

Decisão e Risco no Sistema Jurídico: Um recorte sobre a Lava Jato à luz dos pressupostos funcionais

Decision and Risk in the Legal System: An overview of Lava Jato in the light of functional assumptions

Edna Beatriz da Silva Rodrigues¹
Lívia Oliveira Almeida²
Prof. Pós Dr. Luciano do Nascimento Silva³

RESUMO

A complexidade dinamizada através da física quântica põe em xeque a razão instrumental estruturante do sistema jurídico, tendo em vista a produção de linguagem proveniente do exercício do seu observador. Nesse sentido, objetiva-se investigar se as decisões judiciais se comportam como elemento estruturante dos riscos, à luz da sociologia construídas por Niklas Luhmann e Raffaele de Giorgi, a partir dos fundamentos da teoria estrutural-funcionalista, sob o viés de contingência e paradoxo, na sociedade moderna contemporânea, mediante utilização da técnicabibliográfica (livros e artigos jurídicos) bem como do contexto da Lava Jato.

PALAVRAS-CHAVES

Decisões Judiciais. Risco. Sistema Jurídico. Operação Lava Jato.

ABSTRACT

The complexity dynamized through quantum physics calls into question the instrumental reason structuring the legal system, with a view to the production of language arising from the exercise of its observer. In this sense, the objective is to investigate whether judicial decisions behave as a structuring element frisks, in the light of the sociology constructed by Niklas Luhmann and Raffaele de Giorgi, based on the foundations of structural-functionalist theory, under the bias of contingency and paradox, in contemporary modern society, using bibliographic techniques (books and legal articles) as well as the context of *Lava Jato*.

KEYWORDS

Judicial Decisions. Risk. Juridical system. Operação Lava jato.

INTRODUÇÃO

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba e bolsista do PIBIC UEPB 2023. E-mail: edna.rodrigues@aluno.uepb.edu.br.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande e voluntária do PIBIC UEPB 2023. E-mail: liviaolivs12@gmail.com.

³ Professor Pós Dr. Orientador. Professor da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). E-mail: lucianonascimento@servidor.uepb.edu.br.

O avanço das sociedades contemporâneas introduz a fragmentação dos sistemas comunicacionais incapazes de tangenciar a iminência de suas estruturas. Isso porque, o advento do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988) preconiza a efetivação dos direitos fundamentais de modo meramente formal, mediante a relevante função civilizatória, uma vez que, a disposição normativa não confere garantias de que o próprio sistema sob o qual fora estruturado, detém condições de assegurar o que se encontra posto. É neste contexto que o Direito se insere como elemento que busca neutralizar a gama de configurações possíveis, decorrentes do processo de contingência.

Entretanto, a complexidade inerente aos sistemas sociais o faz agir de modo oposto, em razão da possível expansão de incertezas através da configuração dos atos judicantes, os quais impactam a ordem jurídica de forma direta, uma vez que o risco, na configuração dos sistemas sociais, emerge como um fenômeno intrínseco à observação, sendo esta responsável por orquestrar a funcionalidade do sistema mediante a construção de verdades que visam estabelecer expectativas normativas. Este cenário pode ser verificado em alguns processos da Lava Jato em torno da investigação acerca de crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e organização criminosa, por exemplo. Nesse direcionamento, a problemática levantada circunda sob o prisma da incorporação de riscos futuros derivados da observação e construção de novas linguagens.

Assim, cabe o questionamento: os atos judicantes, enquanto elementos propagadores de verdades, se comportam como potenciais instrumentos difusores de risco à própria ordem jurídica? Para tanto, partindo da ideia de que o processo de conhecimento se dá através das complexidades, a qual os subsistemas dos sistemas sociais, dentre eles o Direito, se diferencia e estabelece sua própria linguagem, a presente pesquisa necessitará da observação e construção do conhecimento a partir de uma investigação sociológica acerca do impacto do Direito na sociedade, isto é, as modalidades de expressão do agir juridicamente conforme analisado na perspectiva do direito (DE GIORGI, 2016). Para que essa pesquisa sociológica do direito obtenha o reconhecimento do seu fenômeno jurídico, torna-se necessário adotar uma metodologia específica.

Nesse sentido, o artigo apresenta o método observacional-estrutural-constructivista-funcional, o qual garante a observação do sistema jurídico com base nos seus elementos comunicativos, isto é, através de procedimento empírico que

analisa a verdade, o paradoxo, a complexidade e a interdisciplinaridade. Ademais, será utilizada a metodologia de natureza básica, tendo em vista o propósito de produzir um amplo conhecimento que desenvolva o sistema jurídico, sem ter o objetivo direto de aplicação prática.

