

# Autopoiese versus prática procedimental: o falso dilema do Poder Judiciário

Alexandre da Maia

## Sumário

1. Introdução: dogmática jurídica e auto-referência social. 2. A teoria da autopoiese nos ramos do conhecimento. 2.1. A autopoiese biológica. 2.2. Autopoiese social de Niklas Luhmann. 3. Autopoiese jurídica entendida como “direito alternativo”. 3.1. “Instituído” x “instituinte”: a teoria de Edmundo Arruda Jr. 3.2. Cláudio Souto e o direito alternativo como desviante da ordem estatal. 4. O direito alternativo como alopoiese: procedimentos extradogmáticos. 4.1. Desvinculação entre o direito e o Estado: verificação sociológica do direito extra-estatal. 4.2. Procedimento dogmáticos intra-estatais. 4.3. Procedimentos extradogmáticos e procedimentos ilegais. 5. Poder Judiciário e alopoiese no foro do Recife. 5.1. Princípios do impulso oficial e da breve solução dos litígios. 5.2. A “política das boas relações” na comarca do Recife. 6. Conclusões: alopoiese e cidadania.

## 1. Introdução: dogmática jurídica e auto-referência social

A idéia de uma organização jurídica a partir de determinadas bases do pensamento filosófico não vem apenas de nossos tempos, mas pode-se dizer que as peculiaridades desse modo organizacional conhecidas hoje possuem uma atualidade acentuada no contexto histórico das idéias jurídicas.

Existe, dentro das estruturas de poder, uma necessidade de justificar seus atos perante a esfera social, a fim de que possa haver a concordância dos membros da sociedade civil com as ações públicas<sup>1</sup>. Para

Alexandre da Maia é Mestre e doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito do Recife. Mestrando em teorias críticas do direito pela *Universidad Internacional de Andalucía*, Espanha. Professor de Introdução ao Direito na Faculdade de Direito de Olinda – FADO/AESo e de Filosofia do Direito na Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE.

tanto, há a necessidade premente de se fixar critérios de observação e aplicação do direito que sejam considerados *válidos*<sup>2</sup> pela localidade em que tal exercício de poder está inserido, critérios esses que se destacam pela inexorabilidade, sem se poder questionar as suas bases de construção e seus pilares ontológicos. Caracterizada, enfim, está a dogmática jurídica como essa atual forma de organização jurídica e seus instrumentos de incidência – as normas jurídicas estatais – funcionando como um sistema de regulamentação de condutas<sup>3</sup>.

A partir desse entendimento, as estruturas de poder estabeleceram paradigmas básicos de observação da realidade jurídica, sendo um deles a teoria das fontes, formais e materiais, de produção do direito, tendo por base o princípio da ascensão do direito manifestado de forma escrita pelos órgãos de poder sobre as demais fontes do direito, pouco importando a sua forma de produção<sup>4</sup>. É nesse contexto, aliado à pretensão do monopólio da produção do direito e da *juris dictio* pela estrutura de poder organizada (que vamos chamar de Estado), bem como pela chamada proibição do *non liquet*, que se verifica o chamado direito dogmático estatal, ou seja, alheio às influências de outras formas de organização social não-jurídicas (que denominaremos grosseiramente de subsistemas)<sup>5</sup>.

Outra forma de estudo de um positivismo, desta vez relacionado ao estudo sistêmico-funcional<sup>6</sup>, especificamente ao estudo de subsistemas existentes no sistema social, tem origem na teoria biológica da *autopoiesis*, criada pelos biólogos Maturana e Varela e implantada nas ciências sociais por Niklas Luhmann, professor emérito da Universidade de Bielefeld. E é essa nova forma de se explicar o fenômeno jurídico que trataremos a lume no presente trabalho, buscando determinar como a teoria da auto-referência dos subsistemas sociais, e especialmente do direito, pode determinar o conteúdo da aplicação normativa na nossa sociedade e quais os reflexos dessa teoria na prática judicial brasileira.

O mecanismo de auto-referência está, no dizer de Luhmann, em todos os subsistemas jurídicos da modernidade, como uma forma de se estabelecer quais são os fundamentos da decisão tomada pelos órgãos de poder. Veremos do que se trata e qual a relação direta de tal teoria com a realidade jurídica, em especial com o âmbito de investigação empírica por nós adotado. Nossa tese se reflete na lição de João Maurício Adeodato, em que o referido autor questiona a real aplicação da auto-referência jurídica em uma ordem jurídica caracterizada por uma realidade subdesenvolvida (Adeodato, 1985, 65-92 e 1992, a 207 s.). Nesse contexto, buscaremos mostrar como o Poder Judiciário, em função das diferenças de enfoques, vive numa encruzilhada entre o ditame da lei e as práticas processuais do dia-a-dia, refletindo estas numa heteroreferência (*alopoiese*) do direito.

