

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES  
CAMPUS DE SANTO ÂNGELO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* – MESTRADO EM  
DIREITO

**UMA ANÁLISE DA EFETIVIDADE DO PROCEDIMENTO LEGAL EM  
SOCIEDADES MULTICULTURAIS**

MESTRANDO: LUIZ ALBERTO BRASIL SIMÕES PIRES FILHO

Santo Ângelo  
2014

LUIZ ALBERTO BRASIL SIMÕES PIRES FILHO

**UMA ANÁLISE DA EFETIVIDADE DO PROCEDIMENTO LEGAL EM  
SOCIEDADES MULTICULTURAIS**

Dissertação de Mestrado em Direito para obtenção do Título de Mestre em Direito, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santo Ângelo, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito.

ORIENTADOR: PROF. DR. LEONEL SEVERO ROCHA

Santo Ângelo

2014

LUIZ ALBERTO BRASIL SIMÕES PIRES FILHO

**UMA ANÁLISE DA EFETIVIDADE DO PROCEDIMENTO LEGAL EM  
SOCIEDADES MULTICULTURAIS**

Dissertação de Mestrado submetida à Comissão Julgadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – *Campus* de Santo Ângelo como parte dos requisitos necessários à obtenção do Grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direitos Especiais, Linha de Pesquisa: I – Direito e Multiculturalismo.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha, Pós-Doutor em Direito  
Orientador

---

Prof. Dr. \_\_\_\_\_, Doutor em \_\_\_\_\_  
Examinador

---

Prof. Dr. \_\_\_\_\_, Doutor em \_\_\_\_\_  
Examinador

---

Prof. Dr. \_\_\_\_\_, Doutor em \_\_\_\_\_  
Membro Suplente

Santo Ângelo (RS), 14 de março de 2014.

*À Eulàlia*

## AGRADECIMENTOS

O Mestrado em Direito da URI – *Campus* Santo Ângelo possui uma dimensão transformadora, com um corpo docente que fomenta o *pensar*. Sou grato a algumas mentes iluminadas, das quais tenho o prazer do convívio quase diário. Inicialmente Professores (as) e colegas. Hoje, Amigos (as)!

Meu sincero agradecimento ao Professor Doutor Leonel Severo Rocha pela orientação, seminários, rigor acadêmico e convívio nessa caminhada. Além disso, agradeço as lições proporcionadas pela sua genialidade e um pedido de desculpas por telefonemas, *e-mails* e mensagens em horários inusitados.

Ao Professor Doutor João Martins Bertaso, minha gratidão pela luta na concessão da minha bolsa de estudos, seus conselhos, pelas indicações de leitura e livros emprestados, pela convivência amigável e fraterna. Um dos principais incentivadores para que eu fizesse o concurso para docente na querida URI – *Campus* Santo Ângelo.

À Professora Doutora Rosângela Angelin, pela amizade e pela revolução de ideias e reflexões nas aulas, seminários, encontros. Foi a principal incentivadora para que eu realizasse o concurso visando ingresso como docente na URI – *Campus* Santo Ângelo. Hoje, fico feliz por tê-la como professora, colega e amiga.

Ao Professor Doutor Adalberto Narciso Hommerding, além da amizade, um grande incentivador para meu ingresso no Mestrado em Direito na URI.

Ainda na época da iniciação científica, tive a felicidade de conhecer Florisbal de Souza Del’Olmo, em Porto Alegre. Alguns anos depois, a enorme surpresa e alegria em reencontrá-lo na URI – *Campus* Santo Ângelo. É um iluminado pensador, fantástico professor e acadêmico, uma pessoa grandiosa, competente e grande incentivador nas mais diversas atividades que envolvem o conhecimento.

Quanto aos colegas, sou imensamente feliz de ter hoje, como amigo, a pessoa de Cesar de Miranda e Lemos. Um pensador nato e grande cidadão. Seu refinamento acadêmico é encantador. Grato por tê-lo como amigo.

Aos amigos e colegas bolsistas Sheila Marione Uhlmann Willani, Ana Paula Cacenote, Ariele Dutra Lopes e Marco Antônio Rillo Loguércio. Enquanto bolsistas e companheiros diários nas celebrações de nossos grupos de estudos e projetos.

À Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – *Campus* de Santo Ângelo pela concessão da bolsa de estudos durante o Mestrado em Direito.

Agradeço ao Professor Jacson Roberto Cervi que, como Coordenador da Faculdade de Direito da URI, proporcionou uma acolhida fantástica na oportunidade do meu ingresso como professor da URI – *Campus* Santo Ângelo. Além disso, sempre aberto ao diálogo e disposto a dar conselhos.

Após o ingresso como docente na URI - *Campus* Santo Ângelo, tive o prazer de conhecer alguns colegas, os quais hoje são grandes amigos, são eles: Valdir Garcia Alfaro e Charlise Paula Colet Gimenez. Nossas conversas, cafés, viagens, debates, muito ajudaram e auxiliam em minhas reflexões diárias. Feliz de tê-los como amigos e da convivência nesta caminhada. Vai, então, o meu Muito Obrigado!

Um agradecimento especial ao querido amigo-irmão Gustavo Noronha de Ávila. Amigos desde a Iniciação Científica na PUC-RS, hoje é Doutor em Ciências Criminais.

Aos meus amados pais Luiz Alberto e Nemecy, por serem incansáveis, por serem a *clef de voûte* na formação da minha identidade, a vocês, obrigado por tudo.

Agradeço pelo carinho diário, compreensão, dedicação e apoio da minha sogra Zuleica Vera e da minha cunhada Lena. Fico feliz em compartilhar este momento com vocês duas.

*And last but not least* o principal agradecimento vai à minha esposa Eulália, com todo o meu amor. Todos os adjetivos e elogios direcionados a ti não seriam suficientes. Muito obrigado por estar comigo sempre, de corpo e alma. Além disso, peço desculpas pelo tempo necessariamente despendido para a realização do Mestrado, mas juro que valeu a pena. Tenho a enorme alegria e felicidade de poder compartilhar esta vitória contigo, sempre!

## RESUMO

A presente Dissertação de Mestrado analisa o Procedimento Legal na sociedade contemporânea em uma perspectiva da Teoria dos Sistemas ante a abordagem e da relação entre Direito e Multiculturalismo, bem como, dos reflexos, possibilidades e alcances daí decorrentes. Para tanto, o estudo proposto envolve a reflexão acerca da complexidade ínsita às sociedades multiculturais, em seus múltiplos contextos e todos em constante movimento, com os sistemas jurídico-dogmáticos existentes e suas regulamentações, e também a problematização e impactos das sociedades multiculturais no Procedimento Legal como um todo no subsistema do Direito, destacando-se algumas formas e violências de um sistema jurídico-legal e procedimental judicial ainda mais rígido e estático se comparado às aberturas de fronteiras, inovações tecnológicas e os constantes fluxos de pessoas e culturas. Nesta análise, fundamental a extensão e flexibilização de debates junto à sociedade proporcionada por tribunais superiores brasileiros, em especial, ao Supremo Tribunal Federal, que contribui para a consolidação de um sistema jurídico-legal e procedimental mais responsivo, uma vez que, a decisão judicial também é objeto de análise no presente trabalho. Assim, o tema está dividido em três capítulos, onde são abordados inicialmente os Sistemas Jurídico-Legais e o Procedimento Legal e fatores impactantes nos mesmos, tais como: formalidades, formas, critérios temporais e culturais, partindo assim no segundo capítulo para a reflexão da inclusão em sociedades multiculturais, com o estudo dos direitos humanos, o seu respectivo reconhecimento, novos direitos e direitos fundamentais e, por fim, a contribuição de refinadas teorias que ajudam na explicação e na diminuição da complexidade social onde se trata a teoria dos sistemas, autopoiese e a policontextualidade. O cerne, o ponto central deste trabalho trata da análise dos sistemas jurídicos como um todo e, em especial, do procedimento legal ainda rígido e, muitas vezes, matemático e reprodutor da igualdade formal e da repetição no trato com a diferença e com os incontáveis contextos evidenciados nas sociedades multiculturais, pautada na diferença e na pluralidade, onde então é problematizado o paradoxo das padronizações oriundas dos sistemas jurídicos com a heterogeneidade das sociedades Multiculturais na constante aproximação entre Direito e Multiculturalismo, o que reflete na efetividade do Procedimento Legal como um todo, a fim de assegurar a garantia fundamental de acesso à justiça e inclusão. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, onde se utiliza a pesquisa bibliográfica, desenvolvida com base em material já elaborado, principalmente constituído por livros, capítulos de livros e artigos científicos, além de decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal e análise de Códigos e legislação nacional esparsa, além de *sites* de pesquisa na *internet*. Destaca-se, ainda, que a presente dissertação encontra-se vinculada à linha de pesquisa *Direito e Multiculturalismo*, do Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* – Mestrado em Direito, da Universidade Regional do Alto Uruguai e das Missões (URI), *Campus* de Santo Ângelo, Rio Grande do Sul.

**Palavras-chave:** acesso à justiça; procedimento legal; multiculturalismo; teoria dos sistemas; efetividade do procedimento; policontextualidade

## ABSTRACT

This research of Master's Thesis analyzes the Legal Procedure in contemporary society in a systemic perspective of Systems Theory ante approach and the relationship between Law and Multiculturalism as well as reflexes, resulting possibilities and scope. Thus, the proposed study involves reflection on the inherent complexity to multicultural societies, in its multiple contexts and all in constant motion, with existing legal-dogmatic systems and regulations as well as the questioning and impacts of multicultural societies in Legal Procedure as a whole in the procedural legal subsystem, especially some forms and violence and a legal system and procedural legal system even more rigid and static if compared to openings border lines, technological innovation and the constant flow of people and cultures. In this analysis, the extension and flexibility of discussions with the Brazilian afforded by higher courts, especially the Supreme Federal Court, contributing to the consolidation of a legal and procedural-legal system more responsive, and the court decision is also subject analysis in this work. Thus, the subject is divided into three chapters, which are initially addressed the Legal Procedure and Legal Systems and impacting factors such as the same procedures, forms, temporal and cultural criteria, thus starting the second chapter to reflect the inclusion in multicultural societies, with the study of human rights, recognition, new rights and constitutional rights guarantees and, finally, the contribution of refined theories that help explain and act to reduce a social complexity where it comes to systems theory, autopoiesis and policontextuality. The core, the central point of this paper deals with the analysis of legal systems as a whole and especially the still often rigid and mathematical on legal procedure and player of formal equality and repetition in dealing with difference and with countless contexts evidenced in multicultural societies, based on difference and plurality, which is then questioned the paradox of standardization of legal systems originated with the heterogeneity of multicultural societies in constant proximity between Law and Multiculturalism, which reflects the effectiveness of the legal procedure and legal decision as a whole to ensure the constitutional and fundamental guarantee of access to justice and inclusion. The methodology used is that deductive-hypothetical, where we use the literature search, developed based on material already prepared, mainly consisting of books, book chapters and scientific articles, and judgments by the Supreme Federal Court and analysis of codes and national legislation sparse, and research sites on the Internet. It is noteworthy also that this dissertation is anchored to the line of research called "Law and Multiculturalism", of the Post-Graduation Strictu Sensu Program of Law - Master of Law, at Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo, Rio Grande do Sul State, Brazil.

**Keywords:** access to justice; legal procedure; multiculturalism; systems Theory; procedural effectiveness; policontextuality.



## SUMÁRIO

<b>CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....</b>	<b>9</b>
<b>1 O SISTEMA JURÍDICO-DOGMÁTICO E A ANÁLISE DO PROCEDIMENTO LEGAL .....</b>	<b>13</b>
1.1 BREVE ESCORÇO DO SISTEMA JURÍDICO-DOGMÁTICO E A PERSPECTIVA SISTÊMICA.....	13
1.2 BREVE DELINEAMENTO DO PROCEDIMENTO LEGAL.....	22
1.3 VIOLÊNCIA DAS FORMAS JURÍDICAS E SEUS REFLEXOS NO PROCEDIMENTO LEGAL.....	32
<b>2 CIDADANIA, DIREITOS HUMANOS, RECONHECIMENTO E INCLUSÃO EM SOCIEDADES MULTICULTURAIS .....</b>	<b>44</b>
2.1 A EMERGÊNCIA DO MULTICULTURALISMO.....	44
2.2 POR UMA CONCEPÇÃO MULTICULTURAL DE DIREITOS HUMANOS.....	53
2.3 O TRATO COM A DIFERENÇA EM SOCIEDADES MULTICULTURAIS .....	62
<b>3 ASPECTOS DA DECISÃO JURÍDICA NA TEORIA DOS SISTEMAS, AUTOPOIESE E POLICONTEXTURALIDADE .....</b>	<b>72</b>
3.1ANALISANDO A DECISÃO JURÍDICA NA TEORIA DOS SISTEMAS .....	72
3.2 O SISTEMA AUTOPOIÉTICO DO DIREITO E ALGUMAS NOTAS ACERCA DA DECISÃO JURÍDICA.....	82
3.3 SISTEMAS JURÍDICOS E POLICONTEXTURALIDADE .....	90
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>100</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>106</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>118</b>

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Uma das principais evidências da atualidade é a de que vivemos em sociedades multiculturais, onde o trato com a diferença de cultura, religiões, etnias, gêneros, minorias, grupos vulneráveis é uma constante. Assim, constata-se uma forte e necessária aproximação entre Direito e Multiculturalismo, objetivando discutir e refletir as constantes transformações sociais, políticas e jurídicas, bem como questões atinentes ao trato com a diferença para a construção contínua da cidadania na hodierna sociedade globalizada.

Busca-se, então, uma nova leitura e aplicação do Direito. Porém, existe, inegavelmente, uma permanente tendência de se tentar debater – ou resolver – problemas complexos com soluções simples, o que muitas vezes acaba por potencializar a complexidade em vez de diminuí-la. Esta tendência também permeia os sistemas jurídicos como um todo, onde se vê, quase que diariamente, adoções de medidas no estilo atuarial e gerencialista na tentativa de otimizar a prestação jurisdicional, seja através de novas leis, decretos, súmulas de tribunais superiores, entendimentos jurisprudenciais dos mais diversos tribunais que são reproduzidas quase que instantaneamente tão logo emitidos.

Este estado de coisas fomenta uma cultura de simplificação da complexidade ante as diferenças ínsidas às sociedades multiculturais e a padronização violenta em tratar de igual maneira pessoas e situações evidentemente diferentes. Além disso, a repercussão é potencializada pelo fato de o Poder Judiciário ser visto e idealizado como um todo, além de um espaço de reflexão, um local que permeia o imaginário coletivo pelas suas qualidades de confiança, respeito, credibilidade, além de ser, muitas vezes, a última forma de súplica para tratar das angústias humanas.

Embora existam inúmeras formas judiciais e/ou extrajudiciais de procedimentos para o tratamento das mais variadas questões abordam-se aqui o Procedimento Judicial e suas implicações, inclusive repercussões quanto à Decisão Judicial e consequências em outros sistemas da sociedade e demais subsistemas jurídicos.

Neste sentido, abordar-se-á inúmeras questões que refletem para que o procedimento legal seja realmente efetivo – ou não, tais como: o tempo, custos, formas, fundamentação, acesso à justiça e inclusão, ou seja, o sistema jurídico como

um todo e o procedimento legal devem ser efetivos da mesma forma, e não apenas em uma parte, época, fase ou local.

O cidadão é um ator de extrema importância – talvez o principal – no palco dos sistemas jurídicos e como atuante no procedimento legal como jurisdicionado. Além desta evidência, muitas vezes esquecida em um estágio mais preocupado com números e percentuais de rendimento e “produtividade” do Poder Judiciário, os sistemas jurídicos em geral são provocados, diuturnamente, com questões cada vez mais variadas e complexas no trato com a diferença.

Feitas tais ponderações, a presente dissertação objetiva analisar o procedimento legal como um todo e sua função e desenvolvimento em sociedades multiculturais para, eventualmente, contribuir e fomentar ideias com algumas reflexões que poderiam possibilitar uma maior efetividade do procedimento legal até a respectiva decisão jurídica/judicial - provimento final, eis que o principal objetivo do Poder Judiciário ainda é a pacificação social. Problematizam-se, então, os reflexos das sociedades multiculturais em constante transformação nos sistemas jurídicos e vice-versa, oportunizando uma reflexão para a evolução do Direito e seus operadores.

Para abordar tais questões, utiliza-se como marco e referencial teórico, o pensamento de expoentes na seara da teoria dos sistemas, policontextualidade e autopoiese na tentativa de descrever a sociedade multicultural contemporânea e explicar a complexidade imbricada nas sociedades multiculturais para, talvez reduzi-la. Assim, salienta-se, em especial, o marco teórico e as obras de Niklas Luhmann para abordar o procedimento legal em sociedades multiculturais em uma perspectiva da sociologia sistêmica, na Teoria dos Sistemas. Esta abordagem sistêmica faz com que se possa entender e reduzir a complexidade imbricada nas sociedades multiculturais e que, atualmente, são possibilitadas tais observações ante a globalização, aberturas e expansão de fronteiras. Neste sentido, entenda-se que o Procedimento Legal em Luhmann serve para sociedades multiculturais.

Conforme disposto no sumário, o presente trabalho é dividido em três capítulos, com técnicas de pesquisa documental e bibliográfica e o método de abordagem é dedutivo, eis que parte de teorias e reflexões gerais para ocorrência de fenômenos particulares.

Assim, como introito, o foco do primeiro capítulo se dá com uma descrição do sistema jurídico-dogmático, bem como a análise de alguns pontos e formas do

procedimento legal na atualidade e seus pontos de toque entre o Direito e as sociedades Multiculturais.

Desta forma, é feita uma breve linha do tempo para descrever e conceituar os sistemas jurídico-dogmáticos e autores consagrados e destacados que contribuíram com tais descrições, tendo Hans Kelsen como um dos expoentes, até chegar-se na análise proporcionada pela teoria dos sistemas.

Adiante, é feita a análise e delineamento do procedimento legal na atualidade conjuntamente com os vários vetores que o compõe. Desta forma, são tratadas suas formas, codificações, metodologias, tempo, locais, custos, bem como alguns fatores diretamente relacionados com a inclusão social, tais como o acesso à justiça e efetividade do procedimento legal. Para isto, utilizam-se obras de autores de escol, brasileiros ou não, que trabalham com a teoria procedimental – processual – nos mais variados contextos.

Ao finalizar o primeiro capítulo, será destacada a violência das formas jurídicas e os seus reflexos no procedimento legal, em especial quanto ao trato com a diferença em sociedades multiculturais. O paradoxo de que “todos são iguais” e seus reflexos no trato com a diferença e com a complexidade ínsita às sociedades multiculturais ajudam na reflexão e abordagem quando as padronizações do sistema jurídico são prejudiciais no trato com a diferença ante a constante tentativa de “formatação” de formas, ideias, ações, pensamentos, culturas.

O enfoque dado ao segundo capítulo é atinente a discussões constantes na sociedade contemporânea, globalizada, complexa, multicultural. É trazido o debate entre direitos humanos, cidadania, direitos fundamentais nas sociedades multiculturais. Além disso, é feita a contribuição de discussões atuais dos teóricos do Multiculturalismo com questões que permeiam as sociedades multiculturais tais como: identidade, alteridade, inclusão, reconhecimento, diferença, entre outras.

O debate multicultural é interdisciplinar, sendo que há o contributo de autores das mais variadas áreas do conhecimento, sejam eles sociólogos, filósofos, juristas, antropólogos, biólogos, enfim, a reflexão é plural e, certamente, nunca haverá uma unanimidade ou consenso absoluto entre os pensadores da área.

Pouco adiante, é abordado um enfoque acerca da possibilidade de uma concepção multicultural de direitos humanos, sendo Boaventura de Sousa Santos e Costas Douzinas dois grandes pensadores refinados que tratam da matéria atinente aos direitos humanos em sociedades multiculturais.

Ao longo do texto, em vários pontos são trazidas decisões impactantes do Supremo Tribunal Federal que propiciam a reflexão e o debate e envolvimento dos cidadãos em questões impactantes na comunidade, tais como: aborto, religião, políticas indigenistas, grupos vulneráveis, fauna e flora, entre outros. Ainda, pode-se analisar a função e atuação dos tribunais superiores no tratamento de questões complexas e indeterminadas, sempre abertas, a debater. Possível vislumbrar, assim, algumas ideias e reflexões acerca do trato com a diferença em sociedades multiculturais.

Já o terceiro capítulo trata dos pontos de toque entre as reflexões da teoria dos sistemas, autopoiese e da policontextualidade, bem como a gênese destes institutos. Entre os autores que focam suas pesquisas nestas áreas destacam-se Niklas Luhmann, Günther Teubner e, no Brasil, Leonel Severo Rocha.

Assim, será conceituada e abordada a teoria dos sistemas com suas evoluções, comunicações e reflexões sistemáticas na sociedade contemporânea e possibilidades de realização da sociedade.

Quanto à autopoiese, extrai-se um sistema ligado, simultaneamente ao passado e ao futuro, na questão de analisar-se o comportamento do sistema jurídico e dogmático e suas implicações no procedimento legal com a autorreprodução de fatores internos dos sistemas.

Finalizando o terceiro capítulo, apresenta-se a teoria da policontextualidade, trazendo, sinteticamente, a fragmentação de uma centralidade política e de sentido na contemporaneidade destacando a sociedade complexa, multicultural em que vivemos e acontece em múltiplos contextos, bem como suas intersecções entre direito, política e sociedade para a evolução do Direito em escala global – talvez alguma unificação -, norteados por incontáveis contextos e paradoxos típicos da aproximação entre Direito e Multiculturalismo.

# 1 O SISTEMA JURÍDICO-DOGMÁTICO E A ANÁLISE DO PROCEDIMENTO LEGAL

Neste primeiro capítulo, será abordada a ligação entre a base evolutiva dos Sistemas Jurídico-Dogmáticos, a análise descritiva do Procedimento Legal contemporâneo e a violência das formas jurídicas e seus reflexos no Procedimento Legal em sociedades multiculturais na atualidade, em especial, o Brasil. Para tais análises e ligações, têm-se o amparo de autores de escol na seara da Sociologia jurídica e filosofia do direito para este local de fala.

Em um primeiro momento, abordam-se os Sistemas Jurídico-Dogmáticos e a influência da força gravitacional exercida direta e indiretamente na sociedade como regra geral para, posteriormente, situar o/a leitor (a) nas matérias atinentes ao Procedimento Legal em Sociedades Multiculturais.

Em um segundo tópico, será feita uma breve descrição do Procedimento Legal contemporâneo, apontamento de alguns paradoxos, barreiras, além da descrição sociológica do Procedimento Legal como pertencente reflexamente aos Sistemas Sociais como um todo.

Encerrando o capítulo, problematiza-se a violência das formas jurídicas e os reflexos causados no âmbito do Procedimento Legal, inclusive métodos que seriam “redutores” de complexidade e paradoxos, acabam por potencializá-los.<sup>1</sup> Além disso, um panorama acerca da manutenção de algumas concepções medievais ainda dominantes no Direito que ajudam a reproduzir e acentuar diferenças que atuam como empecilho à inclusão do outro, bem como da efetividade do procedimento legal e suas reais finalidades.<sup>2</sup>

## 1.1 BREVE ESCORÇO DO SISTEMA JURÍDICO-DOGMÁTICO E A PERSPECTIVA SISTÊMICA

Para a abordagem e análise do Procedimento Legal no imenso mosaico das sociedades multiculturais, torna-se necessária a abordagem dos Sistemas Jurídico-

---

<sup>1</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006, p.101.

<sup>2</sup> ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p.13.

Dogmáticos na perspectiva da Teoria dos Sistemas. Assim, as teorias jurídicas contemporâneas caracterizam-se pela diversidade temática das inúmeras e distintas perspectivas que procuram, desde os mais variados recursos teóricos e metodológicos, compreender a estrutura e a função e a constante transformação do Direito na atualidade.<sup>3</sup>

A ideia de sistema é muito bem pontuada e precisa na obra de Kelsen, sendo este um dos precursores e teórico refinado da chamada teoria de sistema jurídico. Para Kelsen, o sistema jurídico é composto por um conjunto de normas cuja unidade e validade normativa encontra fundamento em uma norma fundamental, da qual se retira a validade de todas as normas que pertencem ao quadro desta ordem. Assim, as normas derivadas são criadas em conformidade com a aludida norma fundamental.<sup>4</sup>

Tanto o Sistema Jurídico como o científico, fato é que ambos devem ser considerados como sistemas autorreferentes, ou seja, *“cada um destes sistemas constitui, por si mesmos, tudo aquilo que funciona como uma unidade para o sistema”* bem como os elementos que o constituem.<sup>5</sup>

Sendo o Direito uma ordem de conduta humana e organização social, bem como de estabilização de expectativas de comportamento, desenvolve-se e relaciona-se juntamente com um sistema de regras que possibilite determinar certos objetivos sociais.<sup>6</sup> Embora existam diferenças importantes e significativas, é essencial destacar que os já constituídos sistemas jurídicos de países distintos são análogos de um modo geral, com inúmeros pontos estruturais semelhantes.<sup>7</sup>

Ao analisar o Sistema Jurídico como sendo parte do grande Sistema Social, Luhmann expõe que *“De acuerdo a ella todos los sistemas sociales son una realización de la sociedad. El sistema jurídico, según esto, és también un sistema*

---

<sup>3</sup> ROCHA, Leonel Severo. Auto-Observação e Teoria Jurídica. In: BERTASO, João Martins; GAGLIETTI, Mauro José. (Orgs.). **Diálogo e Entendimento: Direito e Multiculturalismo & Cidadania e novas formas de solução de conflitos**. Volume III. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 23/24.

<sup>4</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de Jorge Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, em especial na página 33 e seguintes e página 221.

<sup>5</sup> LUHMANN, Niklas. O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito. **Sequência(UFSC)**. nº 28. páginas 15/29. Florianópolis, junho/1994, p.19.

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p.11.

<sup>7</sup> HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 5. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, página 7. Na página 8, Hart questiona se poder-se-ia chamar convencionalmente de “Direito” em especial nos casos de Direito Primitivo e Direito Internacional, sendo este último por não haver um poder legislativo, nem um sistema de sanções centralmente organizado, além do consentimento prévio dos Estados submeterem-se à sua jurisdição.

*que pertenece a la sociedad y la realiza*<sup>8</sup>, sendo o Sistema Jurídico, portanto, um subsistema do Sistema Social. A sociedade, além de ser o entorno do Sistema Jurídico, inclui as operações e ligações de tal sistema, além de ajudar a elucidar os aspectos e fenômenos que o Sistema Jurídico venha a declarar relevantes.<sup>9</sup> Isto porque a sociedade é concebida como um sistema social em um ambiente altamente complexo e contingente, além do fato de o desenvolvimento da sociedade estar diretamente relacionado com o desenvolvimento do direito.<sup>10</sup>

Pelo fato de o sistema de normas também se confundir com outros entes e estruturas jurídicas na qual se pode fundamentar o ordenamento jurídico, onde o sistema jurídico “*pode ser apresentado como um conjunto de órgãos criadores do Direito.*”<sup>11</sup> Assim, pode-se apresentar o ordenamento jurídico como sistema, entendendo por sistema como a descrição de uma *totalidade ordenada* da qual espera-se coerência.<sup>12</sup> Nesta linha, o Procedimento Legal faz parte de um dos atributos mais extraordinários dos sistemas jurídico-políticos das sociedades modernas.<sup>13</sup> A ligação e conexão feita por Pozzolo<sup>14</sup> quanto aos regramentos e a pragmática do Procedimento Legal é a de que

Uma possível reconstrução neoconstitucionalista do ordenamento jurídico o estrutura segundo três níveis: regras, princípios e procedimento. O primeiro nível oferece a força vinculante típica das regras, o segundo conferiria plenitude ao ordenamento e o terceiro nível asseguraria a racionalidade de um sistema orientado pela noção de razão prática.

Ao abordar os fundamentos dos Sistemas Jurídicos, Hart<sup>15</sup> destaca que existem duas condições mínimas necessárias e suficientes para a configuração de um sistema jurídico, quais sejam: a) regras de comportamento geralmente

<sup>8</sup> LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ciudad de México: Editora Iberoamericana, 2002, p. 36/37.

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Ibidem, p.167/168.

<sup>11</sup> SCHWARTZ, Germano André; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann: Diferenças e Semelhanças. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Volume nº 4, p.188/210, julho/setembro 2008, p.191.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoría General del Derecho**. Traducción de Eduardo Roza Acuña. Madrid: Editorial Debate, 1999, p.189.

<sup>13</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p.17.

<sup>14</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006, p.82.

<sup>15</sup> HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 5. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.128.



obedecidas pelos cidadãos e; b) regras de reconhecimento e obediência aceitas como padrões comuns e públicos pelos funcionários do sistema. Assim, na sua concepção, a maneira mais fértil de encarar um sistema jurídico é a aceitação de regras como padrões comuns para o grupo de cidadãos.<sup>16</sup>

Para Habermas, num primeiro momento, em uma análise mais ampla destaca que o Sistema Jurídico abrange todas as comunicações orientadas pelo direito e, em sentido estrito, atos jurídicos que modificam as situações do direito com procedimentos jurídicos institucionalizados, normas jurídicas e interpretações dogmáticas do direito.<sup>17</sup> Para o autor, a questão atinente à legitimidade da legalidade fez com que o tema do direito e da moral predominasse.

Deste modo, a *justiça*<sup>18</sup> e o sistema jurídico devem integrar-se e reagir em relação à sociedade, eis que não são independentes em relação a ela.<sup>19</sup> Este desafio é claro e constante na contemporaneidade, uma vez que, com sofisticados instrumentos, ferramentas e aportes teóricos cada vez mais refinados, os Sistemas Jurídicos ainda parecem simbolicamente distanciados do seio social, muitas vezes, “*desligados das raízes que os prendem ao mundo da vida, isto é, a sociedade civil, a cultura política e a socialização.*”<sup>20</sup>

Neste sentido, a teoria jurídica da modernidade ainda é vinculada a teorias ligadas ao conceito de Estado, ainda na tentativa de combinar harmoniosamente nas leis, pelo menos três valores que todo o direito deveria servir: o bem comum, a segurança jurídica e a justiça.<sup>21</sup> Esta racionalidade desenvolveu-se com vínculos na dinâmica chamada de normativismo, sendo este difundido como “*representante do Direito da modernidade.*”<sup>22</sup>

<sup>16</sup> HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 5.ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.129.

<sup>17</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.72/73.

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992, páginas 13 e 14. Neste trecho da obra, Kelsen relaciona o conceito de Direito com a ideia de Justiça e questiona o que significa dizer que uma ordem jurídica é justa(?), pontuando que o anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade, afirmando que “*a justiça é a felicidade social.*”

<sup>19</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Volume II. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.218/219.

<sup>20</sup> Ibidem. p.64.

<sup>21</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1974, p.417.

<sup>22</sup> ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p.14.

Nas sociedades multiculturais contemporâneas, tem-se implícito a complexidade, sendo um desafio constante o trato com a diferença pelos sistemas jurídicos atuais, eis que na sociedade moderna “*existe uma grande indeterminação, tudo está em aberto, a discutir.*”<sup>23</sup> Nesta linha, para Luhmann<sup>24</sup> é preciso ao referir que “*La distinción que constituye a la complejidad tiene la forma de una paradoja: la complejidad es la unidad de una multiplicidad.*” Esta abordagem é cada vez mais atual em se tratando de expansão e aberturas de fronteiras, trato com a diferença, transformações e movimentos sociais, bem como a sociedade indeterminada e transnacionalizada. Assim, quanto aos fundamentos de um sistema jurídico, Hart<sup>25</sup> afirma que

Num moderno sistema jurídico, em que existe uma variedade de “fontes” de direito, a regra de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar o direito são múltiplos e comumente inclui uma constituição escrita, a aprovação por uma assembleia legislativa e precedente judicial. Na maior parte dos casos, estabelece-se uma solução para conflitos possíveis, através da ordenação destes critérios numa hierarquia de subordinação e primazia relativas.

Em uma breve digressão, importante situar o processo histórico evolutivo que levou ao positivismo jurídico e possui alguns marcos bem delineados para BOBBIO<sup>26</sup>. Nesta linha do tempo, o aludido autor destaca em especial as seguintes: a) assunção do dogma da onipotência do legislador; b) a crítica ao direito natural; c) movimento favorável à (s) codificação (ões); d) o abandono do direito natural e; e) a influência da Escola da Exegese, expressando que não há mais Direito além do positivado. Assim, conclui Bobbio que o dogma da onipotência do legislador, como único criador do Direito; o movimento em favor da codificação, com a reunião de *todo* o Direito em um código escrito conduzindo ao conceito de Direito como Ordenamento e; a Escola da Exegese, que destacou como método de interpretação do Direito o lógico-racional, fundado na intenção do legislador; destacam-se de modo a firmar marcos representativos no significado de Positivismo, bem como dos

<sup>23</sup> ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p.13.

