo Latino-Americano: transformação e identidade na Bolívia e Equador” trata-se de um estudo sobre as particularidades do constitucionalismo

latino-americano, com destaque para as constituições da Bolívia e do Equador, com vistas a compreender como esses países ressignificaram o conceito de constitucionalismo, a fim de refletir suas identidades culturais singulares e enfrentar os desafios do século XXI.

O quinto artigo de Eid Badr , Beatriz da Costa Gomes e Diana Sales Pivetta “A Produção Legislativa como meio mais Democrático para a Criação de Normas Jurídicas: a garantia da não surpresa ao administrado”, trata-se de um estudo sobre o princípio da legalidade como forma de promover a segurança jurídica, limitar a atuação da discricionária da administração e de permitir a influência dos indivíduos nas decisões políticas.

O sexto artigo de José Querino Tavares Neto e Vinícius da Silva Camargo “Jurisdição Constitucional: inimiga ou defensora da democracia?” que trata-se de um estudo sobre o Poder Judiciário na prática do controle de constitucionalidade, por meio do exercício da Jurisdição Constitucional.

O sétimo artigo de Benedito Antonio da Costa “Riscos sistêmicos ao Estado de Direito em ambiente de modernidade líquida e pós-verdade” trata-se de um estudo sobre o estado de direito em contextos que desafiam a estabilidade e a previsibilidade das normas que o constituem, enfatizando a relevância de estratégias proativas de gestão de riscos que assegurem a resiliência e a eficácia do estado de direito em um cenário globalizado e dinâmico.

O oitavo artigo de Vinicius Consoli Ireno Franco, João Pedro Felipe Godoi e Matheus Conde Pires “Quando a corte fala em nome do povo: uma análise discursiva da prisão em segunda instância (HC 126.292/SP)”, trata-se de um estudo sobre os elementos articulados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal em seus votos no HC 126.292/SP, que alterou a jurisprudência a respeito do início do cumprimento da pena após decisão colegiada em segunda instância.

O nono artigo de Régis Willyan da Silva Andrade , Hérica Rosentino de Souza Lopes “O diálogo necessário entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e os sistemas de proteção dos direitos humanos fundamentais”, trata-se de um estudo sobre a efetivação dos Direitos Humanos Fundamentais seja em âmbito doméstico ou internacional, discutindo-se qual a melhor teoria acerca da recepção dos referidos tratados e o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal.

O décimo artigo trata-se do estudo de Alexander Fabiano Ribeiro Santos “A Busca por uma Solução Platônica para os Problemas da Democracia: o Tribunal Constitucional Brasileiro no

exercício da função da guardiania”, trata-se de um estudo sobre o modelo republicano federativo democrático e um modelo de república com função a ser exercida pela guardiania.

O décimo primeiro artigo trata-se do estudo de Gerson Augusto Bizestre Orlato e Gustavo Callegari Peraro “Democracia Deliberativa e Justiça Social: desafios políticos e a busca por estabilidade no Brasil” trata-se de um estudo sobre o diálogo deliberativo, inspirado em Habermas como um meio potencial para alcançar a legitimidade necessária, promovendo a inclusão e a justiça social.

O décimo segundo artigo trata-se do estudo de Edith Maria Barbosa Ramos , Maria Célia Delduque N. P. Sa e Amailton Rocha Santos “Aproximações entre Brasil e Portugal: uma análise sobre a judicialização da política e o ativismo judicial”, trata-se de um estudo com vistas a realização de uma análise comparativa entre decisões judiciais de cortes constitucionais do Brasil e de Portugal sobre políticas públicas que tenham evidenciado algum ativismo judicial.

O décimo terceiro artigo de Eduardo Lopes Machado “8 de Janeiro de 2023: a tentativa da marcha sobre Brasília”, trata-se de um estudo sobre a tentativa de golpe de estado, quando radicais bolsonaristas invadiram e depredaram o Congresso Nacional, o Palácio do Planalto e o Supremo Tribunal Federal (STF), em Brasília, no dia 8 de janeiro de 2023.

O décimo quarto artigo trata-se do estudo de Adijovani Silva Santos “O Ativismo Judicial como forma de Preenchimento das Lacunas da Legislação Brasileira: legislativo ineficiente e omissivo ou poder judiciário legislador?”, trata-se de um estudo sobre até que ponto o ativismo judicial afronta a Constituição Federal Brasileira, a segurança jurídica e a democracia.

O décimo quinto primeiro artigo trata-se do estudo de Caroline Leal Ribas , Renata Apolinário de Castro Lima e Roberto Apolinário de Castro “Estado Democrático de Direito, Dignidade da Pessoa Humana e Estado de Coisas Inconstitucional: uma análise da ADPF 347 do STF” trata-se de um estudo que analisa como o estado de coisas inconstitucional representa um desafio significativo para a efetivação de princípios constitucionais, exigindo uma abordagem multidisciplinar e o engajamento de todos os atores sociais na defesa e promoção dos direitos fundamentais.

O décimo sexto artigo trata-se do estudo de Luziane De Figueiredo Simão Leal , Brychtn Ribeiro de Vasconcelos , Sérgio Tibiriçá Amaral, “Internet: uma zona livre sem fronteira versus a desajeitada burocracia legal”, trata-se de um estudo sobre a atuação das empresas gigantes do mercado tecnológico, às vésperas da aprovação do Projeto de Lei n. 2630,

denominado das Fake News, que dispõe sobre a regulação das plataformas digitais em face da decisão do Supremo Tribunal Federal, que analisa pesquisas cujo teor indicam a existência de algoritmos, robôs e tuítes automatizados, utilizados com o intuito de influenciar a opinião pública em processos democráticos.

Esses artigos revelam que a área temática de Constituição, Teoria Constitucional e Democracia é uma área consolidada no âmbito dos eventos do CONPEDI e traz contribuições significativas e relevantes para a pesquisa jurídica no Brasil.

Prof^a Dr^a Samantha Ribeiro Meyer-pflug; Prof^o Dr^o Benjamin Xavier de Paula; Prof^o Paulo Roberto Barbosa Ramos (Coordenadores)

**RISCOS SISTÊMICOS AO ESTADO DE DIREITO EM AMBIENTE DE
MODERNIDADE LÍQUIDA E PÓS-VERDADE**

**SYSTEMIC RISKS TO THE RULE OF LAW IN A LIQUID MODERNITY AND
POST-TRUTH ENVIRONMENT**

Benedito Antonio da Costa

Resumo

A partir de uma abordagem que pressupõe o estado de direito como produtor de valores advindos de sua estrutura composta pelos elementos igualdade, liberdade e estado, este artigo propõe observar a dinâmica dos riscos sistêmicos do estado de direito através de uma estratégia de análise contextualizada. Inicialmente, define-se o estado de direito no tempo e espaço, identificando características que delineiam uma condição social específica em um ambiente de modernidade líquida e pós-verdade. A análise avança observando o estado de direito por meio de simplificações que permitem revelá-lo como um conjunto de mecanismos criados com intencionalidade estrutural e interações sistêmicas. Além disso, são analisados mecanismos internos ao estado de direito que se mobilizam em resposta a condições que ameaçam sua integridade sistêmica, considerando aspectos jurídicos e políticos. Esta investigação é crucial para compreender como o estado de direito pode ser preservado ou deteriorado em contextos que desafiam a estabilidade e a previsibilidade das normas que o constituem. A pesquisa se apoia em uma metodologia que integra a teoria dos sistemas à análise dos fenômenos jurídicos e políticos, enfatizando a relevância de estratégias proativas de gestão de riscos que assegurem a resiliência e a eficácia do estado de direito em um cenário globalizado e dinâmico.