## 2. A teoria da autopoiese nos ramos do conhecimento

### 2.1 A autopoiese biológica

Os chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela buscaram, por meio da teoria da autopoiesis, resolver uma das questões que mais intrigam o ser humano desde tempos imemoriais: a da vida. Como determinar que certo sistema biológico possa ser considerado um sistema vivo? O que caracteriza um sistema vivo, independentemente das contingências de tempo e espaço que o meio circundante oferece? (Antunes in Teubner, 1993, II-III). Para solucionar esse complexo e gigantesco impasse, tais cientistas biológicos propuseram a seguinte idéia: o que caracteriza um sistema vivo – animal ou vegetal – em relação aos demais é a sua autonomia, ou seja, cada sistema vivo possuiria uma forma de produção própria, fechada, circular e auto-referencial de constituir as relações dos elementos que compõem aquele sistema.

A auto-referência biológica estaria no fato de que a interação entre os próprios

elementos componentes do sistema é o que caracterizaria a sua própria ordem interna. Não haveria, por conseguinte, elementos externos que pudessem influenciar de maneira direta aquele sistema, pois os seus próprios componentes já bastam de per si para que as relações, sempre sistemáticas, dêem-se de uma maneira a caracterizar aquele sistema, agora dito “vivo”, em relação aos que lhe são distintos. Tal afirmativa é defendida com tal veemência que os autores defendem que a autopoiese é, em síntese, a “condição última, necessária e suficiente, para a própria vida” (Maturana e Varela, 1981, XVII). Essa ordem, além de auto-referente, é também auto-reprodutiva, pois os elementos dos sistemas vivos são produzidos pelo próprio mecanismo autopoietico de relações.

O organismo vivo também seria dotado, como um corolário da idéia da autopoiese, de uma clausura organizacional (*organizational closure*), que consistiria na auto-observação sistemática, pois os elementos desse sistema se referem sempre a si mesmos, como um grande conjunto de relações internas, e não aos meios circundantes. Todavia, essa idéia de clausura organizacional traz à luz um posicionamento epistemológico interessante: a afirmativa de que as observações efetuadas pelos organismos vivos ao mundo exterior não passam, na verdade, de uma observação de si próprio, pois a clausura pressupõe a ausência de relação entre observador-observado, visto que o observado seria a visão obtida pelo observador da realidade que o cerca. Logo, o observador não pode realmente explicar o objeto observado, mas tão-somente obter a sua impressão de como o objeto observado lhe parece<sup>7</sup>. Seriam descrições que o próprio observador faria, não conseguindo perceber a essência ontológica do observado (Maturana e Varela, 1981, 39). Em síntese, pode-se dizer que a teoria da autopoiese se resume a três fatores que são característicos desses sistemas: são fechados, circulares e auto-referentes, como já explicado acima.

A autopoiese do sistema biológico deu origem a uma verdadeira avalanche de estudos nas mais diversas áreas do conhecimento. Essa interdisciplinariedade também atingiu a sociologia e o direito, com várias formas de teorização. No presente trabalho, faremos uma análise da teoria sistêmico-funcional de Niklas Luhmann.

## 2.2 Autopoiese social de Niklas Luhmann

Como já dito anteriormente, a teoria da autopoiese, antes de cunho exclusivamente biológico, foi incorporada a inúmeros ramos do pensamento para tentar solucionar algumas de suas investigações epistemológicas<sup>8</sup>. Nas ciências sociais, seu reflexo se deu por meio da obra de Luhmann<sup>9</sup>, incorporando as idéias de Maturana e Varela para o contexto da sociedade, agora observado por Luhmann, na modernidade, como um sistema complexo, que seria formado por relações auto-referentes entre os seus respectivos componentes.

O homem passa, então, a ser observado como um mero condutor do processo de comunicação, mas não parte integrante do mesmo, já que a autopoiese social se caracteriza por ser um conjunto ordenado e autônomo de comunicações, que, cristalizadas por uma prática em um determinado ponto no tempo, servem de base de produção de novos sistemas comunicativos.