<sup>24</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006, p.101.

<sup>25</sup> HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 5. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.112.

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto. **El Positivismo Jurídico**. Traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Debate, 1998, p.13 e seguintes.

temas essenciais na definição integral do Direito: sua criação, sua compreensão/perspectiva e sua interpretação.<sup>27</sup>

Assim, os marcos de crítica e abandono ao direito natural acima mencionados ganharam força, no sentido de que a linha jusnaturalista prezava pela existência de valores absolutos, imutáveis, estáticos, além de estar fora do tempo social e indiferente às transformações sociais.<sup>28</sup>

Como introito, certamente o principal autor que aborda a relação da teoria positivista e a fundamentação dos atos sociais é Kelsen<sup>29</sup>, afirmando que o sistema de normas é uma característica fundamental do Direito, sendo o Direito positivo analisado como uma ordem significativa. Importante destacar o fato de que Kelsen contrapõe o Direito Natural com o Direito Positivo, relacionando ambos e denominando como sendo o primeiro *estático*, ou seja, o Direito como um sistema de normas em vigor; e o segundo *dinâmico*, no sentido de ter por objeto “o processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, o Direito no seu movimento.”<sup>30</sup>

Em Bobbio<sup>31</sup>, o enfoque dado para o estudo do Direito é o normativo, abordando o Direito como um sistema de normas ou regras de conduta ao ordenar ou proibir determinados comportamentos, sendo que nossa vida, nesta abordagem, se desenvolve dentro de um mundo de normas.<sup>32</sup>

Ocorre que o direito positivo e o normativismo, puramente, tornam-se insuficientes ante a globalização, pluralidade social, complexidade, paradoxos, multiculturalismo e a constante construção de direitos humanos, entrando em crise com inúmeras críticas. Isto porque na sociedade globalizada, também denominada de transnacionalizada, qualquer perspectiva puramente racionalista se tornaria determinada e limitada, pois a complexidade do atual contexto gera mais

---

<sup>27</sup> BOBBIO, Norberto. **El Positivismo Jurídico**. Traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Debate, 1998, p.13.

<sup>28</sup> ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, em especial nas páginas 12 e 13.

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p.389 e seguintes.

<sup>30</sup> Idem, p.80.

<sup>31</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria General del Derecho**. Traducción de Eduardo Roza Acuña. Madrid: Editorial Debate, 1999, p.15/17.

<sup>32</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de Jorge Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, página 6. Explica que “Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser.

complexidade e paradoxos.<sup>33</sup> Porém, tais teorias não foram de todo abandonadas ou execradas, mas reverenciadas e melhor desenvolvidas e lapidadas com a evolução social e dos sistemas jurídicos, como expõe Supiot<sup>34</sup>

A ideia kelseniana do Direito como sistema lógico de normas ganhou valor de paradigma e é objeto de inúmeros refinamentos, particularmente com a teoria da autopoiese que dissipa as brumas da *Grundnorm* fechando o sistema de regras em si mesmo.

Porém, até a chegada da Sociologia Sistemática e também da Pragmática Sistemática destacada neste trabalho, tem-se ainda a contribuição da hermenêutica jurídica, que constata paradoxos e riscos, mas não os soluciona. Ao discutir também a importância do “reconhecimento” para a legitimidade do Direito, as teses hermenêuticas foi um avanço ao conceberem paradoxos e romperem com a abordagem analítica do positivismo, que pretendia evitar riscos, na tentativa de gerar segurança.<sup>35</sup> Sem dúvida alguma a hermenêutica é um avanço da crítica jurídica pois aprofunda a questão da interpretação normativa, trazendo uma função muito importante aos magistrados, advogados, promotores e aos operadores do Direito como um todo.<sup>36</sup>

A hermenêutica não é entendida como um ‘modo-de-ser-no-mundo’, mas preocupa-se com a interpretação de textos, como um processo de compreensão esperado e calculável, sendo que o intérprete é alguém que deve sempre tentar descobrir o sentido do texto, despidendo-se ou suspendendo portanto – o intérprete – dos “pré-conceitos” e “pré-juízos” herdados pelo contexto histórico proporcionado pela tradição.<sup>37</sup> Assim, a filosofia hermenêutica de Gadamer polemiza o uso metódico da razão, do método cartesiano, a qual estar-se-ia protegido de qualquer

<sup>33</sup> ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 14, 15 e 21.

<sup>34</sup> SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.86/87.

<sup>35</sup> ROCHA, Leonel Severo. Auto-Observação e Teoria Jurídica. In: BERTASO, João Martins; GAGLIETTI, Mauro José. (Org.). **Diálogo e Entendimento: Direito e Multiculturalismo e Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, v. 3, p.25.

<sup>36</sup> ROCHA, Leonel Severo. Normativismo e Construtivismo Sistemático. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL’OLMO, Florisbal de Souza. **Diálogo e Entendimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.45-61, p.52. <sup>36</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, em especial nas páginas 55 e 81

<sup>37</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, em especial nas páginas 55 e 81

erro, afirmando que “é verdade que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la.”<sup>38</sup> Assim, compreende-se para poder interpretar o texto objeto de interpretação.

Um dos nomes mais destacados na hermenêutica jurídica do *common law* é sem dúvida Ronald Dworkin, sempre analisando em suas obras o Direito como integridade, traz a *metáfora* da “resposta correta”, entendendo que o direito sempre proporciona “A” resposta correta, uma boa resposta.<sup>39</sup> Assim, as decisões são fundamentadas com argumentos de política (*policy*), que em tese protegeriam algum objetivo coletivo da comunidade como um todo ou, os argumentos de princípio, que também justificariam uma decisão política, porém mostrando que a decisão diz respeito a um indivíduo ou pequeno grupo.<sup>40</sup> Dependendo da complexidade e natureza da decisão, eventualmente a(s) decisão(ões) pode(m) ter ambos argumentos para fundamentá-la.

Neste sentido, a hermenêutica jurídica estaria preocupada apenas com a aplicação procedimental, porém sem desenvolver de forma adequada e profunda o significado de sociedade para quem esta decisão jurídica será prolatada, bem como de suas infindáveis conexões.

Embora a hermenêutica jurídica abra um importante ponto referencial para análise da sociedade e para a compreensão do Direito, para Rocha, ainda existem algumas lacunas teóricas, pois a hermenêutica “*não explica suficientemente o que seja sociedade.*”<sup>41</sup>

Passadas estas fases e propostas de reflexão trazidas pelo Direito positivo, pelo Normativismo e pela Hermenêutica Jurídica, vê-se proposta de construção de uma nova etapa teórica para a tentativa de contribuir e melhor explicar a sociedade contemporânea e reduzir os paradoxos dos complexos Sistemas Jurídico-Dogmáticos para, além das aludidas matrizes destacadas acima: a Sociologia

---

<sup>38</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais da Hermenêutica Filosófica. Tradução de Paulo Flávio Meurer. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 1999, página 483.

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Nesta obra, Dworkin faz um apêndice intitulado “Resposta aos críticos”, nas páginas 447/564.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p.129.

<sup>41</sup> ROCHA, Leonel Severo. Normativismo e Construtivismo Sistemico. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL’OLMO, Florisbal de Souza. **Diálogo e Entendimento**. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 45-61, p.52.

Sistêmica.<sup>42</sup> Aqui, é trazida notadamente pelas obras de Niklas Luhmann a proposta de uma nova teoria da interpretação jurídica, como a consideração de paradoxos e a ideia de tentar reduzi-los.<sup>43</sup>

Embora a profundidade e complexidade da Teoria dos Sistemas, Luhmann afirma que o preceito básico e ponto de partida devem ser a *diferença*, ou seja, os avanços na teoria sistêmica somente aparecerão com a construção e variações sobre o tema *sistema* e *meio*. Ou seja, a diferença pode constituir-se em explicação da ordem social.<sup>44</sup>

Isto porque, para Luhmann, “A operação realiza o fato de reproduzir a diferença sistema/meio, na medida em que produz comunicação somente mediante comunicação.”<sup>45</sup> Os Procedimentos Legais produzem comunicação e são constituídos pela diferenciação e pela consolidação dos limites frente ao meio ambiente, sendo que tal diferenciação está relacionada com outras estruturas da sociedade.<sup>46</sup>

Com o surgimento de questões hipercomplexas<sup>47</sup> trazido pela indeterminação do Direito<sup>48</sup>, necessita-se cada vez mais de novas formas de observação, sendo que essas não podem mais ser unívocas, mas sim plurais, analisando-se todos os sistemas, todos os contextos, indo ao encontro de respostas que possam efetivar e completar as expectativas sociais.

Seja no sistema legislativo ou no sistema jurídico-dogmático, um dos constantes desafios é o reconhecimento, respeito e atenuação às evidentes diferenças, o que minimizaria muitos dos paradoxos existentes. A efetiva inclusão e, conseqüentemente, o acesso à Justiça deve encampar e preocupar-se com estes inúmeros contextos, eis que a padronização, em alguns casos, pode potencializar as desigualdades e diferenças em sociedades multiculturais.<sup>49</sup> Complementando a

---

<sup>42</sup> ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p.26 e seguintes.

<sup>43</sup> Ibidem, p.27.

<sup>44</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p.80 e 83.

<sup>45</sup> Ibidem, p.91.

<sup>46</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p.53 e seguintes.

<sup>47</sup> LUHMANN, Niklas. Op. Cit., 2011, p.191.

<sup>48</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p.2.

<sup>49</sup> HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política**. 2. ed. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.243, onde refere o seguinte: “É bem verdade que se devem cumprir certos pressupostos factuais

argumentação, Pérez Luño<sup>50</sup> aborda a doutrina de Niklas Luhmann na complexidade dos sistemas jurídico-dogmáticos aqui abordados:

En la compleja sociedad de nuestro tiempo entiende Luhmann que el proceso de positivación de los derechos fundamentales no se remite a criterios de inspiración fijos, sino a parámetros flexibles tendentes a satisfacer las exigencias de una sociedad en constante evolución.

Na teoria pura do Direito, a organização da normativa jurídica idealizada por Hans Kelsen foi esboçada de forma verticalizada, piramidal, onde a hierarquia das normas teria uma racionalidade ligada à validade das mesmas, ou seja, normas de premissa maior seriam superiores a normas de premissa menor, sendo hoje a Constituição Federal, como norma fundamental, o topo da pirâmide.<sup>51</sup>

Para Bobbio, o ordenamento jurídico deve ser um todo coerente, uma unidade e, além disso, uma unidade sistemática, sendo entendido por *Sistema*, uma *totalidade ordenada*, um conjunto de entes com uma certa ordem.<sup>52</sup> Neste sentido, afirma que *“Aqui, “sistema” equivale a validade do princípio que exclui a “incompatibilidade das normas”, ou seja, o ordenamento jurídico só se constitui num Sistema porque nele não podem coexistir normas incompatíveis.*<sup>53</sup>

A indagação é constante para a redução de paradoxos em sociedades multiculturais, abrangendo minorias e grupos vulneráveis, em especial, pela igualdade e equidade material, não apenas formal, sendo que, paradoxalmente, esta também acentua diferenças pela padronização e verticalização de suas diretrizes.

## 1.2 BREVE DELINEAMENTO DO PROCEDIMENTO LEGAL

Para melhor enquadrar-se, metodologicamente, a fim de se evitar impreci-

---

para que competências jurídicas sob condições de igualdade sejam distribuídas com equidade, caso se deseje evitar que o sentido normativo da igualdade de direitos se inverta por completo.”

<sup>50</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 2005, p.64. Tradução livre: “Na complexa sociedade contemporânea entende Luhmann que o processo de positivação dos direitos fundamentais não se remete a critérios de inspiração e orientação fixos, mas a parâmetros flexíveis tendentes a satisfazer as exigências de uma sociedade em constante evolução”.

<sup>51</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de Jorge Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Na página 21, expõe que *“Pelo contrário, uma norma não é verdadeira ou falsa, mas apenas válida ou inválida.”*

<sup>52</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoría General del Derecho**. Traducción de Eduardo Rozo Acuña. Madrid: Editorial Debate, 1999, página 189.

<sup>53</sup> Ibidem, p.195.

sões, faz-se necessário abordar que, pelo aspecto sociológico, o direito e os sistemas jurídicos<sup>54</sup> são apresentados e representados por uma série de instrumentos, codificações, fases e pelas suas formas de controle e pacificação social<sup>55</sup>, bem como a constante tentativa de minimização de diferenças, conflitos e tensões próprias das sociedades complexas e multiculturais hodiernas.<sup>56</sup> No subsistema Direito Procedimental/Processual, há uma idealização de que o Procedimento Legal possa garantir, de modo artificial, que as relações sociais conflituosas sejam pacificadas. Por isso é que o Procedimento Legal ainda é tido como um instrumento de ‘pacificação social’.

Assim, no presente trabalho adota-se a terminologia do Procedimento Legal – e não Processo Judicial – em razão dos marcos teóricos adotados na Sociologia Jurídica, com meios sociológicos de raciocínio, em especial, pela influência de pensadores na seara da Teoria dos Sistemas como o sociólogo alemão Niklas Luhmann<sup>57</sup>, entre vários outros citados ao longo do texto.

Quanto à etimologia do termo Procedimento, gize-se que este é diretamente vinculado ao conceito de formas e formalidades, tratando-se também do seu método, ou seja, havendo certo consenso entre os filólogos ao abordar o Procedimento como “*forma que a lei estabelece para se tratarem as causas em juízo*” bem como “*formas a que está subordinado o cumprimento dos atos e trâmites do processo.*”<sup>58</sup> Também é conceituado como “*forma estabelecida por lei para se tratarem as causas em juízo e para o cumprimento dos atos e trâmites do processo.*”<sup>59</sup> Pode-se afirmar, portanto, que o Procedimento Legal, além de seu

<sup>54</sup> LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ciudad de México: Editora Iberoamericana, 2002, p.36/37, onde Luhmann expõe: “*De acuerdo a ella todos los sistemas sociales son una realización de la sociedad. El sistema jurídico, según esto, es también un sistema que pertenece a la sociedad y la realiza*”.

<sup>55</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.30, onde abordam os autores que “*A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um.*”

<sup>56</sup> Ibidem. p.25.

<sup>57</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. Importante mencionar que, ao longo desta obra, LUHMANN faz várias derivações sinônimas de Procedimento Legal como “procedimento judicial juridicamente organizado”, na página 20; “procedimento judicialmente regulamentado”, na página 124, entre outros.

<sup>58</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p.1641. Vocábulo **Procedimento**.

<sup>59</sup> HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p.2302. Vocábulo **Procedimento**.



conteúdo e as finalidades a que se destina, está relacionado com a forma e com o método. Em complementação, explica Tesheiner<sup>60</sup> o seguinte:

Mas o processo é também fato. Melhor: um conjunto de fatos, isto é, de atos jurídicos praticados com vistas a um fim determinado. Para se distinguir o processo visualizado como relação jurídica do processo visto como conjunto de atos tendentes a um fim usa-se, no último caso, a expressão "procedimento".

Para melhor abordar-se o Procedimento Legal, necessário mencionar que Luhmann<sup>61</sup> preocupou-se em delimitar e investigar três espécies de procedimentos estruturalmente importantes e decisivos nos sistemas sociais e políticos atuais, nomeando-os de *procedimentos juridicamente organizados*<sup>62</sup>, quais sejam: 1) o procedimento de eleição política; 2) o procedimento parlamentar e; 3) o procedimento judicial, sendo este último, objeto de análise neste trabalho. Importante mencionar que o aludido autor problematiza os critérios de *verdade* e *correção da decisão* nas doutrinas dominantes dos referidos procedimentos – eleição, legislação e proteção jurídica -, de modo que, em sua análise, a *verdade* é uma forma de transmissão reduzida da complexidade.<sup>63</sup>

Conforme a investigação acima, Luhmann traz para o centro de suas reflexões acerca da teoria do procedimento legal a questão da legitimação, excluindo de sua análise, num primeiro momento, a *verdade* e a *correção da decisão*.<sup>64</sup>

Nesta linha, o Procedimento Legal é um procedimento juridicamente regulado e organizado, sendo o meio utilizado para o exercício da *jurisdição* que possibilita e canaliza a comunicação entre os atores dele participantes na tentativa de garantir a realização de decisões jurídicas. Sinteticamente, pode-se definir *jurisdição* como parte de um sistema pré-estruturado da sociedade sendo “*uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com*

---

<sup>60</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993, página 2.

<sup>61</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, em especial nas p.18/21. Na página 20, LUHMANN também conceitua como “procedimento judicial juridicamente organizado”.

<sup>62</sup> Ibidem, p.17, sendo que Luhmann reflete acerca do sistema sociológico do procedimento.

<sup>63</sup> Ibidem, p.25.

<sup>64</sup> Ibidem, p.18.

*justiça*.<sup>65-66</sup> Abordando o Poder Judiciário e a função jurisdicional, a definição trazida por Silva<sup>67</sup> é a seguinte:

De passagem, já dissemos que os órgãos do Poder Judiciário têm por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto. Isso é o que se chama *função jurisdicional* ou simplesmente *jurisdição*, que se realiza por meio de um *processo judicial*, dito, por isso mesmo, sistema de composição de conflitos de interesses ou sistema de composição de lides.

Sabe-se, contudo, que embora o acesso ao Poder Judiciário e à ordem jurídica justa não leva a concluir que o Estado venha a exercer controle judicial, bem como, possa ou deva intervir em todo e qualquer fato da vida em sociedade através da decisão judicial.<sup>68</sup>

Isto porque, durante décadas – senão séculos, o acesso formal à jurisdição, por parte do cidadão, era conhecidamente tratado como Acesso à Justiça, sendo ambos tidos como sinônimos. Assim, sem maiores preocupações imediatas com a essência ou finalidade do procedimento e seus desdobramentos, com o simples endereçamento de pedido formalizado a determinado juízo ou tribunal competente via-se perfectibilizada a hodierna garantia constitucional do Acesso à Justiça.<sup>69</sup> Posteriormente, com a natural evolução da sociedade diante do reconhecimento dos direitos fundamentais e com vários aportes doutrinários, em especial, os trazidos por Cappelletti<sup>70</sup>, houve vários contributos na difícil tentativa para a conceituação de *Acesso à Justiça*, quando se passa a questionar acerca da efetividade do/no Acesso à Justiça e todas as implicações daí decorrentes, falando-se também em acesso à *ordem jurídica justa*. O Acesso à Justiça não deveria ser apenas formal, mas efetivo

---

<sup>65</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; *et. al. Op. Cit.*, p.147, também definida como função estatal pacificadora.

<sup>66</sup> Para alguns autores, Jurisdição é vista como “atividade” do Estado para aplicação do direito objetivo por meio do processo, sendo esta o reflexo de sua soberania. Entre outros, ver **Digesto de Processo**, volume 3. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.310.

<sup>67</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p.550.

<sup>68</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993, p.34, onde afirma o seguinte: “Mas o Estado não pode pretender, mesmo através do Poder Judiciário, reger e regular todas as esferas da vida social. Em seus extremos limites, a onnicompetência do Poder Judiciário se torna, às vezes, deletéria; outras vezes, apenas ridícula.”

<sup>69</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 5º, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>70</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p.08 e 9.

ao cidadão, sendo que Cappelletti<sup>71</sup> ataca a reforma dos procedimentos judiciais em geral.

Explica Cappelletti que, na tentativa de lutar pela inclusão e alteridade quanto ao *Outro* e eliminar ou diminuir eventuais diferenças substanciais entre os litigantes, o foco, em um primeiro momento, voltado ao acesso formal à justiça - com a construção e propagação de tribunais, campanhas de informação e acesso ao sistema judiciário, muda-se para a essência e efetividade do Acesso à Justiça e do procedimento legal, com inúmeras reflexões acerca dos óbices e barreiras inter-relacionadas que dificultavam sua realização ou tornavam-na ao final infértil, tais como: custas, tempo, discricionariedade, socialização da advocacia, formalidades procedimentais, distância e pouco número de tribunais, motivação de decisões judiciais, entre outros.<sup>72</sup>

Com isto, busca-se no efetivo Acesso à Justiça que o procedimento legal seja instrumento de inclusão social e efetivo como um todo, em todas suas fases, desde o seu início, em seu desenvolvimento, até a prolação de decisão judicial final adequada aos ditames constitucionais, sendo esta reflexiva, responsiva e devidamente fundamentada.<sup>73</sup>

Ao longo do procedimento legal, na quase totalidade dos casos, a atividade jurisdicional não fica circunscrita a uma única decisão jurídica por parte do juízo ou tribunal. Portanto, até a esperada decisão final - sentença, inúmeras outras decisões compõem o procedimento legal, com seus signos escritos legíveis.<sup>74</sup>

Nas sociedades multiculturais tem-se implícita a complexidade e a ausência de certos padrões *normais*, sendo que, algumas vezes, tais decisões constantes nos procedimentos legais não se apresentam reflexivas e responsivas, e sim, desconectadas e indiferentes, seja com a realidade, com o caso ou anseios sociais, causando maior irresignação por parte do cidadão quanto ao descontrole e eventuais reproduções de tais decisões judiciais.

---

<sup>71</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, em especial p.76 e seguintes.

<sup>72</sup> Ibidem, p.29 e 79/80.

<sup>73</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 93, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

<sup>74</sup> ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoiética. **RECHTD**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 4, p. 193-213, 2012, p.204.

Para Cademartori<sup>75</sup>, analisando a matriz sistêmica de Luhmann, precisa-se do exame mais aprofundado de balizas para que a decisão judicial seja adequada ao fim a que se destina, sendo estas a (re) afirmação, concretização e especialização do sistema jurídico para a devida coerência do sistema jurídico no atual Estado Constitucional e Social de Direito, visto que *“em seus elementos primordiais, constata-se a figura do órgão jurisdicional, como gerador das operações comunicativas de elevada importância deste sistema, que são as decisões judiciais.”*

Historicamente, as conceituações e marcos para a confecção da decisão judicial não eram previstas constitucionalmente, sendo que, analisando o caso português, HESPANHA<sup>76</sup> assegura que:

As atribuições do poder judicial não vinham expressamente previstas na *Carta*. Era como se, desde sempre, se soubesse o que era justiça. E, de facto, existia uma consabida noção tradicional de que a justiça era a decisão ponderada de conflitos, de todos os conflitos, cada qual em suas instâncias jurisdicionais, que eram muitas na ordem política e jurisdicional particularista do Antigo Regime. A Carta remetia, portanto, para uma definição doutrinal da justiça, desde logo, do seu âmbito de competências.

Atualmente, rechaçam-se decisões despreocupadas com as consequências para que se prestam, e acabam por ocasionar uma infinita interposição de novos procedimentos, recursos, sucedâneos, reclamações e ações autônomas de impugnação, ou seja, o sistema volta a ser indagado pela ausência de resposta efetiva e responsiva quando, tendo sido anteriormente provocado, mostrou-se ineficiente, estéril.<sup>77</sup>

A problematização acima é muito bem percebida por Ferraz Jr., quando afirma que *“sendo um saber tecnológico, o saber dogmático não cuida da decisão em termos de sua descrição como realidade social, mas de regras para a tomada de decisão.”*<sup>78</sup> Assim, embora tenha-se inúmeros marcos e roteiros para a descrição da

<sup>75</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A Coerência do Sistema Jurídico em Luhmann: Uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial. **Sequência (Florianópolis/UFSC)**, v. 62, 2011, p. 322-359, p.324.

<sup>76</sup> HESPANHA, António Manuel Botelho. **Hércules Confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português**. Curitiba: Juruá, 2009, p.283.

<sup>77</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p.90, afirma que “A comunicação é o único fenômeno que cumpre com os requisitos: um sistema social surge quando a comunicação desenvolve mais comunicação, a partir da própria comunicação.”

<sup>78</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p.309.

decisão, o âmago da questão posta e eventual tratamento do conflito é posto em segundo plano.

Até a decisão judicial final, várias repercussões surgem do “fenômeno” Jurisdição, desde a legitimação, controle, reconhecimento, formas, legislações, territorialidade, dentre outros, bem como a submissão à Jurisdição, como forma de “aplicação” ou “afirmação” das normas, além de assegurar a prevenção das vinganças, penas privadas e outras formas de autotutela.<sup>79</sup>

Nesta linha de argumentação, para Ferrajoli, num primeiro momento, a principal garantia processual (procedimental) é a da *submissão à jurisdição*, sendo esta uma forma de se garantir constitucionalmente juízos não arbitrários, bem como instituir limites temporais, marcos e formas procedimentais até a decisão jurídica final, sendo que o aludido autor refere que “*Em síntese, tanto as garantias penais como as processuais valem não apenas por si mesmas, mas, também, como garantia recíproca de efetividade.*”<sup>80</sup>

Portanto, a abordagem ainda que sucinta da Jurisdição é de fundamental importância na teoria do procedimento legal, posto que esta constitui uma manifestação do poder estatal exercido pelos magistrados para consecução de fins do próprio Estado. Faz-se então necessário a consciência de que o procedimento legal não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso meio ético constante no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais da Constituição Federal de 1988 destinado a servir à sociedade e ao Estado, bem como um sistema sociológico de atuação sobre mecanismos sociais em jogo.<sup>81</sup>

O procedimento legal deve(ria) ser também, do ponto-de-vista de sua função sociológica, um instrumento de comunicação<sup>82</sup> a serviço da sociedade como uma das formas de inclusão e construção da cidadania: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, procedimento) são concebidos e justificam-se no quadro das

---

<sup>79</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Tradução de Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, página 432.

<sup>80</sup> Idem.431.

<sup>81</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Dentre outros, em especial, no extenso rol do Artigo 5º, incisos XXXIV; XXXV; XXXVI; LIII; LIV; LV; LVI; LXVIII; LXXVIII; §1º; §2º; §3º; §4º. Ainda, em outros capítulos da CF/88, exemplificamos o Artigo 93, inciso IX; Artigo 102, incisos I, II e III; Artigo 105, incisos I, II e III.

<sup>82</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociología del Riesgo**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 3. ed. México, DF: Universidade Iberoamericana, 2006, p.42, onde “Comunicación y no otra cosa es la operación con la que la sociedad tomo sistema social se produce y reproduce *autopoiéticamente*.”

instituições do Estado pela necessidade de tentar garantir, minimamente, a autoridade do ordenamento jurídico.

O objeto do procedimento legal reside precisamente nesses institutos, e eles concorrem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e tentar-se observar e contribuir para a efetividade e diminuição de paradoxos do sistema a partir da Teoria dos Sistemas, Policontextualidade e a Autopoiese evitando possíveis (des)controles das/nas decisões judiciais para uma maior efetividade do procedimento legal, tornando-o mais responsivo e reflexivo<sup>83</sup>. Nesta esteira, segue o contributo de Luhmann<sup>84</sup>:

Os procedimentos juridicamente organizados fazem parte dos atributos mais extraordinários do sistema político das sociedades modernas. Ou pelo menos adornam a fachada desses sistemas; porém, para o conteúdo das decisões, adquirem um significado semi-indefinido, difícil de avaliar, ainda que determinado por critérios objetivos. Para pensadores liberais da teoria do Estado, os regulamentos do procedimento legal podiam constituir a existência de Estado e direito, embora não pudessem decidir por uma renúncia conseqüente aos critérios reais da correção da decisão; assim, o peso relativo das premissas reais e procedimentais de comportamento permaneceu um problema.

Desde o início do procedimento até o provimento final, perfectibilizando-se na decisão judicial, faz-se necessária à vinculação do procedimento legal com o universo do método, com suas formas e formalidades para que o mesmo seja válido e esteja apto a produzir efeitos, eis que cada ato do procedimento possui momento oportuno (tempo), forma<sup>85</sup>, linguagem<sup>86</sup>, lugar.<sup>87</sup> A produção de provas ao longo do procedimento legal igualmente deve obedecer a inúmeros métodos próprios para que tenham validade e surtam efeitos e reflexos para valoração da decisão judicial. Assim, existe uma forte influência metodológica para o desenvolvimento e validade do procedimento legal como um todo, pois “*como todos os sistemas, os*

---

<sup>83</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p.42/43.

<sup>84</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p.17.

<sup>85</sup> Artigo 154 e seguintes do Código de Processo Civil Brasileiro.

<sup>86</sup> Exemplifica-se com o Código de Processo Civil, que dispõe em seu Artigo 156: “Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo.” Também o Artigo 157: “Só poderá ser junto aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado.”

<sup>87</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; *et. al. Op. Cit.*, p.345 e seguintes.

*procedimentos judiciais constituem-se pela diferenciação, pela consolidação dos limites frente ao meio ambiente.*<sup>88</sup>

Existe, então, uma linha tênue, invisível, separando o método do procedimento e seu conteúdo substancial, sua essência. Inúmeros questionamentos e repercussões surgem daí, em especial, quanto à Efetividade do Procedimento Legal, para que este não seja apenas um fim em si mesmo e o método não seja mais valorizado do que a substância ou que este seja indevidamente transformado em conteúdo.<sup>89</sup>

Para Kelsen<sup>90</sup>, existe uma classificação e separação entre direito material e direito formal.

O Direito material e o Direito formal estão inseparavelmente ligados. Somente na sua ligação orgânica é que eles constituem o Direito, o qual regula a sua própria criação e aplicação. Toda proposição jurídica que pretenda descrever perfeitamente este Direito deve conter tanto o elemento formal como o elemento material.

No Brasil, o binômio de direito material-procedimental é delineado por poucos autores, fortemente vinculado à Teoria do Processo. Nesta linha, Dinamarco<sup>91</sup> manifesta-se separando em dois planos, um de direito processual e outro de direito substancial, fazendo alusão à relação direito-processo:

[...] pensa-se, então, nos modos como este concorre para a vida daquele, qual instrumento a serviço de uma ordem exterior.  
Essa ordem exterior é representada pelo conjunto de normas e princípios que atribuem bens da vida às pessoas, disciplinam condutas e ditam a organização da convivência social – ou seja, ela é representada pelo que se denomina *direito substancial*.

<sup>88</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p.53.

<sup>89</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coords.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.128-135. Na página 128, o autor destaca que “A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

<sup>90</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de Jorge Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.257. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.213. Neste tópico, DINAMARCO busca argumentação em LUHMANN, em obra aqui citada. Ver LUHMANN, *Legitimação pelo Procedimento*.

<sup>91</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.213. Neste tópico, DINAMARCO busca argumentação em LUHMANN, em obra aqui citada. Ver LUHMANN, *Legitimação pelo Procedimento*.

Com tal diferenciação, surgem inúmeros paradoxos diuturnamente nos mais variados tribunais e órgãos julgadores do país, em especial quando a influência de questões procedimentais objetivas, que reduzem e simplificam a complexidade social, passam a ganhar maior relevo e importância quando alinhadas a questões substanciais, que são justamente a causa do existir do procedimento legal.

Isto porque existe uma antinomia entre formalismo(método) e justiça(substancial), como a distinção entre *finalidades* e *meios* a que se destina o procedimento legal, decorrente da exigência do sistema e da tomada de consciência do magistrado quanto à possibilidade de vir o “bom direito” a sucumbir e perder-se em face de uma exigência de caráter puramente formal, devendo ser resolvida especificamente pelo ordenamento de cada povo, em face das características culturais do fenômeno procedimental.<sup>92</sup>

Segundo Wieacker<sup>93</sup>, o processo teve originariamente um caráter direto e oral, de base canonística e romana e com desenvolvimentos doutrinários franco-alemães, sendo remetido ao julgador apenas para a promulgação da sentença. Posteriormente, o *processo organizado segundo forma jurídica* trouxe questões compartimentadas, como as separações entre direito substancial e direito procedimental, bem como a divisão entre matéria de fato e matéria de direito. Assim, discorre o autor que

Um processo de instâncias escrito sugere desde logo o isolamento das “questões juridicamente relevantes” em relação aos “factos naturais” e a separação entre “questão de direito” e “questão de facto”, uma vez que a matéria processual deve ser preparada para futura comprovação em recurso.

Neste contexto, a Hermenêutica analisa os paradoxos e pontos de toque entre fins e meios que desaguam no procedimento legal, trabalhando vários autores com o binômio *substancialismo* e *procedimentalismo*.<sup>94-95</sup> Embora seja interessante apostar no debate entre uma concepção material e substancial ou uma concepção

---

<sup>92</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010, p.292.

<sup>93</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Provado Moderno**. 3. ed. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p.201.

<sup>94</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p.29 e seguintes.