Palavras-chave: Riscos, Estado de direito, Integridade sistêmica, Pós-verdade, Modernidade líquida

Abstract/Resumen/Résumé

Based on an approach that assumes the rule of law as a producer of values derived from its structure comprised of the elements of equality, liberty, and state, this paper proposes to observe the dynamics of systemic risks to the rule of law through a contextualized analysis strategy. Initially, the rule of law is defined in time and space, identifying characteristics that outline a specific social condition in an environment of liquid modernity and post-truth. The analysis progresses by observing the rule of law through simplifications that allow it to be revealed as a set of artificially created mechanisms with structural intent and systemic interactions. Moreover, internal mechanisms within the rule of law that mobilize in response to conditions threatening its systemic integrity are analyzed, considering legal and political aspects. This investigation is crucial to understand how the rule of law can be preserved or deteriorated in contexts that challenge the stability and predictability of the norms that

constitute it. The research relies on a methodology that integrates systems theory with the analysis of legal and political phenomena, emphasizing the relevance of proactive risk management strategies that ensure the resilience and effectiveness of the rule of law in a globalized and dynamic scenario.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: risks, Rule of law, Systemic integrity, Post-truth, Liquid modernity

1. INTRODUÇÃO

Este artigo procura responder, a partir de auxílios epistemológicos da teoria dos sistemas, conforme a formulação geral de Niklas Luhmann, e das categorias descritoras do contexto de pós-modernidade como modernidade líquida e pós-verdade, indagação sobre qual a necessidade de uma gestão de riscos interna compartilhada pelos subsistemas sociais do direito e da política para que se evite a deterioração funcional do estado de direito.

O objetivo geral é evidenciar a operabilidade da categoria ‘riscos’ na abordagem dos problemas comunicativos dos subsistemas político e jurídico no que se relacionam com o estado de direito, com os objetivos específicos de identificar os valores sistêmicos do conceito de estado de direito, os riscos comunicativos que a liquidez e pós-verdade apresentam na relação entre o sistema político e jurídico ao estado de direito, bem como verificar a essencialidade e ‘qualidade’ do acoplamento estrutural possível entre esses subsistemas. A categoria ‘riscos’ sobressai na abordagem, culminando com uma identificação concreta dos riscos sistêmicos presentes na deterioração da qualidade comunicativa no ambiente social, nos subsistemas em consideração e na interação entre uns e outros.

As noções de modernidade líquida e pós-verdade foram evocadas como descritoras do ambiente em que inseridos e ao mesmo tempo formados os subsistemas sociais, visto que, na visão da teoria dos sistemas, não há sistema sem ambiente e diferenciações entre um e outro. Para a finalidade deste artigo, o conceito de pós-verdade pode ser tomado de modo semelhante ao que inaugurado por Teich (1992), no sentido de, por razões políticas, religiosas ou ideológicas, a criação de crenças e conceitos através dos mecanismos de mídia é tida como mais importante do que a informação factual.² Esta característica de pós-verdade aponta para deficiências informacionais na sociedade e entre seus subsistemas. Já o conceito de modernidade líquida, é carregado de forma sobreposta e complementar, para evocar características do ambiente social como propostas por Bauman (2021), como a fluidez (maleabilidade de instituições e relações), movimentação (materialização e desmaterialização de valores e estruturas), e imprevisibilidade (resultado das duas primeiras características). Tais características são apropriadamente evocadas porque, sendo ambientais, são causas e efeitos de sistemas e ambientes que, interconectados, revelam toda a complexidade, ou

² Interessante notar que neste artigo seminal Teich alerta para as poderosas implicações do fenômeno da pós-verdade na democracia pela erosão da confiança nas instituições e da moralidade coletiva.

hipercomplexidade da sociedade. Juntos, os conceitos de pós-verdade e modernidade líquida cumprem seu papel de descrição mínima do ambiente social, possibilitando uma contextualização da análise dos riscos sistêmicos aqui adiante tratados.

O artigo inicia abordando a geração de valores sistêmicos substanciais pela fórmula ‘estado de direito’ a partir de programações compostas pelos ideais de generalização de expectativas (lei e igualdade) e da abstração generalizante e aglutinadora de recursos sistêmicos (estado) - muito embora a categoria ‘estado’ não seja de todo enfatizada por Luhmann, pela rigidez de sua linguagem. Qualifica-se então a comunicação no ambiente social (liquidez e pós-verdade), para, em seguida, se realizar enquadramento sistêmico geral do problema posto (evidenciando-se categorias como comunicação irritativa, acoplamentos estruturais e outros conceitos explicativos da abordagem utilizada). Culmina-se por evidenciar a função de profilaxia atribuída ao sistema jurídico como preparação intelectual mais específica dos riscos sistêmicos existentes na interação comunicativa entre os subsistemas político e jurídico.

Empreendimento semelhante ao que pretende este artigo foi feito pelo próprio Luhmann (1983, 2009, 2016), de forma difusa.

2. O ESTADO DE DIREITO COMO GERADOR DE VALORES SISTÊMICOS A PARTIR DA IGUALDADE, DA LEI E DO ESTADO

Pode-se afirmar que algo extremamente poderoso e valioso surgiu quando ao menos três fatores/noções apareceram juntos operando em determinado momento histórico humano: a ideia de igualdade do status político das pessoas, a ideia de lei, como padrão abstrato e geral de conduta (permitida ou proibida), e a ideia de estado como entidade artificial dotada de meios de criação de lei por pessoas “iguais”. Não que já não se tivesse, na antiguidade, a noção de estatutos normativos que obrigavam pessoas em torno de padrões gerais e abstratos, nem era totalmente estranha a ideia de um ente que representasse uma nação, raça ou ajuntamento, muito menos era totalmente nova a noção de igualdade entre seres humanos, visto que o cristianismo já tentara igualar no céu aquilo que era desigual na terra. Mas a coexistência desses três fatores, entrelaçados em uma relação de interdependência, reflexividade e funcionalidade, veio a criar uma das formas mais poderosas de organização social já experimentadas pela humanidade.

Igualdade, lei e estado evocam, por si sós, e nessa ordem, toda uma constituição derivada naturalmente: daí decorre a noção de soberania (autonomia do estado frente à comunidade externa), cidadania (autonomia interna do cidadão frente ao estado), dignidade

humana (atributos mínimos da alteridade igualitária)³, pluralismo político (igualdade expressa na liberdade de autonomia política) e proteção a valores liberais (igualdade expressa na liberdade de ação econômica). Não por coincidência esses derivativos são descritos já no primeiro artigo da constituição brasileira e, geralmente, das demais constituições do mundo ocidental.⁴

Essa formulação tríplice de estado de direito abarca os elementos básicos, tanto formais quanto substanciais, para a sua formação, perenidade e proteção. A igualdade, que pode ser tida como aceitação da alteridade com atribuição de dignidade igualitária para compartilhamento de direitos e obrigações, é pressuposto para a formação de instrumentos normativos que expressam expectativas gerais, garantidas através de esquema social de administração de forças ordenadoras da sociedade à qual se dá o nome de estado. Segundo Luhmann (2016), pelo fato de a 'igualdade' representar a 'preferência mais abstrata do sistema', é um critério último de atribuição, em casos de litígio, sendo que representa muitas vezes a própria ideia de 'justiça', devido à sua força e abstração última (conceito-forma).⁵

Conforme Tamanaha (2004, p. 91), muito embora haja muitas formulações, as noções de estado de direito podem ser agrupadas em duas grandes categorias básicas, conhecidas como concepções "formais" e concepções "substantivas", que, de per si, podem ser representadas em três graus "cumulativamente progressivos". As versões formais do estado de direito incluiriam noções de "governo pelas leis", ou seja, leis como instrumento de ações governamentais; "legalidade formal", com leis gerais, prospectivas, claras e certas; e uma noção formada pelo

³ Sobre o conceito de alteridade igualitária da pessoa vide COSTA, Benedito Antonio da. Entre o Ser e o Dever Ser Humano: da dignidade da pessoa humana à alteridade igualitária da pessoa. In. STEINMETZ, W. Direitos Fundamentais: estudos de teoria e dogmática (I). 1. ed. Joaçaba: Editora Unoesc, 2020. v. 1. 380p. A alteridade, como característica não adjetivada, é essencial para a teoria dos sistemas na medida em que é condição para a diferenciação (ou é a própria diferenciação).