Esse conjunto autopoietico de comunicações, além de criar uma nítida diferença entre a autopoiese biológica e a social, ainda serve para a fixação de um dos paradigmas da idéia de modernidade<sup>10</sup>, por meio da noção de que, dentro do sistema social, percebemos que começam a surgir códigos peculiares de informação. Em função da complexificação desses códigos é que se começa a perceber a existência de sistemas menores dentro da perspectiva social, o que chamamos de “subsistemas”, e que alguns autores chamam de subsistemas sociais autopoieticos de segundo grau (Antunes in Teubner, 1993, XIII). Por conseguinte, tantos subsistemas existirão quantos forem os

múltiplos códigos binários de informação que venham a surgir no meio social, o que garante uma certa autonomia desses subsistemas para com o sistema social em observação. Exemplificando, o código binário que informaria a existência do subsistema jurídico seria o “lícito/ilícito”, o econômico o “ter/não ter”, o político o código “poder/não poder”, entre outros<sup>11</sup>, o que influencia diretamente as noções de cidadania e acesso à justiça como categorias de pensamento e como palavras que carregam em si uma dose excessiva de emotividade, sem se tratar desses temas importantes com o rigor científico necessário.

Mas o que Luhmann observa é que essa certa autonomia existente entre os subsistemas não impede a efetivação da autopoiese, mas sim determina a existência de ciclos autopoéticos dentro dos próprios subsistemas. Nesse entendimento, o direito, assim como os demais subsistemas componentes do sistema social, seria, também, autopoético, pois, para ele, os fundamentos e as motivações das decisões<sup>12</sup> emanadas do subsistema jurídico são exclusivamente produzidas no referido subsistema, não havendo, por conseguinte, nessa teoria, uma influência direta dos demais subsistemas frente ao jurídico.

Dentro desse pensamento, o fundamento de legitimidade do direito estaria no próprio direito, e não nos demais subsistemas que compõem o sistema maior, que seria o social. A partir desse entendimento, verificamos a existência de, pelo menos, três pontos que nos parecem caracterizadores da teoria da autopoiese: a auto-referência, a circularidade e a clausura organizacional.

### *3. Autopoiese jurídica entendida como “direito alternativo”*

#### *3.1 “Instituído” x “instituinte” : a teoria de Edmundo Arruda Jr.*

Nosso estudo a respeito do tema ora em análise consiste também em determinar que

a chamada “Escola do direito alternativo” confunde-se necessariamente com a idéia de autopoiese social exposta acima. Para isso, faremos uma análise dirigida à especificação de alternatividade jurídica. Para tanto, tomamos como base o referencial de Edmundo Lima de Arruda Junior, notório estudioso do tema, a fim de observar a sua teoria a respeito de uma idéia de alternatividade, que mesclaremos com a teoria de Cláudio Souto, até chegarmos a uma idéia própria do objeto de investigação, baseada na lição de João Maurício Adeodato.

Para facilitar o entendimento de sua teoria, Arruda Jr. observa o fenômeno jurídico em dois planos (Arruda Jr., 1992, 174): o instituinte e o instituído, em que este seria uma observação jurídica intra-estatal, sem haver uma preocupação com os ditos direitos insurgentes, e aquele corresponde a uma constatação do pluralismo jurídico, ou seja, da existência de ordens jurídicas paralelas ao Estado. Dentro dessa investigação, há uma subdivisão conceitual, formando-se três planos: o instituído sonogado, o instituído relido e o instituinte negado.

A esfera do instituído sonogado corresponderia à concretização de princípios constitucionais considerados como “conquistados” (Arruda Jr., 1992, 174), a fim de se aprimorar a noção de cidadania com a realização na experiência de direitos considerados fundamentais, tais como o direito à saúde, à educação etc. Em suma, verificação empírica de normas-princípio do ordenamento jurídico estatal, que, de tão genéricas e abstratas que são, não se efetivam no mundo dos fatos.

Por instituído relido entende-se uma atividade de hermenêutica mais concatenada à realidade social, em que se buscariam, dentro do sistema jurídico estatal, as soluções de conflitos mais interligados ao mundo empírico, em função da “ruptura do paradigma liberal-legal” (Arruda Jr., 1992, 174), observando-se o direito como um sistema complexo, no que já traçamos comentários anteriores. Note-se que ambas

as formas de estudo acima, dentro do plano do instituído, não fogem da seara estatal para que se obtenha uma prática “emancipatória”. A crítica que podemos fazer é a inexistência de um “uso alternativo” do direito nessas perspectivas analisadas *supra*. Já fizemos tal observação acima, em que a interpretação sistematizada de normas jurídicas estatais não é uma forma alternativa de solução de conflitos. Muito pelo contrário: os doutrinadores do direito, em sua grande maioria, já abordam esse tema sem maiores dificuldades de compreensão, não consistindo, portanto, em qualquer inovação o que é salientado nas perspectivas do instituído.