Além disso, o tema será analisado a partir de uma abordagem qualitativa, exploratória e bibliográfica em livros e artigos jurídicos, adotando como principais marcos teóricos os pressupostos de Niklas Luhmann (1992; 1997; 2004; 2005; 2016) e Raffaele De Giorgi (2005; 2008; 2014; 2016), além de análise documental em torno dos processos que obtiveram anulação e compunham a Operação Lava Jato (Processo nº 5021365-32.2017.4.04.7000, Habeas Corpus nº 163943).

O texto está organizado em 3 tópicos de discussão, além desta introdução. O primeiro tópico discute a estrutura dos sistemas sociais e sua funcionalidade mediante contingência e paradoxo; no tópico seguinte se busca esmiuçar os conceitos de risco e sua correlação à ordem jurídica; por conseguinte, no tópico três pretende-se destrinchar o caso emblemático da lava jato, explorando as decisões judiciais como risco para o sistema do direito, e por último aborda-se as considerações finais acerca da temática deste artigo.

1 A OPERACIONALIDADE JURÍDICA FRENTE À COMPLEXIDADE E CONTINGÊNCIA NOS SISTEMAS SOCIAIS

A ordem jurídica surge como dispositivo capaz de gerir os conflitos em comunidade e garantir a consecução dos contratos firmados entre Estado e sociedade, perspectiva adotada pelos juspositivistas, jusnaturalistas e pós-positivistas, independente das prerrogativas se comportarem de forma intrínseca ao ser humano ou serem adquiridas perante previsão normativa, sendo estas ainda compostas por elementos axiológicos ou não.

Ou seja, quaisquer das posturas consideram o Direito enquanto estrutura que visa tutelar a segurança e garantir previsibilidades através da inserção de verdades capazes de qualificar os diplomas normativos a resolver qualquer desajuste individual ou coletivo. Esse contexto se justifica, sobretudo, em razão do iluminismo, fenômeno dinamizado para buscar justificativas racionais estruturadas no método cartesiano (DESCARTES, 1983) em detrimento dos juízos mitológicos e divinos, que dominaram a Antiguidade Clássica e Idade Média, respectivamente.

No entanto, os sistemas sociais introduzem uma racionalidade comunicativa proveniente da gödelização (GÖDEL, 1968), estrutura em que as verdades se constroem através do olhar do observador (LUHMANN, 2016). É nesse sentido que o Direito se orienta a partir de instrumentos os quais atuam com o propósito de reduzir as complexidades do ambiente, paradigma introduzido sobretudo, pela física quântica, através da deformação do espaço-tempo.

Desse modo, o estabelecimento de expectativas normativas e cognitivas mediante o exercício da observação tem como principal objetivo a construção de conceitos e saberes, tendo em vista o quadro de acoplamentos estruturais, capazes de irritar o sistema e alterar a sua estrutura interna.

Muito embora tal funcionalidade seja relevante para garantir a civilidade e manutenção de certo equilíbrio social, não há nenhuma garantia de que as suas verdades serão aplicadas, uma vez que, o Direito tem fundamento em si mesmo, ou seja, atua na sua própria comunicação ao transformar os elementos do ambiente em comunicação. Além disso, garante a criação e manutenção das suas estruturas mediante a autopoiese, fenômeno que permite a organização do sistema de modo operativamente fechado e cognitivamente aberto (MATURANA, VARELA, 2001). Dito isto, verifica-se a criação de núcleos diferenciados (economia, direito, política, ciência, dentre outros) em razão da presença de códigos e regramentos próprios que legitimam seu funcionamento.

O resultado deste processo é a inserção de paradoxos na operacionalidade jurídica, pois, à medida que o próprio sistema estipula o que é lícito para si, determina que tudo aquilo não selecionado será ilícito, havendo uma seletividade do sistema diante das possibilidades apresentadas a ele. Dito de outro modo, há “mais pobreza, exatamente porque há mais riqueza, há mais insegurança porque há mais segurança” (DE GIORGI, 2008, p. 05). Isso porque, é o Direito quem diz o que é e o que não é Direito, e este pressuposto garante a sua funcionalidade, mas também gera riscos à sociedade moderna contemporânea cuja atuação em prol da redução de complexidades, age em sentido contrário, fomentando a “contingência policontexturalidade” (LUHMANN, 1998, p. 11), responsável por permitir a perspectiva de vários observadores sobre um mesmo fenômeno, fator responsável por ampliar as diferenciações sistemáticas.

