

João Hélio, Pasárgada e a formação de uma nova cultura jurídica no Brasil: problemas de alteridade e de direitos fundamentais desde a teoria dos sistemas sociais autopoieticos¹

João Hélio, Pasárgada y la formación de una nueva cultura jurídica en Brasil: problemas de alteridad y de derechos fundamentales desde la teoría de los sistemas sociales autopoieticos

João Hélio, Pasargada and the Formation of a New Culture in Brazil: Problems of Alterity and Fundamental Rights from the Point of View of Autopoietic Systems

João Hélio, Pasargada et la formation d'une nouvelle culture du droit au Brésil: problèmes d'alterité et droits fondamentaux du point de vue des systèmes autopoïétiques

Germano Schwartz²

Resumen

El presente trabajo tiene por objetivo estudiar las posibilidades de convivencia entre dos ambientes jurídicos: Pasárgada y la Ley del Asfalto; desde una unidad distintiva. Usando como telón de fondo

-
- 1 El presente trabajo es fruto de una investigación junto al Programa de Posgrado en Derecho de la Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) llamada Teoría del Derecho y Derechos Fundamentales. Su metodología principal fue la revisión bibliográfica por medio del análisis de los marcos de la teoría de los sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann.
 - 2 Doutor em Direito. Professor Universitário na Universidade de Passo Fundo (www.upf.br/direito) e no Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade Luterana do Brasil (www.ulbra.br/ppgdir). www.almeidadacostaeschwartz.adv.br. Email: germano.schwartz@esade.edu.br.

Este artículo fue recibido el día 23 de Octubre de 2008 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria No. 8 del 2 de diciembre de 2008.

el caso del asesinato del niño João Helio el artículo busca verificar las realidades de los códigos del sistema jurídico en Brasil y las posibilidades de análisis provenientes de la autopoiesis, y, por lo tanto, del *Recht* y del *Unrecht* como elementos transformadores y componentes de la autopoiesis de los sistemas jurídicos.

Palabras Clave: Derecho, Derechos Humanos, Sistemas Jurídicos, Luhmann.

Abstract

The object of this paper is to study the possibilities of two different legal environments living together from the point of view of a distinctive unity: Pasargada and The Law of the Asphalt. Using the case of the murdered child João Hélio as a background, it tries to check the reality of codes in Brazil's legal system and the possibility of analysis based on the autopoietic theory and therefore of *Recht* and *Unrecht* as constitutive and transforming elements of legal systems.

Key Words: Law, Human Rights, Legal Systems, Luhmann.

Résumé

Cet article analyse les possibilités de deux environnements légaux différents vivant ensemble du point de vue d'une unité distinctive: Pasargada et la Loi de l'asphalte. Utilisant le cas de l'enfant assassiné João Hélio comme paradigme, il essaye de vérifier la réalité des codes dans le système légal du Brésil et la possibilité d'analyse basée sur la théorie autopoietic et donc de code *Recht* et *Unrecht* en tant qu'éléments constitutifs et transformants d'autopoïesis de systèmes légaux.

Mots Clés: Droit, Droit des Hommes, Système Juridique, Luhmann.

João Hélio, Pasárgada e a formação de uma nova cultura jurídica no Brasil: problemas de alteridade e de direitos fundamentais desde a teoria dos sistemas sociais autopoieticos

Sumario

1. João Hélio. 2. Pasárgada. 3. A Autopoiese do Direito. 4. João Hélio e Pasárgada: alteridade, cultura jurídica e direitos fundamentais. Uma questão de Autopoiese.

A morte do menino João Hélio causou repercussão social das mais severas no Brasil. O fato ocorreu no início de 2007. Na cidade do Rio de Janeiro, ponto turístico brasileiro por excelência, a criança foi vítima de um crime classificado como brutal pelos atores sociais. Segundo narrativa publicada no jornal “O Estadão³”, a ação criminosa ter-se-ia desenrolado da seguinte maneira:

O crime impressionou o País. João, de 6 anos, estava no banco de trás do Corsa de sua mãe, Rosa Cristina Fernandes, junto com a irmã, Aline, de 13 anos, quando a família foi abordada num sinal de trânsito por dois rapazes, na rua João Vicente, zona norte do Rio. Eles os ameaçaram com uma arma - depois, concluiu-se que era de brinquedo. Aline deixou o carro, assim como Rosa, que tentou tirar João do cinto para ajudá-lo a sair. Mas os assaltantes arrancaram antes, e o menino ficou pendurado do lado de fora, preso ao cinto. Os bandidos rodaram por cerca de sete quilômetros e chegaram a correr em ziguezague para se livrar do corpo do menino. Vários motoristas tentaram alertá-los e pediram que eles parassem o carro, mas os bandidos ignoraram os apelos.

O crime, horrendo, fez com que a sociedade procurasse as alternativas tradicionais de resolução de conflitos, ao contrário da narrativa proporcionada por Ost⁴, na Bélgica. Ali os atores sociais belgas se moveram em função do aparecimento dos corpos sem vidas das meninas Julie e Melissa, desaparecidas há mais de um ano. O caso se tornou um sismo social que mereceu uma reação reflexiva dos componentes daquele país.