O plano do instituinte negado consagra o pluralismo jurídico, no dizer do autor ora analisado. Trata-se de uma busca por direitos não positivados pela ordem estatal, mas verificados empiricamente no seio social, ou seja, direitos eminentemente subjetivos e positivos, mas não tutelados pelo Estado, em que se vê a atuação dos movimentos sociais, já frisada anteriormente (Arruda Jr., 1993, 185). O autor salienta a necessidade cada vez maior de se buscar fazer uma relação entre o direito instituinte e o instituído, para que não se verifiquem incoerências na conquista do instituinte.

Seria, pois, nessa perspectiva em que se perceberia o direito alternativo extra-estatal, um direito eminentemente paralelo ao do Estado, em que não há, no nosso entender, uma necessidade de inserção no ordenamento jurídico estatal, mas apenas, na opinião do referido autor, uma necessidade de inter-relação entre as expectativas analisadas. Logo, um direito alternativo *lato sensu* englobaria as três categorias citadas *supra*, incluindo o que se chama de “uso alternativo” do direito. Já um sentido mais restrito ao campo da extra-estatalidade só abriria espaços para a existência do instituinte negado. Concordamos com Arruda Jr. na existência de um direito à margem do Estado, mas não acreditamos ser só essa a faceta do direito alternativo.

### 3.2. Cláudio Souto e o direito alternativo como desviante da ordem estatal

Cláudio Souto vem pautando seus últimos trabalhos na observação de que não existe ainda um modelo rigoroso de ciência social que venha a definir, a partir de métodos e técnicas de pesquisa empírica, o verdadeiro conteúdo do direito (Souto, 1992 b, 139-141), visto serem, em sua opinião, bastante vagos os conceitos de direito colocados em análise pelos doutrinadores, afirmando que tais enunciados se prendem unicamente à forma de manifestação do direito, e não ao que realmente é, ou seja, o seu conteúdo. Assevera ainda que, em uma época de pós-modernidade científica e tecnológica, não se admite pensar o direito por meio de um enfoque pré-iluminista, ou seja, o direito como ordenamento jurídico estatal, hermeticamente fechado e não aberto a mudanças (Souto, 1993, 29-30). Para Souto, se o direito pretende ser uma ciência, não pode trabalhar com conceitos fechados e não abertos à modificação, visto que o dogma é incompatível com a idéia de ciência, que, em pleno surgimento do séc. XXI, é pautada pela transitoriedade dos conceitos. A pós-modernidade científica se caracteriza pela mutabilidade e possibilidade plena de questionamento dos conceitos que explicam, no momento, alguns fenômenos da realidade social.

Em artigo recente, o autor busca enquadrar o movimento do direito alternativo à teoria da necessidade de uma cientificidade do direito, por ele defendida. Logo, não se poderia estar adstrito à ciência formal do direito, ou dogmática jurídica, pois o direito estatal, como manifestação jurídica, é mera forma, e não conteúdo da idéia de direito. Logo, para se ter uma noção exata do que vem a ser o direito alternativo, há, na opinião de Souto, uma necessidade de que se tome por base um conceito de direito, não o limitando ao Estado (Souto, 1996, 16), visto que, se assim não for, não teríamos uma noção de conteúdo do direito e do direito

alternativo, reduzindo-se, então, a meras formas, como a estatal e a popular (Souto, 1996, 24-27).

Souto afirma, com muita propriedade, que não se pode reduzir o direito alternativo a uma mera forma de manifestação popular, pois tanto o estatal quanto o popular são apenas formas de manifestação do direito. Assim, não é só porque a prática é extra-estatal que ela será direito, o que transformaria a idéia de um direito alternativo como sendo apenas a substituição da forma “estatal” pela forma “social”, “grupala” como critério de obtenção de justiça (Souto, 1996, 24). Desse modo, buscar-se-á o direito em quaisquer das suas formas de manifestação, sendo direito aquele sentimento de agradabilidade informado por técnicas rigorosas de pesquisa. A partir desse conceito, direito alternativo seria aquele desviante da forma dogmática de observação do direito (Souto, 1996, 33-34).

Jamais o direito alternativo, pelo conceito dado, poderia coincidir com a legislação estatal, pois, se assim fosse, iria de encontro à própria etimologia da palavra, que nos dá a noção de um “outro direito”, paralelo ao Estado. O direito só seria alternativo pela caracterização de sua semelhança em relação à forma estatal. No dizer do autor, “essa idéia de desvio é, de fato, essencial à atividade jurídica” (Souto, 1996, 22). O direito alternativo teria também uma herança do jusnaturalismo (Souto, 1996, 23), em função da idéia de justiça que pauta a ideologia dos seus doutrinadores. Conclui Souto que, se o chamado direito alternativo quiser ser, de fato, uma prática jurídica, deve pautar pela idéia de semelhança, configurada na cooperação e na paz, e não em dessemelhança, que gera o conflito e a competição (Souto, 1996, 62).