Por essas razões, a ordem jurídica encontra percalços para garantir aquilo a qual sua formação se propunha (segurança), tendo em vista que o método

descritivo que previa a regularidade da atividade do sistema jurídico, na sociedade moderna, esgotou-se (DE GIORGI, 2008). Desse modo, o Direito não acompanha a mutabilidade dos observadores de forma que nem mesmo as técnicas de interpretação constitucional conferem estabilidade ao sistema, à medida que tais processos promovem abertura ao intérprete na elaboração de verdades vazias de qualquer pretensão concreta.

Em vias de possibilitar alternativas ao impasse entre a operacionalidade jurídica e a organização social, mediante complexidade e contingência, as decisões correspondem à comunicação responsável por tecer novas verdades, passando então a corresponder à própria criação do direito (LUHMANN, 2005). Mas antes de adentrar em tal discussão, cabe delinear inicialmente o conceito de risco, sobretudo, em decorrência da sua natureza filosófico-sociológica marcadamente plural. É o que se pretende delinear nas linhas que se seguem.

2 O RISCO ENQUANTO ELEMENTO INTRÍNSECO À COMUNICAÇÃO JURÍDICA

O advento da sociedade moderna contemporânea, como esmiuçado no tópico anterior, esfacela as estruturas da racionalidade iluminista estruturada na garantia de estabilidade mediante a previsibilidade e a reprodução das condutas, o que confere espaço ao risco. Este elemento cuja definição filosófica não se comporta de modo estático, mas sob diferentes vertentes, é apresentado por Anthony Giddens (1991) como efeito da modernização e da diferenciação proveniente desta, já para Ulrich Beck (2008), o risco é apresentado enquanto prejuízos ao meio ambiente, evolução do terrorismo e incerteza sobre os recursos financeiros. Por fim, para os autores que serão utilizados como sustentação às ideias do presente texto, NiklasLuhmann e Raffaele De Giorgi, a noção de risco está presente nos sistemas sociais em face dos seus fatores estruturantes (autorreferencialidade, paradoxo, contingência e acoplamento estrutural).

Em se tratando dos pressupostos dos últimos autores citados, o risco se comporta como fruto das relações sociais, o que torna inviável a efetividade de qualquer possibilidade adotada pelos sistemas para buscar saná-lo, pois ao tentar evitar um risco, forma-se outro. Isso porque, a ordem jurídica não se realiza mediante a consecução de seus objetivos (DE GIORGI, 2008), o que pressupõe a produção simultânea de certezas e incertezas jurídicas.

Ao tentar orquestrar direitos, condutas, sanções, expande-se a contingência dos códigos responsáveis por conferir funcionalidade ao próprio sistema jurídico, o que acrescenta possibilidades de risco, uma vez que “os acontecimentos do mundo não são necessários, mas apenas possíveis” (LUHMANN, 2004, p. 11). Dito isto, a realidade posta mediante a organização dos sistemas sociais poderia ser de natureza totalmente diferente da que se encontra como válida, sendo esta uma possibilidade ao futuro, pois não há como o Estado assegurar a estabilidade do sistema, uma vez que o risco é “(...) inerente à ampliação das possibilidades de investigação e conhecimento” (LUHMANN, 1992, p.41).

Sob esse viés, o risco pode apresentar natureza temporal, social e material (LUHMANN, 1992). Em se tratando da dimensão temporal, as questões são delineadas através da própria organização normativa ao estipular sanções para as frustrações do ambiente que, em face da sua complexidade, não possui outro modo de agir a não ser em torno da redução desta complexidade, já que sua própria atividade não detém capacidade para gerar comunicação (LUHMANN, 1997).

No que tange a perspectiva social o risco se volta à atuação das instituições e dos procedimentos, sendo estes últimos dimensionados por De Giorgi (2014) como a real legitimidade da produção e fim do Direito. Em relação ao aspecto material, o risco se orienta a partir do seu próprio conteúdo, a exemplo da codificação de valores abstratos que podem ser utilizados para qualquer fim, até mesmo aqueles aos quais o Estado Democrático de Direito repudia.

Vislumbra-se, desse modo, que as possibilidades de prejuízos futuros são uma realidade, tendo em vista a sua condição *sinequa non* na “construção da comunicação que descreve a possibilidade de arrepende-se, no futuro, em relação a uma escolha que produziu dano que se queria evitar” (DE GIORGI, 2005, p. 389). O risco, então, passa a ser componente elementar dos sistemas sociais os quais dinamizam a sociedade moderna, em torno do seu futuro, muito embora não seja possível quantificá-los ou tangenciá-los no presente momento.