<sup>95</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p.54 e seguintes.



procedimental e formal de democracia, sobretudo, escolheu-se abordar aqui o procedimento legal como parte do sistema social para a possibilidade de maior efetividade e coerência do sistema jurídico como um todo, além de destacar-se a participação dos cidadãos e diálogo para a construção e justificação do sistema jurídico.

Na perspectiva da Teoria dos Sistemas, busca-se a redução de paradoxos do Sistema Procedimental para que o Procedimento Legal seja cada vez mais responsivo, inclusivo e efetivo ao cidadão para a solução de questões trazidas à apreciação do judiciário, para que tal sistema não seja simplificado, totalmente padronizado, “*ou, falando de maneira abstrata: a redução de complexidade é condição para o aumento de complexidade.*”<sup>96</sup>

A Constituição Federal de 1988 é claríssima quanto aos direitos individuais e sociais nela postos, para a contínua construção da cidadania. Assim, a noção de *Acesso à Justiça*<sup>97</sup> está vinculada à inclusão do *outro*, de modo que não se aborda simplesmente o acesso a Tribunais, mas a efetividade do Procedimento Legal, com celeridade, reflexão, baixos custos, decisão responsiva<sup>98</sup>, visto que as sociedades multiculturais são um mosaico em constante transformação.

Embora se esteja em um estado-de-coisas voltado e preocupado com números, percentuais, padronização, todos estes reducionistas da complexidade, a busca pela efetividade é um constante desafio, também para que o cidadão não necessite socorrer-se também ao quesito *sorte* quando da solução do seu procedimento legal.

### 1.3 VIOLÊNCIA DAS FORMAS JURÍDICAS E SEUS REFLEXOS NO PROCEDIMENTO LEGAL

Deve-se à rica e constante evolução dos direitos fundamentais a garantia do efetivo Acesso à Justiça, que deve ser pleno, integral, buscando sempre ser cada

---

<sup>96</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p.132.

<sup>97</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, p.12, vinculando o Acesso à Justiça como o mais básico dos direitos humanos, devendo ser garantido e não apenas proclamado.

<sup>98</sup> BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La Fuerza del Derecho**. Traducción de Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, p.123.

vez mais inclusivo e altero na construção da cidadania, na esteira de incluir e reconhecer o *Outro* para que se possa validamente proteger minorias<sup>99</sup> e grupos vulneráveis existentes.

Assim, observa-se o contorno delicado referente à pretensão da Constituição Federal de 1988 em tratar com igualdade gêneros, grupos, etnias, pessoas, direitos e costumes tão diferentes. Está-se, aqui, diante da necessidade do tratamento diferenciado proposto também pela Constituição Federal, no que se refere ao princípio da igualdade material ou substancial, princípio este afirmado já no artigo 3º, inciso IV da Constituição cidadã, quando remete ao entendimento de que os poderes constituídos devem promover a igualdade, reduzindo as diferenças existentes na sociedade, visto que a Constituição Federal de 1988 garante e incentiva o pleno exercício dos direitos culturais.<sup>100</sup>

Assim, Luhmann<sup>101</sup> analisa o Sistema Jurídico como parte do grande Sistema Social, sendo que o primeiro pertence ao segundo e contribui para a realização da sociedade. Isto porque existe um cenário, com locais de fala e atores no grande sistema jurídico/judiciário, com símbolos, linguagens e estruturas próprias. Neste cenário padronizado, o trato com a diferença é um constante desafio para a efetividade do procedimento.<sup>102</sup> Para Luhmann<sup>103</sup>, “*O procedimento também pode ser compreendido como um sistema social de ação, de tipo especial.*” O Procedimento Legal deve, portanto, estar adequado à complexidade, evoluções e transformações do mundo atual.

Conforme já antedito, tanto o Procedimento Legal quanto os Sistemas Jurídico-Dogmáticos possuem uma forte vinculação com as formas regulamentadas e com o método. Para certo padrão geral de conduta, a forma possui um papel que traz implicitamente inúmeros paradoxos na seara do Procedimento Legal. Tais paradoxos são potencializados e nítidos quando se trata de sociedades

---

<sup>99</sup> TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Titton. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, página 170, sendo que o autor acredita mais adequado tratar pelo termo “Direitos Culturais”, e não, “Minorias”.

<sup>100</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, página 210 e seguintes.

<sup>101</sup> LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ciudad de México: Editora Iberoamericana, 2002, p.36/37.

<sup>102</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p.83, expondo que “Ou, em outras palavras: a diferença pode constituir-se em explicação da ordem social.”

<sup>103</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p.37.

multiculturais. Para Foucault<sup>104</sup>, “O direito é, pois, uma maneira regulamentada de fazer a guerra.”

O aspecto formal foi decisivo para a formatação do Direito no mundo moderno, porém, com a pretendida responsividade e reflexividade e objetivos maiores a serem perseguidos, não pode o Procedimento Legal, que se trata de uma forma moderna e adequada de solucionar conflitos, esbarrar na formalidade, pois os aspectos sociais externos que circundam o campo jurídico estão a exigir maior consideração.<sup>105</sup>

Da violência e submissão às formas jurídicas, ao abordar o formalismo e o ceticismo sobre as regras, HART<sup>106</sup> expõe duas formas principais para alguns padrões gerais de conduta, conforme segue:

Têm-se usado dois expedientes principais, à primeira vista muito diferentes um do outro, para a comunicação de padrões gerais de conduta, com antecipação das ocasiões sucessivas em que devem ser aplicados. Um deles faz um uso máximo, o outro faz um uso mínimo de palavras gerais a estabelecer classificações. O primeiro é exemplificado por aquilo que chamamos de legislação e o segundo pelo precedente.

Ao mesmo tempo em que se têm as formas jurídicas, de certo modo padronizadas como direitos e garantias fundamentais asseguradas para a validade e efetividade do procedimento legal, paradoxalmente, têm-se a violência da padronização ao tentar tratar de igual maneira pessoas, etnias, costumes, etc., tão diferentes e cada qual com suas percepções, tempos, formas de sentir o mundo, sendo que tais standardizações são redutoras das complexidades ínsitas às sociedades multiculturais.<sup>107</sup>

Tais padronizações e a reprodução de vetustas técnicas e posturas, desconectadas com a realidade social obstaculizam a efetiva análise dos problemas

---

<sup>104</sup> FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p.56/57.

<sup>105</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Pesquisas em Cidadania e Soluções Alternativas de Conflitos – Contribuições de Jürgen Habermas para um Paradigma Dialógico no Direito. *In*: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL’OLMO, Florisbal de Souza(orgs.). **Diálogo e Entendimento: Direito e Multiculturalismo & Cidadania e novas formas de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.5.

<sup>106</sup> HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 5.ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.137.

<sup>107</sup> Exemplo disso é o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, conhecida como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que menciona o seguinte no seu Artigo 3º: Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

e angústias trazidas ao Poder Judiciário, faz com que apareçam inúmeros questionamentos acerca da função dos Sistemas Jurídicos da atualidade, onde Borges<sup>108</sup> traz alguns pontos para que o Procedimento Legal seja mais adequado à realidade social, tais como:

As partes são postas em segundo plano – priorizando o Estado e seus representantes -, quando deveriam ser os atores principais na exposição e administração da contenda. (...) Outro obstáculo para a efetividade do processo como administrador satisfatório de conflitos está na própria tradição da cultura jurídica, que se desenvolveu de forma elitizada e excludente. O processo segue uma série de rituais e procedimentos que inviabilizam o acesso dos “leigos” a uma efetiva discussão sobre o problema descrito. A linguagem empregada, as velhas práticas, togas e rituais do período imperial apenas distanciam ainda mais aqueles que não estão inseridos neste “mundo jurídico”.

De um lado, as formas e formalidades jurídicas são tratadas como garantia constitucional a fim de se evitar arbitrariedades por parte do Estado e dos atores nos procedimentos legais; de outro lado, pode ser sinônimo de entrave, burocracia, exclusão, vindo a prejudicar a efetividade do procedimento, necessitando-se de constante reflexão para um ponto de equilíbrio entre garantia constitucional e entrave.<sup>109</sup>

Inúmeros são os complexos questionamentos trazidos, sejam eles filosóficos, jurídicos, sociológicos, de forma que Luhmann aborda o pensamento na tentativa de equilibrar a perda do direito natural(substancial) mediante o direito formal(procedimental).<sup>110</sup>

Nas antigas formatações da sociedade, a inovação, o diferente que não seguia a essência do passado era execrado. Para Rocha<sup>111</sup>, “A ritualização era uma forma de instituir a repetição, posto que a variação era percebida como algo ameaçador.” A produção de novos conhecimentos era, então, ameaçada pela reprodução, também problematizada na atualidade. Atuando como simplificador da complexidade, a “padronização” e “universalização” prejudica uma busca por maior

<sup>108</sup> BORGES, Marina Soares Vital. Justiça comunitária, administração de conflitos e Antropologia Jurídica: uma contribuição para uma relação processual mais humana. In: COLAÇO, Thaís Luzia. (Org.). **Elementos de Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.270.

<sup>109</sup> LAMY, Eduardo de Avelar. **Princípio da Fungibilidade no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2007, p.37.

<sup>110</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p.123.

<sup>111</sup> ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. **RECHTD**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 4, p. 193-213, 2012, p.201/202.

efetividade do procedimento legal nas sociedades multiculturais, também pela coerção jurídica, como explica Bourdieu<sup>112</sup>:

Se entiende por ello que, en una sociedad diferenciada, el efecto de universalización es uno de los mecanismos, y sin duda entre los más poderosos, a través de los cuales se ejerce la dominación simbólica o, si se prefiere, la imposición de la legitimidad de un orden social. Cuando consagra, bajo la forma de un conjunto fuertemente coherente de reglas oficiales y, por definición sociales y "universales", los principios prácticos del estilo de vida simbólicamente dominante, la norma jurídica tiende a informar realmente las prácticas del conjunto de agentes jurídicos, más allá de las diferencias de condiciones y de estilo de vida. El efecto de universalización, que podríamos llamar también *efecto de normalización*, viene a redoblar el efecto de autoridad social que ejercen ya la cultura legítima y sus poseedores para dar toda su eficacia práctica a la coerción jurídica.

Existe uma violência ínsita às regras do jogo, ou seja, formas e formalidades devem ser seguidas pelos atores que figuram no Procedimento Legal. Assim, para haver a validade e regularidade do procedimento legal, faz-se necessário o cumprimento e preenchimento de determinadas formas, bem como sejam seguidas certas regras e formalidades que permeiam os sistemas jurídico-legais. Num primeiro momento, a total ausência de formalidades procedimentais desaguava em arbitrariedades, geralmente praticada pelo Estado contra o cidadão.<sup>113</sup> Neste sentido, Foucault<sup>114</sup> esclarece que:

Na alta Idade Média não havia poder judiciário. A liquidação era feita entre os indivíduos. Pedia-se ao mais poderoso ou àquele que exercia a soberania não que fizesse justiça, mas que constatasse, em função de seus poderes políticos, mágicos e religiosos, a regularidade do procedimento.

<sup>112</sup> BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La Fuerza del Derecho**. Traducción de Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, p.209/210. Tradução livre: "Entende-se que em uma sociedade diferenciada, o efeito da universalização é um dos mecanismos, e, certamente, está entre os mais poderosos, através do qual se exerce a dominação simbólica ou, se preferir, a imposição de legitimidade de uma ordem social. Quando consagra, sob a forma de um conjunto muito coherente de regras oficiais e, por definição sociais e "universais", os princípios práticos do estilo de vida simbólicamente dominante, a norma jurídica tende a *informar* realmente as práticas dos atores jurídicos estabelecidos, além das diferenças de condições e estilo de vida. O efeito da universalização, que também poderia ser chamado de *efeito de normalização*, vem a intensificar o efeito de autoridade social já exercido pela cultura legítima e seus possuidores para dar todo o efeito prático à coerção jurídica."

<sup>113</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.23, onde consta: "Dentre os atos processuais imperfeitos, os atos *nulos* são aqueles em que a falta de adequação ao tipo legal pode levar ao reconhecimento de sua inaptidão para produzir efeitos no mundo jurídico." Mais adiante, na página 31, os autores denominam de "sistema de instrumentalidade das formas".

<sup>114</sup> FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p.65.

Conforme o trecho acima, séculos atrás havia um (quase que)total descaso quanto aos aspectos formais à regular a ideia que se tinha de Procedimento Legal para solução de conflitos, o que, evidentemente, era um terreno fértil para o cometimento de arbitrariedades, equívocos, desproporcionalidades ante a ausência de marcos temporais, espaciais, metodológicos e linguagens a regulamentar o ainda não existente Poder Judiciário.

Dentre as formas jurídicas regradadas que influem diretamente para que o Procedimento Legal seja efetivo e válido, o Tempo e a Linguagem são, sem dúvida alguma, os marcos metodológicos mais importantes e paradoxais existentes em um Procedimento Legal regular, que deve adequar sistema e forma. Nesta linha, para Luhmann, o sentido possui três dimensões: social, material e temporal.

O Tempo<sup>115</sup> sempre rendeu inúmeras reflexões, questionamentos e preocupações no âmbito dos sistemas jurídicos, estando sempre presente no imaginário coletivo vinculado à ideia de Justiça.<sup>116</sup> Quem nunca ouviu o dito “*Justiça tarda, mas não falha*”? Esta expressão é rechaçada, pois a morosidade faz com que se reflita que uma vez tardia, não há mais justiça.<sup>117</sup>

Isto porque cada vez que nos defrontamos com a sempre atual questão da (de)mora jurisdicional, é possível visualizar-se o grande abismo que existe entre a *legalidade e instrumentalidade* do Procedimento Legal e a sua triste *realidade*, muito aquém de atender tempestiva e efetivamente as expectativas sociais. A violência das formas jurídicas e seu implícito padrão de uniformidade são alargados nas sociedades multiculturais.

Uma das mais densas observações entre Tempo e Direito e das mais profundas contribuições do ponto de vista temporal é a de François Ost, para o qual o Tempo e o Direito estão tão relacionados e atrelados com a sociedade, pois não existe Tempo fora da história. Assim, o Tempo reflete e impacta no direito quando se

---

<sup>115</sup> KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, página 77, explica que “O tempo é, portanto, dado *a priori*. Só nele é possível toda a realidade dos fenômenos. Estes podem todos em conjunto desaparecer, mas o próprio tempo (como a condição universal da sua possibilidade) não pode ser supresso.”

<sup>116</sup> COUTURE, Eduardo. **Proyecto de Código de Procedimiento Civil**, Montevideo, s/ed., 1945, onde aborda expõe na página 37: “En el proceso el tiempo es algo más que oro: es justicia”.

<sup>117</sup> Neste mesmo sentido, prelecionam BIELSA e GRAÑA, no clássico “*El tiempo y el proceso*”, que “um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão. (...) Para que a Justiça seja injusta não faz falta que contenha

trata de pena, prescrição, decadência, prazo, ação, preclusão, obrigação, entre outros tantos. Para Ost<sup>118</sup> tem-se paradoxalmente “(...) *a lei para o futuro, o julgamento para o passado.*” Abordando a relação entre direito e tempo, para Luhmann<sup>119</sup>, “*O horizonte temporal da experiência e da ação humanas não é apenas um correlato da cautela individual, mas em sua forma genérica representa um aspecto da estrutura social que com ela se altera.*”

Após inúmeros clamores para a maior celeridade jurisdicional, houve o reconhecimento e a recepção na ordem constitucional brasileira do direito fundamental à razoável duração do processo, seja no âmbito judicial e/ou administrativo, tendo sido incorporada na Constituição Federal de 1988 como garantia fundamental através da Emenda Constitucional nº 45/2004, que diz tratar da “Reforma do Judiciário”.<sup>120</sup>

Até a recepção da aludida garantia fundamental, inúmeros Tratados e Convenções já haviam abordado e firmado e no direito comparado, vários países já previam constitucionalmente a garantia da razoável duração do Procedimento Legal. Assim, a Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>121</sup>, do ano de 1969, estabelece, no Artigo 8º, §1º, que “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável (...)”<sup>122</sup>. Na Europa, nesta mesma linha, a Constituição da República Italiana, dispõe claramente no artigo 111 que “*La legge ne assicura la ragionevole durata*”<sup>123</sup>. No Artigo 20 da Constituição da

equivoco, basta que não julgue quando deve julgar!”. Disponível em: <http://www.argenjus.org.ar/publi/publicacion/granabielsa.pdf>. Acesso em 04.11.2013.

<sup>118</sup> OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p.189.

<sup>119</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p.166.

<sup>120</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Dispõe o Artigo 5º, inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

<sup>121</sup> Também conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica”, assinada em 22.11.1969 e ratificada pelo Brasil em 25.09.1992.

<sup>122</sup> CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Pacto de San José da Costa Rica). Dispõe o **Art. 8º** - Garantias judiciais: 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Também o Artigo 25, quanto aos Recursos “simples” e “rápidos”. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 04.11.2013.

<sup>123</sup> ITALIA. Costituzione della Repubblica Italiana. Tradução livre: Artigo 111. A lei assegura a duração razoável. Disponível em [http://www.governo.it/Governo/Costituzione/2\\_titolo4.html](http://www.governo.it/Governo/Costituzione/2_titolo4.html). Acesso em 09.11.2013.

República Portuguesa, é garantida a “(...) decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.”<sup>124</sup> Interessante mencionar que no Artigo 24 da Constituição Espanhola é garantido “(...) un proceso público sin dilaciones indebidas (...)”; adiante, no Artigo 121 da lei maior da Espanha, é previsto o dever de indenizar, por parte do Estado, em caso de danos causados ao cidadão pelo funcionamento anormal da administração da justiça.<sup>125</sup>

Ocorreu, então, “*A Constitucionalização do Tempo*”, na perspectiva de evolução do Direito, a partir de sua inserção na ideia de *Tempo Social*, com os pontos de toque explicados por Duarte<sup>126</sup>:

O Tempo é a sucessão contínua de instantes nos quais se desenvolvem eventos e variações das coisas. Para Teoria dos Sistemas é a observação da realidade a partir da diferença entre passado e futuro. A Constituição é a forma estruturada nas sociedades diferenciadas e pode ser considerada a característica principal da modernidade para a operacionalização/observação das relações entre o Direito e a Política. (...) Pode-se dizer assim, que o Tempo determina o tipo de estruturação temporal do Direito, e que o Direito, por sua vez, se auto-reproduz nesta lógica e contribui com a manutenção dessa temporalidade instituída. O Tempo é, portanto, social e a Constituição é uma das conquistas evolutivas desta organização temporal.

Em sede de considerações finais, os aludidos autores destacam que “*pode-se começar essa tarefa de reconstrução de um Direito efetivo por meio da observação do Tempo.*”<sup>127</sup> Vê-se, portanto, que a Efetividade do Procedimento Legal depende de

<sup>124</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Interessante mencionar que o Artigo 20º está disposto no capítulo intitulado “Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva”. Disponível em [http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Constituicao\\_Portuguesa.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Constituicao_Portuguesa.htm). Acesso em 12.11.2013.

<sup>125</sup> ESPANHA. Constitución Española. **Artículo 24.** Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, **a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías**, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. **Artículo 121.** Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley. Disponível em <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=117&fin=127&tipo=2>. Acesso em 12.11.2013.

<sup>126</sup> DUARTE, Francisco Carlos; ROCHA, Leonel Severo; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A Constitucionalização do Tempo. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Nº 12, páginas 141-157, jul./set. 2010, p.142.

<sup>127</sup> Ibidem, p.156.



vários fatores que devem ser analisados e pensados constantemente de maneira sistêmica.

Na tentativa de assimilação das “regras do jogo” por parte do cidadão, para o regular desenvolvimento do Procedimento Legal, a questão do Tempo reflete diretamente para a sua efetividade. Sendo o Procedimento Legal demasiadamente rápido, pensa-se em atropelo e supressão de garantias fundamentais, talvez até falta de reflexão e despreocupação com a complexidade do caso tratado; ao apresentar-se moroso demais, sabe-se que as consequências podem ser nefastas, com a perda do direito pleiteado, revolta, descrédito e também a supressão de direitos e garantias fundamentais. Embora a razoável duração do processo e procedimento tenha sido recebida como garantia fundamental, e o(s) ponto(s) de equilíbrio entre garantia e entrave é o que se busca.<sup>128</sup>

Prosseguindo nesta linha argumentativa da questão temporal ROCHA<sup>129</sup> destaca que:

O Tempo que é o Tempo do Direito, desde a perspectiva racional do normativismo, que recorre à hierarquia para equacionar o problema da validade das decisões, adquire outra feição na atualidade. Isso sugere a Ost, Luhmann e Teubner que a função principal do Direito é o controle do Tempo. Porém, desde a assimilação da noção de complexidade e circularidade da sociedade, aparecem dificuldades de se efetivar as decisões em função dos paradoxos do Tempo. Assim, talvez o amanhã não seja o Tempo do Direito.

Outra lógica de violência simbólica que, refletida diretamente neste estado-de-coisas no Procedimento Legal é a Linguagem do Direito. Para Warat<sup>130</sup>, “*A maioria dos juristas acredita que as normas do direito positivo constituem sistemas fechados e completos.*” Inúmeras são as linguagens, sinais, brocardos latinos, vestimentas, formalidades, que contribuem para o afastamento do cidadão que deveria participar

<sup>128</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Na experiência brasileira, o Conselho Nacional de Justiça coordena inúmeros programas que objetivam controlar a atuação do Poder Judiciário bem como acelerar o andamento de procedimentos em trâmite no Poder Judiciário, utilizando, ainda, importantíssimos instrumentos como mediação, política nacional de conciliação, para a “razoável duração” e efetividade dos Procedimentos Legais em trâmite e acesso à justiça. Abordando os programas de “razoável duração do processo”: [www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica](http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica). Último acesso em 16.11.2013.

<sup>129</sup> ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos. O Direito e o Tempo Social. *In*: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco C. (Orgs.). **A Construção Sociojurídica do Tempo**. Curitiba: Juruá, 2012, p.30.

<sup>130</sup> WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O Direito e sua Linguagem**. 2. ed. aumentada. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p.54.

efetivamente em razão da reprodução de algumas estruturas de domínio.<sup>131</sup> Inúmeros são os estereótipos, muito bem analisados por Warat<sup>132</sup>, sendo que “os homens atuam e reagem comandados por essas crenças culturalmente institucionalizadas.” Na análise específica do campo judicial, Azevedo<sup>133</sup> destaca que:

O campo judicial pode definir-se como o espaço social organizado em um campo no qual se opera a transmutação de um conflito direto entre partes diretamente interessadas em um debate juridicamente regado entre profissionais que atuam por procuração e têm em comum conhecer e reconhecer a regra do jogo jurídico, ou seja, as leis escritas e não escritas do campo. A instituição de um espaço jurídico ou judicial supõe consagrar e sancionar um estado de coisas, uma ordem. É um ato de magia social, que pode criar, transmutando, uma realidade social determinada em uma realidade jurídica, e um ato de comunicação que expressa, notifica e impõe a sua criação.

Conforme já antedito, nas inúmeras barreiras burocráticas, existe um *quase* monopólio das formas estatais na solução de conflitos desde o nascimento do Estado moderno.<sup>134</sup> Tratando-se de Direitos Culturais<sup>135</sup>, questão interessante e atual é a da permanência ou não de crucifixos nos Tribunais, eis que inexistente uma tradição enraizada para a separação entre espaços religiosos e jurídico-estatais.<sup>136</sup> Tais debates e reflexões contribuem para a construção da alteridade, de decisões reflexivas e procedimentos legais responsivos na tentativa de distanciar-se da padronização e generalização que constitui uma violência de tratar todos os cidadãos (ãs) como se fossem realmente *iguais*.

Com a estandardização das pessoas, procedimentos, bem como a repetição e reprodução de vetustas formas, técnicas e indumentárias, acostumou-se com a falta de sensibilidade no trato com a diferença. Nesta linha, conforme explicitado no tópico anterior existe uma vinculação do Procedimento Legal ao método, formas,

<sup>131</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p.39.

<sup>132</sup> WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O Direito e sua Linguagem**. 2ed. aumentada. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p.73.

<sup>133</sup> AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A força do direito e a violência das formas jurídicas. **Revista de Sociologia e Política** (UFPR. Impreso), v. 19, p. 27-41, 2011, p.33.

<sup>134</sup> LIMA, Roberto Kant de. **Ensaio de Antropologia e Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.130 e seguintes.

<sup>135</sup> TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje**. Tradução de Gentil Avelino Tilton. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p.170.

<sup>136</sup> SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. **RDE. Revista de Direito do Estado**, v. 8, p. 75-90, 2007. Página 75 e seguintes. Neste ensaio, o autorsustenta que crucifixos

formalidades, burocracia que adequam-se a uma cultura jurídica estabelecida que, muitas vezes, apenas reproduz métodos e técnicas, como observa Maceratini<sup>137</sup>:

La cultura giuridica parrebbe adeguarsi a modelli dell'amministrazione burocratica, tesi alla minimizzazione del rischio degli incerti risultati procedurali mediante l'applicazione di metodiche di routine, senza tener conto di un elementare risvolto: oltre il valore riconosciuto da Luhmann all'elemento di conflitto, funzionale al ripristino e al mantenimento della stabilità, si ha che eliminando completamente l'alea della complessità procedurale non sussisterebbe più possibilità per il sistema giuridico di decidere, con conseguente crisi da de-differenziazione.

Portanto, as atividades institucionais do campo jurídico e judicial se autorreproduzem, talvez pela crença de um senso comum teórico que acredita minimizar o risco das incertezas da atual sociedade complexa com o aumento de formalidades e métodos rígidos, gerando mais burocracia e padronização e a potencialização de uma preocupação mais voltada a números e percentuais do que com as angústias humanas e as pessoas e demais atores participantes dos procedimentos legais. Neste ponto, o contributo de Warat<sup>138</sup>:

Metaforicamente, caracterizamos o senso comum teórico como a voz “off” do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais, podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam.

Como visto atualmente, o Procedimento Legal tem simplificado as desavenças e a complexidade das questões tratadas nos mais variados contextos, seja religioso, étnico, grupos vulneráveis, povos originários, minorias, etc. Se a finalidade maior da jurisdição ainda seria a pacificação social, tem-se que ter presente que o Procedimento Legal deve ser responsivo e altero para que seja efetivo nas sociedades multiculturais hodiernas.

---

bem como quaisquer outros símbolos religiosos não podem ser mantidos em espaços do Poder Judiciário, sob pena de ser ferida a laicidade do Estado Democrático de Direito.

<sup>137</sup> MACERATINI, Arianna. **Procedura come norma**: Riflessioni filosofico-giuridiche su Niklas Luhmann. Torino: Giappichelli Editore, 2001, p.132. Tradução livre: *A cultura jurídica parece adaptar-se ao modelo de administração burocrática, que tenta minimizar o risco de resultados incertos através da aplicação das regras procedimentais de rotina, sem levar em conta aspectos fundamentais: sobre o valor reconhecido por Luhmann acerca do elemento de conflito, funcional para a restauração e manutenção da estabilidade, temos que eliminar completamente os riscos inerentes da complexidade procedimental onde não é mais possível para o sistema legal decidir, resultando em crise de diferenciação.* <sup>137</sup> WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Sequência(UFSC)**, Florianópolis, SC, Brasil. v. 03, n. 05, p. 48/57, jun./1982, p.55.

<sup>138</sup> WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Sequência(UFSC)**, Florianópolis, SC, Brasil. v. 03, n. 05, p. 48/57, jun./1982, p.55.

No próximo capítulo, abordar-se-á a atual sociedade multicultural e alguns pontos de complexidade a ela inerentes, bem como algumas tentativas de reduzir alguns paradoxos potencializados pela padronização massiva que mais exclui do que inclui, mais torna invisível aquele que deveria estar em destaque.

## **2 CIDADANIA, DIREITOS HUMANOS, RECONHECIMENTO E INCLUSÃO EM SOCIEDADES MULTICULTURAIS**

Inicialmente, antes de descreverem-se as linhas teóricas acerca do multiculturalismo que delineiam esta temática, necessita-se destacar que a tensão produzida pela globalização com uma sociedade multicultural perpassada por questões políticas, econômicas e sociais complexas, ou até mesmo, hipercomplexas é o ponto de partida das investigações deste segundo capítulo.

Quando se aborda na temática do Multiculturalismo, vocábulos como: cidadania, identidade, reconhecimento, direitos humanos, inclusão, diferença, equidade, igualdade, entre outros, são recorrentes e saltam aos nossos olhos. Além disso, estão todas imbricadas de uma forma ou outra, com inúmeras intersecções.

Com estas reflexões inicia-se este capítulo, abordando a emergência do Multiculturalismo bem como conceituações e definições para delinear a matéria. Além disso, evocam-se as reflexões e o tratamento das matérias atinentes ao Multiculturalismo e Direitos Culturais perante o Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, abordar-se-á a ideia de uma concepção multicultural de direitos humanos, trabalhada por Boaventura de Sousa Santos, no sentido de observar condições em que os direitos humanos podem ser colocados em políticas emancipatórias para se tornarem verdadeiramente multiculturais, eis que tal autor acredita existir um falso universalismo dos direitos humanos. Trabalha-se ainda com alguns julgados do Supremo Tribunal Federal de algumas matérias que perpassam os direitos culturais insculpidos nos Artigos 215, 216 e 216-A da Constituição Federal de 1988.

Por fim, será abordado o trato com a diferença em sociedades multiculturais, como o reconhecimento e a inclusão do *Outro*, bem como, questões daí advindas com a emergência da globalização e do multiculturalismo, tais como: identidade, igualdade, equidade e diferença. Além disso, será problematizada a questão da padronização e seus reflexos no trato com a diferença no Procedimento Legal.

### **2.1 A EMERGÊNCIA DO MULTICULTURALISMO**

Na sociedade contemporânea tem-se uma multiplicação dos fluxos internacionais, bem como a redução de distâncias, aceleração do tempo e quebra de

identidades nacionais, ruptura de fronteiras e novas relações políticas e comerciais, em especial, pelo fenômeno da globalização, e assim manifestam-se uma enorme diversificação, descobertas, reconhecimento e intercâmbio de pessoas, culturas e ideias.<sup>139</sup>

Isto porque a noção de “Estado” ainda vigente poucas décadas atrás, consistia da inabalável centralização política e jurídica com destaque às demais estruturas de poder, inclusive tratando como um de seus elementos a noção de “*impenetrabilidade*”<sup>140</sup> do Estado, pois o sistema estatal continuava fechado, quase que imutável aos acontecimentos advindos das práticas e dinâmicas dos grupos e organismos sociais. Para Taylor<sup>141</sup>, existe uma tendência de continuidade na constante mudança da sociedade contemporânea, pois “*todas as sociedades estão a tornar-se cada vez mais multiculturais e, ao mesmo tempo, mais permeáveis. Na verdade, são duas tendências que se desenvolvem em conjunto.*”

Em especial, destacam-se dois fenômenos, de notórias implicações culturais, que têm deixado marcas profundas a partir das últimas décadas e com reflexos na sociedade contemporânea com desenvolvimento social, cultural, político e econômico: 1) a “falência” do Estado-Nação, de um lado e; 2) a globalização, de outro.<sup>142</sup> A simultaneidade e a intersecção destes dois acontecimentos é o ponto em que se constitui e se situa o fenômeno do multiculturalismo. Nas inúmeras discussões e reflexões acerca do Multiculturalismo, torna-se necessária a abordagem de seus reflexos no Direito com vistas a melhor aplicação do mesmo bem como sua releitura com outras lentes.<sup>143</sup> Além disto, os debates Multiculturais colaboram com o sistema jurídico-legal para o melhor acompanhamento de

---

<sup>139</sup> BEDIN, Gilmar Antonio. **A Sociedade Internacional Clássica: Aspectos Históricos e Teóricos**. Ijuí: Unijuí, 2011, p.130.

<sup>140</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p.211/212.

<sup>141</sup> TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo: Examinando a Política de Reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p.83.

<sup>142</sup> HALL, Stuart. **Da Diáspora: Identidades e Mediações Culturais**. Liv Sovik (Organização). Tradução de Adelaine La Guardia Resende. Belo Horizonte: Editora UFMG; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003, p.59. O autor contextualiza da seguinte forma: “O sistema é global, no sentido de que sua esfera de operações é planetária. Poucos locais escapam ao alcance de suas interdependências desestabilizadoras. Ele tem enfraquecido significativamente a soberania nacional e o “raio de ação” dos Estados-nação (os motores das primeiras fases da globalização), sem deslocá-los completamente.”