Em nossa opinião a respeito do tema, concordamos com Cláudio Souto quando ele coloca a problemática forma *versus* conteúdo do direito, e que não se pode apenas eleger uma nova forma de legitimação das práticas jurídicas, que seria

aquela advinda do mundo empírico, e simplesmente chamar essa alteração de referencial jurídico de “direito alternativo”. Lembre-se que as práticas insurgentes da sociedade podem, também, trazer em si uma noção de dominação nociva à comunidade em geral (Oliveira, 1992, 197). Ocorre, todavia, que não se deve pensar o direito alternativo como sendo aquele que é fruto do bem e da emancipação dos insurgentes<sup>13</sup>, pois tal noção, amplamente vaga em sua forma, pode englobar conteúdos dos mais diversos e até mesmo incompatíveis entre si. Às vezes os autores do direito alternativo realizam verdadeiros discursos políticos em prol dos oprimidos etc.<sup>14</sup>, mas essa idéia, muito embora bem intencionada, pode ser explorada exatamente em sentido contrário, transformando o que era libertação em escravização social. Assim, a idéia de Cláudio Souto sobre uma alternatividade do bem, da semelhança, pode englobar vários conteúdos distintos e até excludentes.

Além do que, adotando uma postura crítica ao trabalho do autor, *caso percebamos o direito no conceito ora fornecido, não é possível se falar em direito alternativo*, pois as esferas estatal e social seriam meras fontes de surgimento do direito, indo-se buscar, tanto em uma quanto em outra, a sua “essência”, que seria justamente o sentimento de agradabilidade informado por técnicas rigorosas de pesquisa. Logo, encontrando nessas esferas o que venha a ser o jurídico, parece bastante claro que *toda a realidade que não se enquadrar nesse sentimento de agradabilidade simplesmente não é direito*. Então, fica precário se falar em um direito alternativo no conceito dado, pois isso faria o autor entrar em contradição com a sua idéia de direito.

Observaremos o direito alternativo como sendo um procedimento extradogmático, só que ampliando a noção dada, incluindo um antidogmatismo presente nas próprias normas estatais. Para nós, sem dúvida, a existência de um direito extra-estatal, mas

podem ser observadas práticas de um direito alternativo nos próprios órgãos e leis do Estado (Adeodato, 1991, 48).

#### 4. O direito alternativo como alopoiese: procedimentos extradogmáticos

##### 4.1. Desvinculação entre o direito e o Estado: verificação sociológica do direito extra-estatal

Nesse ponto, analisaremos a nossa idéia de alopoiese jurídica, vista como um procedimento extradogmático e equivalendo-se à noção de alternatividade jurídica, ou seja, à margem dos princípios norteadores da dogmática jurídica, já explicitada *supra*. Para que se admita uma noção de extradogmatismo, percebe-se que há uma *conditio sine qua non* para a respectiva análise: a impossibilidade de o Estado tutelar as relações jurídico-sociais emergentes, gerando, por conseguinte, a não-identificação do direito para com o Estado. Nesse particular, a posição de Cláudio Souto é importante e esclarecedora.

O Estado é apenas uma das formas de manifestação do direito, em que as práticas extradogmáticas, que chamamos de direito alternativo, têm inserção. Pela inércia estatal já explicitada acima, vê-se uma crise de legitimação do poder<sup>15</sup>. Assim, verifica-se que o direito dogmático estatal perdeu progressivamente o contato com a vida social, tornando-se alheio à observação dos fatos (Ascensão, 1978, 05).

Em virtude de tal hiato, certas situações jurídicas passam a buscar uma legitimação independentemente do aparato estatal, que, por vezes, lhe é contrário, surgindo, então, procedimentos extradogmáticos dentro de determinada sociedade. Adeodato coloca que tais procedimentos marcam, de maneira acentuada, o que ele denomina “direito subdesenvolvido”<sup>16</sup>, haja vista a necessidade de uma decisão de conflitos sociais aliada à inércia do Estado, concluindo-se que, se há a necessidade de decidir, e o Estado não o faz, alguma outra instância normativa terá que gerar uma decisão, posto

que, se assim não ocorrer, observar-se-á que grande parte da população “não vive o direito” (Adeodato, 1992 b, 159).