No entanto, no Brasil, o tema do sistema jurídico como construtor de uma conexão com o futuro⁵, de uma perspectiva social inovadora baseada em um evento

3 Jornal *O Estadão*. Versión digital disponible en: <http://www.estadao.com.br/ultimas/cidades/noticias/2007/fev/09/40.htm> (febrero de 2007).

4 OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa: Piaget, 1999, p. 47 e seguintes.

5 A respeito, consulte-se: ROCHA, L; SCHWARTZ, G; CLAM, J. *Introdução à Teoria dos Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005.

relevante foi tratado com o “mais do mesmo”. Proposta de mudanças legislativas tais como a implantação da redução da maioria penal⁶ e a implantação da pena de morte são, atualmente, as respostas pensadas para a transformação da realidade carioca, que, sublinhe-se, reproduz-se, em outros níveis, no restante do Brasil.

Com efeito, no Rio de Janeiro, a Cidade Maravilhosa, encontra-se o espelho de uma cultura jurídica bastante enraizada na identidade, no *ethos*, de todo o brasileiro. Existe um direito oficial, válido e vigente para determinado corpo social. Há, por outro lado, um direito não-oficial, também válido e vigente, porém para os excluídos, ou, em linguagem Luhmanniana, para a periferia do sistema social, local, em que as decisões do centro chegam somente de forma reflexa.

João Hélio é, no plano simbólico, uma bandeira para a camada social estratificada em um núcleo de proteção que não mais se encontra isolado do próprio sistema social. Com isso, passa-se a pensar em heteropoiese do Direito. Sistemas que não se comunicam, cada qual com sua própria racionalidade jurídica. Um aplicado para a parcela da população brasileira que usufrui do discurso jurídico e outro destinado aos outros, ou caso se queira adaptar a idéia de Jakobs, aos inimigos⁷.

2. Pasárgada

O tema é novo no Brasil? Desde quando se pode afirmar a existência de um direito oficial e de um direito não-oficial em *terra brasilis*? Para os brasileiros essa é uma realidade, algo que se convive naturalmente. Contudo, como primeiro grande estudo a respeito dessa diferenciação, pode-se citar o trabalho de Boaventura de Souza Santos⁸.

6 Um dos criminosos é considerado inimputável pela legislação brasileira por não ser capaz de discernir a potencial consciência da ilicitude de seu ato.

7 Uma severa crítica ao denominado Direito Penal do Inimigo pode ser encontrada em NAVARRO, Evaristo Prieto. La Teoría de Sistemas y el Problema del Control de la Conducta. Perspectivas e Imposibilidades para la Dogmática Penal. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.) *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y Posibilidades de Aplicación*. Granada: Editorial Comares, 2005. pp. 295-340.

8 SOUZA SANTOS, Boaventura de. *O Discurso e o Poder: Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. 2ª reimpressão. Porto Alegre: SAFE, 1988.

Na Pasárgada⁹ do autor é verificada uma situação comum na sociedade brasileira. A partir de uma determinada época, no caso o início dos anos 30 do século passado, a população carente passa a ocupar áreas ilegais e ali construir suas residências que são obviamente ilegais, inclusive por violar os dispositivos pertinentes para sua construção.

Ato contínuo, os excluídos de Pasárgada possuem um cotidiano árduo. Não possuem abastecimento de água, há falta de eletricidade e muito menos pavimentação. Como essas pessoas são marginalizadas justamente por viverem às margens da oficialidade estatal, a reação da sociedade que se encontra sob o amparo do direito oficial é o de aceitar o que ali ocorre desde que esse fenômeno não se reproduza em seu próprio ambiente.

Essa atitude dos “outros” determina a ação a ser tomada pelos residentes em Pasárgada. Como não podem se socorrer do direito estatal, cuja resposta oficial seria a remoção dos habitantes de Pasárgada, eles passam a se organizar e procurar a maximização do desenvolvimento interno daquela sociedade. Estabeleceu-se, assim, uma trama bastante complexa de relações sociais. Um dos resultados é, conforme Boaventura, a percepção, a partir de certos *topoi*, de “lei do asfalto” em contraposição ao que se pode denominar de “lei dos morros”.

A “lei do asfalto” é o direito dos “outros”, a reprodução de um discurso jurídico tendente a proteger um Poder que os moradores de Pasárgada não enxergam, mas que conhecem faticamente, pois ele os exclui e os impossibilita de entrarem nos processos decisórios que os influenciam.

Por outro lado, o direito de Pasárgada possui uma racionalidade jurídica que lhes é bastante conhecido. Por intermédio de organizações de moradores, tomam-se decisões consensuais, baseadas em negociação e mediação. Os presidentes dessas associações ocupam um papel importante, reservado àqueles que possuem uma grande sabedoria acerca da sociedade em que restam incluídos.

Mesmo nos momentos de grande acirramento de disputas internas, não se discute a legitimidade da decisão tomada ou daquele que a tomou. Ela é seguida. Alguns

9 Trata-se da Favela do Jacarezinho, localizada nos morros da cidade do Rio de Janeiro.

elementos do direito oficial são transplantados para dentro de Pasárgada. Todavia, eles são adaptados de acordo com a internalidade específica da racionalidade jurídica daquele espaço social.