<sup>143</sup> HALL, Stuart. **Da Diáspora: Identidades e Mediações Culturais**. Liv Sovik (Organização). Tradução de Adelaine La Guardia Resende. Belo Horizonte: Editora UFMG; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003, p.84 afirma que “Outra forma de considerar o problema seria observar que, por definição, uma sociedade multicultural sempre envolve mais que um grupo.”

transformações sociais, políticas e jurídicas e as relações que se estabelecem na sociedade globalizada com novas políticas que proporcionem a melhoria da qualidade de vida, vislumbrando-se um *lócus* de pesquisa norteadada pelo parâmetro ético da cidadania.<sup>144</sup>

Em que pese à dificuldade em conceituar tal fenômeno, a eclosão do Multiculturalismo vem representar os inúmeros pontos de transição de uma cultura comum e homogeneizada – hegemônica - para diversas culturas e grupos, uma mudança social de grande importância que repercute no reconhecimento e valorização de culturas, religiões, etnias, minorias e grupos vulneráveis anteriormente *invisíveis*<sup>145</sup> com implicações antropológicas, religiosas, políticas, jurídicas e sociológicas. Na linha de Garcia Canclini<sup>146</sup>, “*O multiculturalismo global que habita essa nação não mais se sustenta com a segregação de cada etnia num bairro diferente.*” Além disto, o Multiculturalismo apresenta-se como uma forma de discorrer sobre as diferenças e diálogos culturais em um contexto translocal e intercultural.<sup>147</sup>

Percebe-se, pois, que o reconhecimento, inclusão e o Acesso à Justiça não são conceitos unívocos e fechados, sendo que inclui a natureza, os mecanismos e, até mesmo, a forma e qualidade substancial da justiça que se pode obter em determinada sociedade, bem como o lugar do indivíduo no interior desse contexto social.<sup>148</sup>

---

<sup>144</sup> BERTASO, João Martins. Cidadania, Solidariedade e Con-Vivência: A Dimensão do Amor da Cidadania. In: BERTASO, João Martins (Organizador). **Cidadania e Interculturalidade**. Santo Ângelo-RS: FURI, 2010, p.13, onde o autor esclarece que: “Porém, considerando a convivência entre pessoas e comunidades, que plurais, diversificadas e multiculturais, requer uma unidade mínima de sustentação, já que as experiências e as expressões do que é humano se fazem marcadas pela **diferença** em sua constituição.”

<sup>145</sup> ATHAYDE, Celso; MV Bill; SOARES, Luiz Eduardo. **Cabeça de Porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p.176.

<sup>146</sup> GARCÍA CANCLINI, Néstor. **Latino-Americanos à Procura de um Lugar neste Século**. Tradução de Sérgio Molina. São Paulo: Iluminuras, 2008, p.22.

<sup>147</sup> BERTASO, João Martins. Cidadania, Reconhecimento e Solidariedade: Sinais de uma Fuga. In: BERTASO, João Martins (Organizador). **Cidadania, Diversidade e Reconhecimento**. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 28 e 29.

<sup>148</sup> Declaração Universal Sobre Diversidade Cultural da UNESCO. Disponível eletronicamente em : <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf> . Acesso em 03.12.2013. Dispõe o seguinte em seu **Artigo 2º**. Em nossas sociedades cada vez mais diversificadas, torna-se indispensável garantir uma interação harmoniosa entre pessoas e grupos com identidades culturais a um só tempo plurais, variadas e dinâmicas, assim como sua vontade de conviver. As políticas que favoreçam a inclusão e a participação de todos os cidadãos garantem a coesão social, a vitalidade da sociedade civil e a paz. Definido desta maneira, o pluralismo cultural constitui a resposta política à realidade da diversidade cultural. Inseparável de um contexto democrático, o pluralismo cultural é propício aos intercâmbios culturais e ao desenvolvimento das capacidades criadoras que alimentam a vida pública.

Quanto ao Multiculturalismo, a expressão denota um enfoque de pluralidade cultural que tem merecido reflexão por parte de pesquisadores, acadêmicos, estudantes, juristas, *etc.*, haja vista sua emergência e singular importância na atualidade. O que é, então, Multiculturalismo? Qual (ais) sua(s) pretensão(ões)? O que/a quem representa? Um marco importante de se destacar é que “*desde a II Guerra Mundial, o multiculturalismo não só tem se alterado, mas também se intensificado. Tornou-se mais evidente e ocupa um lugar central no campo da contestação política.*”<sup>149</sup>

Em continuidade, é necessário trazer o contributo de uma conceituação mínima para uma orientação acerca do Multiculturalismo com seus locais de fala e abrangência.<sup>150</sup> Neste aspecto, Hall<sup>151</sup> contribui especificando e delineando alguns pontos mais precisos referentes à terminologia de “Multicultural” e ao “Multiculturalismo”:

Pode ser útil fazer aqui uma distinção entre o "multicultural" e o "multiculturalismo". Multicultural é um termo qualificativo. Descreve as características sociais e os problemas de governabilidade apresentados por qualquer sociedade na qual diferentes comunidades culturais convivem e tentam construir uma vida em comum, ao mesmo tempo em que retêm algo de sua identidade "original". Em contrapartida, o termo "multiculturalismo" é substantivo. Refere-se às estratégias e políticas adotadas para governar ou administrar problemas de diversidade e multiplicidade gerados pelas sociedades multiculturais. É usualmente utilizado no singular, significando a Filosofia específica ou a doutrina que sustenta as estratégias multiculturais. "Multicultural", entretanto, é, por definição, plural.

Embora tenham recortes e especificidades peculiares, conforme colocado acima, observa-se que é praticamente impossível separá-los, eis que Multicultural e Multiculturalismo são interdependentes.<sup>152</sup> Acerca da necessidade de teorizar sobre tal complexidade, Santos<sup>153</sup> esclarece que “*a principal pretensão do multiculturalismo é por em prática uma nova organização social respeitosa de todas as comunidades culturais.*”

<sup>149</sup> HALL, Stuart. **Da Diáspora: Identidades e Mediações Culturais**. Liv Sovik(Organização). Tradução de Adelaine La Guardia Resende. Belo Horizonte: Editora UFMG; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003, p.55.

<sup>150</sup> Concepções de Identidade, Inclusão e Multiculturalismo encontra-se em teóricos como Charles Taylos, Jürgen Habermas, Stuart Hall, Andrea Semprini, Alain Touraine, Zygmunt Bauman, Manuel Castells, Boaventura de Sousa Santos, entre outros.

<sup>151</sup> HALL, Stuart. *Op. Cit.*, 2003, p.52.

<sup>152</sup> Idem..

<sup>153</sup> SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de filosofia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.169.



A disseminação do Multiculturalismo e sua força política e social são uma das marcas deste termo que é utilizado universalmente onde grupos e culturas, muitas vezes, marginalizados e excluídos buscam o reconhecimento de direitos e identidades coletivas no Estado Democrático de Direito, lutas por equidade, respeito à diversidade e igualdade de oportunidades, bem como “*igualdade de direitos para formas de vida culturais*.”<sup>154</sup> Assim, Santos<sup>155</sup> assinala que existem tensões que atravessam o conceito de Multiculturalismo. O autor associa a ideia de cultura no desenvolvimento de um campo de saber institucionalizado no Ocidente, ou seja, a área das humanidades, definindo o Multiculturalismo da seguinte forma:

A expressão *multiculturalismo* designa, originalmente, a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades modernas. Rapidamente, contudo, o termo se tornou um modo de descrever as diferenças culturais em um contexto transnacional e global.

Em continuidade, além do notório caráter eurocêntrico de alguns conceitos e projetos multiculturais, Santos<sup>156</sup> destaca que, a partir da década de 80 do século XX, as abordagens das ciências humanas e sociais convergiram para o campo transdisciplinar dos estudos culturais, com o indicativo de um caminho para pensar a cultura com repertórios de sentidos e significados partilhados pelos membros de uma sociedade. Assim, após tais construtos e transformações, tendo a cultura vindo a tornar-se um conceito estratégico central para definição de identidades e alteridades no mundo contemporâneo, além de um importante recurso para afirmação das diferenças e da exigência de reconhecimento, é necessário destacar que algumas controvérsias e tensões atravessam os conceitos apresentados de *multiculturalismo*, eis que tal terminologia aponta simultaneamente ou alternativamente para uma *descrição* e um *projeto* - político.

Enquanto *descrição*, Santos<sup>157</sup> assevera que, para definir as críticas e controvérsias, é possível elucidar o Multiculturalismo em três escalas, quais sejam: 1) a existência de uma multiplicidade de culturas no mundo; 2) a coexistência de

---

<sup>154</sup> HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política**. 2. ed. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, página 239.

<sup>155</sup> Ibidem, p.26.

<sup>156</sup> Ibidem, p.28 e 29.

<sup>157</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.28/29.

culturas diversas no espaço de um mesmo Estado-nação; 3) a existência de culturas que se interinfluenciam tanto dentro como além do Estado-nação. Já enquanto *projeto* – político -, o autor continua sua narrativa apontando no Multiculturalismo quatro críticas nos seguintes aspectos: 1) o multiculturalismo seria antieuropeu, procurando substituir os valores e realizações da civilização ocidental por uma promoção sem critério de realizações “inferiores”; 2) o multiculturalismo promoveria a desunião e a divisão, fragmentando a sociedade e ameaçando a coesão e unidades de objetivo da nação; 3) o multiculturalismo seria uma “terapia para minorias”, destinada a promover autoestima destas em face de sua manifesta incapacidade de desempenho adequado no sistema educativo e na sociedade e; 4) o multiculturalismo seria um “novo puritanismo”, apoiado em um policiamento da linguagem e na imposição totalitária de uma linguagem “politicamente correta”.

Assim, por um lado, o multiculturalismo pode ser definido como a expressão de uma nova sensibilidade cultural, que recusa a cultura padronizada e massiva – hegemônica – como única - e busca reconhecer, dialogar, refletir e oxigenar sistemas e culturas não-hegemônicas de tomar posições mais favoráveis e obter projetos emancipatórios e contra-hegemônicos, além de proporcionar relações de maior igualdade e equidade e de ser um local de fala e ação para efetivação de políticas de cidadania, reconhecimento e direitos humanos. De outra banda, o multiculturalismo é criticado por ser uma ameaça ao crescimento econômico, visto que “a diversidade ou heterogeneidade cultural suscita perdas na liberdade individual de cada um e instabilidade social nos modos como determinados grupos culturais dominam outros.”<sup>158</sup>

Apesar das críticas enunciadas acima, fato notório que “o termo *“multiculturalismo”* generalizou-se como modo de designar as diferenças culturais em um contexto transnacional e global.”<sup>159</sup>

Diante das inúmeras reflexões e apreciações teóricas acerca da multiplicidade de culturas elencadas na atualidade, as sociedades multiculturais trazem implicitamente em seu bojo a complexidade, estando ambas imbricadas,

---

<sup>158</sup> PIAIA, Thami Covatti. A Inovação Tecnológica como Fator de Desenvolvimento para uma Sociedade Multicultural. In: João Martins Bertaso. (Org.). **Cidadania, Diversidade e Reconhecimento**. Santo Ângelo/RS: FURI, 2009, p.219-233, p.228.

<sup>159</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.33.

caminhando conjuntamente. Para Schneider e Lucas<sup>160</sup>, “O *multiculturalismo é um fato e um ideal de convivência da sociedade pluralista que promove o sonho da coexistência marcada e enriquecida pelas diferenças dos grupos.*” O tratado e o discurso sobre o multiculturalismo é sempre um diálogo entre as culturas e do reconhecimento do direito de poder ser diferente, com o reconhecimento da unidade e da multiplicidade.<sup>161</sup>

O multiculturalismo trabalha, portanto, com as formas de inclusão social, com a ideia da diferença, o que faz sobressair à percepção de igualdade, já que não se pode imaginar uma sociedade democrática que não reconheça as identidades das minorias culturais e sociais. Nesta esteira, Semprini<sup>162</sup> destaca que “*a luta pelo reconhecimento é parte do processo de realização individual. Esta, por sua vez, permite compreender o papel central da problemática da subjetividade no panorama da questão multicultural.*”

Uma das formas de efetivação de direitos humanos e direitos fundamentais, bem como a proteção efetiva de minorias e grupos vulneráveis é a atuação dos tribunais superiores nos temas atinentes ao Multiculturalismo e aos Direitos Culturais. Destaca-se no caso brasileiro, em especial, a atuação do Supremo Tribunal Federal, através das discussões lá tratadas e desenvolvidas nas mais inúmeras decisões prolatadas nas mais diversas matérias em ações, recursos, mandados e arguições que lá estão instrumentalizados.

Neste sentido, relativamente às questões tratadas envolvendo matérias acerca dos direitos culturais, ao buscar-se os termos “Multicultural” e “Multiculturais”, no campo de pesquisa de jurisprudência do site do Supremo Tribunal Federal<sup>163</sup>, extrai-se como resultado uma decisão de mérito proferida pela presidência do referido tribunal. Trata-se da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 186<sup>164</sup>, proveniente do Distrito Federal, tendo sido tal

---

<sup>160</sup> SCHNEIDER, Bruna Dallepiane; LUCAS, Douglas Cesar. Multiculturalismo: identidades em busca de reconhecimento. **Direito em Debate**, Ano XVII, nº 31, jan-jun/2009, p.35/58. Citação na página 44.

<sup>161</sup> SIDEKUM, Antônio. Multiculturalismo: desafios para a educação na América Latina. In: Ernani Lampert. (Org.). **Educação na América Latina: Encontros e desencontros**. Pelotas: Educat, 2002, p.77-96.

<sup>162</sup> SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Tradução de Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 1999, p.

<sup>163</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Pesquisa de Jurisprudência com os vocábulos “Multicultural” e “Multiculturalismo” realizada nas datas de 26.09.2013 e 03.02.2014.

<sup>164</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 186. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Decisão Proferida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgado em 31.07.2009. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 07.08.2009.

medida proposta pelo partido político DEMOCRATA (DEM), contra sucessivos atos administrativos oriundos da Universidade de Brasília (UnB) que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso via vestibular naquela universidade, onde havia sido estipulada a criação da reserva de 20%(vinte por cento) das vagas universais para afrodescendentes e que, supostamente, ofenderiam os artigos 1º, *caput* e inciso III; art. 3º, inciso IV; art. 4º, inciso VIII; art. 5º, incisos I, II, XXXIII, XLII, LIV; art. 37, *caput*; art. 205; art. 207, *caput*, e art. 208, inciso V, todos da Constituição Federal de 1988.<sup>165</sup>

Em atenta análise da aludida decisão<sup>166</sup>, extrai-se de um trecho a seguinte reflexão que adentra no cerne das matérias aqui tratadas:

Fazemos parte de sociedades multiculturais e complexas e tentamos ainda compreender a real dimensão das manifestações racistas, segregacionistas e nacionalistas, que representam graves ameaças à liberdade e à igualdade. Nesse contexto, a tolerância nas sociedades multiculturais é o cerne das questões a que este século nos convidou a enfrentar em tema de liberdade e igualdade.

Mais adiante, continua trazendo-se o seguinte:

Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias. A questão da constitucionalidade de ações afirmativas voltadas ao objetivo de remediar desigualdades históricas entre grupos étnicos e sociais, com o intuito de promover a justiça social, representa um ponto de inflexão do próprio valor da igualdade.

Diante desse tema, somos chamados a refletir sobre até que ponto, em sociedades pluralistas, a manutenção do status quo não significa a perpetuação de tais desigualdades.

Prosseguindo com tais reflexões no âmago da matéria e com incursões em debates interdisciplinares, os pedidos cautelares formulados que pretendiam a suspensão e – ao final – o cancelamento do registro de matrícula dos alunos que foram aprovados no vestibular da UnB referente ao concurso 2009/2, foram

---

<sup>165</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) . Acesso em 30.09.2013.

<sup>166</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 186. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Decisão Proferida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Julgado em 31.07.2009. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 07.08.2009. Prosseguimento do julgamento, após suspensão em 26.04.2012. Citações diretas das páginas 3 e 4 conforme o documento disponibilizado pelo site do Supremo Tribunal Federal, em anexo.

indeferidos.<sup>167</sup> Ao longo deste procedimento, em fase final, realizaram-se algumas convocações para Audiências Públicas no intuito de ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de políticas de ações afirmativas no ensino superior, com a realização de inúmeros debates interdisciplinares.

O Acesso à Justiça possui *status* de garantia constitucional, conforme o Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, sendo tratado inclusive como “direito humano básico”.<sup>168</sup> Para além das questões de acesso “formal”, para a efetividade do Procedimento Legal, o mesmo deve ser visto com a filtragem da Teoria Sistêmica em sociedades multiculturais, estando mais próximo do cidadão e dar respostas para tratar e – tentar – solucionar suas angústias e demandas, além das evidentes legitimações e políticas de cidadania e reconhecimento.<sup>169</sup>

Acerca de políticas sociais para considerações legítimas e consagrações jurídicas para alcance geral Taylor<sup>170</sup> destaca o seguinte:

A exigência que se fazia era no sentido de as culturas serem consagrada a oportunidade de se defenderem, dentro de limites convenientes. Mas a outra exigência que estamos agora a considerar é a de que todos reconheçam o valor igual das diferentes culturas: que as deixemos, não só sobreviver, mas também admitamos o seu mérito.

Importante mencionar a contextualização atualíssima de Douzinas<sup>171</sup> afirmando que “*Países em desenvolvimento que importam filmes de Hollywood, Big Macs e a Internet, importam também direitos humanos, quer queiram quer não.*”

---

<sup>167</sup> Na página do Supremo Tribunal Federal vê-se o andamento, pormenorizadamente. Trata-se de demanda complexa, com vários interessados admitidos figurando como *Amicus Curiae*, além de estar com milhares de páginas. Do julgamento de mérito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), datado de 25.04.2012 e 26.04.2012, realizado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, ainda não foi confeccionado o acórdão. Esta pesquisa foi novamente efetuada, para conferência dos andamentos, na data de 11.03.2014.

<sup>168</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, volume 15, número 2, p.53-74, dezembro/2011.

<sup>169</sup> HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política**. 2. ed. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, sendo que na página 243 HABERMAS acentua o seguinte: “Quando tomarmos a sério essa concatenação interna entre o Estado de Direito e a democracia, porém, ficará claro que o sistema dos direitos não fecha os olhos nem para as condições de vida sociais desiguais, nem muito menos para as diferenças culturais.”

<sup>170</sup> TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo: Examinando a Política de Reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p.84. <sup>170</sup> DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p.150.

<sup>171</sup> DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p.150.

Dessa forma, a percepção da emergência do multiculturalismo faz tornar uma constante as questões, os debates, as reflexões e as injustiças sociais anteriormente latentes dadas à dominação e opressão em várias partes do planeta por vários séculos. A luta por reconhecimento e efetivação de direitos humanos é uma constante, sendo que o paradoxo é um dos norteadores do debate multicultural.

## 2.2 POR UMA CONCEPÇÃO MULTICULTURAL DE DIREITOS HUMANOS

Nesta nova realidade, na sociedade contemporânea em que saltam aos olhos palavras como Direitos Humanos, mundialização, globalização, contextualização, expansão e flexibilização de fronteiras, o ser humano passou a ser, de fato, um cidadão do mundo.<sup>172</sup> Nesta perspectiva de sociedade mundial e espaços transnacionais, Teubner<sup>173</sup> vem trabalhando a Policontexturalidade<sup>174</sup> com a observação de vários sistemas, e questiona da possibilidade da unidade de uma constituição mundial cosmopolita, onde sugere e aduz inclusive da possibilidade de concentrar atenções uma “Constituição Global Unitária”.

Existe, porém, inclusive para os estudiosos da área, uma enorme dificuldade em conceituar, abordar e operar a grandiosidade do significado e da dimensão de Direitos Humanos, sendo, o *Paradoxo*, o seu princípio organizador.<sup>175</sup> Assim, ainda parece existir na sociedade uma conceituação ou entendimento geral do que seria o significado de Direitos Humanos, universalmente, uma vez que “*de forma generalizada, a sociedade entende “direitos humanos” como o conjunto dos direitos essenciais da pessoa humana e de sua dignidade.*”<sup>176</sup>

<sup>172</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, página 39/40, onde expõe que “*A soberania, inclusive externa, do Estado – ao menos em princípio – deixa de ser, com eles, uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos.*”

<sup>173</sup> TEUBNER, Gunther. **Nuovi Conflitti Costituzionali: Norme fondamentali dei regimi transnazionali**. Traduzione dal tedesco di Ludovica Zampino. Milano: Bruno Mondadori, 2012, p.21.

<sup>174</sup> ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Policontexturalidade e Direito Ambiental Reflexivo. **Sequência (UFSC)**. Número 53, páginas 9-28, dezembro de 2006. Páginas 22 e seguintes.

<sup>175</sup> DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p.14.

<sup>176</sup> SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: Conceitos, Significados e Funções**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.203. Na mesma página, indagam-se também, o seguinte: “*Será que o uso e o significado do termo “direitos humanos” já foram aceitos – ou não? A resposta é simples. É por responsabilidade científica que o jurista medita sobre os aspectos teóricos, pela importância que a matéria encerra. Por outro lado, a dignidade da pessoa carece de uma definição válida e universalmente aceita – por isso o termo que a designa deve estar perfeitamente delineado, sem risco de que ocorram interpretações contrárias à validade manifesta no conceito.*”

Deve, portanto, também ser problematizada a generalização ou totalização do significado de “Direitos Humanos”, em especial, para não enfraquecer ou vulgarizar seus significados e suas propostas constantemente construídas através de muitas lutas, atuais ou históricas.<sup>177</sup> Nesta esteira, devem-se guardar os significados e valores essenciais de “direito” e “humano”, pormenorizadamente, para a definição e abordagem mais segura.<sup>178</sup>

Cabe destacar que, no ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que o termo “direitos humanos” consta na Constituição Federal de 1988 onde é ressaltada a supremacia desses direitos, com vários exemplos, como em especial no artigo 4º, inciso II, princípios pelos quais o Brasil norteia suas relações internacionais.<sup>179</sup> Em continuação, no artigo 5º, parágrafo 3º, após a Emenda Constitucional número 45 de 2004, vê-se que é elevada a garantia constitucional a normativa que torna os tratados e convenções sobre direitos humanos aprovados no Brasil, com quórum qualificado, serem equivalentes a emendas constitucionais.<sup>180</sup> Prosseguindo, já no artigo 109, *caput* e parágrafo 5º, atribui competência jurisdicional à Justiça Federal para processar e julgar as causas relativas às graves violações aos direitos humanos e assegurar o cumprimento de obrigações referentes a tratados e convenções internacionais das quais o Brasil seja parte.<sup>181</sup> Em continuidade, no título X da CRFB/88, estão dispostos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) onde se tem em seu artigo 7º, a determinação e a posição

---

<sup>177</sup> DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, página 16. Ao argumentar na tentativa de tentar delimitar e esboçar um “contorno” para os “Direitos Humanos” o autor é claro ao destacar o seguinte: “*Esse fascínio pelos direitos à moda “Igreja Ampla” é também seu ponto fraco.*”

<sup>178</sup> SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: Conceitos, Significados e Funções**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.206.

<sup>179</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Art. 4º**. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...)

II - prevalência dos direitos humanos;

<sup>180</sup> **Art. 5º**. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

**§ 3º**. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

<sup>181</sup> **Art. 109**. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...)

**§ 5º**. Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

brasileira favorável à proposição e criação de um tribunal internacional dos direitos humanos.<sup>182</sup>

No âmbito das questões atinentes aos Direitos Humanos, existem tratados positivados na esfera Internacional, tal como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969), bem como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Embora o termo Direitos Humanos tenha previsão em Constituições, Tratados Internacionais, Declarações, Acordos, Códigos, deve-se, no intuito de se evitar imprecisões e tautologia, melhor de se tentar reduzir a ambiguidade conceitual e terminológica dos Direitos Humanos.

Assim, quanto ao caráter semântico, existe uma linha tênue separando “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, pois ambos não são sinônimos. O termo “Direitos Fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano que são reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado. Já a expressão “Direitos Humanos” tem estreita relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional. Nesta linha, apresentam-se os Direitos Humanos na órbita internacional e os Direitos Fundamentais, positivados nas ordens Constitucionais, internalizadas nos Estados. Sem dúvida alguma que direitos fundamentais tratam-se igualmente de direitos humanos, sendo considerados como tais aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana, mas, neste caso, de direitos não necessariamente positivados.<sup>183</sup> Luta contínua é pela efetividade dos direitos humanos e direitos fundamentais, na tentativa de diminuir-se as diferenças formais e materiais entre países de conceitos como vida, liberdade, igualdade, dignidade humana, entre outros.<sup>184</sup> Para Silveira e Rocasolano<sup>185</sup> as linhas de diferença estão em que

---

<sup>182</sup> **Art. 7º.** O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

<sup>183</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.35/36.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p.91 destaca que “o que é Fundamental para determinado Estado, pode não ser para outro, ou não sê-lo da mesma forma.” E continua apontando o seguinte: “*Todavia, não há como desconsiderar a existência de categorias universais e consensuais no que diz com a sua fundamentalidade, tais como os valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana.*”

<sup>185</sup> SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: Conceitos, Significados e Funções**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.204/205.



Nossa análise terminológica cinge-se unicamente à expressão “direitos humanos” e em sua forma positivada no direito doméstico – ou seja, “direitos fundamentais” -, aplicada aos direitos humanos reconhecidos na ordem constitucional positivada de determinado Estado.”

A conceituação e real significado dos Direitos Humanos estão em constante construto sendo que “*a condição mais elevada dos direitos humanos é vista como o resultado da sua universalização jurídica, do triunfo da universalidade da humanidade.*”<sup>186</sup> Em abordagem substancial e preocupada com o debate necessário entre multiculturalismo e direitos humanos, Santos<sup>187</sup> analisa a “globalização” de um prisma de dimensões sociais, políticas e culturais, referindo que “*A política dos direitos humanos é, basicamente, uma política cultural.*” Nesta linha, Douzinas<sup>188</sup> reflete os paradoxos, extensão de atuação e significados de efetividade dos Direitos Humanos, como segue:

Mas os direitos humanos são também a arma de resistência à onipotência do Estado e um importante antídoto contra a capacidade inerente do poder soberano de negar a autonomia dos indivíduos em cujo nome ele passou a existir. Os direitos humanos estão internamente fissurados: são usados como defesa do indivíduo contra um poder estatal construído à imagem de um indivíduo com direitos absolutos. É este paradoxo no coração dos direitos humanos que tanto move sua história quanto torna sua realização impossível. Os direitos humanos só têm “paradoxos a oferecer”; a energia deles deriva de sua natureza aporética.

Com isto, tem-se que Direitos Humanos e Multiculturalismo estão diretamente vinculados e imbricados, compondo a realidade própria de indivíduos e grupos tomados por suas particularidades e diferenças, trazendo-se o contributo de Santos<sup>189</sup> que expõe o seguinte:

O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potencializadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemonica de direitos humanos no nosso tempo.

<sup>186</sup> DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p.128.

<sup>187</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais(Coimbra)**, nº 48, Junho/1997, p. 11-31, página 13. Refere o autor, na página 14, que “não existe uma entidade única chamada globalização.”

<sup>188</sup> DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p.38.

<sup>189</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais(Coimbra)**, nº 48, Junho/1997, p. 11-31, página 19.

Ao abordar minorias, grupos vulneráveis, direitos culturais<sup>190</sup> e inúmeras e evidentes multiplicidades e desigualdades culturais, formais e materiais, observa-se que os Direitos Humanos são indeterminados e são indubitavelmente “*uma forma de política comprometida com um senso moral de história e uma crença proativa de que a ação coletiva pode vencer a dominação, a opressão e o sofrimento.*”<sup>191</sup> Para enriquecer os diálogos interculturais, tem-se que o reconhecimento de incompletudes múltiplas de cada uma das mais diversas culturas é o que condiciona o debate intercultural.<sup>192</sup>

Nesta linha acima citada posta por Touraine, vê-se que, através de inúmeros construtos históricos a fim de garantir, valorizar e preservar a diversidade cultural, a Constituição Federal de 1988, no *caput* do Artigo 215, trouxe a terminologia “Direitos Culturais”. Nesta perspectiva, os mais específicos contornos e aperfeiçoamentos dos Artigos 215, 216 e 216-A da Constituição Federal de 1988 deram-se, em especial, com as Emendas Constitucionais número 42/2003, 48/2005 e 71/2012, que instituíram, respectivamente, o Fundo de Fomento à Cultura; o Plano Nacional de Cultura - visando ao desenvolvimento cultural do País; e o Sistema Nacional de Cultura - promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais, sendo que o Artigo 216-A traz importantíssimas diretrizes principiológicas que visam o regramento do disposto pelo Sistema Nacional de Cultura, tais como: fomentar a diversidade das expressões culturais, patrocinar a difusão, compartilhamento e circulação de bens culturais, universalização e acesso a serviços culturais, políticas públicas para o desenvolvimento dos direitos culturais, entre outros.<sup>193</sup>

---

<sup>190</sup> TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje**. Tradução de Gentil Avelino Tilton. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p.170. Ao tratar de “minorias”, o autor acredita ser mais adequado utilizar a expressão “Direitos Culturais”, por entender que esta foca no sujeito, além de refletir e reconhecer direitos.

<sup>191</sup> DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p.104.

<sup>192</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais (Coimbra)**, nº 48, Junho/1997, p. 11-31, p.26. Na página 30, o autor tenta, utilizando-se da hermenêutica, solucionar os diálogos interculturais da seguinte forma: “*das diferentes versões de uma dada cultura, deve ser escolhida aquela que representa o círculo mais amplo de reciprocidade dentro dessa cultura, a versão que vai mais longe no reconhecimento do outro.*”

<sup>193</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Segue o *caput* dos aludidos dispositivos: **Artigo 215**. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. (...) **Artigo 216**. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...) **Artigo 216-A**. O

Tais questões arroladas nos dispositivos constitucionais acima mencionados vêm ganhando grande repercussão e gerando inúmeros debates no Brasil, em especial, no Supremo Tribunal Federal acerca das mais variadas temáticas envolvendo os direitos culturais, principalmente as questões indigenistas, étnico-raciais, religiosas, minorias e grupos vulneráveis, manifestações culturais<sup>194-195</sup>, etc. Exemplo riquíssimo é a discussão realizada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Petição 3.388-RR<sup>196</sup>, que decidiu pela demarcação contínua da área de 1,7 milhão de hectares da reserva indígena chamada “Raposa Serra do Sol”, em Roraima, a ser ocupada apenas por grupos indígenas, onde se lê na decisão o seguinte:

Os arts. 231 e 232 da CF são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de

---

Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. (...)

<sup>194</sup> Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário número 153.531-SC. Relator: Ministro Francisco Rezek. Julgamento em 13.6.1997. Publicado no Diário da Justiça em 13.3.1998. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1544862>. Acesso em 10.10.2013. Esta discussão chegou ao STF quando uma rede de proteção aos animais interpôs Recurso Extraordinário com o fito de cessar uma manifestação cultural no Estado de Santa Catarina denominado de “Farra do Boi” que, ao final, foi proibida com o provimento do recurso. Do corpo da decisão extrai-se o seguinte: “A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do art. 225 da CF, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado ‘farra do boi’.”

<sup>195</sup> Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade número 1.856-RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 26.05.2011. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 14.10.2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1718892>. Acesso em 10.10.2013. Trata de ADI que ao final foi julgada procedente para descaracterizar a “Briga/Rinha de Galo” como manifestação cultural. A ementa é explicativa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98) – LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA – DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA – CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32) – MEIO AMBIENTE – DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) – PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII) – DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE.

<sup>196</sup> Supremo Tribunal Federal. Petição número 3.388-RR. Relator: Ministro Ayres Britto, julgamento em plenário em 19.3.2009. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico(DJE) em 1º.7.2010. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693>. Acesso em 10.10.2013.

minorias, tendo em vista o protovalor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não- índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

Também envolvendo proteção aos povos indígenas, no julgamento do *Habeas-Corpus* número 80.240-RR, o Supremo Tribunal Federal concedeu a ordem impetrada em favor do indígena Jerônimo Pereira da Silva para tornar sem efeito a intimação para que este prestasse depoimento em uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), na condição de testemunha, fora da área da sua comunidade indígena.<sup>197</sup>

Com estas necessárias garantias constitucionais, os debates acima mencionados com repercussões nos tribunais e com a evolução dos diálogos interculturais, surgem alguns questionamentos, tais como: de que forma reduzir as diferenças proporcionadas pelos direitos culturais e pelo quadro multicultural? Precisamente Santos<sup>198</sup> assevera o seguinte: [...] *“com concepções concorrentes de igualdade e diferença, as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.”*

Quando então, inicia-se a tratar de globalização, sociedade civil global, transnacionalização e inclusive “Constituição Global Unitária”<sup>199</sup>, o debate entre Direitos Humanos e Multiculturalismo ganha contornos mais expressivos pois, historicamente, o Estado arrolou as formas e requisitos para denominar uma pessoa de cidadão(ã) e de quem pertence a este conjunto que os compõe, sendo que todos os “outros” que não se enquadrassem em tais descrições seriam chamados de

<sup>197</sup> Supremo Tribunal Federal. Habeas-Corpus número 80.240-RR. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em plenário em 20.06.2001. Publicado no Diário da Justiça (DJ) em 14.10.2005. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1827525>. Acesso em 10.10.2013.