Assim, é possível destacar que o Direito não detém capacidade para efetuar a redução de riscos, de forma que atua enquanto elemento selecionador das irritações do ambiente e dos demais sistemas. Entretanto, os atos judicantes são responsáveis por originar verdades anteriormente não reconhecidas como tal, ou seja, a decisão judicial transforma incerteza em certeza no contexto jurídico,

cabendo discutir se tais instrumentos jurídicos apresentam riscos à sociedade moderna, conforme se pretende discutir no tópico a seguir.

3 A DECISÃO JUDICIAL E O RISCO PARA O SISTEMA DO DIREITO NO CONTEXTO DA LAVA JATO

Os pressupostos Luhmannianos reconhecem as normas e as decisões jurídicas enquanto reprodutores de verdades do subsistema normativo, sendo possível delimitar que as decisões podem ser provenientes da ausência de comunicação, que através da omissão normativa, tem sua existência consagrada (LUHMANN, 2016).

Muito embora se verifique que, através da diferenciação interna, a norma se encontra na periferia e a Jurisprudência ocupa o cerne de tal estrutura, ambos são dotados de linguagem própria. Isso porque, toda decisão também surge para reduzir as complexidades através da observação de primeira ordem sobre o sistema (LUHMANN, 1998), de forma que a argumentação se comporta como uma espécie da observação da observação na condição de observador de 2º ordem, posto que, não cabe aos tribunais a escolha para julgar (*non liquet*) e, portanto, estabelecer expectativas normativas, regular verdades normativas, como as decisões ofertadas pelo observador de primeira ordem.

Isso porque, “a decisão judicial constrói a verdade do Direito e para o Direito” (LEITE; SILVA, 2020, p.228), além de ser responsável por delimitar o conceito de tempo (LUHMANN, 2005), posto que sua funcionalidade organiza através do tempo a complexidade simultânea do ambiente. Isso significa que a decisão ao se renovar define a partir daquele instante o passado (verdade jurídica que se tornou inválida) e o futuro (nova verdade jurídica a ser posta).

Assim, a decisão constrói a indeterminação para que ocorra uma justificativa para a sua existência, a exemplo do propósito em alcançar delineamento mais preciso acerca do futuro (LUHMANN, 2005), o que é inviável, tendo em vista a contínua complexidade do ambiente e a funcionalidade do Direito mediante a própria memória (altamente seletiva) presente no sistema. Assim, a definição do ambiente não é alcançada pelas decisões judiciais.

Outro ponto de discussão é sobre a heterorreferencialidade organizacional, fenômeno proveniente da própria interação entre os sistemas e entre

sistema-meio ambiente, portanto, estruturas elementares ao próprio arcabouço sistemático. Além disso, cabe destacar a heterorreferencialidade individual dos membros cuja motivação das seletividades ou escolhas realizadas não estão disponíveis (LUHMANN, 2005), o que se comprova pela ausência das razões apresentadas pelos ministros do STF quando necessitam pôr em prática o que o direito constitucional delimita como mutações constitucionais⁴. Este cenário difere quando se trata dos dispositivos normativos, os quais explicitamente são rememorados nas decisões, de forma que a memória da organização do subsistema jurídico é selecionada e expressa pelos tribunais, entretanto, a seletividade que cada membro realiza em direção a sua própria memória, não pode ser atingida.

É clarividente que o excesso de protagonismo conferido ao regime jurisprudencial traduz impacto a si próprio, tendo em vista que a desconformidade de normas, interpretações e argumentações, estará direcionada ao judiciário mediante o processo de sublimação do risco⁵ (SIMIONI, 2017). Dito isso, verifica-se que a existência de elementos como o paradoxo (a decisão se origina a partir da vedação de se eximir posta aos tribunais), a autopoiese (as decisões se recriam mediante reinterpretções e novas argumentações) e a contingência, possibilitam aos observadores a constatação de perspectivas diferentes sobre um mesmo ponto. Ou seja, toda decisão já delimitada poderia ter adquirido outros rumos.

Isso porque, “todo observador tem seu ponto cego” (SILVA, 2020, p.11), uma vez que só é possível enxergar uma parte do ambiente, o que automaticamente seleciona parte das verdades que lhes são apresentadas e renega as demais. De modo mais prático, essa é a postura adotada por “juristas [...] em suas petições e argumentação orais em audiências judiciais, pois selecionam, filtram, o que incluir e não incluir em seus argumentos no caso judicial” (SILVA, 2016, p. 35).