⁴ Em nível europeu, o Estatuto do Conselho da Europa, de 1949, em seu artigo 3º coloca a aceitação do estado de direito (rule of law) e a aceitação dos direitos humanos e liberdades fundamentais como premissa da formação do Conselho, muito embora não defina "estado de direito". Disponível em <https://rm.coe.int/1680306052>. Acesso em 19.07.2023.

⁵ Interessante a explanação de Luhmann (2016), sobre o compartilhamento formal, mas não substancial, do conteúdo da igualdade nos sistemas jurídico e político: "Além disso, atualmente é preciso distinguir entre um uso político e um uso jurídico do teorema da igualdade. A política exige que as pessoas sejam tratadas com igualdade. O direito exige que os casos sejam tratados com igualdade. O mandamento constitucional da igualdade, como norma jurídica, pode fazer que a igualdade política seja juridicamente interpretada como igualdade/desigualdade dos casos. Todavia, politicamente isso não é o bastante, uma vez que a política exige de si mesma que sejam absorvidos todos os novos impulsos de igualdade a fim de transformá-los em direito (e só então, assim, em casos do direito). O esquema igual/desigual gera uma necessidade de critério, mas ele próprio não determina os critérios de que se necessita. A igualdade em si não é critério de igualdade (tampouco a verdade é um critério de verdade)". O conceito lembra a abordagem de Ávila (2005, p. 101), que refere-se à igualdade como um 'postulado específico'.

conjunto “democracia e legalidade”, que inclui o consenso como determinante para o conteúdo da lei. As versões substantivas do estado de direito incluem as noções de direitos individuais (propriedade, liberdade contratual, privacidade e autonomia); direito de dignidade e/ou justiça e bem-estar social (igualdade substantiva, bem-estar e preservação da comunidade).

Claro que a super-simplificação de uma redução igualdade-lei-estado perde em especificidade para aquelas definições históricas tais como feitas por ícones da estatura de Dicey (1915, p. 153-154), que inaugurou no mundo uma tentativa de definição de estado de direito, se bem que no contexto inglês, como sendo definido por 1) absoluta supremacia ou predominância de leis comuns em oposição ao poder arbitrário; 2) igualdade perante a lei e 3) a ideia de que a Constituição é formada pelas leis comuns, e não o contrário⁶; e perde também para formulações como a de Hayek: o governo, em todas as suas ações, estaria vinculado or regras fixadas e anunciadas de antemão - regras que fariam possível a previsão razoável de como a autoridade usará seus poderes coercitivos em uma dada circunstância e o planejamento das ações individuais com base nesse conhecimento (Hayek, 2010). A definição de Dicey abrange a tríade lei-igualdade-estado (sem a preocupação de causa-efeito), sendo que Hayek, construção mais formal e libertária, acrescenta o elemento sistêmico que será recuperado por Luhmann, que é a formação de expectativas e previsibilidade. Pode-se tomar as definições de Dicey e Hayek como complementares, uma vez que o estabelecimento de expectativas pode ser visto como efeito do entrelaçamento formal-substancial da referida tríade conceitual.

Contudo, para os fins deste artigo, a despeito da incontestável importância dos conceitos mais complexos e analíticos, pode-se abstrair a evolução histórica que condicionou a fusão sistêmica da tríade igualdade-lei-estado⁷ para que se concentre a atenção na geração dos valores peculiares ao tipo de formação que se convencionou chamar de ‘estado de direito’, ou rule of law. Os valores gerados incluem os direitos e garantias individuais, protetivas dos pressupostos materiais da tríade (p. ex.: proteção à vida, liberdade, segurança e propriedade),

⁶ “The “rule of law,” lastly, may be used as a formula for expressing the fact that with us the law of the constitution, the rules which in foreign countries naturally form part of a constitutional code, are **not the source but the consequence of the rights of individuals**, as defined and enforced by the Courts;”. Dicey, neste trecho, explica a mal entendida noção de que a constituição inglesa poderia ser modificada pela legislação comum.

⁷ Abstraia-se a evolução do estado inglês até a formação completa do *common law*, a ideia de m estado formado por diferentes acepções de contrato, como os expressos por Locke, Hobbes, Rousseau e Kant, a sangrenta Revolução Francesa, a engenhosa formação constitucional americana e as recentes conquistas em direitos humanos após o darwinismo social nazista. Digna de menção para desconsideração a mecânica da engenharia política de Montesquieu, a pirâmide de ordenamento normativo de Kelsen e a lógica de controle de constitucionalidade de Marshall, em *Marbury vs Madison*. Importante esclarecer que outras tradições sociopolíticas não foram abrangidas pela presente análise. Para uma visão abrangente da genealogia histórica do estado de direito, vide Costa; Zolo, 2006.

as garantias de participação política, que vão desde a formação de partidos políticos até o funcionamento do parlamento e a separação de poderes em benefício da proteção da simbiose trina. O conteúdo axiológico e a forma dos mecanismos derivados da ideia de estado de direito colocam em operação um fluxo de empreendimentos, individuais e coletivos, cujos resultados são observados, avaliados e controlados ao mesmo tempo de forma individual e coletiva.

Assim, uma vez pressuposta uma geração de valores pela coexistência e simbiose dos fatores que formam o estado de direito, pode-se empreender uma observação mais ampla do fenômeno ‘estado de direito’⁸ a partir de auxílios epistemológicos escolhidos justamente para que se possa 1) definir um contexto de análise, situando o estado do direito no tempo, no espaço e em características que definem certa evolução social; 2) observar o estado de direito através de simplificações aptas a revelá-lo como conjunto de mecanismos criados artificialmente com intencionalidade estrutural; 3) observar mecanismos internos ao estado de direito que sejam mobilizados em resposta a condições degenerativas de sua integridade sistêmica.

3. O ESTADO E DIREITO NA SOCIEDADE MODERNA: RISCOS NA LIQUIDEZ E NA PÓS-VERDADE COMUNICATIVA

Embora Beck (2011) e Giddens (1991) tenham originalmente apontado características que ressaltam novas circunstâncias criadas pela modernidade e pós-modernidade que impactam a própria cosmovisão que os indivíduos possuem em relação ao futuro, a si mesmos e à sociedade que os rodeia em uma escala inexistente em toda a história humana, Bauman (2001), revela características ‘fluidas’ que torna o quadro ainda mais dramático, hoje muito mais ressaltadas que a 20 anos atrás.

A volatilidade das relações humanas e a facilidade com que as mudanças ocorrem são a tônica das exposições de Bauman. A provisoriidade parece ser o estado prevalente da modernidade, e essa característica, ocasionada por uma aceleração geral das informações, do avanço das técnicas e da multiplicação dos padrões de moralidade, traz reflexos em toda espécie de organização social humana (aí abrangendo, por óbvio, o estado de direito).

Na perspectiva trazida por Bauman, é, num primeiro momento, importante refletir sobre a utilização, ou exacerbação, das características sociais mais liquefeitas, por grupos, ou

⁸ Nesse ponto deve-se invocar a humildade trazida pela noção diferenciadora de noumeno e fenômeno a partir de KANT, visto que, por não podermos nos encontrar cientes da substância das coisas, devemos nos contentar com a forma com que essas aparecem aos nossos sentidos. Os modelos propostos por observadores, mesmo que brilhantes como Luhmann, obviamente não correspondem necessariamente à realidade das coisas, mas são auxílios a uma abordagem que, de outro modo, se daria de forma desorganizada e assistemática.

subsistemas de poder no seio das sociedades. Este aspecto, relacionado com as observações de segunda ordem a seguir descritas, é essencial para uma consciência da interação dessas características com os riscos impostos e eventuais possibilidades de seu tratamento.