<sup>198</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais (Coimbra)**, nº 48, Junho/1997, p. 11-31, p.30.

<sup>199</sup> TEUBNER, Gunther. **Nuovi Conflitti Costituzionali: Norme fondamentali dei regimi transnazionali**. Traduzione dal tedesco di Ludovica Zampino. Milano: Bruno Mondadori, 2012, p.21.

estrangeiros – com inúmeras barreiras criadas e impostas até hoje existentes - e não teriam idênticos direitos e deveres dos nacionais<sup>200</sup>, pois a estes pertenceriam todos os direitos e deveres estatais.<sup>201</sup> Indubitavelmente, com o fenômeno da globalização, as fronteiras estão mais porosas, alargadas, com maior contato entre as culturas.<sup>202</sup> Nas constantes transformações contemporâneas, Bertaso<sup>203</sup> é preciso destacar que “*o cidadão vive a transição de uma identidade (nacional) para uma pluralidade de identificações pontuais (...) realizando-se intra e interculturalmente, na pluralidade de um cotidiano translocal (local e global).*”

Já no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966<sup>204</sup> foi tratada a questão de proteger direitos de minorias e grupos vulneráveis, como bem destacados em dispositivo específico como se lê no Artigo 27, a seguir:

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

Assim, o Procedimento Legal contemporâneo deve estar mais sensível e flexível a estas constantes mudanças, em especial, no tocante à alteridade. De acordo com Santos<sup>205</sup>, ao abordar os direitos humanos como uma “guião emancipatório”, deixa claro que “*os direitos humanos têm de ser reconceptualizados como multiculturais.*”

Sem dúvida, talvez seja a questão mais paradoxal, o debate acerca do relativismo e universalismo cultural, ou seja, a evidente dificuldade sobre uma

<sup>200</sup> No geral aquelas pessoas nascidas em determinado lugar, ou descendentes e/ou cônjuges daquelas.

<sup>201</sup> HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política**. 2ed. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.139 acentua que “O nacionalismo resolve à sua maneira o problema das fronteiras.”

<sup>202</sup> BARRETO, Vicente de Paulo; WASEM, Franciele. Entre Duas Escrituras: Multiculturalismo e Direitos Humanos. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Ano 1 (2012), nº 12, páginas 7181-7214. Página 7183.

<sup>203</sup> BERTASO, João Martins. Cidadania, Reconhecimento e Solidariedade: Sinais de uma Fuga. *In*: BERTASO, João Martins (Organizador). **Cidadania, Diversidade e Reconhecimento**. Santo Ângelo: FURI, 2009, p.28/29.

<sup>204</sup> PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS de 1966. Promulgado através do Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992. Palácio do Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Último acesso em 28. 12.2013.

<sup>205</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais(Coimbra)**, nº 48, Junho/1997, p. 11-31, p.19.

possível universalização dos direitos humanos.<sup>206</sup> Inúmeros são os questionamentos e paradoxos colocados e então, pergunta-se, até que ponto pode-se empregar a terminologia e o conceito de direitos humanos, sem levar-se em consideração o contexto cultural, social e político em que foram pela primeira vez formulados, bem como considerá-los como uma noção válida globalmente? Este questionamento e preocupação surgem de constantes debates existentes acerca da origem e natureza “Ocidental” dos Direitos Humanos.<sup>207</sup> Neste sentido, existe o argumento de que, nas perspectivas não-ocidentais dos direitos humanos contemporâneos, os mesmos supostamente padeceriam de reconhecimento pelo Ocidente que, na qualidade de formadores e “juizadores” das ações atinentes aos direitos humanos, analisariam os direitos humanos apenas sob o prisma dos seus valores ocidentais, o que tornaria ainda mais complexos os diálogos interculturais, com forte resistência – islâmica, por exemplo – aos propósitos universalistas e calcados em valores e costumes preponderantemente ocidentalizados dos direitos humanos, sublimando e ignorando, sob este ponto de vista, a perspectiva do *Outro*.<sup>208</sup>

Embora estas suscitações sejam basilares neste debate e ainda se tenha a visão ocidental de direitos humanos, Santos sugere que tais discussões envolvendo relativismo e universalismo cultural deve ser superado, acreditando ser um debate “intrinsecamente falso”, pois, quando o autor destaca que todas as culturas aspiram preocupações e valores universais, o universalismo ainda deve propor diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas e, ao tratar-se do relativismo, há que se desenvolver determinados critérios para diferenciar capacitação de desarme, emancipação de regulação e diferenciar política progressista de política conservadora.<sup>209</sup>

Neste sentido, Santos argumenta que, para poderem operar como forma de *cosmopolitismo*, deve-se superar a concepção atual dos direitos humanos que vem a

---

<sup>206</sup> BARRETO, Vicente de Paulo; WASEM, Franciele. Entre Duas Escrituras: Multiculturalismo e Direitos Humanos. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Ano 1 (2012), nº 12, páginas 7181-7214. Página 7185.

<sup>207</sup> DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, página 165, onde problematiza a questão “ocidental” dos Direitos Humanos mencionando o seguinte: “Os Direitos humanos tornaram-se o símbolo da superioridade dos Estados ocidentais, uma espécie de mantra, cuja repetição alivia a dolorosa lembrança das infâmias passadas e a culpa por injustiças presentes.”

<sup>208</sup> BARRETO, Vicente de Paulo; WASEM, Franciele. *Op Cit.*, Ano 1 (2012), nº 12, p.7181-7214. p.7189 e seguintes.

<sup>209</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais(Coimbra)**, nº 48, Junho/1997, p. 11-31, p.21 e seguintes.

caracterizá-los como direito universal e tem conduzido à utilização dos direitos humanos como instrumento do “choque de civilizações”, ou seja, como arma do Ocidente contra o resto do mundo, eis que os direitos humanos não são universais na sua aplicação.<sup>210</sup> Concluindo seu ensaio, o referido autor expõe que os direitos humanos devem ser reconceptualizados como multiculturais.

### 2.3 O TRATO COM A DIFERENÇA EM SOCIEDADES MULTICULTURAIS

Deve-se à rica e constante evolução dos Direitos fundamentais a cobrança e garantia do Acesso à Justiça, que deve ser efetivo, integral, buscando sempre ser cada vez mais inclusivo e altero na construção da Cidadania, na esteira de respeitar, reconhecer e incluir o *Outro* diferente, para que seja possível a ideia de construção de uma cidadania solidária, que respeita a diversidade cultural e suas diferenças, sendo assim, um pressuposto para proteção dos indivíduos e legitimação dos governos democráticos.<sup>211</sup>

Ainda hoje, no sistema romano-germânico adotado pelo Brasil e, em especial, no Sistema Jurídico na linha Procedimental/Processual, vê-se muita repetição e resistência na mudança de pensamentos e hábitos dos julgadores, eis que primeiramente sempre haverá a diferença no seio social e, após muitas lutas, ter-se-á alguma mudança – geralmente mínima – na sensibilização e no trato com a diferença.<sup>212</sup> Certamente que tais diferenças, potencializadas pelas violências físicas ou simbólicas podem ser minimizadas com a diminuição da judicialização dos conflitos, com a ampliação da cultura de paz e com políticas de inclusão para um efetivo Procedimento Legal.<sup>213</sup>

<sup>210</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais(Coimbra)**, nº 48, Junho/1997, p. 11-31, p.18 e 19, onde o autor cita Samuel Huntington acerca do “choque de civilizações”. Ainda, importante destacar que a expressão do “Ocidente contra o resto do mundo” está explicada em seu ensaio como uma tradução direta de “The West against the rest.”

<sup>211</sup> BERTASO, João Martins. Cidadania, Solidariedade e Con-Vivência: A Dimensão do Amor da Cidadania. In: BERTASO, João Martins (Organizador). **Cidadania e Interculturalidade**. Santo Ângelo-RS: FURI, 2010, p.22.

<sup>212</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Volume II. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, onde na página 159 afirma que “(...) a distribuição equitativa de direitos subjetivos não pode ser dissociada da autonomia pública dos cidadãos, a ser exercitada em comum, na medida em que participam da prática da legislação.”

<sup>213</sup> BERTASO, João Martins; GAGLIETTI, Mauro. O Jogo da Alteridade na Questão da Cidadania Multicultural. In: André Leonardo Copetti Santos; Florisbal de Souza Del’Olmo. (Org.). **Diálogo e**

Com a expansão e abertura de fronteiras, necessita-se, então, um olhar interdisciplinar, quiçá transdisciplinar, no trato com a diferença, voltado à alteridade, visto que, embora o julgador não possua neutralidade, deve ser imparcial tratando com diferença o diferente, para que se tenham progressos substanciais e não sejam aplicadas tábula rasa de algumas vetustas fórmulas como “*Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*”<sup>214</sup>; ou que “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza(...)*”<sup>215</sup>, sendo que estes dispositivos merecem ser analisados com reservas, para uma sujeição e reflexão do direito ao próprio direito.

Conforme exemplificado acima, desta forma, muitas das vezes o(s) Estado(s) ajuda(m) a fomentar as desigualdades reproduzindo antigos conceitos formais na tentativa infértil de buscar a igualdade material ou equidade através da tentativa de padronização de direitos, pessoas, hábitos e culturas levando-se em conta critérios meramente legais. Assim, na tentativa de reduzir a complexidade das questões atinentes às evidentes diferenças, acaba-se por potencializá-las.<sup>216</sup> Fato é que, é extremamente complexo alinhar um fio condutor para relacionar e, eventualmente, vincular o Direito com a política e sociedade, pois evidentemente não é uma questão simples.<sup>217</sup>

Isto porque, conforme já antedito, uma das maiores violências das formas jurídicas é a conformidade com o *Padrão* e suas reproduções, ou seja, na tentativa de se *Padronizar* formalmente e materialmente, acaba-se por tornar mais distante a busca de uma luta por “igualdade” ou “equidade” de condições para que o Procedimento Legal seja efetivo no trato com a diferença. Constante desafio é a tentativa de como agregar e reduzir os paradoxos e violências com sexos, etnias, culturas, territórios, religiões, costumes, etc. tão diferentes. Neste aspecto, Douzinas ressalta que “*a igualdade formal promove a desigualdade real e mina as relações*

---

**Entendimento.** Direito e Multiculturalismo & Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.15.

<sup>214</sup> DECRETO-LEI Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Artigo 3º. Nota: Anteriormente nominada de *Lei de Introdução ao Código Civil*, passou a ser chamada de *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro* após o sancionamento da Lei Nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Sem mudanças substanciais, houve a alteração apenas da ementa da então *LICC*.

<sup>215</sup> CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Artigo 5º, *caput*.

<sup>216</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p.132.

<sup>217</sup> ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Auto-poético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p.15.



*reais e diretas entre as pessoas.*<sup>218</sup> É sabido que, pelas conceituações atuais decorrentes de vários séculos de lutas, construções doutrinárias e jurisprudenciais e inúmeras reflexões, tem-se que a padronização decorrente do texto legal, embora possa parecer suficientemente clara, é capaz de proporcionar um resultado surpreendentemente contrário ao esperado quando interpretado literalmente.<sup>219</sup>

O trato com o diferente ainda é emblemático e paradoxal. Ao tratar de questões que podem levar à xenofobia, Bauman<sup>220</sup> destaca que “*Um ditado holandês diz: ‘O desconhecido não é querido’ (onbeked maakt onbemind). A xenofobia surge do sentimento de diferença, isto é, da fala de ligação entre os dois ambientes.*”

Destaca-se, portanto, que a atual realidade multicultural em um Estado dito global repercute em vários pontos do Direito, pois, conforme Rocha, quando “*se vive numa sociedade globalizada, a cultura também se fragmenta, e o Direito passa a ser plural.*”<sup>221</sup>, isto porque a própria sociedade deixou de ser vista ou de ter um aspecto cultural unívoco pois tornou-se plural, com vários contextos.

A tentativa de equalizar tão distintos contextos é uma constante desafiadora. Para Habermas, o *status* jurídico do cidadão vinculou-se ao fato de pertencer culturalmente ao que se denomina *nação* e conclui abordando o constante paradoxo de que “*(...) o Estado nacional se vê desafiado internamente, pela força explosiva do multiculturalismo, e externamente, pela opressão problematizadora da globalização.*”<sup>222</sup> O debate é constante, pois hodiernamente fala-se inclusive em um “direito mundial sem Estado”, onde trata-se inclusive de uma terminologia de “direito global”, que nada tem a ver com Direito Internacional, sendo trazido o argumento de um ordenamento jurídico *sui generis* que não pode ser avaliado segundo os critérios dos atuais sistemas jurídicos nacionais existentes que, além de engessados, ainda primam pela padronização e homogeneização.<sup>223</sup>

<sup>218</sup> DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p.171.

<sup>219</sup> DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p.11.

<sup>220</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o Conceito de Cultura**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012, p.243.

<sup>221</sup> ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael e SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.31.

<sup>222</sup> HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política**. 2. ed. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.140.

<sup>223</sup> TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, número 33, volume 14, páginas 9/32, Piracicaba, UNIMEP, 2003, p.10 e 11.

Estas reflexões dizem diretamente quanto ao Direito Fundamental a um Procedimento Legal efetivo e coerente em todos os seus vetores e fases, sendo indissociável da ideia de efetividade e responsividade, onde Porto e Ustárroz<sup>224</sup> levantam estes contínuos desafios:

Em outras palavras, o desafio do acesso à justiça é permanente e somente será superado pelo compromisso e pela criatividade das pessoas na identificação das sempre renovadas formas de exclusão e nos meios de inserção.

Em que pese o fato de, a Inclusão e o Acesso à Justiça ter, no Brasil, status de garantia constitucional, conforme abordado no capítulo anterior, continua-se com o desafio de que o mesmo seja efetivo, em todos os seus aspectos. Nesta linha de argumentação, mais complexa e delicada fica a análise de tal situação da Inclusão e Acesso à Justiça quando visto pelo enfoque das minorias étnicas e/ou grupos vulneráveis em toda a diversidade de nossa sociedade Multicultural, como analisados tais paradoxos por Taylor<sup>225</sup>

A democracia introduziu a política de reconhecimento igualitário, que tem assumido várias formas ao longo dos anos, e que regressou agora sob a forma de exigências de um estatuto igual para as diversas culturas e para os sexos.

Dada à massificação populacional e com a atual e constante padronização e criação de rótulos e estereótipos, necessário destacar que, nas sociedades Multiculturais, ganha especial relevância a questão da *Identidade*. A Identidade é diretamente vinculada com a teoria do *Reconhecimento*<sup>226</sup> e possui inúmeras conceituações, em várias áreas do saber, com significados algumas vezes distintos, mas vários pontos em comum, destacando-se e permeando, em especial, a Sociologia, Direito, Antropologia Social, Medicina Legal, Filosofia, História,

---

<sup>224</sup> PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil**: O Conteúdo Processual da Constituição Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.49.

<sup>225</sup> TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo: Examinando a Política de ReconhecimenDo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1)94, p.48.

<sup>226</sup> SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**. Vol. 8, nº 1, jan./abr. 2008, p.9-18. Na página 12 os autores po.tuam que “A luta por reconhecimento deveria então ser vista como uma pressão, sob a qual permalentemente novas condições para a parthcipação na formação pública da vontade vêm à tona.”

Matemática, Psicologia, só para citar alguns.<sup>227</sup> Nesta linha, na tentativa de buscar um significado adequado, para Bertaso<sup>228</sup> a palavra “*Reconhecimento significa aceitar/acolher, ir além da tolerância*”, funcionando como uma espécie de “ligadura”, com atitude de acolhimento entre uma pessoa e outra, bem como, grupos, povos, gêneros, etnias.

Para Habermas, ao tratar de aspectos distributivos da igualdade de status e de tratamento, a ideia de uma sociedade justa implica a promessa de emancipação e de dignidade humana, pois “*ninguém é livre enquanto a sua liberdade implicar a opressão do outro.*”<sup>229</sup> Abordando a “Política do Reconhecimento”<sup>230</sup>, na tentativa de delinear o significado de *Identidade*, sinteticamente pode-se conceituá-la sendo “*aquilo que nós somos, ‘de onde nós provimos’.* Assim definido, é o ambiente no qual os nossos gostos, desejos, opiniões e aspirações fazem sentido.”<sup>231</sup> O interessante paradoxo acerca da identidade é captado por Supiot<sup>232</sup> que detalha a tensão das “duas faces” da identidade individual tentando esclarecer algo difícil de conceituar explicitando que “*somos todos semelhantes e, portanto, todos idênticos; e somos também todos diferentes, pois todos únicos.*” Boa parte da vida social e política moderna gira em torno das questões do reconhecimento. Nesta linha, pode-se tratar de identidades individuais, como as conceituações acima, e *Identidades coletivas*, que estão em constante processo de reconhecimento e suscitam inúmeras

---

<sup>227</sup> OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Um Bonceito Antropológico de Identidade. In: **ALTER** – Jornal de Estudos Psicodinâmicos, volume 3, número 4, p.208-219, 1973. Sendo o local de fala, no título do artigo, auto-explicativo, OLIVEIRA reflete a Identidade antropológica de que o *homem* não pensa isoladamente, mas engendrado pela vida social, estabelecendo entre as pessoas também um *fi-condutor* da Identidade étnica. Assim, a importantíssima contribuição do autor, um Dos mais importantes antropólogos do Brasil, atrela o conceito antropológico de *Identidade* com o sistema de relações sociais, ou seja, o sistema de relações “interétnicas” propiciam as condições de existência que “constroem” a *Identidade*. Pensa, também, *Identidade* como ideologia.

<sup>228</sup> BERTASO, João Martins; ANDRIGHETTO, Aline. Cidadania e Direitos Humanos: Reflexões Interculturais. **Direitos Culturais(URI)**. Vol. 7, nº 13, jul./dez. 2012, p.60/75, p.63/64.

<sup>229</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Volume II. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.159.

<sup>230</sup> TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, número 33, volume 14, p.9/32, Piracicaba, UNIMEP, 2003. Na página 25, TEUBNER aduz que “*O reconhecimento não é constitutivo da existência de um ordenamento jurídico.*”

<sup>231</sup> TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: Examinando a Política de Reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p.54.

<sup>232</sup> SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.17. Na página 35, continua referindo que “*(...)o Estado desempenha um papel apenas subsidiário de garante primordial da identidade das pessoas. Pois a identidade humana sempre é, afinal de contas, um caso de fé, nos dois sentidos desta palavra: confiança e crença.*”

repercussões em nível global na atualidade próprios do Multiculturalismo, onde se podem exemplificar questões como: religião, sexo, etnicidade, raça, sexualidade.<sup>233</sup>

Para Eagleton<sup>234</sup>, *Identidade* e Cultura estão diretamente relacionados, sendo que esta última “*agora significa a afirmação de uma identidade específica – nacional, sexual, étnica, regional, em vez da transcendência desta.*” Neste contexto, o aludido autor também pensa Cultura como *Identidade*. Nesta complexa questão, Taylor<sup>235</sup> segue sua abordagem na linha de que

A tese consiste no facto de a nossa identidade ser formada, em parte, pela existência ou inexistência de reconhecimento e, muitas vezes, pelo reconhecimento incorreto dos outros, podendo uma pessoa ou grupo de pessoas serem realmente prejudicadas, serem alvo de uma verdadeira distorção, se aqueles que os rodeiam refletirem uma imagem limitativa, de inferioridade ou de desprezo por eles mesmos.

Isto porque, na abordagem da construção da Identidade, trata-se “*aqui, na verdade, não mais do direito de ser como os outros, mas de ser outro.*”<sup>236</sup> A *Identidade* é, então, formada por um conjunto de caracteres particulares, estando, portanto, em constante construção, sendo que “*a minha própria identidade depende, decisivamente, das minhas reações dialógicas com os outros.*”<sup>237</sup> Assim, a contínua construção e descoberta da minha identidade necessita do Outro para sua plena e constante formação. Na mesma esteira, Habermas<sup>238</sup> assevera que “*Uma teoria dos direitos corretamente entendida exige uma política do reconhecimento que proteja a integridade do indivíduo nos contextos da vida nos quais a sua identidade se forma.*”

Na política do reconhecimento e na referência ao Multiculturalismo, uma questão sempre paradoxal e complexa é o trato com a diferença em sociedades multiculturais e as tensões daí advindas, pois o “*respeito devido não é um ato de*

---

<sup>233</sup> APPIAH, Kwame Anthony. Identidade, Autenticidade e Sobrevivência: Sociedades Multiculturais e Reprodução Social. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: Examinando a Política de Reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p.166.

<sup>234</sup> EAGLETON, Terry. **A Idéia de Cultura**. Tradução de Sandra Castello Branco; Revisão técnica Cezar Mortari. São Paulo: Editora UNESP, 2005, p.60. Na página 120 e seguintes, Também pensa Cultura como identidade.

<sup>235</sup> TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: Examinando a Política de Reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p.45.

<sup>236</sup> TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Titton. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p.171.

<sup>237</sup> TAYLOR, Charles. Op Cit., 1994, p.54.

<sup>238</sup> HABERMAS, Jürgen. Lutas pelo Reconhecimento no Estado Democrático Constitucional. Tradução de Shierry Weber Nicholzen. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: Examinando a Política de Reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p.131.

*gentileza para com os outros. É uma necessidade humana vital.*<sup>239</sup> Exige-se constante reflexão no trato com a diferença para que os espectros de convivências entre pessoas e povos sejam possíveis. Isto porque, sem meias palavras, McLaren<sup>240</sup> aborda os debates existentes entre Multiculturalismo, Pedagogia e Transformação Social, refletindo acerca da reprodução real e simbólica de diferenças históricas e violências, sendo que expõe claramente que

Estamos diante da encruzilhada de uma cultura em desintegração e temos testemunhado um crescimento desproporcional permanente da riqueza material, da concentração de riqueza e de uma pobreza sofrida pelas populações afro-americanas, latinas e outras minorias, que atravessa gerações.

Evidentemente que este respeito e reconhecimento ao *Outro*, na aceitação ao diferente, nos deparamos na complexidade e a resistência e o não reconhecimento, muitas vezes, latente quando, por exemplo, vê-se inclusive que “*a abertura de fronteiras vem de mãos dadas com novas formas de discriminação.*”<sup>241</sup> Isto fica claro atualmente com a maior porosidade, expansão e abertura de fronteiras.

Nesta contextualização, Touraine<sup>242</sup> é preciso ao afirmar que só é possível falar em *reconhecimento* quando ocorrer que “*o outro deve ser reconhecido como tal, como diferente, mas apenas se este outro aceitar, como eu próprio, os princípios universais que definem a modernidade.*” Pouco adiante, o referido sociólogo esclarece que

Este reconhecimento do outro como diferente, mas também como aderindo aos princípios universais da modernidade, pode assumir formas muito diversas: pode permitir a comunicação entre culturas próximas e pode, ao contrário, denunciar o orgulho da civilização mais poderosa e que se recusa a reconhecer tudo quanto é diferente dela.

Certamente que o não reconhecimento do *Outro* como diferente está de mãos dadas com a exclusão e várias formas de discriminação de pessoas e grupos tidos

---

<sup>239</sup> TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo: Examinando a Política de Reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p.46.

<sup>240</sup> McLAREN, Peter. **Multiculturalismo Crítico**. Tradução de Bebel Orofino Schaefer. São Paulo: Cortez, 1997, p.56-57.

<sup>241</sup> CANCLINI, Néstor García. **Latino-Americanos à Procura de um Lugar neste Século**. Tradução de Sérgio Molina. São Paulo: Iluminuras, 2008, p.26.

<sup>242</sup> TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje**. Tradução de Gentil Avelino Titton. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p.189.

como minorias e/ou vulneráveis. Nesta esteira, tem-se o contributo das reflexões de McLaren<sup>243</sup> que, na perspectiva do Multiculturalismo, deixa em destaque que

As pessoas não discriminam grupos porque eles são diferentes. O ato da discriminação constrói categorias de diferença que localizam hierarquicamente as pessoas como “superiores” ou “inferiores” e, então, universalizam e naturalizam tais diferenças.

Continuando esta abordagem multifacetada, vê-se que a “naturalização” de insensibilidade com as diferenças, ou a própria indiferença com o *Outro*, geram exclusão, andando exatamente na contramão da contínua construção e afirmação de direitos e cidadania e integração sistêmica e social aqui proposta. Evidentemente que as condições de inclusão variam conforme a diferenciação de cada sociedade, sendo previsíveis mais possibilidades de inclusão na sociedade moderna do que em sociedades tradicionais.<sup>244</sup>

A reflexão trazida por Luhmann<sup>245</sup> é de que “*El ámbito de la exclusión se reconoce sobre todo por la ruptura de las expectativas de reciprocidad*”, e conclui apontando que as pessoas fora de um “estamento social” representariam, neste contexto, uma “ameaça” à sociedade e que agora, a diferença inclusão/exclusão, se reconstrói no âmago da própria sociedade.

Deste modo, observa-se o contorno delicado da pretensão de a Constituição Federal de 1988 – em tentar – abrigar e tratar com igualdade pessoas, grupos, gêneros, etnias, costumes e direitos tão diferentes.<sup>246</sup> Por isso, a luta pela Efetiva Inclusão e Acesso à Justiça em sociedades Multiculturais como a brasileira, com inúmeras mazelas, bem como, a integral proteção a minorias étnico-religiosas e

<sup>243</sup> McLAREN, Peter. **Multiculturalismo Revolucionário**: Pedagogia do Dissenso para o Novo Milênio. Tradução de Márcia Moraes e Roberto Cataldo Costa. Porto Alegre: ARTMED Editora, 2000, p.264..

<sup>244</sup> LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006, p.491. Adiante, a problematização trazida por LUHMANN é de que a crescente complexidade da sociedade moderna “dissolve” os padrões clássicos que temos por “Inclusão”, fazendo-as – possibilidades de inclusão – cada vez mais individualizadas. Assim, a “autoevolução” da sociedade moderna segue da elaboração do esquema igual/desigual, ou seja, “*hay inclusión sólo cuando la exclusión es posible*.” (p.493)

<sup>245</sup> LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006, p.493/494. Tradução livre: “O âmbito da exclusão se reconhece sobretudo pela ruptura das expectativas de reciprocidade.”

<sup>246</sup> McLAREN, Peter. **Multiculturalismo Crítico**. Tradução de Bebel Orofino Schaefer. São Paulo: Cortez, 1997, p.79, afirmando que “As diferenças são produzidas de acordo com a produção e recepção ideológica de signos culturais”. (...) “A *diferença* não é “obiedade cultural”, tal como negro *versus* branco ou latino *versus* europeu; em vez disso, as diferenças são construções históricas e culturais.”

grupos vulneráveis deve ser uma constante para aliviar-se as mazelas já causadas pela possibilidade de *Invisibilidade* do “Outro” por exclusão, preconceito e/ou indiferença, como afirma Soares<sup>247</sup> *et al*

O preconceito provoca invisibilidade na medida em que projeta sobre a pessoa um estigma que a anula, a esmaga e a substitui por uma imagem caricata, que nada tem a ver com ela, mas expressa bem as limitações internas de quem projeta o preconceito.

Nesta linha argumentativa, existe um descompasso entre a inclusão “conceitual” e o reconhecimento e inclusão efetiva, que deve ocorrer através de práticas contínuas.

Assim, desde já pugna-se pela análise diferenciada por parte dos julgadores e operadores do direito no sentido de que se consiga efetivamente diminuir as diferenças com maior reflexividade e responsividade e deixar o Acesso à Justiça mais equilibrado e inclusivo, tendo a igualdade como algo a ser buscado e construído com o respeito e reconhecimento ao Outro, longe de uma padronização que parece ser repetida hodiernamente, mais preocupada com números e estatísticas do que com a construção sólida da cidadania.<sup>248</sup>

Interessante a abordagem trazida por Bourdieu<sup>249</sup> fortificando as contribuições acerca da análise de justiça social, onde o/a cidadão(ã) é convidado, ou melhor, obrigado a adaptar-se às regras do campo jurídico para poder participar, como segue:

El campo jurídico viene definido por un interés específico, al igual que el resto de los campos. Ese interés específico, como se observa en las luchas que se dan al interior del campo jurídico o en la relación del campo jurídico con el campo del poder, no es la eficiencia jurídica o la justicia social. El interés aquí vendría vinculado con la creencia en una forma de

<sup>247</sup> ATHAYDE, Celso; MV Bill; SOARES, Luiz Aduardo. **Cabeça de Porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005, p.176.

<sup>248</sup> BERTASO, João Martins; GAGLIETTI, Mauro. O Jogo da Alteridade na Questão da Cidadania Multicultural. In: André Leonardo Copetti Santos; Florisbal de Souza Del’Olmo. (Org.). **Diálogo e Entendimento**. Direito e Multiculturalismo & Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.15.

<sup>249</sup> BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La Fuerza del Derecho**. Traducción de Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000, página 65. Tradução livre: “O campo jurídico é definido por um interesse específico, assim como os demais campos. Este interesse específico, como visto nas lutas que acontecem dentro do campo legal ou no relacionamento do campo jurídico com o campo do poder, não se trata de eficiência legal ou justiça social. O interesse aqui vem ligado com a crença em uma forma específica de racionamento, no formalismo do direito ou pelo menos a aceitação dele como uma forma necessária para participar no jogo.”

racionamiento específico, en el formalismo del derecho o cuando menos, en la aceptación del mismo como forma necesaria para tomar parte en el juego.

Trata-se, portanto, de um subsistema com regras e formas próprias dentro de outro Sistema maior, ou seja, um sistema – jurídico – que realiza e pertence à sociedade, com seus símbolos e rituais próprios e que, em inúmeros casos contribui para a reprodução de exclusões, diferenças e desigualdades históricas no seio social.<sup>250</sup> Esta complexidade implícita nas sociedades multiculturais é bem analisada por Touraine<sup>251</sup>

Não existe qualquer descontinuidade entre a ideia de Sujeito e a ideia de sociedade multicultural, e mais precisamente de comunicação intercultural, dado que só podemos viver juntos com as nossas diferenças se nos reconhecemos mutuamente como Sujeitos.

Conforme enfatizado anteriormente, o respeito à diferença e à diversidade são condicionantes da busca da cidadania, pois ao lado do direito à igualdade, é fundamental tratar e respeitar do direito à diferença.<sup>252</sup> Deve-se, contudo, potencializar a afirmação do reconhecimento de culturas, grupos, identidades para a efetivação de direitos humanos e direitos e garantias fundamentais e buscar um Procedimento Legal mais inclusivo, altere e mais preocupado com o cidadão que é o principal ator e interessado a figurar no palco do Procedimento Legal.

---

<sup>250</sup>LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Ciudad de México: Editora Iberoamericana, 2002, p.36 e seguinte.

<sup>251</sup>TOURAINÉ, Alain. **Iguais e diferentes: poderemos viver juntos?** Tradução de Carlos Aboim de Brito. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p.214.

<sup>252</sup>BERTASO, João Martins; ANDRIGHETTO, Allne. Cidadania e Direitos Humanos: Reflexões Interculturais. **Direitos Culturais (URI)**. Vol. 7, nº 13, jul./dez. 2012, p.60/75, p.73.



### 3 ASPECTOS DA DECISÃO JURÍDICA NA TEORIA DOS SISTEMAS, AUTOPOIESE E POLICONTEXTURALIDADE

Ao expor este terceiro capítulo, destaca-se que serão apresentados conceituações e aspectos acerca da teoria dos sistemas, da autopoiese e da policontexturalidade, bem como suas principais influências no sistema jurídico-dogmático em geral e que vêm a repercutir no Procedimento Legal.

Assim, será conceituada e abordada a teoria dos sistemas com suas evoluções, comunicações e reflexões sistemáticas da sociologia moderna para oferecer maior abrangência e alargamento do sistema jurídico-dogmático e sua aplicação ao observar e descrever a complexidade da sociedade e possibilidades de realização.