Neste ponto, surge uma dúvida: existe alguma garantia de que esta verdade escolhida, mediante a limitação que o observador apresenta, é a mais adequada às presunções futuras da sociedade moderna contemporânea? Da mesma forma, cabe questionar: a verdade que fora sacrificada pode futuramente ser selecionada pelo observador? E neste caso, a anterior estaria inválida?

⁴ As mutações constitucionais decorrem das alterações no entendimento dos dispositivos constitucionais, sem a necessidade de modificar o texto legal.

⁵ O autor descreve o fenômeno da sublimação do risco por meio da captação, por parte do sistema jurídico, de elementos que pertencem a outros subsistemas, em que as expectativas são ampliadas.

Mediante tais indagações, verifica-se que os atos judicantes oferecem respostas a fatos imprevisíveis do tempo futuro, sem garantias de que estas correspondem às configurações e arranjos que estão por vir, o que amplia a insegurança no sistema jurídico, tendo em vista que a condição de contingência e complexidade do próprio sistema decisional apresenta o risco como componente intrínseco a sua existência, de modo a observar que, mediante a operacionalidade aqui esmiuçada, ocorre a sua expansão.

Vale lembrar que a possibilidade de escolhas praticamente duplica, posto que, as reiteradas observações possibilitam a criação de precedentes, o que legitima as decisões posteriores, através dos fenômenos da autorreferencialidade e recursividade. Além disso, a decisão judicial filtra elementos não jurídicos pertencentes ao ambiente e os insere no sistema jurídico, sem que estes necessariamente tenham se harmonizado a legislação e procedimento vigente (LUHMANN, 2005).

Sob esse viés, a alternativa oferecida pelos atos judicantes para lidar com os riscos futuros é justamente a produção de outro risco, pois sua funcionalidade multiplica as chances de erro, posto que, são capazes de compor o rol de precedentes judiciais os quais se tornam funcionais a outros casos de conteúdos semelhantes (LUHMANN, 2005). Dito de outro modo, ocorre uma repetição de verdades e conseqüentemente, dos riscos a elas relacionados, além da ausência de garantia de que suas disposições serão aplicadas ou invertidas no futuro.

No intuito de verificar os pressupostos sistêmicos, o presente texto pretende avaliar a expansão de riscos no sistema jurídico a partir de decisões judiciais recentes, a exemplo de dois processos que compuseram a operação Lava Jato. O primeiro deles se refere ao contexto em torno do então presidente da república Luiz Inácio Lula da Silva, na condição de ex-presidente à época, investigado por corrupção passiva e lavagem de dinheiro em 2014 (PARANÁ, 2017) conjuntura em que o juiz encarregado desconsiderou a necessidade de elementos probatórios acerca da hipótese de vantagem ilícita direcionada a grandes corporações por parte do Estado brasileiro para a configuração dos crimes aos quais o réu era acusado, cabendo tão somente a concessão de vantagens ilícitas a atores com capacidade decisória (BRASIL, 2018).

Assim, o enquadramento de Luiz Inácio nos tipos penais de lavagem de dinheiro e corrupção adveio do suposto uso da prerrogativa do Executivo em nomear

ministros e indicar certos personagens aos quadros da Petrobras em troca da facilidade concedida por estes para a consagração de contratos superfaturados, postura cristalizada pelo STF.

Evidentemente esta conduta do magistrado insere uma verdade jurídica, à medida que o observador do Direito produziu uma nova comunicação. Entretanto, a definição de crime adotado pelo Código Penal brasileiro segue a teoria dita analítica, a qual reúne três elementos em sua caracterização, sendo eles: a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2015), o que significa que na ausência de um dos três, não há que se falar em crime. Todos os elementos se ramificam em outros fatores, importando neste caso a delimitação acerca do primeiro, cujos elementos conduta, nexos de causalidade, resultado e tipicidade integram seu conceito.

Com base nesse espectro pertencente à teoria do crime, cabe tecer considerações ao nexos de causalidade, elemento responsável por estabelecer o vínculo entre conduta e resultado mediante a teoria dos antecedentes causais⁶. Muito embora, sua funcionalidade estruture o conceito delitivo e dialogue com a composição probatória questionada no então processo, restou à linguagem do código penal um estado secundário frente as seletividades sistema-ambiente que originam novas linguagens e verdades jurídicas, a exemplo da parcial desconsideração em torno do nexos de causalidade no caso do atual presidente Luiz Inácio..