Assim, o direito extra-estatal é percebido por meio de um exame da realidade social, em que se verificam formas organizadas de solução de conflitos fora da observação cada vez mais descontínua do Estado, como no exemplo de um critério para a distribuição de alimentos para os moradores mais antigos de uma comunidade carente por parte da respectiva associação de moradores, em detrimento dos mais novos. Trata-se de um critério extradogmático para evitar a perpetuação de determinado conflito surgido, no caso o da associação de moradores com os habitantes da comunidade. O Estado, como se vê, não tomou partido na relação jurídica travada entre as partes elencadas *supra*, apenas há uma verificação, nesse caso, de uma prática *praeter legem* no que diz respeito ao reflexo dessa prática junto ao meio estatal.

##### 4.2. Procedimentos dogmáticos intra-estatais

Até o presente momento, observamos a noção de procedimento extradogmático como sendo aquele efetuado à margem do Estado, em que a *praxis* social, independentemente do auxílio estatal, tenta conquistar e exercer certos direitos e solucionar conflitos existentes em seu meio, ou seja, práticas eminentemente marginais, no sentido de se verificarem fora do âmbito estatal. Buscaremos, agora, caracterizar os procedimentos extradogmáticos que se estabelecem na realidade e estrutura de um Estado subdesenvolvido ou periférico, configurando a alopoiese dos sistemas jurídicos subdesenvolvidos (Adeodato, 1992, a 239).

O Estado, em uma realidade subdesenvolvida, que se caracteriza pela sua impossibilidade de deter o monopólio da produção do direito, possui uma série de mecanismos paralelos para buscar solucionar os conflitos surgidos. Tais mecanismos paralelos, como procedimentos extradogmáticos que são, por vezes se tornam indispen-

sáveis ao perfeito funcionamento da engrenagem do Estado.

Assim, o Estado, no exercício do seu poder, torna-se eminentemente dependente de subsistemas inseridos no seu meio para alcançar seus fins, legitimando suas decisões. Por vezes, tais práticas são disfunções do sistema, mas que, mesmo assim, são necessárias para o seu funcionamento. Buscaremos exemplificar essa realidade a partir da análise do poder judiciário do Estado de Pernambuco. Verificam-se esses procedimentos por meio da positivação estatal ou da prática corriqueira na atuação dos órgãos estatais.

Um procedimento extradogmático fruto da positivação estatal é aquele que se constitui por meio das fontes oficiais de produção do direito estatal, muito embora sejam contrárias às normas-princípio que regem tal ordenamento jurídico. Um exemplo patente está na obra de João Maurício Adeodato, quando se faz menção a uma lei estadual que cria os cargos de conciliador e de secretário dos Juizados Especiais de Pequenas Causas. Nela se observa que tais cargos, por força do art. 3º da Lei nº 10.293, de 12 de julho de 1989, são de livre nomeação do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Ora, pela análise do dispositivo legal, percebe-se que ele, muito embora se verifique na realidade fática, vai de encontro por completo à norma-princípio que reza sobre o provimento de cargos públicos mediante concurso (Adeodato, 1992, a 230).

Práticas extradogmáticas intra-estatais também são observadas na rotina diária do serviço público, por meio de ações e omissões conscientes de uma estratégia de legitimação imposta a partir de uma prática social.

#### 4.3. Procedimentos extradogmáticos e procedimentos ilegais

Importante agora fazermos uma distinção entre os procedimentos extra-dogmáticos e os procedimentos ilegais dentro da apreciação do tema, para que, em seguida, façamos o relato dos dados empíricos

coletados para este ensaio. Inicialmente, pode-se dizer que, na realidade, ambas as perspectivas se configuram e, por vezes, harmonicamente, no sentido de que a aplicabilidade de uma não acarreta na impossibilidade de verificação da outra. Logo, podem coexistir no mundo empírico, como de fato coexistem, ambos os tipos de procedimentos.

Podemos chamar de procedimentos extradogmáticos intra-estatais aqueles tolerados e, por vezes, instituídos pelo Estado, a fim de buscar a legitimação de suas ações dentro de sua esfera de atuação, utilizando-se de inúmeros arcaísmos retóricos para atingir a sua finalidade. São, por assim dizer, práticas que, muito embora contrariem normas-princípio do ordenamento jurídico estatal, verificam-se como sendo *praeter legem*, sem ir de encontro à lei efetivamente. É o caso, por exemplo, de políticas de amizades, em que determinada pessoa, por gozar da simpatia de um funcionário público, obtém privilégios não ilegais, mas não recomendados pelos princípios que são retores da ordem jurídica do Estado, como o de ver seu procedimento administrativo ser solucionado de modo mais célere.