Com isso, Pasárgada progrediu com um direito paralelo à “lei do asfalto”. De fato, possui, hoje, cerca de 36000 habitantes¹⁰. Trata-se, no entanto de um lugar em que a renda *per capita* não chega a 100 dólares mensais e que possui a terceira maior parcela de miseráveis na cidade do Rio de Janeiro. Inclua-se aí, ainda, condições de higiene básica altamente reprováveis, como, por exemplo, o acesso dificultado à água potável. Logo, as enfermidades relativas à saúde primária são, ali, fato comum. No asfalto, contudo, raramente ocorrem.

O modelo de Pasárgada pode, hoje, ser encontrado, com as devidas adaptações, em quase todas as grandes cidades brasileiras. Poder-se-ia, sem qualquer risco maior, denominar Pasárgada de Restinga (Porto Alegre), de Vila Nova Jaguaré (São Paulo), de Morro do Papagaio (Belo Horizonte) e de Vila Zumbi (Curitiba). Os nomes variam. As reproduções sociais, de outra banda, se mantêm.

Importante afirmar, também, que, paradoxalmente, o direito de Pasárgada é, para os que vivem no direito oficial, um direito dos “outros”. Evidente, assim, a existência de dois sistemas jurídicos que não se comunicam. Essa incomunicabilidade foi a base, durante décadas, da manutenção da ordem social no Rio de Janeiro.

Como se verifica a partir do exemplo de João Hélio, a heteropoiese do direito oficial em relação à “lei do asfalto” é uma realidade falida. A questão, no Brasil, se põe da seguinte maneira: e quando a “lei do asfalto” passa a se comunicar com o direito de Pasárgada? O que fazer? Tratar como um “outro” ou como parte de um sistema social que se auto-reproduz a partir de suas próprias referências?

A proposta é, com base na teoria dos sistemas sociais autopoieticos, permitir uma nova forma de observação desse fenômeno. A necessária comunicação entre os subsistemas sociais possibilita respostas diferentes em uma sociedade altamente diferenciada, periférica e de terceiro mundo (Brasil).

10 Dados encontrados em www.fgv.br/cps (Acessado em março 2007).

3. A Autopoiese do Direito

Como um subsistema funcional da sociedade¹¹, o Direito também é compreendido como um sistema autopoietico¹². Logo, a autopoiese do sistema jurídico é uma continuação da autopoiese da sociedade. No entanto, é necessário que o sistema jurídico demarque sua própria *autopoiesis* a partir da distinção entre sua unidade e o entorno¹³, formando sua diferenciação funcional. Ele deve ser capaz de traçar seus limites, visto que somente como sistema vai adquirir sentido, uma vez que o entorno é pura complexidade.

Nesse sentido, Teubner¹⁴ defende que um subsistema funcionalmente diferenciado, ou em suas palavras, um sistema de segunda ordem, somente pode-se desenvolver quando produz seus próprios elementos por si mesmo e de forma exclusiva. Mediante a repetição de seu elemento básico –a decisão– o Direito pode produzir diferença e (re)iniciar sua própria *autopoiesis*. É o próprio Direito que define suas premissas de validade por intermédio de uma norma jurídica¹⁵ e das decisões judiciais¹⁶. Tal é o início do movimento autopoietico do sistema jurídico que se descortina em sua auto-referencialidade¹⁷.

11 LUHMANN, Niklas. "Closure and Openness: on reality in the world of law". In: TEUBNER, Gunther (Ed.) *Autopoietic Law: a new approach to law and society*. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1988(a). p. 340: "The legal system is a subsystem of the social system."

12 TEUBNER, Gunther. *Evolution of Autopoietic Law*. In: TEUBNER, *Autopoietic Law...*, *Op. Cit.*, p. 221: "In this respect I am following Luhmann's highly sophisticated attempt to conceptualize societies as autopoietically organized systems of communication (Luhmann, 1984 b) and pose the question which follows from this idea: whether one can consider the differentiated functional system of law as being autopoietically organized within the autopoietic system of society."

13 LUHMANN, *Op. Cit.*, p. 335: "A system can reproduce itself only in an environment."

14 TEUBNER. *Evolution of Autopoietic Law. Op. Cit.*, 1988. p. 221

15 Essa idéia não é novidade no Direito. Veja-se a idéia das normas primárias e secundárias de Hart, por exemplo. São um exemplo claro de autocriação. Veja-se especialmente o capítulo VII (*A textura aberta do Direito*) de: HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. 348p.

16 TEUBNER, *Evolution of Autopoietic Law. Op. Cit.*, p. 222: "It is the legal system and not its political, economic and social environment that defines the premises for the validity of a legal act, or a legal rule. The law regulates its own operations, structures, processes, boundaries, and identity reflexively."

17 Para Teubner a *autopoiesis* emerge quando os componentes cíclico-recursivos constituem-se em generalizações congruentes, restam de tal forma conectados que vêm a formar um *hiperciclo*. Esse hiperciclo é o resultado da auto-reprodução circular do ato-norma-ato. Para maiores detalhes a respeito do hiperciclo ver: *Ibid.*, p. 223

A auto-referência não se confunde com sua *self-constitution*. A autocriação do sistema jurídico emerge quando ele constitui, por si próprio (auto-referência), novos elementos diferenciados dos demais subsistemas sociais.