A velocidade da produção de informações em todos os sentidos, seja a partir do indivíduo, seja a partir de corporações, bem como a concentração dessa comunicação ubíqua, imediata, *multicast full duplex* (todos para todos entre todos)⁹, mas ao mesmo tempo canalizada por algoritmos de serviços programáveis com intencionalidade comercial, política e ideológica, eleva a complexidade e rapidez dos sistemas de forma exponencial.

A própria comunicação entre as pessoas recebe o influxo dessa liquidez, ou melhor, a comunicação também apresenta características de ductilidade e maleabilidade, perdendo muito de sua estabilidade na transmissão de sentido. A chamada era da pós-verdade, em que emoções, pertencimento ao grupo e tendências já arraigadas preponderam sobre o conteúdo da informação como primeiro filtro, se encaixa no conceito de liquidez conforme proposto por Bauman. Controverso como seja o conceito de verdade, a constatação de que um número cada vez maior de pessoas adota como preferíveis crenças errôneas sobre ciência, história, grupos sociais e raciais, demonstra que a mera disponibilidade de uma comunicação *multicast full duplex* não necessariamente melhora o nível da comunicação sistêmica (dependente da integridade de código típico de cada subsistema) em termos de qualidade comunicativa.

Em um sistema social, baseado na comunicação entre indivíduos, grupos de indivíduos e grupos de grupos de indivíduos, essa combinação parece ter o condão de catalisar a complexidade dos eventos e a velocidade das disrupções.

Por outro lado, nunca foi tão fácil a formação de grupos, a externalização de opiniões, e a reverberação de informações, factuais ou não. Não se pode negar que a disponibilidade de pontos *multicast full duplex* para todos os indivíduos pode contribuir para uma igualdade comunicativa. Resta saber se a comunicação em ambiente de pós-verdade líquida irá favorecer ou não sua estabilidade.

Conforme observado por Costa (2017), o próprio instituto da propriedade sofre influxos poderosos dessa característica de liquidez demonstrada pelas relações comunicativas da

⁹ O termo agora cunhado, *multicast full duplex* é nossa tentativa de descrever a capacidade das redes comunicacionais atuais de permitir a transmissão de informações de um ponto para outro, de um ponto para muitos, de muitos pontos para um e de todos os pontos para todos os lados. Termo que emprestamos da ciência de redes/dados combinando *multicast* (um pacote é enviado para vários pontos simultaneamente) e *full duplex* (transmissão de dados em ambas as direções). Apenas a combinação desses dois conceitos pensamos que podemos descrever a complexidade das comunicações atuais a partir dos indivíduos.

sociedade pós-moderna.¹⁰ A propriedade, antes centrada em ativos ‘concretos’, agora está desmaterializada em meios líquidos (mercado financeiro), com capacidade multiplicativas e de materialização ubíqua, e com tendências à transferência do risco às populações locais não habilitadas a mitigá-los. Ou seja, o investidor, ao mesmo tempo em que pode escolher materializar seu capital para exploração em locais mais propícios para a exploração dos empreendimentos, pode desmaterializar seu investimento, deixando as externalidades (poluição, doenças, desagregação) sem que seja plenamente responsabilizado. Não se pode desconsiderar, portanto, os sistemas financeiro, comercial, de comunicação social e seus acoplamentos estruturais na abordagem dos riscos ao estado democrático de direito.

4. IGUALDADE, LEI E ESTADO: UMA VISÃO PANORÂMICA DO ESTADO DE DIREITO SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS SISTEMAS

A observação dessa característica de liquidez social é auxiliada pelos óculos da teoria dos sistemas, visto que a observação de sistemas e ambientes, dessa forma operada, objetiva uma ‘redução’ da complexidade da abordagem do sistema em relação ao ambiente na medida em que o sistema pode observá-lo [o ambiente], o que nos sistemas sociais ocorre justamente pela comunicação, que é parte integrante do próprio sistema. Esse processamento por uma comunicação interiorizada causa certos problemas para a observação dos sistemas sociais, pela fusão do observador, da comunicação e, em certa forma, do ambiente: o observador é, ele mesmo, parte do sistema, observado por ele e reflexamente influenciado.

Propõe-se, portanto, que a abordagem do estado de direito a partir da ótica da teoria dos sistemas considere a influência dos fatores acima trazidos em consideração.

Parece que, para Luhmann, o estado de direito é mesmo formado de modo complexo, no sentido de ser formado pelo compartilhamento de diferentes sistemas, que se interligam, condicionam e se reproduzem (em sentido operativo).

Como qualquer sistema autopoietico¹¹, o direito é normativamente, ou operativamente, fechado: noções construídas (radicalmente) a partir de um observador. Um sistema pode ser referido como tal quando se pode apontar uma diferenciação entre o sistema e seu ambiente, operando recursiva e circularmente, se organizando, mudando suas estruturas internas, produzindo seus elementos: enfim, operando autopoieticamente, de modo cerrado (com

¹⁰ Ressaltou-se, nesse artigo, a necessidade de *accountability* dessa materialização-desmaterialização da propriedade em ambiente de governança democrática.

¹¹ Sistemas autopoieticos foram explanados inicialmente no campo da biologia por Varela; Maturana; Uribe (1974), para significar organização autônoma vital permitida pela recursividade de componentes que operam na mesma ‘rede’ objetivando uma unidade identificável espacialmente.

referência a essas operações e ao controle delas). Uma vez estabelecido o controle operativo e a distinção (independência relativa) suficientes, pode-se vislumbrar a abertura “consciente” para o ambiente (sistemas de relacionamento). A distinção e a diferença como imersa no conceito de fechamento do sistema e de sua própria abertura faz toda a diferença, visto que não mais se poderia, a partir de Luhmann, observar sistemas sem que sua individualidade fosse construída a partir de seu ambiente diferenciado e suas aberturas comunicativas (*reentry*). Esse padrão de abordagem pode ser relativizado também em relação aos subsistemas, e aos subsistemas de subsistemas, basta que seja necessária uma observação de especialização (Gonçalves, p. 49).

Então os sistemas, fechados operativamente, possuem condições de reproduzirem-se a si mesmos, operando recursivamente (remetendo a operações dentro do próprio sistema), diminuindo a complexidade através das especializações e plenamente consciente de sua diferenciação.¹²

Do acima exposto segue que talvez não se possa referir ao ‘estado de direito’ como sistema: mais adequado seria considerar estado de direito como fazendo referência ao resultado da interação de alguns sistemas ‘distintos’, como o sistema político e o sistema jurídico, principalmente. O próprio Luhmann refere-se ao ‘estado de direito’ como “conceito conector”, como necessário para “tornar possível definir duas perspectivas de sentido contrário como uma unidade e celebrá-las como uma conquista da civilização: suspensão jurídica do poder político e a instrumentalização política do direito” (Luhmann, 2016).