A ilegalidade em torno dos procedimentos está em se violar diretamente dispositivos de fontes oficiais de produção do direito, como no caso da corrupção (Adeodato, 1992, a 234-235), em que se vai de encontro aos dispositivos da lei, que caracteriza, no exemplo ora trazido à baila, tal ato como crime.

Como se vê, em uma mesma realidade podem coexistir procedimentos extradogmáticos e procedimentos realmente ilegais. O importante é que a teoria observa a dependência do Estado em relação a essas práticas de legitimação, pouco importando se são ilegais estritamente ou não. Apenas se verifica que o Estado no direito subdesenvolvido depende desses subsistemas caracterizados pelo seu grau de extradogmaticidade intra-estatal (Adeodato, 1991, 49), conforme tentaremos verificar por meio da análise do poder judiciário do Estado de Pernambuco.

## 5. Poder judiciário e alopaiense no foro do Recife

### 5.1. Princípios do impulso oficial e da breve solução dos litígios

Pelos estudos de teoria geral do processo, sabe-se da existência de dois princípios fundamentais que norteiam todo o direito processual. Trata-se dos princípios do impulso oficial e da breve solução dos litígios. O primeiro assevera que, uma vez ajuizada qualquer ação, pouco importará a vontade das partes para a composição da lide proposta, pois o Estado, e só ele, tutelar o andamento do processo e as diligências que devem ser efetivadas para que o processo possa estar em constante andamento.

O segundo princípio, pelos estudos realizados, deve andar atrelado ao primeiro, ou seja, os processos serão julgados com a maior rapidez e celeridade possíveis, dentro do impulso oficial. Logo, não importa apenas que os atos sejam praticados pelo poder público, mas também que esses atos sejam verificados da maneira mais rápida possível, evitando, assim, a eternização da lide. Tal assertiva nos leva a concluir que a vontade das partes seria irrelevante para a obtenção do impulso oficial e a breve solução dos litígios, isso é, o Estado se encarrega de dar andamento aos processos e de fazê-lo da maneira mais célere, configurando, assim, no mundo dos fatos, a principiologia processual destacada.

Ocorre que, pela observação por nós feita, nem sempre assim se verifica. Melhor dizendo: quase nunca. O fórum vive, todos os dias, abarrotado de advogados e estagiários de direito numa busca frenética pelos andamentos processuais que interessam a eles. Nos processos em que não cabe a movimentação processual, simplesmente deixam-no ao sabor amargo do impulso oficial, que, em virtude do excesso de processos nas Secretarias e no reduzido número de serventuários, entre outros motivos mais escusos ou ilegais, torna-se ineficaz e praticamente inexistente. Tanto

assim que os processos deixados ao impulso oficial demoram muito mais tempo para serem julgados do que os “impulsionados” pelos advogados e estagiários de direito. Assim, o impulso oficial e a breve solução dos litígios, na realidade observada, andam totalmente desvinculados, o que não se cogita no mundo teórico dos princípios do direito processual.

### 5.2. A “política das boas relações” na comarca do Recife

#### 5.2.1. Atuação dos advogados e estagiários na obtenção da agilização processual

A discrepância fática entre os princípios que deveriam andar em harmonia por vezes é alcançada por meio da chamada “política das boas relações”. Tal “política” é uma praxe no foro do Recife, onde certos processos são instruídos e julgados em função de relações de parentesco e amizade existente entre uma das partes interessadas no processo (advogados, estagiários ou os próprios litigantes) e algum serventuário ou juiz do cartório em que tramita o feito.

Na realidade, o “impulso oficial” é aquele que é dado por quem não o deveria fazer, ou seja, pelos advogados e estagiários, quase sempre envolvidos pelo retorno financeiro que aquele processo pode vir a dar se julgado e instruído com mais rapidez, como nos casos em que os honorários só sejam pagos ao final do processo, que demora anos, levando-se em conta as fases recursais. Assim, para abreviar o tempo em que o advogado respectivo fica sem receber honorários, ele trata de promover a celeridade processual do seu próprio modo, por meio da sua equipe de estagiários, que têm, na verdade, muito mais a função de agilizar o trâmite dos processos do que propriamente aprender. O aprendizado é relevado a segundo plano, muito embora o estagiário forense consiga obter o conhecimento a partir do exercício de seu mister, haja vista que a agilização do processo só pode ocorrer se ele souber o trâmite elencado na lei processual respectiva.