Nesse sentido, a positividade do Direito exige que ele seja variável. Somente com o pressuposto da variabilidade do Direito é que se pode responder à questão de como se pode formar um sistema autopoietico-jurídico¹⁸. Ora, o Direito vigente produz frustrações. Todavia, elas devem ser continuamente reprocessadas no seio das decisões jurídicas e então serem absorvidas para servirem de base à mudança do Direito. Assim, forma-se o sistema do Direito de forma autopoietica. Fechado em seu interior, mas aberto ao entorno. Sua evolução reside na interação de sua parte endógena, absorvida pelo exógeno social.

Desse modo, o Direito se torna autopoietico *quando suas auto-descrições permitem desenvolver e aplicar uma teoria de fontes jurídicas no contexto da qual as normas possam ser geradas através de precedentes jurisprudenciais ou outros processos de criação jurídica endógena*¹⁹. É na mera produção de elementos próprios do Direito que reside seu caráter autopoietico. Tudo isto tendo como base a auto-observação, a autoconstituição e a auto-reprodução do sistema²⁰.

O sistema jurídico autopoietico é, portanto, um sistema observável, um sistema ativo de observação, consistente na possibilidade de o próprio Direito ser observado por um observador. É um sistema auto-referente no modo de observar a realidade. Suas normas são derivadas de outras normas e suas decisões ou se socorrem de suas próprias decisões ou se socorrem das próprias normas.

Por outro lado, a unidade de um sistema é dada pelo fato de que sua autonomia evidencia-se no marco de que suas operações recursivas partem de suas próprias operações, de seus próprios elementos e estruturas²¹. Com isso, o sistema consegue controlar o entorno, outrora inacessível para ele.

18 Cf. LUHMANN, Niklas. “Le Droit Comme Système Social”. In: *Droit et Société*. No. 11-12, Paris, (1989). p. 61.

19 TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989. p. 85.

20 Como defende *Ibid.*, p. 70.

21 LUHMANN, *Closure and Openness...*, *Op.Cit.*, p. 337: “The concept of autopoietic closure therefore initially states only that the recursive application of its own operations ins an indispensable aspect of system’s reproductions. This defines the unity and autonomy of the system”.

João Hélio, Pasárgada e a formação de uma nova cultura jurídica no Brasil: problemas de alteridade e de direitos fundamentais desde a teoria dos sistemas sociais autopoieticos

Teubner²² explicita e diz que a auto-reprodução do Direito somente ocorre quando as normas jurídicas perpassam atos judiciais (decisões) e vice-versa, ou ainda, quando as normas procedimentais e a doutrina se imbricam mutuamente. Mas, a idéia continua a mesma. A recursividade hermética do sistema jurídico é pressuposto para sua *autopoiesis*. Resta claro, portanto, que na autopoiese do Direito, a jurisdição passa a ter papel fundamental, uma vez que ela pressupõe medidas judiciais coercitivas²³.

No entanto, o sistema jurídico possui outros subcódigos que se derivam daquele primeiro e que o auxiliam a continuar a produzir a unidade mediante a diferença. São eles:

- (a) legislação/jurisprudência;
- (b) codificação binária/programação;
- (c) normas Jurídicas/normas Positivas;
- (d) jurídico/antijurídico.

Toda operação do sistema jurídico parte da anterior (lei ou jurisprudência), criando-se condições para a operação seguinte. Com isso, conserva-se a exclusividade do sistema mediante uma recursividade que lhe é interna e exclusiva. Assim, ocorrem interferências econômicas, políticas, morais, entre outras. Porém, elas somente afetam o Direito à medida em que sua estrutura pode tolerar²⁴. Significa, por exemplo, *que a economia, enquanto forma de pagamento em dinheiro, não entra no Direito, mas é “decodificada” juridicamente em legal ou ilegal*²⁵.

22 TEUBNER, *Evolution of Autopoietic Law, Op.Cit.*, p. 224.

23 A idéia de legislação/jurisprudência, mais adiante aprofundada, é fundamental para o entendimento da teoria jurídica em Luhmann. Basta observar sua seguinte afirmação: “L'autopoïèse du droit, la production du droit par le droit, doit déjà être possible pour que l'institution centrale qu'est une juridiction ayant un pouvoir de décision obligatoire qui la rend possible, soit elle-même possible”. LUHMANN, *Le Droit Comme Système Social, Op. Cit.*, p. 62.

24 O Direito sofre várias influências “pero los efectos estructurales se hacen notar sobre todo en el tipo de roles con los que el sistema jurídico se estimula a si mismo.” LUHMANN, Nils. Poder, Política y Derecho. *Metapolítica*, vol. 5, n. 20, México : DF, 2001. p. 10.

25 NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. “Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann”. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 228.

O sistema passa a ser operativamente fechado e cognitivamente²⁶ aberto ao entorno. No caso de uma norma penal, por exemplo, é fácil perceber o ponto de abertura do sistema. No caso do artigo 121 do Código Penal Brasileiro²⁷, a descrição típica refere a matar alguém (João Hélio). A abertura reside na pergunta: terá A matado X? O sistema processa informações mediante o código Recht/Unrecht, modificando seu interior, dando continuidade à sua autopoiese.