Pode-se afirmar, portanto, que há influência (ou comunicação irritativa), por meio do que Luhmann denomina ‘acoplamentos estruturais’, entre o sistema político e o sistema jurídico. Pode-se até vislumbrar que o conceito de estado de direito e suas premissas se encontra

¹² Mais sobre o conceito de autopoiese (GONÇALVES, 2013, p. 50): Em Luhmann, no entanto, o conceito adquire uma abrangência maior e deve ser lido a partir do processo de diferenciação do sistema em relação ao ambiente. Nesse sentido, a noção de autopoiese compreende três fases interdependentes: autorreferência de base, reflexividade e reflexão. A primeira refere-se à autorreprodução dos elementos. Para Luhmann, como um elemento só existe em relação a outros, eles se remetem necessariamente entre si como redes recursivas, que, ao se diferenciarem conforme as possibilidades de relação, reduzem as alternativas disponíveis no mundo (diminuição de complexidade). Note-se o paradoxo: da necessidade da relação, os elementos constroem sua unidade, mas como é a própria unidade que possibilita a conexão, os elementos também são por ela construídos. A segunda etapa, por sua vez, consiste na capacidade de um processo referir-se a si mesmo. Luhmann denominou-a reflexividade, pois exprime a possibilidade de o processo se submeter aos seus meios para escolher seus atos. A terceira fase, denominada reflexão, diz respeito à autodescrição do sistema, isto é, à sua necessidade de se reconhecer como diverso. Trata-se, em outras palavras, da elaboração de uma “teoria do sistema no sistema”, produzida discursivamente por meio de conceitos e argumentos próprios. Depende de construção conceitual que descreva sua identidade e, por conseguinte, demarque sua diferença. Quando essas três fases operam simultaneamente, tem-se a estabilização de um sistema autopoietico diferenciado de seu ambiente.

em torno dos sistemas estruturais do sistema jurídico e político. Muito embora seja certo que o sistema político ‘dê forma’ ao sistema jurídico, não se pode negar que o direito/sistema jurídico sustenta o sistema político pela produção de resultados de operação e estabilização. A complexa abordagem da teoria dos sistemas coloca a questão (deixada para outros estudos) de que, mesmo em uma assembleia constituinte há um direito regulando a produção de normas, o que faria com que se possa supor a perene coexistência de sistema jurídico e político.

Na categorização estado de direito o macro-princípio da igualdade poderia ser visto como estruturante do sistema político no sentido de que estatui suas estruturas de participação igualitária (voto, parlamento e *accountability* democrática); a lei (no sentido de norma que engloba, por exemplo, os princípios e regras) pode ser tomado como categoria responsável pela estruturação do sistema jurídico (na verdade, recebe a forma e a estrutura do sistema político mas é deste distinto operativamente). Não tentaremos enquadrar o estado na teoria dos sistemas luhmanniana no momento, mas pode-se vislumbrar que é conceito utilizado para se referir à estabilidade da gravitação e perenidade de específica compleição do sistema jurídico e político.

Assim, a referência a estado de direito deve evocar a estabilidade e qualidade do acoplamento dos sistemas político e jurídico construídos com tessitura baseada na igualdade entre os indivíduos e no estabelecimento e generalização de expectativas dos mesmos baseadas nessa relação de igualdade.

O fato de os sistemas operarem num mesmo ambiente e trocarem mensagens irritativas sem acesso às operações específicas de seus mecanismos ‘cerrados’ é possível pelo ‘acoplamento estrutural’ (*strukturelle Kopplung, structural coupling*). A percepção (a irritação) pressupõe estruturas preparadas para observar e reagir,¹³ tanto nas operações ‘normais’ do sistema quanto em seus mecanismos de autopreservação.

5. O SISTEMA IMUNOLÓGICO DO ESTADO DE DIREITO: RISCOS AO AMBIENTE SOCIAL

É apropriado que em uma abordagem que pretenda a observação dos valores e meios de preservação do estado de direito se passe sem delongas para a noção de risco. Mesmo que essa pareça intuitiva e natural, em um super sistema complexo como a sociedade, em que está

¹³ Um exemplo de acoplamento estrutural entre os sistemas político e o do direito dado por Luhmann é a constituição (Luhmann, 2016, Capítulo 6, II). Um outro exemplo a ser dado pode ser o contrato e a propriedade como acoplamento dos sistemas econômico e legal; ou os impostos e taxas, acoplando o sistema político e econômico.(BARALDI et al, 2021, p. 117-118).

inserido o programa/subsistema composto ‘estado de direito’, a noção de risco apresenta especificidades e desafios.

A noção natural de risco, por si só, pode ser descrita, sem muito esforço, como envolvendo etapas de programação de reconhecimento de condições, fatos ou situações não determinadas que, de alguma forma, possam trazer algum malefício a algo ou alguém. Na realidade, qualquer sistema orgânico, natural ou artificial, possui subsistema de defesa de seus valores, como se pode notar quando se observa as reações do corpo humano a situações que podem, real ou imaginariamente, resultar em eventos indesejados, reações protetivas, preparatórias ou compensatórias, são mobilizadas (efeito *fight or flight*).¹⁴ Reações a situações de risco são observadas acontecendo desde níveis celulares do reino animal ou vegetal até a organizações humanas formadas por convenções contratuais (ou pseudo contratuais), como se dá no caso do estado de direito. O fato da existência de subsistemas ou mesmo sistemas autônomos especializados em atividades parasitárias degenerativas, incapacitantes ou mesmo disruptivas dos sistemas deve ser considerado também na análise do estado de direito.

Dessa forma, nos valem da teoria dos sistemas sociais de Luhmann, que proverá a capacidade de visualização de macro-estruturas denominadas por ele de sistemas, de modo a deixar explícitas as diferenciações, as comunicações e a tendência vetorial do sistema para sua própria reprodução e cumprimento de papéis programados.

Apesar de não ser imune a críticas¹⁵, a teoria dos sistemas de Luhmann é útil para que o analista/observador mantenha o foco nas estruturas, nos entornos e nas interações entre esses fatores, bem como para uma abordagem minimamente estruturada dos riscos e suas interações intra e entre os sistemas. Essa utilidade é ressaltada a partir da distinção que Luhmann faz entre risco e perigo, pois é importante para ressaltar a inflexão que a consciência humana recebe a partir da noção da possibilidade de controlabilidade de pelo menos algum aspecto do acontecimento futuro e incerto. Sem humanos observadores e atributivos de sentido, não haveria percepção de risco. Antes incontrolláveis perigos causados pela fúria divina ou natural,

¹⁴ Conforme o dicionário de psicologia da American Psychological Association, uma resposta *fight-or-flight* (lutar ou fugir) foi primeiramente descrita por Walber B. Cannon, e consiste em um padrão de alterações fisiológicas provocadas pela atividade do sistema nervoso simpático em resposta a situações ameaçadoras ou estressantes que levam à mobilização de energia para atividade física (por exemplo, atacar ou evitar o estímulo ofensivo), seja diretamente ou inibindo a atividade fisiológica que não contribuem para a mobilização de energia, incluindo “aumento da frequência cardíaca, frequência respiratória e atividade das glândulas sudoríparas; pressão arterial elevada; diminuição da atividade digestiva; dilatação da pupila; e um encaminhamento do fluxo sanguíneo para os músculos esqueléticos”. Disponível em <https://dictionary.apa.org/fight-or-flight-response>, acesso em 18.07.2023.

¹⁵ Vide FILHO, 2023 p. 91, onde se que expõe as críticas feitas por André-Jean Arnaud à teoria sistêmica de Luhmann aplicada do Direito, incluindo sua complexidade ‘monumental’, confusão entre ‘sistema jurídico’ e ‘direito’, e de ser ‘mera abstração’, sem aderência ao mundo da vida e estaria a serviço do *status quo*.

agora os riscos são ‘criados’/amplificados pelos próprios humanos, e essa consciência, juntamente com a percepção de que a ação humana pode agir sobre o resultado do evento futuro e incerto, ao menos para que chegue ao ponto da inevitabilidade, momento em que se retorna ao perigo puro.

As contingências são, assim, inerentes aos sistemas pela incontrollabilidade total do ambiente e são necessárias às evoluções do próprio sistema, que possuem seus sistemas imunológicos previamente programados para reagir a influências disruptivas de algum elemento de sua compleição, seja em suas operações, seja em sua comunicação, nos seus acoplamentos estruturais ou mesmo em relação a um outro sistema inteiro.