Adiante, analisar-se-á a teoria da autopoiese, sua fenomenologia e sua rede de operações e organizações e a teoria dos sistemas “autopoiéticos” – ou auto-referenciais<sup>253</sup>, que se reproduziriam com os próprios meios pelos sistemas que os constituem. Além disso, um sistema ligado ao passado e ao futuro simultaneamente, lidando com a ideia de paradoxo.<sup>254</sup>

Ao finalizar este capítulo, estudar-se-á a policontexturalidade, como um critério de análise da fragmentação do sentido na pós-modernidade onde, além de destacar uma sociedade de massa, heterogênea, multicultural e que se dá em múltiplos aspectos e circunstâncias, bem como, suas intersecções entre direito, política e sociedade, e a evolução do Direito em escala global, descrito em incontáveis contextos e paradoxos após o enfraquecimento da centralização política do Estado.<sup>255</sup>

#### 3.1 ANALISANDO A DECISÃO JURÍDICA NA TEORIA DOS SISTEMAS

Além das matrizes normativas e hermenêuticas anteriormente analisadas, existe outra etapa a qual se pretende melhor analisar, definir e refletir sobre o que é

---

<sup>253</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. XV.

<sup>254</sup> ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p.38.

<sup>255</sup> ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Policontexturalidade e Direito Ambiental Reflexivo. **Sequência (UFSC)**. Número 53, p.9-28, dezembro de 2006, p.9 e 18.

a sociedade e suas ligações do Direito com o social, bem como rediscutir a Sociologia do Direito.<sup>256</sup>

Inicialmente, ao se buscar pelo vocábulo “Sistema” em um dos dicionários de maior prestígio e referência da língua portuguesa, constata-se que o mesmo possui várias definições e significados. Desta forma, destacam-se as primeiras conceituações trazidas deste termo, delineando-se “Sistema” nas enumerações que seguem<sup>257</sup>:

- 1) Conjunto de elementos, materiais ou ideais, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação; 2) Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada; 3) Reunião de elementos naturais da mesma espécie, que constituem um conjunto intimamente relacionado; 4) Conjunto de instituições políticas ou sociais, e dos métodos por elas adotados, encarados quer do ponto de vista teórico, quer do de sua aplicação prática; 5) O conjunto das entidades relacionadas com determinado setor de atividade; 6) Reunião coordenada e lógica de princípios ou ideias relacionadas de modo que abranjam um campo do conhecimento.

Tendo sido estudada e problematizada a palavra “Sistema”, percebe-se que existem inúmeros enfoques para a possibilidade do que seria a “Teoria Geral dos Sistemas” e suas abordagens correlatas. Para Bertalanffy, alguns autores já tratavam de “sistemas”, sem utilizar tal termo, até ser reclamada a aplicação de um “enfoque sistêmico” a problemas que se entendiam urgentes nos mais variados campos do conhecimento, tais como: máquinas, softwares, poluição do ar e da água, delinquência, crime organizado, problemas de trânsito nas grandes cidades, por exemplo, bem como campos afins, e estudá-los com uma teoria geral dos sistemas.<sup>258</sup> Destaca-se, inclusive, o fato de ser a Teoria dos Sistemas amplamente aplicada na biologia e também nos campos da psicologia e da psiquiatria para tratar dos conceitos sistêmicos na área da psicopatologia. Em seu ponto de vista, Bertalanffy<sup>259</sup> esclarece:

Entretanto, só recentemente se tornou visível a necessidade e exequibilidade da abordagem dos sistemas. A necessidade resultou do fato

<sup>256</sup> ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p.26.

<sup>257</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. totalmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p.1865 e 1866. Pesquisa da palavra “Sistema”.

<sup>258</sup> BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria Geral dos Sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações**. Tradução de Francisco M. Guimarães. 6. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2012, p.22 e 23.

<sup>259</sup> Ibidem, p.31.

do esquema mecanicista das séries causais isoláveis e do tratamento por partes terem se mostrado insuficientes para atender os problemas teóricos, especialmente nas ciências biossociais, e aos problemas práticos propostos pela moderna tecnologia. A viabilidade resultou de várias novas criações – teóricas, epistemológicas, matemáticas, etc. - que, embora ainda no começo, tornaram progressivamente realizável o enfoque dos sistemas.

Ao aprofundar as reflexões acerca do autor acima citado, Rocha<sup>260</sup> destaca que “o sistema, para Bertalanffy, é um conjunto de elementos que se encontra em interação.”

No introito da obra “Introdução à Teoria dos Sistemas”, de Niklas Luhmann, o sociólogo mexicano Javier Torres Nafarrate contextualiza que certamente a característica mais peculiar da teoria de Niklas Luhmann, destacando-se no marco da sociologia moderna, é a pretensão de que a disciplina social se converta em uma reflexão sistemática eis que, para Luhmann, “a sociologia não pode aceitar que outras ciências fundamentem seu próprio método.”<sup>261</sup> Prosseguindo, com enfoque mais abrangente, Luhmann<sup>262</sup> destaca que “para observar, a própria ciência necessita estar constituída como sistema”. Ao tratar da pragmática-sistêmica, Rocha<sup>263</sup> destaca que “a interpretação na teoria dos sistemas parte do conceito de comunicação e está sempre ligada a uma teoria da ação.”

Assim, a Teoria dos Sistemas é inovadora em sua amplitude, complexidade e abrangência. Neste sentido, Luhmann assevera em várias passagens de suas obras aqui citadas, o fato de que existe apenas um projeto de consolidação, aceitação e explicação da sociologia, qual seja o de Talcott Parsons.<sup>264</sup> Isto porque Parsons trata a análise dos componentes do conceito de ação<sup>265</sup> - *action is system* (ação é o sistema), redescobrimo-o e reintegrando-o em tal teoria como “cultura”.<sup>266</sup> Nesta

<sup>260</sup> ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, página 28.

<sup>261</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, página 14.

<sup>262</sup> Ibidem, p.77.

<sup>263</sup> ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p.28.

<sup>264</sup> PARSONS, Talcott. **O Sistema das Sociedades Modernas**. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1974.

<sup>265</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p.42, destacando que: “Em contrapartida, Parsons especificou firmemente que ação e sistema não poderiam ser compreendidos separadamente; ou, em outras palavras: a ação só é possível sob a forma de sistema.”

<sup>266</sup> LUHMANN, Niklas. O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito. **Sequência(UFSC)**. nº 28. junho/94, páginas 15/29. Florianópolis, 1994, p.17/18.

teorização, Luhmann<sup>267</sup> expõe que “a cultura é a que se encarrega de integrar a totalidade do sistema de ação, sobrepondo-se, assim, à fugacidade das situações.” Questiona-se qual seria, então, o ponto de partida para uma teoria dos sistemas? Ao teorizar acerca da questão do “sistema como diferença”, Luhmann<sup>268</sup> aduz que

O ponto de partida de uma Teoria dos Sistemas para a sociologia deve derivar de um preceito teórico baseado na diferença. Assim, todos os avanços recentes da teoria no campo do sistêmico aparecerão como variações sobre o tema sistema e meio.

Após tal contextualização, importante apontar que a teoria dos sistemas não se ocupa apenas de um tipo particular de objetos, mas faz uso, em especial, da distinção entre sistema/meio, onde, somente com tal diferenciação se faz possível a evolução do(s) sistema(s), ou, em outras palavras, nenhum sistema pode crescer e evoluir a partir de si mesmo.<sup>269</sup> Assim, Hart<sup>270</sup> explica que “os fundamentos de um sistema jurídico consistem na situação em que a maioria de um grupo social obedece habitualmente às ordens baseadas em ameaças da pessoa ou pessoas soberanas, as quais não obedecem elas próprias habitualmente a ninguém.”

Um fator questionado por Luhmann muito importante foi o fato de que uma teoria via-se diminuída para responder a problemas da história. Nesta esteira, em especial, fica a pergunta: de que espaço de tempo e quais seriam as mudanças necessárias de identificar para que a sociologia (ou o observador) pudesse afirmar que uma sociedade havia se tornado um sistema diferente? Seria a Revolução Francesa, a mudança de uma ordem econômica? Ao refletir, então, que a sociologia não possui critérios de delimitação com tais características, Luhmann<sup>271</sup> afirma que “Um sistema social deve decidir por si próprio se no curso de sua história suas estruturas mudaram tanto que ele já não é o mesmo.” A teoria sistêmica de Luhmann faz com que o Direito seja destacado como um subsistema social, um

---

<sup>267</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p.51.

<sup>268</sup> Ibidem, p.80.

<sup>269</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006, p.341.

<sup>270</sup> HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 5.ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.111.

<sup>271</sup> LUHMANN, Niklas. *Op. Cit.*, 2011, p.38.

subsistema dentro de outro(s) maior (es).<sup>272</sup> Além disso, a teoria jurídica, a dogmática jurídica e o próprio Direito mantêm uma relação paradoxal, eis que a teoria jurídica é teoria e prática ao mesmo tempo.<sup>273</sup>

A complexidade faz parte das sociedades multiculturais e, evidentemente, deve ser debatido e demonstrado o que a sociedade pensa e como a mesma se manifesta para que o Procedimento Legal seja mais reflexivo e humano no trato com a diferença, isto é, a necessidade de se pensar nas questões trazidas ao Judiciário de maneira sistêmica, e uma observação “externa” das questões “internas” do Sistema Jurídico.<sup>274</sup>

Ao trabalhar-se com questões atinentes ao Multiculturalismo e aos subsistemas de um Sistema maior, como, por exemplo, quando é abordado o Procedimento Legal e demais especificidades do Sistema Jurídico, deve-se atentar para a observação – e ao observador, com uma comunicação e ação mais altera da complexidade imbuída nestas análises, bem como, deixa-se atravessar pelas descobertas proporcionadas no trato com o *Outro* e pela diferença, o que é sempre um grande desafio, dada a atual cultura de *padronização*, anteriormente destacada. Desta forma, diálogos e trabalhos interdisciplinares possuem enorme relevância para observar-se por vários prismas, eis que “*a natureza específica do Direito se busca através da determinação de sua função social.*”<sup>275</sup>

As observações são operações, e o observador só observa quando está focado no ato de observar, sendo que o observador é um sistema entrelaçado ao tempo, amarrado ao tempo, que constrói estruturas mediante distinções próprias que introduz como horizonte de sua observação.<sup>276</sup> Para Rocha<sup>277</sup>, fica o esclarecimento de que “*observar é produzir informação. A informação está ligada à comunicação.*”

<sup>272</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A Coerência do Sistema Jurídico em Luhmann: Uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial. **Sequência (Florianópolis/UFSC)**, v. 62, 2011, p. 322-359, p.323.

<sup>273</sup> ROCHA, Leonel Severo. Auto-Observação e Teoria Jurídica. In: BERTASO, João Martins; GAGLIETTI, Mauro José. (Orgs.). **Diálogo e Entendimento: Direito e Multiculturalismo & Cidadania e novas formas de solução de conflitos**. Volume III. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p.24.

<sup>274</sup> MACERATINI, Arianna. **Procedura come norma: Riflessioni filosofico-giuridiche su Niklas Luhmann**. Torino: Giappichelli Editore, 2001, p.100.

<sup>275</sup> BOBBIO, Norberto. **Contribución a la Teoría del Derecho**. 2. ed. Madrid: Editorial Debate, 1990, p.256.

<sup>276</sup> LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrete. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002, p.30.

<sup>277</sup> ROCHA, Leonel Severo. Normativismo e Construtivismo Sistêmico. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL’OLMO, Florisbal de Souza(orgs.). **Diálogo e Entendimento: Direito e**

Existe um especial destaque à questão da observação e à figura do observador, como explica Luhmann<sup>278</sup>:

Quando falamos em observar, defrontamo-nos com uma primeira diferenciação: observar/observador. Observar é a operação, enquanto observador é um sistema que utiliza as operações de observação de maneira recursiva, como sequências para obter uma diferença em relação ao meio. (...) O observador não é um sujeito situado fora do mundo dos objetos; ele é, ao contrário, um deles. (...) Ao falar em observar e observador, referimo-nos a operações, em dois sentidos: para que o observador possa observar as operações, ele próprio tem de ser uma operação.

No mesmo sentido, Luhmann<sup>279</sup> refere que *“tudo aquilo que o observador descobre sobre o sistema, deve aplicar a si mesmo.”* Com tamanha complexidade e paradoxos aí imbricados, qual a problemática da observação? Nesta linha, Rocha<sup>280</sup>, refere que *“a problemática da observação do direito deve ser relacionada com a interpretação jurídica.”* Isto porque a comunicação e a linguagem estão diretamente ligadas ao Direito e ao Sistema Jurídico.<sup>281</sup>

Além da comunicação e da linguagem, algo que identificaria o sistema jurídico no contexto do sistema social seria o binômio lícito/ilícito<sup>282</sup> – algumas vezes referido e também traduzido para jurídico/antijurídico<sup>283</sup> e para direito/não-direito, onde o órgão jurisdicional seria constatado como o *“gerador das operações comunicativas de elevada importância deste sistema, que são as decisões judiciais.”*<sup>284</sup> Assim, para

**Multiculturalismo & Cidadania e novas formas de solução de conflitos.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.53.

<sup>278</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas.** Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p.154.

<sup>279</sup> Ibidem, p.77.

<sup>280</sup> ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoético do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p.27.

<sup>281</sup> LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad.** Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Ibero-americana, 2002, página 359. Em continuidade, expõe o seguinte: *“Tal perspectiva implica la condicionalidad histórica de toda teoría del derecho que se comunica. La comunicación debe tener la capacidad de hacerse comprensible bajo las condiciones sociales de cada caso.”*

<sup>282</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad.** Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006, p.774.

<sup>283</sup> LUHMANN, Niklas. O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito. **Sequência(UFSC)**. nº 28. junho/94, páginas 15/29. Florianópolis, 1994, página 18, onde destaca-se: *“Através da aceitação de um código binário (jurídico/antijurídico), o sistema obriga a si próprio a essa bifurcação, e somente reconhece as operações como pertencentes aos sistema, se elas obedecem a esta lei.”*

<sup>284</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A Coerência do Sistema Jurídico em Luhmann: Uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial. **Sequência (Florianópolis/UFSC)**, volume 62, 2011, páginas 322-359, página 324.

Rocha<sup>285</sup>, “O Poder Judiciário pode ser visto como uma organização voltada às conseqüências do sistema do direito.”

O risco, o paradoxo, incertezas e indeterminação que permeiam a sociedade contemporânea e a Teoria dos Sistemas aqui tratada e das discussões de racionalidade do direito e da sociedade aqui analisadas fez surgir uma postura de necessidade de se discutir e redefinir os processos de decisão jurídica no interior dos sistemas. Desta forma, construíram-se inúmeras teorias acerca da decisão jurídica – ou judicial.<sup>286</sup>

Embora se tenha em mãos questões incertas e controversas, o ápice do Procedimento Legal se dá com a decisão jurídica, devidamente organizada, estruturada e fundamentada seja ela sentença, homologação de acordo, decisão liminar, acórdão. Ao analisar a produção de credibilidade de sentenças judiciais, Pistori<sup>287</sup> destaca que

A sentença jurídica tem caráter normativo. E, sendo o ápice do processo decisório, nele tem o valor maior: o julgamento propiciado pelo Estado deve expressar o justo. Daí o respeito com que são encarados ela e o próprio juiz que a profere.

Questiona-se, então, não apenas a celeridade da decisão judicial, mas também a sua qualidade, fundamentação, extensão e profundidade da matéria tratada.<sup>288</sup> Isto porque, analisando-se sistêmica e autopoieticamente, inúmeras decisões repercutem e são reproduzidas descontroladamente por juízos e tribunais inferiores, fazendo com que o sistema jurídico/judicial se “auto-legitime”, eis que um tribunal superior assim o decidiu. Não será com cálculos matemáticos ou marcos extremamente rígidos que irão mensurar a garantia fundamental da decisão

---

<sup>285</sup> ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p.37, destacando logo adiante que: “A Comunicação, para Luhmann, é uma síntese entre *informação*, o *ato de comunicação* e a *compreensão*.”

<sup>286</sup> Idem..

<sup>287</sup> PISTORI, Maria Helena Cruz. A prudência e a virtude retóricas na produção da credibilidade em Sentenças Judiciais. **Veredas (UFJF)**, n. 1 e n. 2, volume 09, páginas 155-167, jan./dez. de 2005, página 158.

<sup>288</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. **Scientia Iuris**, Londrina, volume 15, número 2, páginas 53-74, dezembro/2011, página 57. Os autores refletem na nota de rodapé número 5, expondo o seguinte: “É interessante reforçar que o distanciamento e a descrença do cidadão comum pela jurisdição se dão não só quanto aos seus aspectos quantitativos (velocidade da prestação jurisdicional), mas também nos seus aspectos qualitativos (por exemplo, o problema da discricionariedade judicial). O problema reside, também, na forma como o juiz decide e não só na celeridade de sua decisão.”

jurídica/judicial fundamentada. Para LUHMANN<sup>289</sup>, “*El esfuerzo por fundamentar las decisiones mediante cálculos racionales no sólo no resulta exitoso sino también arruina finalmente la pretensión de racionalidad del método y del procedimiento.*” Continuando, inúmeros são os exemplos onde as decisões são reproduzidas automaticamente por um “discurso de autoridade”<sup>290</sup>, apoiado no tribunal superior “X” ou pelo(a) Ministro(a) “Y”, sem análises mais aprofundadas, fazendo com que o(a) cidadão(ã) seja um coadjuvante, e não o protagonista.<sup>291</sup> Desta forma, a decisão resta mais preocupada com questões atuariais e gerencialistas e, sequer segue minimamente, os direitos e garantias constitucionais relativos à matéria. No entanto, descompromissada e despreocupada, sem razões e critérios substanciais para responder as angústias implícitas nas questões trazidas à apreciação do judiciário, sem as motivações e razões que levaram a adequar ao caso ou contextualizá-la com o “mundo-da-vida”. Esta contextualização é trazida por Borges<sup>292</sup>, como segue:

<sup>289</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociología del Riesgo**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. 3. ed. México, DF: Universidade Iberoamericana, 2006, p.40. Tradução livre: “O esforço por fundamentar as decisões mediante cálculos racionais não só resultam inexitoso, mas também arruína finalmente a pretensão de racionalidade do método e do procedimento.

<sup>290</sup> Caso riquíssimo demonstrando de “discurso de autoridade”, destaca a repulsa da jurisprudência à doutrina. Não sendo exceção à regra, é o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial Nº 279.889, procedente de Alagoas, onde o então Ministro assim se manifesta: “**Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal**”. (Não grifado no original.)

<sup>291</sup> Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial número 429.923/SP. Relator: Ministro Humberto Martins. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgado em 10.12.2013. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 16.12.2013. Ementa: PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTENTE. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. (...)

**3. É sabido que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu.**(...) Agravo regimental improvido.

<sup>292</sup> BORGES, Marina Soares Vital. Justiça comunitária, administração de conflitos e Antropologia Jurídica: uma contribuição para uma relação processual mais humana. In: COLAÇO, Thaís Luzia. (Org.). **Elementos de Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p.288.



Essa aproximação da realidade social, que aparentemente é desejada pelos órgãos jurisdicionais, só se efetivará na prática quando as instituições e os operadores jurídicos puderem se despir finalmente de suas indumentárias e tratar, nos autos processuais, de conflitos humanos, com a complexidade e incerteza que lhe são próprias. Uma relação processual mais humana e uma decisão próxima da desavença social não serão originárias de leis e procedimentos judiciais mirabolantes, mas sim quando o processo se tornar o que sempre deveria ter sido: um local de fala e escuta, em que as partes, no real sentido da palavra, possam se sentir integrantes e sujeitos da desavença apresentada.

A decisão jurídica/judicial deve analisar sistemicamente o contexto debatido interdisciplinarmente e levar em conta a extensão da repercussão cultural, jurídica, social, econômica e política da decisão. Tal complexidade é potencializada nas sociedades multiculturais, onde o trato com a diferença é uma constante na tentativa de buscar-se uma equidade com valores, culturas, princípios tão diferentes e inúmeras vezes conflitantes.

Entre os vários debates interdisciplinares envolvendo o sistema jurídico, têm ganhado destaque as pesquisas na seara do “Direito e Economia” (*Law and Economics*), como se costuma mencionar a “Análise Econômica do Direito” (*Economic Analysis of Law*). Nesta linha, interessante a reflexão trazida por Posner<sup>293</sup>, como segue:

Tem-se argumentado, inclusive, que o próprio sistema de precedentes é dotado de equilíbrio econômico. Os precedentes são criados como subprodutos do processo judicial. Quanto maior for o número de precedentes recentes numa área, menor será o índice de ações levadas a juízo. (...) porque um julgamento é mais caro do que um acordo.

Em uma sociedade que acontece em inúmeros contextos e descentralizada, por certo, que os diálogos interdisciplinares visam, também, a minimizar os efeitos naturais do inconformismo humano dos jurisdicionados com julgamentos que lhes são desfavoráveis, além de contribuir para a efetividade do procedimento legal e do sistema jurídico, em especial. Apenas para elucidar, vê-se que na seara do direito penal, corriqueiramente percebem-se laudos sociológicos, psiquiátricos e médicos; na área da infância e juventude, notável a contribuição da psicologia e assistência social; no ramo do direito tributário, o constante diálogo e pareceres de cientistas

---

<sup>293</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, página 481. Mais adiante, na página 483, expõe o que segue: “*Por último, mesmo que os juízes tenham pouco compromisso com a eficiência, suas decisões ineficientes irão, por definição, impor custos sociais maiores do que aqueles impostos por suas decisões eficientes.*”

contábeis, administradores e economistas ajudam a compor o panorama que precisa ser “decifrado” pelo (a) juiz(a) na decisão judicial. Esses diálogos contribuem para o crescimento e superação de tais áreas, com uma abordagem sistêmica que repercute em várias áreas e estruturas da sociedade.

Para finalizar, Rocha<sup>294</sup> esboça algumas reflexões de algumas práticas vetustas ainda repercutindo atualmente:

O tema da decisão no Direito ainda se encontra ancorado na “segurança” do individualismo metodológico. Preenchem-se manuais jurídicos com teorias da decisão que pretendem se validar argumentando a partir da decisão de um juiz “x” ou de um juiz “y”. O campo de problematização da decisão jurídica monta suas pautas ainda acreditando que o problema de decidir está na “cabeça” de um juiz (consciência), na sua arbitrariedade ou discricionariedade, se sua decisão é proporcional ou razoável; isso quando ainda não defende que existe “uma decisão correta” para o caso.

A Jurisdição é uma das funções e atividades do Estado. Não deve ser analisada ou vista isoladamente em pleno século XXI, eis que cada decisão repercute e influencia em outros sistemas correlatos, além do próprio sistema jurídico.<sup>295</sup>

Soma-se a isto o fato de que, atualmente, o cidadão exerce, cada vez mais, seu poder de vigilância e de controle, também ocasionado pelo fato de a “democracia” ganhar força como regime, mas decair como forma de sociedade.<sup>296</sup> Ainda, os cidadãos continuam atuando em formas de minorias ativas e comunidades fazendo pressão e expressando suas expectativas e angústias aos que decidem e governam – àqueles que possuem poder de decisão.<sup>297</sup>

A necessidade de decisões responsivas, reflexivas e alteras, vistas e prolatadas em uma perspectiva sistêmica são ainda mais urgentes. Isto porque, ao

---

<sup>294</sup> ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. **RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, volume 4, páginas 193-213, 2012, página 212.

<sup>295</sup> MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad: Historia del constitucionalismo moderno**. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1998, página 69 reflete que “*La pluma es un arma terrible, quizá más peligrosa que la espada.*”

<sup>296</sup> Exemplo riquíssimo no Brasil, é o debate interdisciplinar proporcionado pelas Audiências Públicas, em especial pelo STF em casos de procedimentos jurídico-legais de grandes repercussões, tais como questões Indigenistas, Células –Tronco Embrionárias, Aborto, Licitude de Drogas, etc.

<sup>297</sup> ROSANVALLON, Pierre. **La Sociedad de Iguales**. Traducido por Víctor Goldstein. Buenos Aires: Manantial, 2012, página 17.

analisar a “definitividade e infalibilidade na decisão judicial”, Hart<sup>298</sup> destaca que é preciso cautela e cita exemplos de velhos dogmas como a discricionariedade e que perpassam o imaginário de cidadãos e “operadores” do direito – como, por exemplo, de que o direito ou a constituição é o que os tribunais dizem que é - e que podem repercutir na coerência do sistema jurídico e sua evolução.

### 3.2 O SISTEMA AUTOPOIÉTICO DO DIREITO E ALGUMAS NOTAS ACERCA DA DECISÃO JURÍDICA

Em complementariedade à teoria dos sistemas, abordar-se-á o Sistema Autopoietico do Direito, onde sistemas se reproduzem pelos próprios meios e pelos sistemas que os constituem, bem como das estruturas com suas conexões e temporalizações de sistemas e subsistemas e suas funções maiores. Verificam-se, inúmeras vezes, o fato de que o ser humano deixa de lado alguns sistemas e, além disso, sacrifica outros subsistemas sem perceber a complexidade existente ao seu redor e objetos que configuram o seu entorno.<sup>299</sup>

Isto porque, visando evoluções sociais e sistêmicas, percebe-se cada vez mais difícil observar o Direito contemporâneo utilizando-se somente de critérios mais rígidos, tais como os dogmáticos e normativistas.<sup>300</sup>

Existe um sistema que é simultaneamente ligado ao passado e ao futuro que lida com a ideia de paradoxo. Este sistema simultaneamente fechado e aberto é chamado de sistema autopoietico, que serve como um dos norteadores para os operadores do Direito na tomada de decisões. Assim, ao abordar a teoria dos sistemas autopoieticos juntamente com o paradoxo, a reflexão de Rocha<sup>301</sup> vai no

---

<sup>298</sup> HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 5. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, página 155 e seguintes. Assim, HART narra fatos do “imaginário coletivo”, abordando analogamente com um jogo, onde o placar verdadeiro seria o que o marcador mostra. Continua a pontuar que, embora o marcador – ou árbitro – dê o placar, existem regras anteriores e o marcador deve aplicá-la o melhor que puder.

<sup>299</sup> PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide. A Teoria do Desenvolvimento Sustentável e a Teoria dos Sistemas Autopoieticos. *In*: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos. **Direito Ambiental e Autopoiese**. Curitiba: Juruá, 2012, p.48.

<sup>300</sup> ROCHA, Leonel Severo. Normativismo e Construtivismo Sistêmico. *In*: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL’OLMO, Florisbal de Souza(orgs.). **Diálogo e Entendimento: Direito e Multiculturalismo & Cidadania e novas formas de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.59.

<sup>301</sup> ROCHA, Leonel Severo. Normativismo e Construtivismo Sistêmico. *In*: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL’OLMO, Florisbal de Souza(orgs.). **Diálogo e Entendimento: Direito e Multiculturalismo & Cidadania e novas formas de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.58.

sentido de que “a ideia de autopoiese surge como uma necessidade de se pensar aquilo que não poderia ser pensado.”

Antes de se relatar as fases da autopoiese até os dias atuais, Luhmann<sup>302</sup> expõe o que seria a gênese da autopoiese e do que futuramente seria a teoria do sistema autopoietico. As primeiras linhas acerca da autopoiese, bem como seu divisor de águas, deu-se mesmo nas pesquisas do biólogo chileno Humberto Maturana<sup>303</sup>, que iniciou os estudos na sua área das ciências biológicas, até posteriormente, repercutir em outras áreas do conhecimento e ganhar maior destaque na seara da sociologia jurídica, como segue:

Humberto Maturana (1928). Biólogo chileno. Durante um estágio de pesquisa no MIT de Cambridge, Massachusetts, realiza experimentos que alcançam reconhecimento internacional, sobre neurofisiologia da percepção. Estabelece contato com o Biological Computer Laboratory, onde colabora com Gotthard Günther, e também publica seu relatório sobre a biologia da cognição. Desenvolve uma teoria que busca colocar a circularidade da questão da reprodução da vida no centro de uma teoria epistemológica do conhecimento. Seu conceito fundamental, a autopoiesis, expressa a autoprodução da vida, por meio de elementos que são, por sua vez, reproduzidos pela vida.

A teorização acerca da problemática sistêmica quanto à autorreferência do sistema jurídico – “que emerge sempre que se trate de apreender e aferir situações do mundo real a partir da simples distinção “legal/ilegal” “(Recht/Unrecht)”<sup>304</sup> - e da autopoiese seriam, para Clam<sup>305</sup>, ao refletir sobre a Autopoiese no Direito, sendo esta “o último círculo da teoria ‘jus sociológica’ luhmaniana.”

<sup>302</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p.78.

<sup>303</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, página 119/120 LUHMANN esclarece: “Na definição de Maturana, *autopoiesis* significa que um sistema só pode produzir operações na rede de suas próprias operações, sendo que a rede na qual essas operações se realizam é produzida por essas mesmas operações. A formulação é, evidentemente, cheia de pressupostos.

Quando, para explicar o conceito de autopoiesis, toma-se como ponto de partida o encerramento de operação, entende-se, então, por autopoiesis, que o sistema se produz a si mesmo, além de suas estruturas: há computadores que podem criar seus próprios programas, mas não criar a si mesmos. Os sistemas são autônomos no nível das operações. A categorização da autopoiesis assume como ponto de partida a questão radical da autonomia, já que define o sistema a partir de seus próprios elementos.”

<sup>304</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p.6

<sup>305</sup> CLAM, Jean. A autopoiese no Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p.89.

Com alguns esboços, passa-se, então, ao significado de autopoiese até chegar-se às definições e repercussões do sistema autopoietico do Direito, sendo que Teubner<sup>306</sup> afirma ser um dos problemas fundamentais da pós-modernidade o da “autonomia do sistema jurídico.”

No âmbito da sociologia jurídica, Luhmann<sup>307</sup> contextualiza os sistemas autopoieticos afirmando desta forma que “(...) *los sistemas autopoieticos son siempre sistemas históricos, que parten del estado inmediatamente anterior que ellos mismos han creado. Lo que hacen lo hacen por primera y por última vez.*” Neste sentido, a autopoiese faz referência àqueles sistemas que conseguem autorreproduzir seus componentes mais elementares.<sup>308</sup> Além disso, a autopoiese é “essencialmente uma obra do tempo como forma de efetuação recursiva do sistema nas suas operações.”<sup>309</sup>

A primeira fase da teoria autopoietica é chamada por Teubner<sup>310</sup> de “autopoiese do biológico”, em consonância com a gênese dos experimentos de Humberto Maturana na área da biologia molecular, na tentativa de buscar alguma resposta imbricada nas ciências e na filosofia, qual seja, a *vida*. Ao analisar o sistema autopoietico nesta primeira fase, Luhmann<sup>311</sup> destaca que Maturana trouxe um elemento novo ao conceito de autopoiese, afirmando que tais sistemas autopoieticos produzem por si mesmos, além de estruturas, elementos que estão constituídos e entrelaçados nestes elementos e estruturas.

Após esta primeira fase da teoria autopoietica, há então a passagem de uma autopoiese do biológico para voltar-se para uma autopoiese do social, existindo um traço marcante da evolução e do crescimento científico interdisciplinar, sendo que Luhmann sempre insistiu na autonomia entre sistemas biológicos e os sistemas

---

<sup>306</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p.XXIII.

<sup>307</sup> LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002, p.32. Tradução livre: Os sistemas autopoieticos são sempre sistemas históricos, que partem de um estado imediatamente anterior e por eles mesmos criados. O que tais sistemas fazem, os fazem por primeira e última vez.

<sup>308</sup> DUARTE, Francisco Carlos; ROCHA, Leonel Severo; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A Constitucionalização do Tempo. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Nº 12, Páginas 141-157, jul./set. 2010, p.147.

<sup>309</sup> Idem..

<sup>310</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p.VI.

<sup>311</sup> LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006, p.44 e 45.

sociais. Nesta linha de abordagem, Teubner<sup>312</sup> destaca que somente pelas mãos de Niklas Luhmann e sua genialidade “*que a transposição e aplicação da teoria da autopoiesis ao domínio das ciências sociais ganhariam uma nova e autônoma dimensão.*”

Esta nova dimensão é destacada por Luhmann<sup>313</sup> quando afirma que “*autopoiesis es, entonces, sobre todo, la producción de indeterminación interna en el sistema, que sólo puede reducirse a través de la construcción de estructuras sistémicas propias.*”

No sistema jurídico hodierno, vê-se que a utilização de argumentação utilitarista é perigosa por simplificar e, muitas vezes, execrar a complexidade do direito com a utilização de uma lógica binária em vez de ser observado, por várias perspectivas e contextos, o sistema jurídico como um todo, bem como, o subsistema jurídico-processual, eis que se trata de decisões judiciais a serem prolatadas com inúmeras repercussões. Autopoiese seria equiparada à organização, não guardando semelhança com a estrutura. Neste sentido, Rocha<sup>314</sup> contribui afirmando que:

Trata-se de uma sociedade que não se dá em um único contexto. São vários contextos de sentido, e estes vão se autorreproduzindo de modo autopoietico, de modo a constituírem um fechamento gerador da sua própria ordem de sentido. Contudo, quando estas ordens do sentido entram em conflito, não há critério a priori para resolver este tipo de situação.