O sistema jurídico, portanto, tem sua autonomia dada não por sua auto-regulação ou autocriação. Ele consegue autonomia a partir do estabelecimento de seu próprio código, universalmente aplicado a partir de sua própria e peculiar especificidade. É mediante o código que o sistema jurídico se estabelece como um subsistema funcionalmente diferenciado do sistema social²⁸, dele se isolando, mas, ao mesmo tempo, permanecendo em contato com ele e todos os seus subsistemas. Logo, o sistema jurídico somente terá sua autonomia afetada quando o seu código estiver em perigo²⁹. Ou seja, quando começar a tomar decisões com base em códigos de outros subsistemas.

Na esteira do raciocínio expendido, pode-se afirmar que o Direito como sistema autopoietico funda-se em sua circularidade³⁰, e não mais em sua hierarquia. Deve-se,

26 Dizem ARNAUD, A.-J; DULCE, M.J.F. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 168: “Deve-se considerar que a relação que o sistema jurídico mantém com o extra-jurídico não é uma relação normativa, mas, nesse caso, uma relação “cognitiva” (“abertura cognitiva do sistema”), porque se trata de um processo auto-regulado (regulado do interior). Isso significa que, na comunicação, a informação ou os “estímulos” externos são transformados pelo sistema, ao longo do processo auto-referencial.”

27 Esse é o exemplo trazido por NICOLA, *Op. Cit.*, p. 235.

28 Nesse sentido observa HESPANHA, Benedito. “A Autopoiese na Construção do Jurídico e do Político de um Sistema Constitucional”. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. N. 28. São Paulo.– (julho/setembro 1999). p. 68: “O Direito constitui um sistema que se ordena em clausura comunicativa; não há Direito fora do Direito; as normas jurídicas não podem ser válidas como Direito fora do próprio Direito (Teubner, 1989). As normas *extrajurídicas* somente se adquirem validade no sistema jurídico após sua qualificação pelo código interno das comunicações jurídicas.”

29 LUHMANN, *Evolution of Autopoietic Law, Op. Cit.*, p. 338 “The law as autonomy is in danger only when the code itself is in danger – for instance when decision are taken in the legal system itself increasingly according to the difference between beneficial and harmful rather than the difference between legal and illegal.”

30 Assim como Luhmann, também François Ost defende que o sistema jurídico deve ser concebido de forma circular. Nele, segundo o autor, há *loopings* que interagem com todos os outros sistemas, naquilo que o referido autor chama de o jogo do Direito. Diz ele: “Hay pues, en el sentido fuerte del término <<juego>> Del Derecho. Este sentido fuerte es un sentido neutro o medio: como se habla del “juego” delas olas o del

ao mesmo tempo, analisar sua estrutura interna e suas relações com o exterior, de tal forma que o Direito possa ser visto sob a metáfora de Teubner³¹ - como uma dança sem fim de correlações internas em uma rede fechada de elementos interacionais.

A circularidade do Direito se baseia, como quer Teubner³², na relação circular entre os atos legais (decisões) e as normas jurídicas. Assim, se a circularidade das decisões judiciais constitui-se na auto-poiese jurídica, tem-se, novamente, que o sistema deve ser fechado. A clausura do Direito protege sua grande função: a decisão...

Para Luhmann, o Direito está voltado para seu entorno contingencial também porque a recusa em não julgar é proibida³³. Toda norma só é norma porque a expectativa comportamental pode ser diversa daquela prevista. O Direito é fechado porque necessita reproduzir suas operações. Todavia, quando possui o programa específico, ele se abre para o mundo externo absorvendo essa comunicação mediante seu código (Recht/Unrecht) e, a partir daí, retoma sua recursividade. No sistema brasileiro, o artigo 4 da Lei de Introdução ao Código Civil³⁴ é exemplar nesse sentido. É uma norma jurídica que autoriza a abertura do sistema, mas que, em seguida à abertura, traz para si, dita comunicação, desta vez já sob o amparo de seu código específico.

<<juego>> de las luces; hay una especie de movimiento endógeno del Derecho, de producción interna, no como deseo de no se sabe qué orden jurídico hipostático, sino como proceso colectivo, ininterrumpido y multidireccional de circulación del logos jurídico". OST, François. "Júpiter, Hercules, Hermes: tres modelos de juez". In: *Doxa*. No. 14, (1993). p. 182. Na linha de Ost, por exemplo, explica FALCÓN Y TELLA, María José. *The Validity of Law: concept and foundation*. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2000. p. 207, que o julgamento é uma evolução da interatividade circular do julgamento de validade de uma norma Também da circularidade nasce a idéia do hiperciclo teubneriano. Diz o autor: "O Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo". TEUBNER, *O Direito como Sistema Autopoietico*, *Op. Cit.*, p. 53.

31 TEUBNER, Gunther. "Introduction to Autopoietic Law". In: TEUBNER, Gunther (Ed.) *Autopoietic Law...*, *Op. Cit.*, p. 1.

32 *Ibid.*, p. 4.