Neste sentido, Luhmann (2016) vê o Direito como “uma espécie de sistema imunológico da sociedade”, tanto mais necessário dada a crescente complexidade da própria sociedade demandante de pacificação de conflitos. Como tal, o objetivo deste sistema é justamente o “enfraquecimento de riscos estruturais” (Luhmann, 2016). O direito será tão eficaz nessa tarefa profilática quanto conseguir manter as estruturas sistêmicas intactas ao passo que “aprende” formas eficazes de resposta aos riscos impostos à sociedade (especificamente ao estado de direito).

Conforme já esboçado, a característica de “liquidez” crescente das relações humanas e, por conseguinte, da sociedade, é catalisadora da velocidade das comunicações e transformações efêmeras, fazendo com que o direito tenha que ‘aprender’ deste ambiente para fazer frente aos riscos, sob pena de comprometimento da integridade do próprio ambiente e degeneração das estruturas conectadas estruturalmente. “Quando o sistema imunológico da sociedade não é aproveitado, ele também não aprende nem constrói os dispositivos apropriados para os casos de perturbação.” (Luhmann, 2016).

Todo sistema possui, como decorrência da autopoiese, formas de autopreservação e continuidade. Mas o direito possui uma especialização num grau diferente, sendo responsável pela preservação do próprio ambiente em que está inserido. Difere, portanto, as respostas imunológicas jurídicas das respostas imunológicas políticas, sendo ambas impostas pela especialização definidora dos sistemas e significando uma corrupção sistêmica o próprio fato de um avanço impróprio na operação de um sistema pelo outro.

Daí decorre que a resposta imunológica dada pelo direito aos riscos degenerativos advindos do ambiente não deve adentrar no sistema político, sob pena de perder a diferenciação garantidora de sua utilidade funcional. A linguagem código do sistema do direito (lícito/ilícito) teria que ser utilizada exclusivamente, mesmo que para resposta a riscos advindos de outros subsistemas sociais como a política, a cultura, a economia, religião ou qualquer outro. O

raciocínio inverso também se aplica: o sistema político não pode abandonar seu código (governo/oposição) e seus programas finalísticos para pretender assumir o código lícito/ilícito do Direito.

A corrupção sistêmica, por exemplo, em caso de ativismo judicial, será identificada pelo sistema detentor dos códigos usurpados e tenderá a causar irritações que levam ao questionamento da operação contaminada, como impeachment de membros do judiciário, modificações legislativas de limitação da amplitude da jurisdição etc.

Quando os mecanismos de contenção falham em identificar abusos, o risco de deterioração sistêmica é real, pela entropia fomentada. A complexidade crescente, representada pelas características liquefeitas da sociedade e pela comunicação pós-verdadeira, acentuam a tendência de entropia nos sistemas sociais, demandando cada vez mais energia para as funções imunológicas dos sistemas.

Por exemplo, é grave o ataque de um sistema político, através do exercício do poder momentâneo, ao poder jurídico, consubstanciado nos estatutos e, principalmente, nos Tribunais. A deslegitimação da interiorização e aceitação da produção do código lícito/ilícito pelo sistema jurídico através de questionamentos das bases formativas do poder jurídico, transformando-o simplesmente em parte do poder político é disruptivo do tripé igualdade-lei-estado que sustenta o estado de direito. A utilização da comunicação *multicast full duplex* para a finalidade de, em aproveitamento das características de liquidez pós-verdadeira, minar constantemente o sistema jurídico precisa de atenção tanto por parte dos observadores do sistema político quanto do sistema jurídico e o efeito prático pode estar relacionado com a destruição de expectativas de pacificação justa provida pelo direito. Aliás, a destruição de expectativas atinge a própria essência do sistema jurídico porquanto “a indiferença última quanto ao que é certo ou errado em relação à comprovação futura de expectativas é traço característico do ato de risco”, sendo que tudo pode se apresentar de forma muito potencializada e complicada, visto que “existem um terceiro, um quarto, e outros planos da reflexividade, ou seja expectativas sobre expectativas de expectativas...” (Luhmann, 2016). Sobre essa forma de corrupção sistêmica:

Uma abertura para a cognição se dá sempre sob a condição autopoiética da integração do caso particular ou então por norma alterada, na prática decisória corrente e vindoura do sistema. No sistema do direito, um ato de arbitrariedade sustentado por uma “afirmação autoritária” do sistema político seria reconhecível como ruptura do direito — mesmo que daí não se seguisse nenhuma consequência advinda da falta de cobertura pelo poder. Um sistema jurídico que é frequentemente exposto a tal interferência num amplo espectro de questões — e quem há de negar que isso acontece? — opera num estado de corrupção. Por meio de suas normas, o sistema reconhece não ser capaz de resistir à pressão da política. Ele se mantém simulando legalidade (Luhmann, 2016).

Esses ataques visando minar o próprio fundamento do sistema jurídico diminuem as “expectativas comportamentais generalizadas congruentemente” (Luhmann, 1983), aumentando a percepção de riscos pelo aumento da incerteza social dos comportamentos e das decisões pelos tribunais: atinge o próprio núcleo do Direito, uma vez que borra os contornos de sua diferenciação.

6. OS RISCOS SISTÊMICOS AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O ataque do sistema político ao sistema jurídico é, sem dúvida, um dos mais disruptivos ao tripé (igualdade-lei-estado) que mantém o estado de direito como cluster sistêmico hígido e saudável (saúde essa entendida como o fato de se produzir resultados condizentes com as expectativas para as quais o sistema foi erigido).

Uma inflexão do sistema econômico no sistema político também é disruptiva de forma poderosa: basta observarmos o financiamento de campanhas eleitorais por agente econômicos e, atualmente, o poder das *Big Techs* na formação da opinião política.

Consideremos aqui apenas duas formas de movimentos com finalidade de deterioração do estado de direito: os ‘ataques’ políticos e os ataques ‘jurídicos’. Um deles, como já dito, se refere a uma inflexão do sistema político na tentativa de deslegitimação do sistema jurídico. O outro, de modo inverso, refere-se à tentativa de controle do sistema político pelo sistema jurídico. Ambos estão relacionados com a interferência de um dos sistemas no código binário operativo de outro. Ambos são potencializados pelas características do meio (líquido, pós-verdadeiro, etc) em que se dá a comunicação através dos acoplamentos estruturais dos sistemas.

6.1 Riscos políticos ao estado de direito

O sistema político pode representar risco ao estado de direito quando parcela relevante dos atores políticos negam a diferenciação sistêmica do direito, recusam obediência ao seu código comunicativo ou negam a legitimidade ou a existência do acoplamento estrutural entre esses dois sistemas.

São ruídos comunicativos disruptivos do direito a difamação incontida aos juízes, como a atribuição de motivos políticos como justificativa às decisões; a recusa à obediência às decisões judiciais, em negativa geral do próprio sistema do direito instituído ou a tentativa da

atribuição judicativa, em algum grau, a sistema diverso (como o sistema militar). Todos esses fenômenos foram observados na história recente do mundo, inclusive no Brasil.¹⁶

Os partidos, os candidatos, os incumbentes, os apoiadores e todo e qualquer agente político podem inserir no ambiente irritações degenerativas em relação ao sistema jurídico e seu ambiente. Um dos motivos dessa tendência é a posição e função do sistema jurídico para utilizar seu código operativo (lícito-ilícito), necessário para a comunicação percebida pelo próprio sistema político (check and balance), o que representa restrição à ampliação da esfera de poder político.