Quanto à autorreprodução, é preciso certa cautela para que a tese dos sistemas autopoieticos não seja mal compreendida, pois, conforme Clam<sup>315</sup>, além de elucidar que todo o sistema autopoietico é paradoxal, “*a autopoiese não é nada mais*

---

<sup>312</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p.X.

<sup>313</sup> LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006, p.46. Tradução livre: “Autopoiese é, então, sobretudo, a produção de indeterminação interna no sistema, que só pode ser reduzida através da construção de estruturas sistêmicas próprias.”

<sup>314</sup> ROCHA, Leonel Severo ; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. **RECHTD**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 4, p. 193-213, 2012, p.200.

<sup>315</sup> CLAM, Jean. A Autopoiese no Direito. *In.*: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.91. Mais adiante, na mesma página, o autor refere: “A temporalização, como desdobramento da simultaneidade de um grande número e de um emaranhamento extremo de interdependências sobre a sequencialidade temporal, é uma estratégia de redução da complexidade, sobretudo da complexidade ligada à não coincidência do conjunto dos enunciados, das comunicações e das decisões do sistema, com um fundamento último que lhes dá consistência. Somente o tempo, a efetuação factual de um momento a outro da função do sistema, responde à hipercomplexidade produzida, sempre, perante o sistema.”

*que uma sucessão contínua de “impulsos” de uma operação a outras, nas quais reúnem, de momento a momento, as construções da realidade que conservam e fazem perdurar o sistema.”*

Um destes paradoxos, na mesma esteira do referido linhas acima diz respeito à *Indeterminação* da sociedade contemporânea, sendo destacado por Teubner<sup>316</sup> que *“a indeterminação do direito aparece assim diretamente relacionada com a sua autonomia.”* Nesta mesma linha, Rocha<sup>317</sup> afirma que *“nesta linha de ideias, a sociedade moderna possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo, que não cessa de produzi-las.”*

Nesta esteira, o Procedimento Legal em sociedades multiculturais merece atenção e maior efetividade para tratar de acolher e explorar com a reflexão e possível redução de paradoxos de um sistema jurídico legal e procedimental para, na linha da Teoria dos Sistemas e Autopoiese, torná-lo mais efetivo, reflexivo e responsivo o Procedimento Legal, até culminar na decisão jurídica que responda a estes anseios de cidadãos que, muitas vezes restam mais angustiados após a intervenção na esfera do judiciário do que antes do ingresso. Isto porque, a simples padronização e homogeneização de culturas, pessoas, etnias, gêneros diferentes por parte do Poder Judiciário são perigosas, eis que a homogeneização pura e simples é, para Semprini<sup>318</sup>, obtida pela *“simplificação do complexo, por eliminação da diferença.”* Na sociedade contemporânea, em que o instantâneo emerge também onde se destacam vários e diferentes contextos, culturas, merece um procedimento legal menos engessado e rígido, eis que a pura e simples repetição do anteriormente já feito não gera “segurança”.<sup>319</sup>

Nesta mesma linha, ao abordar o Direito Autopoiético e fazer uma leitura autopoiética do sistema jurídico, Clam<sup>320</sup> destaca que a positividade é insuficiente para explicar o que o sistema jurídico é nos dias de hoje, além disso, não consegue

---

<sup>316</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p.4.

<sup>317</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1998, p.100.

<sup>318</sup> SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Tradução de Laureano Pelegrin. Bauru, SP: EDUSC, 1999, p.158.

<sup>319</sup> ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoiética. **RECHTD**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 4, p.193-213, 2012, p.201/202.

<sup>320</sup> CLAM, Jean. A Autopoiese no Direito. *In.*: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.99.

explicar como tal sistema realiza suas funções e quais suas evoluções internas que tal sistema conhece. Continuando, o autor assevera que o direito da sociedade deve manter-se “*em um alto nível de abstração e de performance no coração de uma comunicação social, na qual as teorias autorreferenciais fazem com que compreendamos melhor a complexidade.*”<sup>321</sup>

Analisada sistemicamente, a decisão jurídica/judicial deve ser casuisticamente motivada, fundamentada e adequada aos parâmetros constitucionais sendo que, no caso brasileiro, em tese, a existência de relatório, motivação/fundamentação e dispositivo, atenderia a exigência posta na Constituição Federal de 1988. O sentido pragmático é destacado por Rocha e Azevedo<sup>322</sup> que esclarecem que é necessário, que o sistema jurídico construa e trate – quiçá solucione – os conflitos sociais, desenvolvendo uma orientação do comportamento para a maior “*qualidade de prestação que faz o Direito para outros sistemas funcionais.*”

Embora haja previsão infraconstitucional mais específica – tais como: códigos de processo civil - em vários países houve a constitucionalização do dever de motivar e fundamentar as decisões judiciais.<sup>323</sup> Ao tratar das disposições gerais do Poder Judiciário, no exemplo brasileiro, o Artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988,<sup>324</sup> aponta critérios delineados no sentido de esclarecer suas repercussões no sistema jurídico como um todo, inclusive podendo ser declarada

<sup>321</sup> CLAM, Jean. A Autopoiese no Direito. *In.*: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoético do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.99.

<sup>322</sup> ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoética. **RECHTD**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 4, p. 193-213, 2012, p.208.

<sup>323</sup> PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil: o conteúdo processual da Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.66/67, onde é apontado o seguinte: “Na Constituição portuguesa, de 1976, o art. 205 estabelece que “as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei”. Na da Espanha, de 1978, seu art. 120 dispõe que “(...) 3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”. Semelhante é o regramento belga (Constituição de 1994, art. 149: “tout jugement est motive. Il est prononcé en audience publique”), italiano (Constituição de 1947, art. 111, “tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivate”) e holandês (Constituição de 1983, art. 121: “except in cases laid down by Act of Parliament, trials shall be held in public and judgements shall specify the grounds on wich they are based. Judgements shall be pronounced in public.”)

<sup>324</sup> CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Artigo 93, Inciso IX, dispõe: Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

**IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos,**



nula a decisão judicial, caso seja prolatada sem a devida fundamentação, o que deve ser obedecido em todos os julgamentos. Ao analisar tal dispositivo constitucional, Porto e Ustárroz<sup>325</sup> refletem que

Tradicionalmente, a motivação é encarada como a contrapartida do sistema da persuasão racional. Se, por um lado, o magistrado é livre para formar o seu convencimento, por outro, deve prestar contas às partes e à sociedade, declinando nos autos as razões que o levaram a adotar sua conclusão.

Isto porque a função e posição dos tribunais no sistema jurídico é uma questão central, onde a legislação seria a questão *periférica* – situada na fronteira com o sistema político.<sup>326</sup> Este papel decisório, ou seja, o “agente decisor” é um sujeito/indivíduo que irá atribuir motivação de tal decisão e assim realizará a eleição de uma alternativa, o que poderá acarretar no paradoxo – ou problema – posto por Luhmann no sentido de que nenhum indivíduo pode, por si mesmo, produzir a compreensão do outro.<sup>327</sup>

Assim, o sistema jurídico tornou-se funcionalmente diferenciado como subsistema social, em especial pela ascensão de um código binário próprio, que opera em uma rede circular fechada de operações sistêmicas que assegura a autorreprodução recursiva. Conforme ressaltado anteriormente, o aludido código é estabelecido pelo binômio legal/ilegal.<sup>328</sup>

---

às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

<sup>325</sup> PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil: o conteúdo processual da Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p.66.

<sup>326</sup> CLAM, Jean. A Autopoiese no Direito. *In.*: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoético do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.117. Na página 118, o autor afirma que “Os tribunais são o coração da clausura operativa do sistema jurídico.

<sup>327</sup> ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoética. **RECHTD**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 4, p. 193-213, 2012, p. 204.

<sup>328</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, páginas XIII e XIV. Já na página XXII, o autor esclarece o seguinte: “O sistema jurídico aparece aqui concebido como um sistema auto - referencial e auto-reprodutivo de actos de comunicação particulares (os actos jurídicos), ou seja, um sistema constituído por eventos comunicativos específicos que, simultaneamente, se auto-reproduzem à luz do código binário “legal/ ilegal”, se articulam recursiva e circularmente entre si, definem as fronteiras do sistema jurídico, e constroem o seu meio envolvente próprio (“realidade jurídica”): numa palavra, um sistema comunicativo “normativamente fechado”.”

Contextualizando as argumentações aqui trazidas e adequando-as ao sistema jurídico, a evolução dos sistemas sociais, para Luhmann<sup>329</sup> obedece a necessidade de tomar decisões concomitantemente com a necessidade de comunicar decisões no intuito de fixar os pontos de partida para as decisões que se seguirem.

Destaca-se que Clam<sup>330</sup> reflete que “*não há gradualidade na autopoiese: ou o sistema é autoprodutor, ou ele não o é.*” Assim, a teoria da autopoiesis vem oferecer uma análise mais ampla das soluções da prática jurídica para o problema da indeterminação do direito, segundo Teubner<sup>331</sup>, graças à conjugação de quatro elementos: autorreferência, paradoxo, indeterminação e estabilidade através de valores próprios. Mais adiante Teubner<sup>332</sup> esclarece assim:

Ou seja, através da aplicação, da sua própria distinção entre legal/ ilegal, o sistema jurídico constrói-se a si mesmo na base de um círculo autorreferencial. Semelhante autorreferencialidade conduz inevitavelmente a situações tautológicas e paradoxais, sendo assim, por conseguinte, responsável por uma relativa indeterminação do próprio direito.

A indeterminação é uma condição de possibilidade para a atuação da autopoiese onde “*o sistema se encontra em constante estado de incerteza em relação ao seu ambiente, ambiente este sempre mais complexo que o próprio sistema.*”<sup>333</sup>

Considerando algumas anotações da análise do sistema autopoietico do Direito, para Teubner<sup>334</sup> “*A teoria dos sistemas deve muito do seu sucesso ao facto de perspectivar os sistemas como realidades abertas e adaptáveis ao respectivo meio envolvente ("Umwelt", "environment").*”

---

<sup>329</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006, p.125.

<sup>330</sup> CLAM, Jean. A Autopoiese no Direito. *In.*: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.100.

<sup>331</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p.24.

<sup>332</sup> Idem.

<sup>333</sup> ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. **RECHTD**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 4, p. 193-213, 2012, p.196.

<sup>334</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p.27.

Com isto, Rocha<sup>335</sup> afirma que “do ponto de vista sistêmico pode-se afirmar que o sistema do Direito é operativamente fechado e cognitivamente aberto ao mesmo tempo.” Esclarecendo melhor, o sentido do Direito é complementado pelo contexto. O sistema do Direito é autopoiético, isto é, reproduz de forma condicional os seus elementos diferenciando-se de suas consequências cognitivas. O sistema do Direito e seus subsistemas são constituídos por uma lógica que articula simultaneamente a repetição e a diferença.<sup>336</sup>

### 3.3 SISTEMAS JURÍDICOS E POLICONTEXTURALIDADE

Indubitavelmente a sociedade multicultural se dá em múltiplos contextos, sendo diversificada, plural e heterogênea por excelência, onde a igualdade é tratada inclusive como uma “ilusão”.<sup>337</sup> Com a expansão e abertura de fronteiras, redução de distâncias, globalização, acesso à informação, intercâmbios de culturas, heterogeneidades culturais e econômicas, houve uma maior intersecção entre o Direito e o Multiculturalismo, com reflexões e diálogos ganhando maior destaque e aproximação, na mesma medida em que ganham prestígio como local de fala ao abordar o trato com a diferença e com o *outro* de forma constante, densa e profunda corroborando com a promoção e construção de debates interdisciplinares ante a notável diversidade cultural.

Com pesquisas e evoluções teóricas, a sociedade passa a ser investigada e descrita – ou autodescrita - com dois meta-conceitos em especial, quais sejam: policontextural e hipercomplexa.<sup>338</sup> No mesmo sentido de tal expansão, vê-se a

<sup>335</sup> ROCHA, Leonel Severo. Normativismo e Construtivismo Sistêmico. SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL'OLMO, Florisbal de Souza(orgs.). **Diálogo e Entendimento: Direito e Multiculturalismo & Cidadania e novas formas de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.60.

<sup>336</sup> Ibidem, p.49 e 60.

<sup>337</sup> BERTASO, João Martins; SANTOS, André Leonardo Copetti. **Cidadania e direitos culturais: a tutela judicial das minorias e hipossuficientes no Brasil**. Santo Ângelo: FuRI, 2013, onde, na página 81, COPETTI reflete o seguinte: “A igualdade é um dos produtos que a ciência jurídica moderna consagrou para iludirmos com firmezas, com certezas míticas que fundam a instituição imaginária da sociedade. A igualdade deve ser entendida como um princípio de existência, como um princípio do pensamento, como um princípio de valor e de ação que nos foi imposto para apresentar o mundo com a ocultação do caos, da desordem, da incerteza, da diferença, da diversidade e do pluralismo que lhe são próprios. A diversidade, em sentido contrário, significa uma potencialidade emancipatória de recolocação dos desejos no mundo, pela abolição da mentalidade moderna castradora.”

<sup>338</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrete. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006, p.707

erosão de alguns vetustos dogmas do pensamento jurídico, tais como: a figura do Estado legislador e soberano, formas rígidas e quase imutáveis e, simultaneamente, o aumento exponencial do espaço das novas tecnologias em destaque em nosso cotidiano, o que é acentuado por Supiot<sup>339</sup> “*na lógica da sociedade da informação e da comunicação.*”

Evidentemente que se acentua a necessidade de uma reflexão, comunicação e ação sob o prisma da teoria sistêmica e suas decorrentes repercussões. Ao desenvolver o raciocínio nestes novos fenômenos sociais de uma sociedade interligada em rede, onde a informática ao mesmo tempo rompe e introduz diferenças em nossas relações com textos, informação, transmissão de dados, velocidade e quase instantaneidade no compartilhamento de notícias, imagens, informações, saberes, Supiot<sup>340</sup> constata que:

Em Direito como em outras áreas, a hora é das redes, ou seja, das estruturas policêntricas, das quais cada elemento é a um só tempo autônomo e ligado a todos os outros. Basta para vê-lo, comparar essas três noções dos conceitos que se escondem atrás das três siglas familiares a todo leitor "ligado": "html", "www" e PC.

Existe um critério de análise e investigação na pós-modernidade que serve como critério de uma possível construção de uma análise mais aprofundada do Pluralismo Jurídico Transnacional, ou seja, a evidência e o reconhecimento de inúmeros centros produtores de direito na sociedade.<sup>341</sup> Os avanços e intercâmbios proporcionados pelas reflexões em direito comparado estão imbricados a este pluralismo jurídico global, que é bem esclarecido por Lescano e Teubner<sup>342</sup>, que conceituam assim:

---

<sup>339</sup> SUPIOT, Alain. **Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p.146.

<sup>340</sup> Ibidem, p.147.

<sup>341</sup> ROCHA, Leonel Severo. Policontextualidade e Estado. **Direitos Culturais(URI)**, número 6, v. 4, p. 11-20, junho de 2009, página 15, onde acentua-se a seguinte reflexão: “Uma grande mudança teórica e política ocorrida no final do século XX e, neste início do séculoXXI, no raciocínio jurídico, foi o denominado Pluralismo Jurídico. O pluralismo jurídico provocado pelo sucesso da sociologia do Direito é mais interessante do que o pós-positivismo. Por quê? O pluralismo jurídico já percebeu, e desde os seus primórdios, que o Estado – nem estou falando na crise do Estado – não é o único centro produtor de normatividade. Isto quer dizer, que existem outros centros produtores de direitos na sociedade.”

<sup>342</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Colisões de regimes: A busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**. Belo Horizonte, ano 6, número 21, jan./mar. de 2012, p.1-47, p.3.

O pluralismo jurídico global, no entanto, não é simplesmente o resultado de um pluralismo político. É, ao invés, a expressão de contradições profundas entre setores colidentes de uma sociedade global. Em seu cerne, a fragmentação do direito global não se reduz à colisão de normas jurídicas ou a conflitos entre políticas. Sua origem está, na verdade, nas contradições entre racionalidades institucionais espalhadas por toda a sociedade — as quais o direito não pode solucionar, mas que impõem a necessidade de uma nova abordagem jurídica para as colisões normativas.

Com a fragmentação de sentido e centralidades políticas na pós-modernidade, surge a referida “Policontexturalidade” como critério destas investigações e possível forma de enfrentamento e reflexão da sociedade atual com os riscos criados pelo desenvolvimento mundial.<sup>343</sup> Para Rocha<sup>344</sup>, ao contextualizar o sentido dos sistemas jurídicos, analisa a policontexturalidade afirmando que *“esta se torna, em um mundo onde o Direito é fragmentado em um pluralismo em que o Estado é apenas mais uma de suas organizações, um referente decisivo para a configuração do sentido.”* A terminologia é a de que “policontexturalidade” seria uma metáfora reutilizada por Niklas Luhmann e Günther Teubner para a investigação da fragmentação do sentido na pós-modernidade onde seria possível a observação e descrição de vários sistemas, bem como da repercussão em outros sistemas onde analisados, seria possível reduzir a complexidade criada pelo surgimento e reconhecimento de inúmeros contextos e repercussões nas inovações oferecidas na contemporaneidade.<sup>345</sup> Atualmente, a análise e estudos da policontexturalidade são centrados em Günther Teubner, e proporcionam importantes celebrações e contributos na formação de “estruturas constitucionais pluralistas”<sup>346</sup> da sociedade moderna.

Na reflexão de Luhmann<sup>347</sup>, a sociedade moderna é um sistema policontextural, que permite incontáveis descrições acerca das complexidades

<sup>343</sup> ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Policontexturalidade e Direito Ambiental Reflexivo. **Sequência (UFSC)**. Número 53, p.9-28, dezembro de 2006, p.9.

<sup>344</sup> ROCHA, Leonel Severo. Teoria do Direito no século XXI: da Semiótica a Autopoiese. **Sequência (UFSC)**, v. 62, p. 193-222, julho de 2011, p.209.

<sup>345</sup> ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Policontexturalidade e Direito Ambiental Reflexivo. **Sequência (UFSC)**. Número 53, p.9-28, dezembro de 2006, neste ponto em especial, as p.10 e 23.

<sup>346</sup> THORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, página 5. O autor destaca o seguinte: “It is apparent more recently in the post-Luhmannian school of legal analysis, centred around Gunther Teubner, which, although largely focused on the changing sources of private law, has provided an outstandingly complex account of the pluralistic constitutional structures of modern society.”

<sup>347</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrete. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006, páginas 21/22. Já na página 62, LUHMANN reflete que: “Un sistema

produzidas nesta sociedade, acreditando, ainda, ser quase impossível vingar socialmente uma descrição monocontextual, pelo menos no que atine a investigações na seara da teoria da sociedade. Sinteticamente, Rocha<sup>348</sup> conceitua e define a policontextualidade da seguinte forma:

A policontextualidade é uma proposta que permite que se observem a partir das categorias da teoria dos sistemas os novos sentidos do Direito. Por exemplo, relacionando-o com o sistema político observar desde a forma sistema/ambiente que existem centros e periferias dentro da sociedade global. (...) Nas sociedades complexas está surgindo assim uma nova cultura jurídica.

Com o fenômeno da globalização e inovações tecnológicas que propiciam a quase instantaneidade da comunicação em nível global, são evidenciadas e conhecidas culturas, etnias, religiões, grupos, credos que por muito tempo ficaram latentes. Em conformidade com a análise das transformações e rupturas proporcionadas pelas novas tecnologias, informática, nesta senda, tem-se o contributo preciso de Ferrajoli<sup>349</sup>, refletindo que *“hoje, graças à rapidez das comunicações, nenhum acontecimento no mundo nos é alheio e nenhuma parte do mundo nos é estranha.”*

Neste mosaico de evidentes diferenças e da diversidade, a riqueza da alteridade é um dos destaques quando se aborda o trato com o “outro”, nas mais diversas culturas. Interessante destacar a análise de Niklas Luhmann acerca da atual percepção de “cultura”, que em sua reflexão significa um modo de observação visando oportunidades de comparação.<sup>350</sup>

Existem inúmeros paradoxos que devem ser tratados em busca de uma possível equidade. Destacam-se, como um destes paradoxos os sistemas jurídicos dogmáticos – quase – estáticos e, de outro lado, os movimentos sociais e mudanças políticas a nível mundial, que são uma constante. Existe, ainda, a resistência por alguns grupos e setores da sociedade na busca incessante – ou obsessão - por uma

---

social —y naturalmente de modo especial una sociedad— puede observarse a sí mismo simultánea o sucesivamente de maneras muy diversas — diríamos que “policontextuales”. No existe, pues, ninguna coacción por parte del objeto para integrar las autoobservaciones: el sistema hace lo que hace...”

<sup>348</sup> ROCHA, Leonel Severo. Policontextualidade e Estado. **Direitos Culturais(URI)**, número 6, v. 4, p. 11-20, junho de 2009, p.16.

<sup>349</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.47.

<sup>350</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006, p.759

igualdade instrumentalizada, formal, ainda baseada na ordem e na certeza, sendo que produz reflexos nos sistemas jurídicos como um todo, onde Santos<sup>351</sup> assevera o seguinte:

Coincidentemente com o princípio da igualdade, que atua cancelando as diversidades de fato que se consideram irrelevantes, de acordo com um conjunto de razões de segunda ordem, a lógica que anima ao princípio da segurança jurídica é a simplificação do Direito, mediante regulações gerais e homogeneizantes em grande medida, critérios unívocos de interpretação e atos mecânicos, e, portanto, também gerais, na aplicação e na exigência coativa do cumprimento das normas.

Embora existam tantas evidências quanto à substancial heterogeneidade da sociedade em inúmeros vetores, ainda vive-se com a tendência no interior dos sistemas jurídicos e seus subsistemas, da ilusão da igualdade formal - de tratamento -, aos cidadãos jurisdicionados, com a planificação por parte de órgãos do poder estatal na tentativa constante de aumentar índices de produtividade e percentuais que ajudam a editar inclusive novas súmulas, por exemplo, obstaculizando um efetivo acesso à justiça e inclusão social. Como um destes resultados, veem-se inúmeras vezes, procedimentos legais onde é modificado o foco da discussão a questões meramente formais, debates risíveis, valorizando-se simplesmente o método pelo método.

Assim, começa a questionar-se e transcender o pensamento de centralidade ante a fragmentação social, política e jurídica.<sup>352</sup> Logo, o campo jurídico estatal, rígido, quase imutável, e o caráter e argumentação unívoca começa a ser superado. Os sistemas jurídicos que anteriormente bradavam segurança jurídica, certeza e ordem começam a sofrer abalos e serem repensados.<sup>353</sup> Neste ponto, a contribuição de Ferrajoli<sup>354</sup> é precisa:

No estado de direito, portanto, não existe nenhum soberano, a menos que não se entenda como 'soberana', com puro artifício retórico, a própria constituição, ou melhor, o sistema de limites e de vínculos jurídicos por ela impostos aos poderes públicos já não mais soberanos.

---

<sup>351</sup> BERTASO, João Martins; SANTOS, André Leonardo Copetti. **Cidadania e direitos culturais: a tutela judicial das minorias e hipossuficientes no Brasil**. Santo Ângelo: FuRI, 2013, p.68/69.

<sup>352</sup> ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Policontextualidade e Direito Ambiental Reflexivo. **Sequência (UFSC)**. Número 53, p.9-28, dezembro de 2006, p.19.

<sup>353</sup> BERTASO, João Martins; SANTOS, André Leonardo Copetti. **Cidadania e direitos culturais: a tutela judicial das minorias e hipossuficientes no Brasil**. Santo Ângelo: FuRI, 2013, p.72.

<sup>354</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.44.

A ideia de centralidade, racionalismo e iluminismo começam a enfraquecer, embora ainda subsistam. Assim, nas últimas duas décadas do século XX, as constituições passam a se ocupar com direitos de natureza transindividual – ou supraindividual – que estão vinculados, diretamente à qualidade de vida dos cidadãos, tais como: meio ambiente, experimentações médicas e políticas públicas.<sup>355</sup> Com a sociedade heterogênea, novas tecnologias, globalização, começaram a ocorrer uma crise dos paradigmas constitucionais. Neste aspecto, Sarmiento<sup>356</sup> reflete e desenvolve a questão:

Observa-se, porém, que o ocaso do Estado-Nação não está sendo acompanhado pelo surgimento de alguma outra instituição que possa legitimamente substituí-lo. E, evidentemente, a crise do Estado contagia a Constituição, que tende a perder a sua centralidade no processo de regulação da vida social. Este quadro se dramatiza na medida em que se constata a inexistência, no arsenal do direito contemporâneo, de outro instrumento que possa desempenhar o papel atribuído pela modernidade à Constituição. Assim, o futuro que se antevê para o constitucionalismo do próximo milênio é, no mínimo, incerto e nebuloso.

No excerto acima citado, talvez o referido autor veja com certo pessimismo e cautela algumas mudanças. Embora o respeito às suas ideias, fato é que a sociedade vive em constante transformação e, pelo fenômeno da globalização, começam-se a observar sinais, culturas, diferenças, manifestações que anteriormente nós – enquanto sociedade - não observávamos estas evidências.<sup>357</sup> Ademais, com a internet e suas redes sociais e suas infinitas possibilidades, houve uma verdadeira explosão de intercâmbios e compartilhamentos entre culturas, saberes e informações das mais variadas naturezas, todos em constante movimento, não fazendo sentido algum apostar na estática de algumas fórmulas e sistemas – entre eles o jurídico – sendo que esta sociedade em constante movimento dá sentido e possibilita as conexões e articulações entre os sistemas, enfim, dão “vida” a tais sistemas.

---

<sup>355</sup> SARMENTO, Daniel. Constituição e Globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. In: Programa de Pós-Graduação da UERJ. (Org.). **Anuário Direito e Globalização - "A soberania"**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1, p. 53-70, p.57.

<sup>356</sup> Ibidem, p. 53-70, p.59.

<sup>357</sup> ROCHA, Leonel Severo . Policontextualidade e Estado. **Direitos Culturais (URI)**, número 6, v. 4, p. 11-20, junho de 2009, p.15.



Um dos aspectos presentes no debate quanto à globalização, na reflexão proporcionada por Matias<sup>358</sup>, seria da “*possibilidade de que os interesses privados prevaleçam sobre os interesses públicos seria, assim, a grande ameaça da globalização.*” Nesta senda, significaria algo como a privatização do público, ou seja, da evidência de que grandes corporações e suas regras sobrepujem ordenamentos jurídicos legítimos e solidamente constituídos.

Neste ponto, uma das grandes críticas e desafios é a de quais seriam os critérios para que sejam estabelecidos e efetivados os ajustes para observar e descrever os resquícios das estruturas ditas monocontexturais com as estruturas policontexturais e, posteriormente, descartar a homogeneidade proporcionada por lugares lógicos, reajustando-se e adequando-se tais descrições de estruturas monocontexturais para estruturas policontexturais.<sup>359</sup>

Nesta linha, direitos humanos, policontexturalidade e globalização estão diretamente vinculados, entrelaçados. A diversidade e paradoxos de culturas, etnias, religiões, territórios, crenças, grupos é incontável, tornando quase utópico um consenso entre direitos humanos ou eventual equalização na seara da globalização. Embora algumas divergências terminológicas, a contribuição de Flores<sup>360</sup> é precisa:

Ya no se trata de analizar las tendencias homogeneizadoras que pretenden aparentemente evitar las discriminaciones, con el efecto perverso de reducir a ceniza las diferencias e imponer una sola visión del mundo como la universal. Se trata ahora de contraponer los conceptos de igualdad y desigualdad. En este nivel abandonamos el terreno del “sameness”, del esfuerzo tendente a potenciar la igual identidad de todos ante el derecho, para adentrarnos en la problemática de la igualdad, la cual conceptualmente no se opone a “diferencia”, sino a desigualdad.

---

<sup>358</sup> MATIAS, Eduardo Felipe. **A Humanidade e Suas Fronteiras - do Estado Soberano à Sociedade Global**. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p.195. Na mesma página, o autor aponta ainda que “*se os mercados financeiros internacionais estiverem acima do processo democrático, há algo de errado no sistema.*”

<sup>359</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006, p.867 e 896.

<sup>360</sup> FLORES, Joaquín Herrera. Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: Tres Precisiones Conceptuales. *In*: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Organizadores). **Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p.82. Tradução livre: “Já não se trata de analisar as tendências homogeneizadoras que pretendem aparentemente evitar as discriminações, com o efeito de reduzir a cinzas as diferenças e impor uma só visão de mundo como sendo a universal. Trata-se agora de contrapor os conceitos de igualdade e desigualdade. Neste nível abandonamos o terreno do “sameness”, do esforço tendendo a maximizar a igual identidade de todos ante o direito, para adentrarmos na problemática da igualdade, a qual conceitualmente não se opõe a “diferença”, mas a desigualdade.”

Neste desafio, existe a grandiosa contribuição do direito comparado, onde sistemas jurídicos dos mais diversos países são analisados e comparados para o intercâmbio e/ou eventual adoção de critérios suscetíveis de equivalência entre os Estados e que, além de realizar um rico diálogo entre culturas, define-se também como “Pluralismo da Policontextualidade.”<sup>361</sup>

Os sistemas sociais e a sociedade em si podem observar-se a si mesmos simultaneamente e sucessivamente nos mais diversos ângulos, eis que são policontextuais e, logicamente, não se pode proceder de reduzir, ante tais evidências, apenas uma opinião correta.<sup>362</sup> Na reflexão de Rocha e Azevedo<sup>363</sup>, “a sociedade passa a se descrever como policontextual, heterárquica, isto é, um conjunto que não se reduz a uma unidade nem a uma centralidade.” Isto porque a policontextualização faz da sociedade uma heterarquia, ou seja, os pontos de dominância estão distribuídos dentro da sociedade de maneira horizontal, e não mais uma estrutura vertical.<sup>364</sup>

Acontece que, embora a mencionada “heterarquia”, palpável no seio da sociedade, existe um reflexo direto desta nos sistemas jurídico-legais, eis que ainda vigente a hierarquia na sociedade, bem como se constata uma hierarquia “judiciária” o que faz perder um pouco da congruência do sistema, análise bem trazida por Lescano e Teubner<sup>365</sup> quando afirmam que os Estados-Nações buscam “a partir da noção de hierarquia, uma solução para o problema que, embora não reproduza inteiramente o ideal da hierarquia normativa do Estado-Nação, ao menos dele se aproxima.”

Nesta linha, tem-se nos sistemas jurídicos em geral a evidência de “hierarquias” de várias espécies, sejam elas entre leis, fontes, normas, cargos, tribunais, decisões, enfim, a sociedade mundial constatada faticamente como horizontal e heterárquica na era da globalização, ainda possui subsistemas,

---

<sup>361</sup> ROCHA, Leonel Severo. Policontextualidade e Estado. **Direitos Culturais (URI)**, número 6, v. 4, p. 11-20, junho de 2009, em especial nas páginas 15 e 16.

<sup>362</sup> LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006, p.62.

<sup>363</sup> ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoiética. **RECHTD**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, v. 4, p. 193-213, 2012, p.201.

<sup>364</sup> Idem..

<sup>365</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Colisões de regimes: A busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**. Belo Horizonte, ano 6, número 21, jan./mar. de 2012, páginas 1-47, página 2.

organizações e algumas formas que perpetuam hierarquias e ainda são observadas como rígidas estruturas verticais.

Assim, observa-se que os modelos policontexturais além de relevantes são ajustáveis e aplicáveis às demandas e debates alusivos às sociedades multiculturais, seja pelo hibridismo e pluralidade dos modelos policontexturais, seja pela alteridade e constante trato com a diferença nos diálogos entre Direito e Multiculturalismo e a Policontexturalidade. Evidentemente que existem inúmeras tensões nestes diálogos, sendo aplicável entre teóricos a expressão “choque de culturas.”<sup>366</sup>

Seria possível, então, a implementação de um “direito mundial”? Ante as tamanhas e evidentes diferenças culturais, econômicas e geográficas, muito lúcida a indagação e consideração de Teubner<sup>367</sup>, nos seguintes termos:

Será a flexibilidade sinal de força ou de fraqueza? Uma vez mais, não deveríamos vê-la como uma desvantagem, e sim como uma característica do direito mundial. Ela é a compensação pela impossibilidade de implementar o direito mundial.