Importa pensar que não há dúvidas acerca da verdade jurídica presente no diploma penal, assim como, acerca da decisão judicial em torno da configuração do crime de lavagem ou ocultação de bens no processo nº 5021365-32.2017.4.04.7000 (BRASIL, 2018). Portanto, o que se visualiza são duas verdades jurídicas completamente opostas e voláteis capazes de evidenciar o paradoxo e o risco, em cascata, lançados à ordem jurídica, pois a disposição normativa não garante a sua aplicação concreta, como se verifica na postura do magistrado. E aqui se questiona: qual delas deve ser adotada ou qual é a mais correta? Além disso, há possibilidade de que se tornem ilegítimas em se tratando de um contexto futuro?

⁶ Teoria recepcionada pelo Código Penal brasileiro, conforme disposto no art. 13 do referido diploma, a qual considera como causa do crime todas as ações/omissões que de alguma forma contribuíram para o resultado naturalístico.

O andamento processual seguiu com a verdade jurídica alusiva à conduta delituosa do agente e o Juiz concedeu a prisão do ex-presidente, à época. No mesmo sentido, a pronúncia do TRF/4 que além de manter a condenação aumentou a pena imposta em quase cinco anos (BRASIL, 2018, p. 17 e 159). Nesse meio tempo, Luiz Inácio impetrou diversos *habeas corpus* para reverter a decisão, além da sua defesa se valer da argumentação sobre a parcialidade do então Juiz da ação, Sérgio Moro, ferindo assim, uma extensão do princípio do juiz natural, previsto no diploma constitucional (BRASIL, 1988). Entretanto, ambos os pedidos foram rejeitados pela cúpula do STF e houve o cumprimento da pena equivalente a um ano e sete meses.

Na sequência, mediante o escândalo de mensagens com evidente cunho político e partidário em um aplicativo de comunicação entre o juiz e o procurador da república Deltan Dallagnol, a 2ª turma do STF, através do Habeas Corpus⁷ nº 193726, admite a suspeição do ex-juiz Sérgio Moro (STF, 2021) no caso do triplex do Guarujá (SP) e, portanto, as condenações impostas à Luiz Inácio pelo então ex-juiz se tornam anuladas. Para a comunicação sistêmica, assumem o caráter de inverdades reconhecidas pelo mesmo plenário que não admitiu restar configurada a parcialidade do juiz quando dos casos analisados, assim como, recusou o habeas corpus da defesa.

Dito de outro modo, as verdades jurídicas situadas no referido processo apresentavam riscos em decorrência da adequação fática momentânea as configurações futuras, as quais nos sistemas sociais são impossíveis de tangenciamento, tendo em vista a autopoiese, autorreferencialidade, paradoxo, contingência e seletividade observacional como elementos estruturais da racionalidade comunicativa, em específico, para a ordem jurídica. O que restou evidente foi a construção de uma nova linguagem jurídica em oposição à anterior também estruturada em riscos, pois o processo de contingência e a inserção ao sistema jurídico mediante a ação do observador do direito pode configurar cenários que neguem justamente a suspeição concedida pelo STF.

Aqui cabe ressaltar que o caso analisado não ocorreu de modo isolado, de modo a se verificar o episódio de desentranhamento do Termo de Colaboração 01 de Antônio Palocci Filho dos autos do processo da "Operação Lava-Jato", que em

⁷ Remédio Constitucional que visa proteger a liberdade de locomoção àqueles que possuem ameaça (HC preventivo) ou restrição (HC repressivo) a tal prerrogativa.

sede do *Habeas Corpus* 163.943, restou reconhecido o manejo político quando o ex-juiz Sérgio Moro acostou ao processo, de ofício, após o encerramento da fase de instrução e às vésperas das eleições de 2018, o acordo de colaboração premiada de Antônio Palocci, o que no sentir do ex- ministro do STF Ricardo Lewandowski:

[...] o ex-magistrado aguardou mais de 3 meses da homologação da delação de Antônio Palocci, para, na semana do primeiro turno das eleições de 2018, determinar, sem prévio requerimento do órgão acusatório, a efetiva juntada no citado processo criminal. (BRASIL, 2020, p.10)

Isso significa que a ordem para determinar o desentranhamento do Termo de Colaboração 01 de Antônio Palocci Filho dos autos da AP (Ação Penal) 5063130-17.2016.4.04.7000/PR foi concedida apenas ao final do HC (*Habeas Corpus*), o que expõe interferências externas ao subsistema jurídico. Desse modo, questiona-se: será que existe verdade jurídica ou é uma mera construção daqueles que estão em situação de deliberar sobre determinada temática e são a todo tempo e modo contornados por subsistemas como “economia, ciência, direito, política, religião, sistema educacional, arte, amor, movimentos sociais, entre outros”? (RODRIGUES; NEVES, 2012, p. 91).