Esses riscos são potencializados pela crescente liquidez do sistema social, pelas formas *multicast full duplex* de comunicação e pela relativização ocasionada pelas características de pós-verdade. Líderes e partidos populistas, descomprometidos com aderência a princípios básicos de funcionamento de instituições democráticas (ou tendo o rompimento delas como discurso de sua própria elevação política), que fazem uso das formas modernas de comunicação descentralizada, com o reforço dos descontentamentos ‘naturais’ dos observadores ‘eleitores’ são fonte de risco que, por sua frequente recursividade, já podem ser considerados como forma de subsistema inerente às democracias modernas. Uma vez que não são mais riscos latentes ou desconhecidos, passam do status de ‘perigo’ para o de ‘risco’, deve receber tratamento adequado quanto à suas fontes (filtros políticos), seus meios (regulação mínima das comunicações de massa e meios financeiros) e quanto às possíveis fraquezas de sistemas adjacentes condicionantes do ambiente (sistema educacional).

6.2 Riscos jurídicos ao estado de direito

É jargão na teoria dos sistemas quanto ao sistema do direito que ser operativamente fechado não significa que o direito não estende o significado de seus códigos e operações para outros sistemas. Na realidade, essa função comunicativa é pressuposto da abertura do sistema por seu fechamento operativo. O filtro de validade de lícito/ilícito é fundamento de um sistema jurídico politicamente instituído como sistema saneador de outros sistemas sociais. Quando o direito abandona seu código lícito/ilícito (que exerce em relação ao ordenamento advindo de premissas constitucionalmente lançadas) e começa a flertar com o código de poder político

¹⁶ Sobre uma análise mais factual e baseada na história recente dos movimentos contestadores da conformação democrática moderna vide Przeworski, 2020.

(governo/oposição), há igualmente interferência na expressão livre de outro sistema, inserindo riscos estruturais ao estado de direito.

Decisões baseadas em motivos extrajurídicos não são próprios do sistema jurídico, e tendem a fomentar/suprimir atores políticos cuja ação deveria ser livre para operar no sistema político, desde que não extrapole os limites normativos acompanhados paralelamente pelo direito. A incontinência do operação do sistema jurídico aos seus códigos e à sua diferenciação leva, tal qual os riscos políticos ao estado de direito, a um estado de risco que pode resultar em funcionamentos deturpados que, em última análise, produzem resultados deturpados na igualdade formal e material dos agentes políticos e cidadãos, aos conceitos normativos e jurisprudenciais que se distanciam da clareza de sua codificação e, enfim, leva à deterioração do estado de direito pelo aumento de sua entropia (incertezas).

O chamado “ativismo” judicial, visto como sistematicamente ineficaz pelo próprio Luhmann (2016) pode comprometer a estabilidade do acoplamento estrutural (que pode ser expresso, dentre outras formas, pelo respeito ao esquema constitucional vigente) necessário à diferenciação funcional do Direito.

7. RESPOSTA AOS RISCOS AO ESTADO DE DIREITO: PERCEPÇÕES DE SISTEMA POLÍTICO E DO SISTEMA JURÍDICO

Se a óptica escolhida é a teoria dos sistemas, os sensores de risco, no estado democrático de direito, podem ser identificados nos observadores de segunda ordem, ou mesmo de terceira ordem (a partir de observações realizadas por observadores participantes de outros sistemas). Isso significa que o sistema observa as suas próprias operações e deveria estar ciente de qualquer extrapolação na operação de seu código operativo. Dito de outro modo, os Tribunais Superiores devem extirpar, eles mesmos, decisões que, ao se travestir de jurídicas, são, na realidade, espúrias ao sistema do direito, mostrando-se partidária (política). Um problema surge quando a própria cúpula do sistema jurídico (o meio de acoplamento final e principal) assume o código do sistema político, ameaçando o estado de direito.

Os riscos identificados dentro do próprio sistema, de outro sistema ou do ambiente como um todo devem ser abordados também a partir da localização das respostas do próprio sistema, ou de outro sistema acoplado, ou de ambos. A perenidade por autopoiese não é possível a sistemas que não possuem respostas aos riscos ambientais e sistêmicos, próprios ou externos.

Entra em cena, então, observações realizadas por intermédio do sistema político, que observando o ‘abuso do Direito’ pode reagir, ou observações realizadas através do sistema jurídico, que, sensível aos abusos do sistema político, pode reagir. Essas observações de

segunda ordem são sempre complexas, pois são realizadas por observadores que são também parte dos sistemas, resultando contínuo movimento de respostas imunológicas que, ao mesmo tempo que causam alguns danos estruturais, são responsáveis pelo aprendizado dos sistemas e de seu fortalecimento.

7.1 Respostas jurídicas a riscos políticos ao estado de direito

Como se resolveria um impasse de exclusividade de usos de códigos operativos entre o sistema jurídico e o sistema político? Primeiramente deve-se reconhecer que uma recusa peremptória de acomodação comunicativa entre os sistemas políticos gerará rupturas desestabilizantes: estados de exceção, desobediências civis, capturas sistêmicas. Como não há meios de eliminação de contingências ambientais que signifiquem segurança total dos, e nos, sistemas, não há garantia alguma de estabilidade futura que não repouse no respeito à constituição. Esse risco constante de usurpação de códigos foi percebido até por Montesquieu (1996, p. 176), quando atribuiu ao ‘movimento necessário das coisas’¹⁷ a resolução dos impasses. Não há garantia fora da impressão que o sistema constitucional gera na mente das pessoas que são, segundo a visão polêmica de Luhmann de que, em última análise, são o ambiente da sociedade (Gonçalves, 2013, p. 55).

Quando a constituição regula condições de elegibilidade de pretensos governantes, legisladores ou executores, o faz permitindo o estabelecimento de condições mínimas de profilaxia: nacionalidade brasileira, para impedir que nações estrangeiras se apropriem da sociedade nacional a seu benefício; não estar impedido de exercer direitos políticos - o que pode advir de efeitos de condenação criminal; idade mínima crescente à medida que a base territorial de influência política aumente; regras anti-nepotismo; abertura para definição de ‘outros casos’ de inelegibilidade, o que hoje incluem filtros como condenações por determinados tipos de crime contra a economia a coletividade e outras previsões que visam dificultar o atingimento do poder por indivíduos presumidamente despidos de qualidades republicaneamente desejáveis. Ao julgar ações que visam a aplicação desse tipo de norma, o Poder Judiciário dá uma resposta jurídica preventiva a possíveis ataques políticos.

¹⁷ Eis então a constituição fundamental do governo de que falamos. Sendo o corpo legislativo composto de duas partes, uma prende a outra com sua mútua faculdade de impedir. Ambas estarão presas ao poder executivo, que estará ele mesmo preso ao legislativo. Estes três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente. (Montesquieu, 1996, p. 176).

Assim, o *enforcement*, por parte do judiciário, de normas eleitorais contra o abuso de poder, seja político ou econômico, são formas de prevenção de riscos de formação de lideranças com tendências de causar degeneração sistêmicas.

O julgamento de ações que tenham por objeto a coibição de comunicação abusiva dirigida ao enfraquecimento do próprio judiciário também é ação profilática importante, sem bem que o meio digital torna a ‘limpeza’ das redes difícil. Um elemento importante que ao mesmo tempo amplifica os riscos e torna-os também mais ‘controláveis’ é a concentração das comunicações de massa nas *Big Techs*. Dessa forma, necessária *accountability* precisa ser estabelecida para empresas que exploram a comunicação fluida *multicast full duplex*, se se pretende algum tipo de controle preventivo ou repressivo minimamente eficiente.

Inelegibilidades, condições de elegibilidade, *accountability* de empresas de exploração da comunicação de massa *multicast full duplex* e repressão a crimes contra o estado de direito são meios preventivos necessários e, talvez, eficientes na prevenção de riscos políticos.