Ao responder a questão, o próprio Günther Teubner teoriza acerca da “flexibilidade” ao vê-la como uma característica do direito mundial. Esta mesma “flexibilidade” é buscada nos diálogos de Direito e Multiculturalismo, muito além da simples tolerância, sendo a flexibilidade ínsita nas teorias que abordam a alteridade, direitos humanos, reconhecimento, globalização. Ademais, a indagação acima trazida por Teubner, possui cunho tipicamente sistêmico. Independentemente da asseverada impossibilidade de implementação de um direito mundial, proporcionada também pelos “conflitos de racionalidade em uma sociedade global policêntrica”<sup>368</sup>, o pensar, comunicar e o agir sistemicamente é um necessário ponto de partida na teorização interdisciplinar na tentativa de interligar uma “constituição parcial transnacional” com uma “teoria sociológica da globalização e do constitucionalismo

<sup>366</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Colisões de regimes: A busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**. Belo Horizonte, ano 6, número 21, jan./mar. de 2012, p.1-47, página 4.

<sup>367</sup> TEUBNER, Günther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, número 33, volume 14, páginas 9/32, Piracicaba, UNIMEP, 2003, p.26.

<sup>368</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Colisões de regimes: A busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**. Belo Horizonte, ano 6, número 21, jan./mar. de 2012, p.1-47, página 4.

social.”<sup>369</sup>

Independentemente de ser utópica uma “Constituição Global” única ou parcial, fato é que existe um hibridismo constante proporcionado pela “Policontextualidade”, sejam por questões sociais, econômicas, políticas, geográficas, culturais, e que repercutem em incontáveis sistemas e subsistemas existentes na sociedade. Assim, a unificação padronizada é agressiva ante os infindáveis contextos e situações proporcionadas por uma sociedade mundial mais que complexa, mas a abertura de sistemas jurídicos e comparações e trocas merece ser uma constante.

---

<sup>369</sup> TEUBNER, Gunther. **Nuovi Conflitti Costituzionali: Norme fondamentali dei regimi transnazionali**. Traduzione dal tedesco di Ludovica Zampino. Milano: Bruno Mondadori, 2012, página 1. Aqui, TEUBNER problematiza questionando qual seria, hoje, o conceito de “Constituição” adequado no atual contexto “transnacional”. Este questionamento é fortificado pela abertura de fronteiras e o fluxo constante de pessoas e empresas entre países. Nestes fluxos, constata-se violações de direitos humanos, legislações trabalhistas e ao meio-ambiente por parte de grandes empresas e corporações transnacionais, que instalam-se em países com legislações e sistemas jurídicos “frágeis”. Assim, neste fluxo muitas vezes incontrolável, cresce a intromissão na esfera pessoal, privada. Posteriormente, na página 4, TEUBNER assevera: “Costituzionalismo al di là dello stato può quindi significare due cose diverse: che i problemi costituzionali si pongono al di fuori dei confini degli stati, in processi politici transnazionali, e contemporaneamente al di fuori del settore politico istituzionalizzato, nei settori "privati" della società mondiale.” Tradução Livre: “Constitucionalismo, para além do Estado, pode significar duas coisas diferentes: que os problemas constitucionais surgem fora dos limites dos Estados em processos políticos transnacionais e, contemporaneamente, fora do campo político institucionalizado, nos setores “privados” da sociedade mundial.”

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inúmeros foram os caminhos percorridos até chegar à finalização da presente Dissertação de Mestrado. Portanto, este é o espaço para fazer os delineamentos e reflexões finais – e sempre parciais - de questões analisadas e contextualizadas ao longo deste trabalho.

Desta forma, esta Dissertação de Mestrado analisou, na perspectiva da Teoria dos Sistemas, alguns vetores ínsitos aos sistemas jurídico-dogmáticos e sociais que influenciam, em especial, no cursivo e na efetividade do procedimento legal em sociedades multiculturais, onde houve a problematização e exposição de paradoxos em uma sociedade multicultural, policontextural, sabidamente heterogênea e pautada na diferença onde se tem em contrapartida, sistemas, métodos e procedimentos rígidos, burocráticos, padronizados, e que, em inúmeras vezes, não acompanham o desenvolvimento e as inovações da sociedade contemporânea.

Nesta linha, o objetivo do presente estudo foi o de analisar e verificar os vários fatores que influenciam diretamente na efetividade do procedimento legal em sociedades multiculturais. Isto porque o procedimento legal é o meio apto para o exercício da jurisdição e o escopo maior desta, enquanto função do Estado, deve(ria) ser a pacificação social, com a efetividade do acesso à justiça e do procedimento legal.

Assim, ao ingressar no sistema jurídico-dogmático como um todo, tem-se o procedimento legal como um de seus principais instrumentos. Entretanto, o procedimento legal possui trâmite ainda norteado por antigas fórmulas, rígidas, matemáticas, padronizadas, para tratar de problemas dos mais heterogêneos, variados, em especial, pela necessária aproximação entre Direito e Multiculturalismo e do surgimento e acolhimento em ordens constitucionais dos novos direitos.

Desta forma, no primeiro capítulo desta Dissertação é feita uma abordagem dos sistemas jurídico-legais como um todo e suas influências no procedimento legal como conhecido nos dias atuais. Após estas conceituações, é feita uma reflexão acerca da violência das formas jurídicas e seus impactos no procedimento legal e nas sociedades multiculturais. Esta reflexão é necessária atuando como um fio-condutor na constatação da violência da padronização de formas, métodos, pessoas, culturas, por parte dos sistemas jurídico-dogmáticos e do procedimento

legal. Tal qual um duelo, a padronização e a efetividade do procedimento produzem reflexos diretos uma na outra. Neste panorama, contatou-se, em especial, o fato de que o procedimento legal ainda é rígido, engessado e, sendo este o meio adequado para o exercício da jurisdição, vê-se constantemente problematizado e desafiado com as mais diversas questões que aportam diariamente ao Poder Judiciário envolvendo Direito e Multiculturalismo e que merecem tratamento diferenciado, ou seja, o desafio de um sistema padronizado e hierárquico sendo “provocado” por novas teses, novos direitos, novos conflitos e uma sociedade em constante evolução e transformação onde o Poder Judiciário deve tratar o diferente de forma diferente.

Já no segundo capítulo, o estudo tratou da complexidade ínsita às sociedades multiculturais, em questões atinentes aos direitos humanos, cidadania, identidade, reconhecimento, alteridade, inclusão, entre outros, bem como do (im) possível consenso ante os paradoxos da universalização dos Direitos Humanos, dados os conflitos culturais, religiosos, étnicos, etc. Na constante e necessária aproximação entre Direito e Multiculturalismo, as aludidas questões merecem ser inicialmente bem conceituadas e delineadas para que, ao serem tratadas pelo Poder Judiciário, contribuam para a evolução do sistema jurídico e do procedimento legal, importando em uma maior efetividade do procedimento legal, aumentando a consciência no constante trato com a diferença em sociedades multiculturais.

Com os referenciais teóricos amparados em autores de referência para a Sociologia Jurídica, em especial Niklas Luhmann e Günther Teubner, bem como expoentes na seara do Multiculturalismo como Charles Taylor e Alain Touraine acima descritos, foi agregada a tais doutrinas a análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, na perspectiva da Teoria dos Sistemas e do entrelaçamento entre Direito e Multiculturalismo com suas refinadas e elegantes doutrinas, na tentativa de explicar e refletir alguns fenômenos no sistema jurídico-procedimental brasileiro.

Os debates proporcionados pelo entrelaçamento de Direito e Multiculturalismo são essencialmente interdisciplinares – quiçá transdisciplinares - e os tribunais brasileiros vêm recebendo, diariamente, questões complexas que merecem amplo debate e tratamento multifacetado nas mais variadas temáticas envolvendo religião, autonomia do corpo, questões indigenistas, gênero, homoafetividade, liberdade de expressão, política de drogas, minorias e grupos vulneráveis, relações étnico-raciais, política de armas, meio ambiente, entre outras. Assim, evidencia-se a complexidade

inerente às sociedades multiculturais e a hercúlea missão dos tribunais brasileiros, principalmente do Supremo Tribunal Federal, no tratamento destas questões que agitam a sociedade e que possuem vários contextos, observações, pontos de toque e fios condutores que influenciam diretamente na construção de tais decisões jurídicas e judiciais.

Em uma sociedade multicultural onde sua complexidade gera mais complexidade, vemos um paradoxo, neste caso do/no Direito, de querer (mos) resolver problemas complexos com soluções simples. Veem-se inúmeros retrocessos quando tais questões são reduzidas a fórmulas, números e percentuais falaciosos que, tentando “solucionar” angústias, problemas, acabam por criar outros ainda maiores.

No terceiro capítulo desta Dissertação, parte final do estudo, é trazida a contribuição mais específica da Teoria dos Sistemas, no primeiro tópico, com autores que germinaram e desenvolveram tais teorias. Adiante, tem-se a reflexão em torno da Autopoiese, que se trata de um sistema autorreferencial, ligado ao passado e ao futuro simultaneamente, sendo que seu estudo colabora com o tratamento e lida com a ideia de paradoxo, uma constante em sociedades multiculturais, pautadas nas mais variadas formas de diferenças. Em seguida, no encerramento do terceiro capítulo, tem-se a abordagem da Policontextualidade, construção teórica que serve como um critério de análise da fragmentação do sentido na pós-modernidade onde, além de evidenciar uma sociedade de massa, complexa, heterogênea, multicultural e que se dá em múltiplos aspectos e circunstâncias, bem como suas intersecções entre direito, política e sociedade, e a evolução do Direito em escala global, descrito em inúmeros contextos e palpáveis paradoxos após o enfraquecimento da centralização política do Estado e das escalas hierárquicas. A reflexão proporcionada pela teoria da Policontextualidade contribui ainda para a análise de uma sociedade global heterárquica, horizontal, que vem perdendo sua verticalidade em vários setores.

Estas teorias apontadas no terceiro capítulo contribuem imensuravelmente para a análise dos sistemas jurídicos na tentativa de redução da complexidade em sociedades multiculturais. Em um sistema jurídico-dogmático rígido, norteador de outros subsistemas como o Procedimental, que regulamenta o Procedimento Legal, tem-se o constante desafio por parte dos tribunais de flexibilizar tais sistemas – ainda rígidos e metódicos - para tratar responsivamente de questões envolvendo o

enlace entre Direito e Multiculturalismo, aportadas diariamente ao Poder Judiciário, proporcionando maior efetividade no acesso à justiça e inclusão social, bem como na efetividade do Procedimento Legal como um todo.

Isto porque o acesso à justiça é um direito fundamental, devendo ser efetivo em todos os seus aspectos, ou seja, no início, desenvolvimento e finalização do procedimento legal com a decisão jurídica constitucionalmente adequada e responsiva à sociedade e os atores diretos de tal procedimento. Além disso, um dos fatores que impacta na efetividade do procedimento legal é, sem dúvida, o Tempo, com suas construções filosóficas, sociológicas e jurídicas. Embora elevado à categoria de direito fundamental, o Tempo do/no Direito continua em aberto, eis que a Constituição Federal de 1988 garante a razoável duração do processo. Embora esta necessária garantia fundamental, ainda tem-se um longo caminho e ações que devem ser pensadas e articuladas sistemicamente, para que surtam os efeitos esperados. Tem-se grandes evoluções legislativas e doutrinárias na seara dos direitos fundamentais, um dos maiores desafios é efetivá-los.

Assim, na necessária e constante aproximação entre Direito e Multiculturalismo, o papel dos tribunais é fundamental como um local de fala e escuta para a construção da cidadania e de diálogos e formas de legitimação e reconhecimento. Na perspectiva da Teoria dos Sistemas, busca-se a efetividade do Procedimento Legal e do Direito para que os mesmos sejam cada vez mais flexíveis, inclusivos e efetivos no referido binômio padronização *versus* efetividade para o tratamento adequado de questões trazidas à apreciação do judiciário em razão do reconhecimento de novos direitos.

Ainda existe um desafio perene, analisado e constatado pela sociologia e antropologia jurídica, de o Poder Judiciário valorizar e dar respostas efetivas às partes, eis que o Judiciário eventualmente trata seus “consumidores” como atores secundários neste cenário, sendo que os cidadãos e cidadãs restam mais belicosos e insatisfeitos após o “acesso à justiça” do que antes do ingresso no judiciário. Está na hora de admitir-se a mudança de paradigmas e cambiar as lentes pela qual se observam e se encaram os problemas trazidos à apreciação dos tribunais.

Porém, a “pacificação social,” apontada por grandes nomes e centros de pesquisa da doutrina brasileira, sendo uma das “finalidades” da Jurisdição através do Procedimento Legal, ganha contornos mais otimistas e esperançosos ante a flexibilização de vetustas fórmulas legais e teorias sedimentadas por décadas, em



especial, pela atual abertura dos tribunais como um local de fala e escuta em audiências públicas, geralmente com repercussão nacional.

Entende-se que o casamento entre Teoria dos Sistemas, Autopoiese e Policontextualidade é a mais adequada para explicar os fenômenos acima descritos e indicar alguns caminhos e reflexões quanto à efetividade do Acesso à Justiça e do Procedimento Legal, ante a cada vez mais presente vinculação dos direitos e garantias fundamentais ao sistema jurídico-dogmático e procedimental. Afinal, o que queremos? Quando se pensa em um meio para (tentar) solucionar problemas, aflições, dúvidas, observa-se que o *meio* – procedimento legal - se transforma num fim-em-si-mesmo, despreocupado com noções maiores como inclusão, cidadania, direitos fundamentais e as consequências desastrosas ante o retrocesso de simplificar o complexo.

Nesta esteira de argumentação, em consonância com os julgados prolatados pelo Supremo Tribunal Federal mencionados neste estudo, vê-se com otimismo uma abertura e recepção – em alguns momentos ainda tímida – de debates e diálogos interdisciplinares e interculturais, muitas vezes proporcionados por concorridas audiências públicas que engrandecem as reflexões entre Direito e Multiculturalismo. O exemplo das audiências públicas, quase sempre envolvendo as mais diversas e complexas questões multiculturais, onde debate-se uma infinidade de argumentos, dos mais variados locais de fala, torna a decisão jurídica a ser prolatada mais responsiva e constitucionalmente adequada, importando na maior efetividade do procedimento legal, eis que as partes envolvidas, órgãos representativos, associações de classe, institutos, estudiosos, *amicus curiae*, interessados, são acolhidos e ouvidos, com seus argumentos, pontos de análise, observações, angústias, propiciando então uma análise sistêmica das questões trazidas ao Poder Judiciário e suas repercussões daí decorrentes, oferecendo-se assim uma resposta mais rica aos cidadãos. Estas são conquistas positivas, otimistas, que alimentam e torna mais esperançosa a luta por efetividade do procedimento legal em sociedades multiculturais.

Hodiernamente já não basta, portanto, encarar o sistema jurídico-dogmático e procedimental univocamente do ponto-de-vista dos produtores do serviço procedimental – sejam eles (as) juízes(as), advogados(as), promotores(as) de justiça: é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos cidadãos “consumidores” e principais atores desse serviço e função proporcionada

pelo Estado, que é a Jurisdição e a busca pela efetividade do/no Acesso à Justiça. Além disso, a responsabilidade das mais altas cortes nas repercussões ocasionadas pelas decisões jurídicas prolatadas é também potencializada pelo “controle” da sociedade com as inovações tecnológicas e pelo poder da mídia, redes sociais e meios de comunicação em massa.

A sociedade multicultural é virtuosa. Crescemos com o outro, aprendemos com o diferente. A utilização da Teoria dos Sistemas atua como uma das pedras de sustentação na tentativa de efetividade do procedimento legal e do acesso à justiça em sociedades multiculturais, atuando como um fio condutor que permeia e contribui o enlace entre Direito e Multiculturalismo. Além disso, a Teoria dos Sistemas é refinada ao proporcionar a distinção entre fins e meios decorrentes do sistema jurídico-dogmático, onde a jurisdição e o procedimento legal são um de seus pontos-chave e repercutem na sociedade quanto às questões trazidas para tratamento por parte do Poder Judiciário. Nestas evidências, ainda precisa-se lutar para que a sociedade, órgãos do Estado, instituições de classe, venham a atuar, pensar e agir sistemicamente - sendo esta uma necessidade, preocupados com o resultado e as repercussões de suas decisões, atos, ações e omissões.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- APPIAH, Kwame Anthony. Identidade, Autenticidade e Sobrevivência: Sociedades Multiculturais e Reprodução Social. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo: Examinando a Política de Reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.
- ATHAYDE, Celso; MV Bill; SOARES, Luiz Eduardo. **Cabeça de Porco**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 10. ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. A força do direito e a violência das formas jurídicas. **Revista de Sociologia e Política** (UFPR. Impresso), v. 19, p. 27-41, 2011.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 24. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARRETO, Vicente de Paulo; WASEM, Franciele. Entre Duas Escrituras: Multiculturalismo e Direitos Humanos. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Ano 1 (2012), nº 12, p. 7181-7214.
- BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- BEDIN, Gilmar Antonio. **A Sociedade Internacional Clássica: Aspectos Históricos e Teóricos**. Ijuí: Unijuí, 2011.
- BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria Geral dos Sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações**. Tradução de Francisco M. Guimarães. 6. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2012.
- BERTASO, João Martins; SANTOS, André Leonardo Copetti. **Cidadania e direitos culturais: a tutela judicial das minorias e hipossuficientes no Brasil**. Santo Ângelo: FuRI, 2013.
- BERTASO, João Martins; ANDRIGHETTO, Aline. Cidadania e Direitos Humanos: Reflexões Interculturais. **Direitos Culturais(URI)**. Vol. 7, nº 13, jul./dez. 2012, páginas 60/75.
- BERTASO, João Martins. Cidadania, Reconhecimento e Solidariedade: Sinais de uma Fuga. In: BERTASO, João Martins (Organizador). **Cidadania, Diversidade e Reconhecimento**. Santo Ângelo: FURI, 2009, páginas 15-35.

BERTASO, João Martins. Cidadania, Solidariedade e Con-Vivência: A Dimensão do Amor da Cidadania. In: BERTASO, João Martins (Organizador). **Cidadania e Interculturalidade**. Santo Ângelo-RS: FURI, 2010.

BERTASO, João Martins; GAGLIETTI, Mauro. O Jogo da Alteridade na Questão da Cidadania Multicultural. In: André Leonardo Copetti Santos; Florisbal de Souza Del'Olmo. (Org.). **Diálogo e Entendimento**. Direito e Multiculturalismo & Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos. Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BIELSA, Rafael; GRAÑA, Eduardo. **El Tiempo y el Proceso**. Disponível em <http://www.argenjus.org.ar/publi/publicacion/granabielsa.pdf>. Acesso em 04.11.2013.

BOBBIO, Norberto. **Contribución a la Teoría del Derecho**. 2. ed. Madrid: Editorial Debate, 1990.

\_\_\_\_\_. **El Positivismo Jurídico**. Traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid: Editorial Debate, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoría General del Derecho**. Traducción de Eduardo Rozo Acuña. Madrid: Editorial Debate, 1999.

BORGES, Marina Soares Vital. Justiça comunitária, administração de conflitos e Antropologia Jurídica: uma contribuição para uma relação processual mais humana. In: COLAÇO, Thaís Luzia. (Org.). **Elementos de Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 265-292.

BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La Fuerza del Derecho**. Traducción de Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro** – Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Palácio do Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Último acesso em: 25 de janeiro de 2014.

BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro** – Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Palácio do Planalto. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm). Último acesso em: 09 de março de 2014.

BRASIL. **Constituição Federal de 05 de outubro de 1988**. Palácio do Planalto. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/a-constituicao-federal>>. Último acesso em: 02 de março de 2014.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Antiga LICC)**. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. Palácio do Planalto. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm). Acesso em 12.10.2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial número 279.889-AL. Relator: Francisco Peçanha Martins. Julgado em 14.08.2002. Publicado no DJ em 07.04.2003. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=366847&num\\_registro=200101540593&data=20030407&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=366847&num_registro=200101540593&data=20030407&formato=PDF)>. Último acesso em 11.03.2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial número 429.923/SP. Relator: Ministro Humberto Martins. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgado em 10.12.2013. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em 16.12.2013. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1288854&num\\_registro=201303715762&data=20131216&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1288854&num_registro=201303715762&data=20131216&formato=PDF). Último acesso em 11.03.2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 186/DF. Publicado em 26 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28multicultural%29%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/ma2um6x>>. Último acesso em 12.03.2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário número 153.531-SC. Julgamento em 13.6.1997. Publicado no Diário da Justiça em 13.3.1998. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1544862>>. Acesso em 10.10.2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade número 1.856-RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 26.05.2011. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 14.10.2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1718892>. Último acesso em 11.03.2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Petição número 3.388/RR. Relator: Luis Roberto Barroso. Publicado em 04.02.2014. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2288693>>. Último acesso em 11.03.2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas-Corpus número 80.240-RR. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em plenário em 20.06.2001. Publicado no Diário da Justiça (DJ) em 14.10.2005. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1827525>>. Último acesso em 11.03.2014.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A Coerência do Sistema Jurídico em Luhmann: Uma proposta ao fechamento operacional e à abertura cognitiva da decisão judicial. **Sequência** (Florianópolis/UFSC), v. 62, 2011, p. 322-359.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Tôdas as Constituições do Brasil**. São Paulo: Atlas, 1971.

CANCLINI, Néstor García. **Latino-Americanos à Procura de um Lugar neste Século**. Tradução de Sérgio Molina. São Paulo: Iluminuras, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Trad. de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Programa de “a” a “z” de Acesso à Justiça**. Disponível em: [www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica](http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica). Último acesso em 16.11.2013.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Pacto de San José da Costa Rica). Disponível em Língua Portuguesa em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 04.11.2013.

COUTURE, Eduardo. **Proyecto de Código de Procedimiento Civil**. Montevideo: Imprenta Uruguaya, 1945.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de Sentença**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **A Instrumentalidade do Processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DUARTE, Francisco Carlos; ROCHA, Leonel Severo; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A Constitucionalização do Tempo. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Nº 12, Páginas 141-157, jul./set. 2010.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EAGLETON, Terry. **A Idéia de Cultura**. Tradução de Sandra Castello Branco; Revisão técnica Cezar Mortari. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

ESPAÑA. **Constitución Española**. Disponível em <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=117&fin=127&tipo=2>. Acesso em 12.11.2013.

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Tradução de Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. totalmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, página 1865 e 1866. Pesquisa da palavra "Sistema".

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Colisões de regimes: A busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)**. Belo Horizonte, ano 6, número 21, jan./mar. de 2012, páginas 1-47.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais da Hermenêutica Filosófica**. Tradução de Paulo Flávio Meurer. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política**. 2. ed. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume II. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. Lutas pelo Reconhecimento no Estado Democrático Constitucional. Tradução de Shierry Weber Nicholzen. In: TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo: Examinando a Política de Reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

HALL, Stuart. **Da Diáspora: Identidades e Mediações Culturais**. Organização de Liv Sovik. Tradução de Adelaine La Guardia Resende. Belo Horizonte: Editora UFMG; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003.

\_\_\_\_\_. **O Conceito de Direito**. 5. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HESPANHA, António Manuel. **Hércules confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português**. Curitiba: Juruá, 2009.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

ITALIA. **Constituzione della Repubblica Italiana**. Disponível em [http://www.governo.it/Governo/Costituzione/2\\_titolo4.html](http://www.governo.it/Governo/Costituzione/2_titolo4.html). Acesso em 09.11.2013.

KAFKA, Franz. **O Processo**. Trad. de Syomara Cajado. São Paulo: Nova Época Editorial, 1963.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de Jorge Baptista Machado. 7. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Princípio da Fungibilidade no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2007.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Ed. Líder, 2002.

LEFORT, Claude. **Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade**. Tradução de Eliana M. Souza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LIMA, Roberto Kant de. **Ensaio de Antropologia e Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002.

\_\_\_\_\_. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

\_\_\_\_\_. **La sociedad de La sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Editorial Herder, 2006.



\_\_\_\_\_. **Legitimação pelo procedimento.** Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

\_\_\_\_\_. O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito. **Sequência(UFSC)**. nº 28. junho/94, páginas 15/29. Florianópolis, 1994.

\_\_\_\_\_. **Sociología del Riesgo.** Tradução de Javier Torres Nafarrate. 3. ed. México, DF: Universidade Iberoamericana, 2006.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito I.** Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito II.** Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

MACERATINI, Arianna. **Procedura come norma: Riflessioni filosofico-giuridiche su Niklas Luhmann.** Torino: Giappichelli Editore, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MATIAS, Eduardo Felipe. **A Humanidade e Suas Fronteiras - do Estado Soberano à Sociedade Global.** São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad: Historia del constitucionalismo moderno.** Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

McLAREN, Peter. **Multiculturalismo Crítico.** Tradução de Bebel Orofino Schaefer. São Paulo: Cortez, 1997.

\_\_\_\_\_. **Multiculturalismo Revolucionário: Pedagogia do Dissenso para o Novo Milênio.** Tradução de Márcia Moraes e Roberto Cataldo Costa. Porto Alegre: ARTMED Editora, 2000.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa.** São Paulo: Saraiva, 2003.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. – (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 14)

\_\_\_\_\_. **Processo Civil e Estado Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NUSSBAUM, Martha C. **Los Límites del Patriotismo.** Traducción de Carme Castells. Barcelona: Ediciones Paidós, 1999.

OKOGBULE, Nlerum S. O acesso à justiça e a proteção aos direitos humanos na Nigéria: problemas e perspectivas. Traduzido do inglês por Francis Aubert. In: **Revista Internacional de Direitos Humanos.** São Paulo, Volume 2, Número 3,

Dezembro de 2005, páginas 100-119. Disponível também em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v2n3/a07v02n3.pdf> . Acesso em 28.12.2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: A Hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre-RS: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Um Conceito Antropológico de Identidade. *In*: **ALTER** – Jornal de Estudos Psicodinâmicos, volume 3, número 4, páginas 208-219, 1973.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Pesquisas em Cidadania e Soluções Alternativas de Conflitos – Contribuições de Jürgen Habermas para um Paradigma Dialógico no Direito. *In*: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL'OLMO, Florisbal de Souza(orgs.). **Diálogo e Entendimento: Direito e Multiculturalismo & Cidadania e Novas formas de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OS , François. **O Tempo do Direito**. Tradução De Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Hnstituto Piaget, 2001.

PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS de 1966. Prmmulgado através do Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992. Palácio do Planalto. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Último `cesso em 28. 12.2013.

PARSONS, Talcott. **O Sistema das Sociedades Modernar**. Tradução De Dante Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira Editopa, 1974.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe CALGARO, Cleide. A Teoria do Desenvolvimento Sustentável e a Teoria dos Siste-as Autopoiéticos. *In*: ROCHA, Leonel Severo; DUARTA. Francisco Carlos. **Direito Ambiental e Autopoiese\*** Curitiba: Juruá, 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dereahos Humanos, Estado de De2echo y Constitución**. Madrid: Tecnos, 2005.

PIAIA, Thami Covatti. A Inovação Tecnológica como Fator de Desenvolvimeefto para uma Sociedade Multlultural. *In*: João Martins Bertaso. (Org.). **Cidadania, Divdrsidade e REcon(ecimento**. Santo Ângelo/RS: FURI, 2009, páginas 219-233.

PISTORI, Maria Helena Cruz. A pr5dência e a vir4ude retóricas .a produção da crEdibilidade em Sentenças Judiciais. **Veredas (UFJF)**, n. 1 % n. 2, volume 09, páginas 155-167, jan./d%z. de 2005.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRRO , Daniel. **Liçõds de Direitos Fundamentais no Processo Civil**: o conteúdn processu`l da Constituição Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em [http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Constituicao\\_Portuguesa.htm](http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/Constituicao_Portuguesa.htm). Acesso em 12.11.2013.

POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1974.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 2. ed. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael e SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo . Auto-Observação e Teoria Jurídica. In: BERTASO, João Martins; GAGLIETTI, Mauro José. (Org.). **Diálogo e Entendimento: Direito e Multiculturalismo e Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, v. 3, páginas 23-36.

ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos. O Direito e o Tempo Social. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco C. (Orgs.). **A Construção Sociojurídica do Tempo**. Curitiba: Juruá, 2012. Páginas 15/34.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1998.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoiética. **RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 4, p. 193-213, 2012.

ROCHA, Leonel Severo. **Normativismo e Construtivismo Sistêmico**. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Diálogo e Entendimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Páginas 45-61.

ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Policontextualidade e Direito Ambiental Reflexivo. **Sequência (UFSC)**. Número 53, páginas 9-28, dezembro de 2006.

ROCHA, Leonel Severo . Policontextualidade e Estado. **Direitos Culturais(URI)**, número 6, v. 4, p. 11-20, junho de 2009.

ROCHA, Leonel Severo. Discurso e Pragmática em Sampaio Ferraz Jr. In: André Leonardo Copetti Santos; Florisbal de Souza Del'Olmo. (Org.). **Diálogo e Entendimento**. Direito e Multiculturalismo & Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 2, p. 25-34.

ROCHA, Leonel Severo. Teoria do Direito no século XXI: da Semiótica a Autopoiese. **Sequência** (UFSC), v. 62, p. 193-222, julho de 2011.

ROSANVALLON, Pierre. **La Sociedad de Iguales**. Traducido por Víctor Goldstein. Buenos Aires: Manantial, 2012.

RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Jkaquín Herrera; CARVALHO, Sal/ (Organizadores). **Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades de3de a Teoria Crítica**. 2. ed. Porto Alegre: DIPUARR, 2010.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneph. **CIDITAS – Revista de Ciências Sociais**. Volule 8, número 1, jan./abr. 2008, páginas 9-18.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de fil/sofia constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção muncultural de diraitos humanor. **Revista Crítica de Ciências Sociais(Coimbra)**, nº 48, Junho/1997, p. 11-31.

\_\_\_\_\_. **Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização rasileira, 2003

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Aficácia dos Direitos Fundamentais**. 6 ed. rev. atual. e ampl. Porto A, eg2e: Livraria do Adtogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. Constituição e Globa,ização: a crise dos paradigmas do dareito constitucionah. In: Programa de Pós-Graduação da UERJ. (Org.). **Anuário Direito e Globalização - "A soberania"**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1, páginas 53-70.

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. **RDE. Revista de Direito do Estado**, v. 8, p. 75-90, 2007.

SCHWARTZ, Germano André; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O Sistema Jurídico em Kelsen e Luhmann: Diferenças e Semelhanças. **Direitos Fundamentais & Justiça**. nº 4, páginas 188/210, julho/setembro 2008.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Tradução de Laureano Pelegrin. Bauru, SP: EDUSC, 1999.

SIDEKUM, Antônio. Multiculturalismo: desafios para a educação na América Latina. In: Ernani Lampert. (Org.). **Educação na América Latina: Encontros e desencontros**. Pelotas: Educat, 2002, páginas 77-96.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: Conceitos, Significados e Funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. **Scientia Iuris(UEL)**, Londrina, volume 15, número 2, páginas 53-74, dezembro/2011.

STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10ª edição revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função andropológica do direito. Tradução MARtha Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: Examinando a Política de Reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, número 33, volume 14, páginas 9/32, Piracicaba, UNIMEP, 2003.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

\_\_\_\_\_. **Nuovi Conflitti Costituzionali: Norme fondamentali dei regimi transnazionali**. Traduzione dal tedesco di Ludovica Zampino. Milano: Bruno Mondadori, 2012.

THORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

TOURAINÉ, Alain. **Iguais e diferentes: poderemos viver juntos?** Tradução de Carlos Aboim de Brito. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

\_\_\_\_\_. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Titton. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

UNESCO. **Declaração Universal Sobre Diversidade Cultural da UNESCO**. Disponível eletronicamente em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso em 03.12.2013.

WARAT, Luis Alberto. **Derecho al Derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

\_\_\_\_\_. **Em nome do acordo – a mediação no Direito**. Buenos Aires: ALMED – Angra Impresiones, 1999.

\_\_\_\_\_. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

\_\_\_\_\_. **Por quien cantan las sirenas**. Joaçaba – SC: UNOESC/CPGD-UFSC, 1996.

\_\_\_\_\_. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Seqüência**(UFSC), Florianópolis, SC, Brasil. v. 03, n. 05, jun/1982, páginas 48/57.

\_\_\_\_\_. **Surfando na pororoca**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

- WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Coordenadores: MEZZAROBA, Orides; DAL RI JÚNIOR, Arno; ROVER, Aires José; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Volume I. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O Direito e sua Linguagem**. 2ª versão. 2ª ed. aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coords.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, páginas 128-135.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Provado Moderno**. 3ed. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

**ANEXOS**