33 Veja-se, por exemplo, o artigo 126 do Código de Processo Civil Brasileiro: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-à aplicar as normas legais, não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de Direito".

34 Diz o artigo: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito."

No entanto, paradoxalmente, a idéia de circularidade, que pressupõe clausura interna, está diretamente ligada à idéia de abertura. Em verdade, a abertura de um sistema se apóia em sua clausura³⁵. Quanto mais enclausurado for um sistema, mais ele possui capacidades de se autocriar a partir de seus próprios elementos e sem esquecer as influências advindas do entorno³⁶. Isso ocorre no momento do acoplamento estrutural entre os sistemas. No caso em tela, no momento em que o direito de Pasárgada e João Hélio se cruzam.

4. João Hélio e Pasárgada: alteridade, cultura jurídica e direitos fundamentais. Uma questão de Autopoiese.

Os assassinos de João Hélio eram moradores de uma das Pasárgadas do Rio de Janeiro. Mesmo o crime tendo ocorrido na Zona Norte da cidade, identificada como de classe média baixa, não se pode deixar de inferir que não houve remorso por parte dos criminosos em relação à ação cometida. De fato, conforme amplamente noticiado pela mídia, nenhum dos dois agentes pensou ter cometido um ato bárbaro. A sociedade da “lei do asfalto” se escandalizou. Como isso era possível? De que forma se pode cometer um ato de barbárie desse quilate e, psicologicamente, restar infenso às suas conseqüências?

A questão do *topoi* é bem-vinda. Para aquele que vive na periferia, ser vítima de crimes brutais e horrendos é algo que não escapa à sua rotina. Seu ponto de vista, culturalmente estimulado por anos, é o de que aqueles que vivem no asfalto são os beneficiários de um sistema social que os rejeita e cuja reflexividade lhe impõe um papel secundário, quase inexistente na trama de relações sociais.

Por outro lado, a observação do problema feita por um dos habitantes do asfalto é diversa. Para ele, aqueles que vivem na Pasárgada representam uma face indesejável de um sistema social que lhes inclui, onde ocupam papel de irradiadores de decisões que se auto-regulam e se a auto-reproduzem.

35 A respeito, defende MORIN, Edgar. *La Méthode – Vol. 1 – La Nature de la Nature*. Paris: Seuil, 1977. p. 197: “L’ouvert s’appuye sur le fermé”.

36 “The more the legal system gains in operational closure and autonomy, the more it gains in openness towards social facts, political demands, social science theories and human needs.” TEUBNER, *Introduction to Autopoietic Law, Op. Cit.*, p. 2.

Dessa maneira, os assassinos fazem parte do sistema social como uma forma de auto-reprodução dos modos e maneiras instalados nas comunicações entre seus subsistemas (Pasárgada e Asfalto). Significa, pois, que, antes de inimigos, ambos os pólos são uma unidade de diferença. Tratar diferentemente, sem a devida concepção de autopoiese, pode estimular uma ausência de reconhecimento de identidades, e, portanto, do Outro, bastante indesejável.

Um dos grandes tópicos do pensamento Luhmanniano é a assimilação e procura pela diferença³⁷. Antes do consenso, a criação paradoxal de um sistema em que se consiga a produção do diferente, do inesperado. A invasão da cultura jurídica de Pasárgada na lei do asfalto é um exemplo bem acabado de que a reflexividade começa a ocorrer de forma latente. Ocorre, assim, uma abertura cognitiva das mais interessantes. Ela não pode ser simplesmente renegada

Dessa maneira, está-se diante de um direito oficial que sofre influências de um direito não-oficial, que, por seu turno, foi criado e evoluiu com base nas lições advindas do direito estatal. Essa dança interminável, em que não se é possível definir onde se inicia ou em qual lugar há um fim dessas co-relações, é denominada, em Luhmann, de autopoiese.

A questão, a partir disso, é determinar um novo sentido de compreensão, capaz de perceber as múltiplas e recíprocas influências da lei do asfalto e da Pasárgada. Essa capacidade de autocriação a partir da abertura cognitiva somente é possível em termos de reflexividade, pois, *sólo ante la experiencia de la vivencia y de la acción de otros sistemas, se toma em consideración la forma particular de procesamiento de sentido llamada "comprensión"*³⁸. Dito de outra forma: somente se pode compreender corretamente o caso João Hélio quando se experiêcia o *topoi* do lado contrário, seja ele proveniente do asfalto seja de Pasárgada.

É, portanto, uma questão de observância de alteridade a compreensão da existência de uma cultura jurídica impregnada de valores extra jurídicos que devem ser filtrados pelo sistema do Direito. Entender tal mecanismo proporcionaria

37 Veja-se, para tanto, LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesselschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997. pp. 124-164.

38 LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 89.

uma reflexividade maior no sistema social. Novas respostas seriam demandadas. A abertura proporcionaria, junto com a clausura normativa, o desvelamento de algo que a sociedade brasileira percebeu há muito, mas que seu sistema jurídico insiste em não observar: a Pasárgada esta aí. Ela deve fazer parte dos processos decisivos relativos na qual está inserida³⁹.