No caso em tela, o acoplamento entre direito e política tornou ainda mais emblemática e de difícil resolutividade o caso da lava jato, visto que decorrido o lapso temporal do período eleitoral de 2018, a outrora inexistente cegueira judiciária passou a ser analisada como suporte a anulação de decisões, revogação de prisões, dentre outros fatores que descredibilizam o cenário jurídico brasileiro e movimentam a máquina judiciária em sentido divergente a pronunciamentos anteriores, gerando instabilidade, insegurança jurídica e efeitos *backlash*⁸.

Nesse diapasão, o episódio de Palocci, agora de suspensão de uma ação penal (HIGÍDIO, 2023), e o referente ao então presidente da República Luiz Inácio, corroboram os argumentos destrinchados no presente artigo, visto que antes os apetrechos probatórios eram considerados tentáculos sustentadores das decisões judiciais, agora, no entanto, são declarados imprestáveis, como é o caso das provas obtidas por meio do acordo de leniência da Odebrecht na Reclamação 43007/DF (HIGÍDIO, 2023) que possuem efeito *erga omnes*.

⁸ Efeito conceituado por Marmelstein (2016, p.2) como “um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial” a exemplo de revisões legislativas, intervenções políticas na composição dos tribunais ou mesmo em direção ao Executivo, dentre outras possibilidades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho teve como objetivo discutir a função do Direito enquanto instrumento que atua na consecução de segurança à sociedade, instituição que se encontra marcadamente complexa e volátil, diferentemente do contexto iluminista em que tal paradigma foi sustentado. Assim, o Direito enquanto subsistema da comunicação sob a visão dos autores funcionalistas NiklasLuhmann e Raffaele De Giorgi, determina que a norma e a jurisprudência, em disposições distintas dentro do sistema jurídico, correspondem ao conjunto de estruturas que o compõe e cuja funcionalidade se encontra submetida aos efeitos do paradoxo, da contingência, da complexidade e da autorreferencialidade. Em face de tais fenômenos, o Direito se origina e se destrói a partir da sua própria linguagem, assim como se organiza a partir dos paradoxos que o próprio sistema constrói para consagrar sua funcionalidade.

Nesse viés, cabe avaliar a decisão judicial como um risco para o sistema jurídico, mediante a incerteza sob a qual estão amparadas, de forma a afetar tanto os leigos como os observadores do direito, uma vez que, a decisão judicial se torna uma contingência para o próprio direito. Por isso, a problemática levantada circunda sob o prisma da incorporação de riscos futuros intrínsecos aos processos de observação e construção de novas linguagens.

Neste processo, a conjuntura reconhecida nos processos da Lava Jato a que o texto se propôs a descrever, evidencia a produção de jurisprudências como verdades jurídicas que se comportam de maneira contrária ao disposto em diplomas penais (que igualmente correspondem a uma verdade no sistema jurídico) cuja validade anos depois é questionada pelo próprio tribunal que lhe conferiu legitimidade, o que não sendo suficiente, anula as disposições judicantes estabelecidas e propõe uma terceira verdade jurídica totalmente oposta àquela que havia legitimado. Ou seja: a ordem jurídica não se propõe a resolver as problemáticas sociais de forma segura, conforme se pretendia em sua criação.

Desse modo, estabilidade e segurança são elementos que extrapolam o limite do sistema jurídico, o que inviabiliza o alcance a tais estruturas, de forma que as jurisprudências detém um funcionamento, em seu mais magnífico estado,

através, justamente, da ampliação de riscos para o futuro mediante a memória seletiva em torno das verdades jurídicas já prolatadas.

REFERÊNCIAS

BECK, U. **La sociedad del riesgo mundial**. Barcelona: Paidós, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 163943**, da 13ª Vara Federal de Curitiba, Brasília, DF, 4 ago. 2020. Lex: Jurisprudência do STF e Tribunais Regionais Federais Curitiba, ago.2020. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC163943.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Acórdão na Apelação Criminal n. 5046512- 94.2016.4.04.7000/PR. **Revista do Tribunal Federal Quarta Região**, Porto Alegre, v. 29, n. 97, p. 17-616, 2018. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/dax_revista_trf_97_final.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2023.