Todavia, como o direito utiliza, para se chegar à definição factual dos códigos lícito/ilícito, de métodos comunicativos realizados pelos ambientes mentais dos juristas, a qualidade e profundidade jurídica desse meio é de suma importância na mitigação dos riscos que o direito possa impor ao demais sistemas, inclusive o jurídico. Desde Tocqueville (2005, p. 307-323) já se constata que grande parte dos riscos em um estado de direito são mitigados quando os juristas são dotados de formação profunda e apropriada, com entendimento da missão funcional no estado de direito, e quando conseguem exercer com denodo sua missão frequentemente contra majoritária. A pureza da qualidade argumentativa que culmina nas decisões próprias ao sistema jurídico é então percebida pelos outros sistemas, contribuindo para a estabilidade, legitimidade e segurança das expectativas.

Como contraponto a um certo “déficit de democracia” da qual pereceria o poder judiciário (por não ter integrantes eleitos diretamente por voto popular), e como fator de controle sobre os eventuais riscos que o judiciário pode impor ao estado de direito, Wacks (2021, p. 66) ressalta o que chama de ‘moralidade judicial’, que seria derivada de normas deontológicas de sua própria missão institucional.

7.2 Respostas políticas a riscos jurídicos ao estado de direito

Um problema igualmente sério ocorre quando, com seu código capturado pelo sistema político (que certamente possui fortes acoplamentos estruturais com o sistema econômico), o sistema jurídico passa a substituir seu código operativo (lícito/ilícito, ou legal/ilegal, ou

certo/errado) pelo código operativo político (aliado/opositor, ou governo/oposição, ou correligionário/não correligionário). Como as alianças político-partidárias são a base para a operação do poder legislativo e executivo, referimo-nos às ações destes dois braços de poder que, quando direcionados ao enfraquecimento do sistema jurídico, podem ser considerados riscos. Isso inclui, como faz Wacks (2021), eventuais fundamentos ideológicos que militam sistematicamente contra instituições democráticas protegidas pela ideia de estado de direito, como versões radicalizadas do socialismo, libertarianismo e autoritarismo.

Esse risco de corrupção sistêmica perniciosa e difícil de constatar, mas comprometedora da linguagem jurídica a partir de sua ‘alma’, tem respostas políticas ‘limitadas’. Procurou-se, no Brasil, através do estabelecimento de um conselho formado no seio do próprio judiciário (Conselho Nacional de Justiça), estabelecer instância onde essas questões de integridade são julgadas, o que pode ainda é um controle interno ao próprio sistema jurídico.

Uma vez nomeados os julgadores, é com muito melindre que o sistema político aborda riscos sistêmicos advindos do judiciário. Como o sistema político não pode ‘julgar’ membros do judiciário a não ser em situações especialíssimas (como impeachment), um controle possível de pensar também é profilático, e advém de outro subsistema social (o educacional). Condições para nomeação de cúpula, formação apropriada e *accountability* forte são meios preventivos que podem ser utilizados quando a interpenetração do sistema político no sistema jurídico assim permite (sabatinas, leis orgânicas etc.).

Deve-se abrir, todavia, discussões sobre eventual déficit de controles sistêmicos sobre o sistema judiciário, em uma engenharia que a um só tempo não deforme a vontade dos julgadores por medo de represálias (o que poria em perigo a própria operação do código comunicativo próprio do judiciário em seu nascedouro), e que garantisse a segregação do código político.

Os riscos ambientais aos sistemas são necessários à sua própria evolução. “O sistema [jurídico] se constitui numa imagem que reflete o sistema social: o direito é arriscado porque a sociedade é arriscada” (Luhmann, 2016).

8. CONCLUSÕES

Das ideias apresentadas pode-se seguir diversas conclusões. Uma delas, advinda de uma análise fria da interação entre os subsistemas jurídico e político, é o reconhecimento de que conflitos e contestações não são necessariamente negativos: são necessários como fonte material de operação dos sistemas e também como forma de se permitir o aprendizado evolutivo que deve operar internamente ao sistema, nos acoplamentos estruturais dos sistemas e entre

esses e o ambiente. Riscos devem ser pressupostos e aceitos no contexto dos sistemas, mas os meios sistêmicos de resposta devem ser proporcionais às suas magnitudes, sob pena de falha imunológica sistêmica.

Especialmente em ambiente de dificuldades comunicacionais causadas pelas características ambientais de pós-verdade e liquidez, há razões pelas quais se pode afirmar que as operações de mitigação de riscos sistêmicos, intra ou extra sistemas sociais como o jurídico e o político, são essenciais para a prevenção da deterioração das operações autopoieticas responsáveis não só pela manutenção da ‘saúde’ sistêmica, mas também pela evolução que deve ocorrer com sincronicidade entre riscos e respostas sistêmicas interativas.

Em suma, mostra-se necessária uma abordagem dos riscos modernos periclitantes da produção dos valores e condições ambientais no estado de direito, e essa explícita abordagem dos riscos (governança democrática) deve levar em conta: 1) características gerais do ambiente, como a liquidez das relações humanas, a comunicação pós-verdadeira, ubíqua e atomizada em *multicast full duplex*; 2) as formas como os sistemas que compõem o estado de direito (principalmente o político e o jurídico) agem operativamente como formas criação e de tratamento de riscos que se originam e agem de forma recíproca; 3) o fato de que, quanto mais explícito o tratamento sistêmico aos riscos ao estado de direito (governança), mais segurança, legitimidade e *accountability* serão atribuídos aos acoplamentos estruturais dos sistemas jurídico e político (arranjos constitucionais), tendo como resultado uma mais provável estabilidade do estado de direito.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. Unlocking Luhmann; A Keyword Introduction to Systems Theory. Bielefeld University Press, 2021.
- BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Trad. por Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011
- COSTA, Benedito Antonio da. Entre o Ser e o Dever Ser Humano: da dignidade da pessoa humana à alteridade igualitária da pessoa. In. STEINMETZ, W. Direitos Fundamentais: estudos de teoria e dogmática (I). 1. ed. Joaçaba: Editora Unoesc, 2020. v. 1.

- COSTA, Benedito Antonio da. Propriedade líquida e accountability democrática. Revista Democrática, Cuiabá, v. 3, p. 191-207, 2017.
- COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs). O Estado de Direito: história, teoria , crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- DICEY, Albert. 1915. Introduction to the Study of the Law of the Constitution (LF ed.). Indianapolis: Liberty Fund. Disponível em <http://oll.libertyfund.org/title/1714>. Acesso em 19.07.2023
- FILHO, Orlando Villas B. Direito, Globalização e Governança: Uma Abordagem a Partir da Perspectiva Sociojurídica de André-Jean Arnaud. (Coleção Teoria e História do Direito) : Grupo Almedina (Portugal), 2023.
- GONÇALVES, Guilherme L. Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann, 1ª edição: Editora Saraiva, 2013. E-book. Acesso em: 23 jul. 2023.
- HAYEK, Friedrich August Von. O caminho da servidão. São Paulo: Instituto Von Mises, 2010.
- LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas. Sociologia del Riesgo. Guadalajara: Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992.
- LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade [livro eletrônico]. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PRZEWORSKI, Adam. Crises da democracia. Tradução por Berilo Vargas. 1. ed. 1. reimpressão. São Paulo: Zahar, 2020.
- TAMANAH, Brian Z. On the Rule of Law: History, Politics, Theory. St John's University, New York, December 2004.
- TESICH, Steve. A Government of Lies. The Nation, 6/13 de janeiro, 1992.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- VARELA, F. G.; MATURANA, H. R.; URIBE, R. Autopoiesis: the organization of living systems, its characterization and a model. Biosystems, v. 5, p. 187-196, 1974. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/0303-2647\(74\)90031-8](https://doi.org/10.1016/0303-2647(74)90031-8). Acesso em: 27 jan 2024.
- WACKS, Raymond. The rule of law under fire? Oxford: Hart Publishing, 2021.