Nesse sentido, a construção de uma cultura jurídica, no Brasil, que possua uma identidade com os destinatários da norma deve ser observada no nível reflexivo da operatividade da distinção sistema x entorno. Como afirma Luhmann, em tal nível, *el Sistema determina su propia identidad mediante la diferencia respecto de todo lo demás*⁴⁰.

Dessa forma, se Pasárgada é o entorno e o asfalto o sistema oficial, torna-se necessária uma relação de interdependência e de acoplamentos estruturais que possibilitem a formação da identidade do que se define como Direito no Brasil. Ocorre, todavia, que os únicos momentos em que os acoplamentos são factibilizados, acontecem quando do cometimento de crimes tais como o do menino João Hélio. Nessas oportunidades há uma reação. Em outras, não. Tudo segue de forma estática e sem modificações.

Isso se deve ao não reconhecimento do outro na sociedade brasileira. Mas, alega-se, a teoria Luhmanniana não se preocupa com o indivíduo e sua relação com a sociedade, colocando-o como um *outsider do sistema social*. Engano. Uma interessante co-relação entre as idéias de Luhmann e de Lacan é feita por Jean Clam⁴¹. Com ela se torna viável esclarecer a temática do *alter* e do *ego* na teoria dos sistemas sociais autopoieticos e sua influência na problemática Pasárgada x lei do asfalto

Para o Clam, o ponto de conexão entre Lacan e Luhmann reside nas idéias deste sobre contingência e dupla contingência e daquele a respeito da reciprocidade de sentimentos.

39 Dentro dessa linha de raciocínio, consulte-se YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente. Exclusão Social, Criminalidade e Diferencia na Modernidade Recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

40 LUHMANN, *Sistemas Sociales, Op. Cit.*, p. 178.

41 CLAM, Jean. "Contingência, Dupla Contingência, o Outro e o Outro no Outro. Luhmann com Lacan, um Estímulo". In: CLAM, Jean. *Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade. Contingência, Paradoxo. Só-Efetuação*. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p 67-98.

O mundo apresenta mais possibilidades do que o senso humano pode perceber. O mundo é complexo demais para sua capacidade sensitiva. A *contingência* reside no fato de que *as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas*⁴². Disso se deduz que a contingência possui, intrínseca, a possibilidade de desapontamento. Exemplificando: duas pessoas estão prestes a se conhecer. Cada um determina suas condutas mediante observações recíprocas. A observa B e resolve comportar-se X. B observa e resolve comportar-se X (mas poderia se comportar Y). Por uma simples suposição geram certeza de realidade (assim como poderiam ter gera incerteza). Estabelecem seus limites a partir de si mesmos. E mediante as ações de um e de outro, podem estabelecer ações outras que levarão a ação de ambos (o casamento). A dupla contingência é, portanto, estabelecimento dos próprios limites em relação ao objeto a partir do próprio objeto, conseguindo-se expectativas razoavelmente seguras de um futuro em aberto.

Na proposta de Clam⁴³, pode ser imaginada uma dupla contingência de intenções de sentido, no exato conceito teórico-sistêmico. Existe uma construção regressiva da comunicação, já que o *Ego* tem em mente a necessidade de entender o *Alter* como uma operação funcional avaliadora de seu êxito comunicacional.

Nessa linha de raciocínio, o que o *Ego* necessita para identificar-se não reside somente em si mesmo. Ele está, também, em *Alter*. Esse processo de significação algumas vezes se desvia:

Ao perder o apoio de sua demanda (*demande*) – quando esta ingressa nas estreitezas da “parole” -, *Ego* ingressa numa reciprocidade de desejo com o Outro; pelo fato de a demanda de *Ego* ser a demanda pelo desejo de *Ego* através do Outro, a perda de acesso à cadeia dos significantes nada mais é que a *prodosis* da demanda de *Ego* à demanda de *Alter*, que justamente ocasiona a demanda de *Ego* e lhe confere forma e sentido.

No caso da Pasárgada e da lei do asfalto percebe-se que essa relação não complementa sua circularidade. Não importa em qual pólo, *Ego* e *Alter*, no Brasil, na questão do sistema jurídico, restam afastados. Com isso, os diagnósticos de identidade mediante unidade de diferença restam prejudicados.

42 LUHMANN, *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 45.

43 CLAM, *Contingência, Dupla Contingência...*, *Op. Cit.*, p. 75.

Ademais, conforme relembra Clam⁴⁴, a alta contingência das sociedades contemporâneas aumenta imensamente as intenções de sentido. Com isso, a dupla contingência atinge níveis nunca antes alcançados. Apresenta, assim, uma necessidade de aprendizagem, de abertura cognitiva, elevada. A evolução social depende da aceitação da *instância do outro como instância da lei*⁴⁵.

O processo de cognição, necessariamente, na teoria de Luhmann, é aberto. No entanto, possui limites. De sentido. Eles são ofertados mediante a seleção forçada que cada sistema deve fazer para transladar ao seu interior os ruídos do entorno. Ou seja, a cognição possui limites fornecidos pelo código de cada subsistema social, que, no caso específico do Direito é o *Recht/Unrecht*.