DE GIORGI, R. A investigação sociológica do direito na teoria dos sistemas. Direito. **UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília, [S. l.]**, v. 2, n. 2, p. 103–119, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24494>>. Acesso em: 14 mar. 2024.

DE GIORGI, R. Argumentação jurídica a partir da constituição. In: Seminário Teoria da Decisão Judicial, 30., 2014, Brasília. Cadernos do CEJ **Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal-CEJ**. Brasília: Enfamf, 2014. p. 119-129. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/32916.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2024.

DE GIORGI, R. O risco na sociedade contemporânea. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 1 p. 37-49. 2008. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13100>>. Acesso em: 14 mar. 2024.

DE GIORGI, R. O direito na sociedade de risco. Trad. Guilherme Figueiredo Leite Gonçalves. **Opinião Jurídica – Revista do Curso de Direito da Faculdade Christus**. Fortaleza: Faculdade Christus, ano 3, n. 5, vol. 1, jan./jul 2005, p. 383-393. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/viewFile/2866/911>>. Acesso em: 22 nov. 2023.

DESCARTES, R. **Discurso do método**. Tradução J. Guinsburg & B. P. Júnior. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983a, p. 25-71.(Coleção Os pensadores).

GIDDENS, A. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GODEL, K. **Obras completas**. Madrid: Alianza, 1968.

HIGÍDIO, J. STF suspende cinco ações por contaminação de provas da Odebrecht. **Consultor Jurídico**, 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mar-14/stf-suspende-cinco-acoes-contaminacao-provas-odebrecht/>>. Acesso em: 30 nov. 2023.

LEITE, T. M. SILVA, L. N. Decisão Judicial no Direito brasileiro: Observações a partir do pensamento de Cesare Beccaria e Tobias Barreto sobre o direito de punir. In: SILVA, L. N. (Org.). **Mundos dos Direitos Humanos do Mundo - o observador, a teoria e o paradoxo**. 1. ed. Campina Grande: EDUEPB, 2020. v. 1, (E-book). Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Mundos-dos-direitos-humanos-do-mundo.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2023.

LUHMANN, N. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, A.J.; LOPES, Jr., DALMIR (Org.). **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LUHMANN, N. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B. ; SAMIOS, E. M. B. (Org.). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

LUHMANN, N. **Organizzazione e decisione**. Milano: Bruno MondadoriEditori, 2005, 448 p.

LUHMANN, N. **Sistemas Sociais**: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Vozes, 2016.

LUHMANN, N. **Sociología del riesgo**.Guadalajara: Walter de Gruyter Co.,1992.

MATURANA, H; VARELA, F. **A Árvore do Conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Pala Athenas, 2001.

MARMELSTEIN, G. **Curso de direitos fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PARANÁ. 13ª Vara da Justiça Federal de Curitiba. **Ação Penal n.5046512-94.2016.4.04.7000/PR**. Curitiba, PR, 12 jul. 2017. Disponível em: <https://consulta.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50465129420164047000&chkMostrarBaixados=S&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=01/01/1970&selOrigem=PR&sistema=&txtChave=&seq=>>. Acesso em: 10 março. 2024.

RODRIGUES, L. P; NEVES, F. M. **Niklas Luhmann: a sociedade como sistema**. Porto Alegre: Edipucrs, 2012.

SILVA, A. S. Gödelização da racionalidade e o limite da decisão jurídica: desparadoxizando as dicotomias da hermenêutica desde a teoria dos sistemas de sentido com Niklas Luhmann. **Revista Acadêmica**, v. 81, p. 149-180, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/issue/download/1732/289>>. Acesso em: 20 nov. 2023.

SILVA, L. N. **Limites dos Direitos Humanos - Sociedade, Direito, Política e Democracia**. 1. ed. Campina Grande: EDUEPB, 2020. v. 1. (E-book), 170p . Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Limites-dos-direitos-humanos.pdf>. Acesso em: 20 Nov. 2023.

SILVA, L. N, OLIVEIRA, A. C. G. A. O observador e o governo dos juízes: Sociologia, Teoria e Prática do Direito. In: BATISTA, G. B. M. B *et al* (Org.). **Filosofia do Direito e Direitos Humanos**. Campina Grande: Papel da Palavra, p. 424–452, 2023. Disponível em: <<https://doi.org/10.5281/zenodo.8399203>>. Acesso em: 20 nov. 2023.

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

STF confirma suspeição de Sergio Moro na ação do triplex do Guarujá. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 23 jun. 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=468086&ori=1>>. Acesso em: 30 jun. 2021.

ZAFFARONI, E. R; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 796 p.