Se a lei do asfalto é o *Recht*, Pasárgada é o *Unrecht*, admitidos, ambos, como a totalidade de possibilidades contingencialmente judiciáveis (ato, norma, decisão, etc.). Em uma relação de reciprocidade, tanto a parte positiva quanto a negativa do código adquirem importância idêntica, já que a programação do *Recht* deve levar em consideração o *Unrecht*.

Assim, o *Outro é o lugar da coagulação do sentido. Ele não pode faltar em sua função*⁴⁶. Dito de outra forma: é a Pasárgada que fornece a compreensão da lei do asfalto. E é a lei do asfalto que fornece os significantes a Pasárgada. Dessa ativação de sentido decorrerá a ação que conferirá a estabilidade facilitadora da aceitação da dupla contingência com algo razoável e psiquicamente aceito.

A negação da alteridade é, portanto, uma falha comunicacional que impede a auto-reprodução (e a evolução) do sistema jurídico brasileiro e da cultura gerada em torno de si. Na hipótese de percepção de horizontes de sentido possíveis advindos dessa miríade comunicacional seria possível concordar com a seguinte afirmação de Teubner⁴⁷:

44 *Ibid.*, p. 85.

45 *Ibid.*, p. 89.

46 *Ibid.*, p. 95.

47 TEUBNER, Gunther. "As Duas Faces de Janus: pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna". In: TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Piracicaba: Editora Unimep, 2005. p. 81.

João Hélio, Pasárgada e a formação de uma nova cultura jurídica no Brasil: problemas de alteridade e de direitos fundamentais desde a teoria dos sistemas sociais autopoieticos

É na “lei do asfalto” das grandes cidades norte-americanas ou no “quase-direito” das favelas no Brasil, nas normas informais das culturas políticas alternativas... que se encontram todos os ingredientes da pós-modernidade: o local, o plural e o subversivo.

Esse é o Janus. Os dois lados da mesma moeda. Somente com isso, com a integração da comunicação sistêmica entre *Alter* e *Ego* é que será possível, dentro da dicotomia Pasárgada x lei do asfalto, ser construída uma sociedade que respeite direitos fundamentais mínimos tais como a vida.

Proteger vidas retirando outras vidas (pena de morte) é heteropoiese, e, portanto, negação de uma lógica da vida. Mais: é repetição de passado. Em outras palavras: o problema do Brasil, e, portanto, de João Hélio e de Pasárgada, não é o isolamento heteropoietico. É questão de falta de autopoiese, típica de países inseridos na periferia do sistema social global.

Referencias bibliográficas

- ARNAUD, A.-J. y DULCE, M.J.F. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- CLAM, Jean. "Contingência, Dupla Contingência, o O Outro e o Outro no Outro. Luhmann com Lacan, um Estímulo". En: CLAM, Jean. *Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade. Contingência, Paradoxo. Só-Efetuação*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.
- FALCÓN Y TELLA, María José. *The Validity of Law: concept and foundation*. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2000.
- HART, Herbert L.A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HESPANHA, Benedito. "A Autopoiese na Construção do Jurídico e do Político de um Sistema Constitucional". In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. No. 28. São Paulo, (julho/setembro, 1999), pp. 34-60.
- LUHMANN, Niklas. "Closure and Openness: on reality in the world of law". In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Autopoietic Law: a new approach to law and society*. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1988, pp. 2-24.
- , *Das Recht der Gessellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.
- , "Le Droit Comme Système Social". In: *Droit et Société*. No. 11-12. Paris, (1989), pp. 45-70.
- , *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.
- , "Poder, Política y Derecho". In: *Metapolítica*. Vol. 5, No. 20. México D.F., (2001). pp. 30-45.
- , *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MORIN, Edgar. *La Méthode – Vol. 1 – La Nature de la Nature*. Paris: Seuil, 1977.
- NAVARRO, Evaristo Prieto. "La Teoría de Sistemas y el Problema del Control de la Conducta. Perspectivas e Imposibilidades para la Dogmática Penal". In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y Posibilidades de Aplicación*. Granada: Editorial Comares, 2005. pp. 194-208.
- NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. "Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann". In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997. pp. 120-144.
- OST, François. "Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz". In: *Doxa*. No. 14, (1993), p. 14-40.
- , *O Tempo do Direito*. Lisboa: Piaget, 1999.
- ROCHA, L; SCHWARTZ, G y CLAM, J. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SOUZA SANTOS, Boaventura de. *O Discurso e o Poder. Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. 2ª reimpressão. Porto Alegre: SAFE, 1988.

João Hélio, Pasárgada e a formação de uma nova cultura jurídica no Brasil: problemas de alteridade e de direitos fundamentais desde a teoria dos sistemas sociais autopoieticos

TEUBNER, Gunther. *“As Duas Faces de Janus: pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna”*. In: GUNTHER, Teubner. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

----- *“Evolution of Autopoietic Law”*. In: GUNTHER, Teubner (Ed.) *Autopoietic Law: a new approach to law and society*. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1988. pp. 89-120.

----- *“Introduction to Autopoietic Law”*. In: GUNTHER, Teubner (Ed.) *Autopoietic Law: a new approach to law and society*. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1988. pp. 1-14.

----- *O Direito como Sistema Autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente. Exclusão Social, Criminalidade e Diferença na Modernidade Recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.