Com a sua frequência diária ao fórum, o estagiário passa a ser conhecido pelos serventuários das unidades de prestação jurisdicional em que tramitam os processos a serem “impulsionados” por ele. A partir dessa relação de amistosidade e, por vezes, de amizade com os serventuários, estes não se fazem de rogados em promover as diligências necessárias à agilização dos processos, tais como a expedição de mandados, cartas precatórias, a colocação do processo no expediente do juiz, a fim de ser despachado rapidamente, a designação de audiências em um lapso de tempo mais reduzido etc.

#### 5.2.2. A “política” como procedimento extradogmático e/ou ilegal

A “política das boas relações” é, no foro do Recife, fundamental para uma breve solução dos litígios. Trata-se de um procedimento extradogmático intra-estatal, que não vai de encontro à lei, mas sim a princípios de igualdade e isonomia previstos na Constituição Federal brasileira. Assim, se um advogado é amigo de um serventuário, ele obterá as facilidades no seu andamento, como já explicado antes. Tal política não se restringe a procedimentos extradogmáticos intra-estatais.

Existem, também, os procedimentos ilegais, que caracterizam da mesma forma a prática judicial do foro do Recife. Entre as práticas ilegais, as mais comuns são o “financiamento de diligências” por parte de advogados a oficiais de justiça, a fim de que eles cumpram os mandados dos processos referentes àquele advogado com mais rapidez. Tal prática se faz observar em casos de mandados que envolvam assuntos ‘urgentes’ para o cliente do escritório.

Nesses casos, o estagiário, que já conseguiu a expedição ágil do mandado, leva-o, por vezes pessoalmente, à central de distribuição de mandados (chamada CEMANDO) para que se escolha um oficial de justiça que esteja disposto a cumprir aquela ordem judicial de maneira célere. Todavia, essas

práticas oficialmente não são permitidas, pois os mandados devem ser distribuídos para os oficiais de justiça encarregados do cumprimento de mandados em determinadas localidades do município, e não em outras. Por exemplo, se um mandado deve ser cumprido no bairro da Boa Viagem, existem oficiais de justiça responsáveis unicamente pela realização das diligências em dita localidade, e a distribuição, por conseguinte, deveria necessariamente cair sobre um deles, o que não se efetiva na hipótese dos “mandados urgentes”, como já analisado.

Outra prática ilegal no foro do Recife é a distribuição de presentes na época das festividades natalinas, em que os escritórios de advocacia encarregam os seus funcionários e estagiários da distribuição de cestas de natal, caixas de chocolate, vinhos e *whiskies* para aqueles serventuários que ajudaram na agilização processual durante todo o ano que passou. É uma prática bastante comum, perceptível amplamente e até esperada pelos serventuários, que acham isso uma atitude “normal” e aceitam os brindes sem qualquer constrangimento, caracterizando uma atitude prescrita na ordem jurídico-positiva estatal como crime.

#### 6. Conclusões: alopoiese e cidadania

A partir da análise dos dados coletados na pesquisa, podemos concluir que nossa conceituação da alopoiese jurídica, a partir dos estudos aqui apresentados, está no fato de ela se configurar por meio de um procedimento extradogmático<sup>17</sup>, que pode surgir tanto de uma realidade extra-estatal quanto de práticas intra-estatais, em que se verifica uma diferença substancial com a teoria de Cláudio Souto, que coloca o direito alternativo como sendo sempre desviante da ordem oficial.

Buscamos demonstrar aqui a existência de uma alopoiese inserida na esfera estatal, tomando por base a pesquisa relatada acima. Acreditamos ter logrado êxito na

exposição de um direito extradogmático (alopoiético), mas arraigado nas estruturas do direito positivo estatal, assegurando que tais procedimentos são de importância capital para a legitimação das decisões de um Estado como o brasileiro, que tem por característica básica o subdesenvolvimento (Adeodato, 1992, a 215 e ss.).

No que tange à idéia de cidadania, verifica-se que nos casos concretos cada vez mais a influência de fatores externos ao sistema processual favorecem a manutenção do *status quo* da prestação jurisdicional cada vez mais casuística, em função da influência de subsistemas não-jurídicos no ato necessário da decisão. Em função de tal quadro, o acesso à justiça, entendido como o direito a uma prestação jurisdicional coerente com o que foi produzido nos autos, torna-se prejudicado em função dos próprios pilares do direito dogmático, como a inegabilidade dos pontos de partida, que cada vez mais não se realiza em países subdesenvolvidos, gerando uma série de inconsistências, às vezes e quase sempre intencionais, que caracterizam o Poder Judiciário brasileiro. Nesse contexto, o termo cidadania se transforma numa palavra sem sentido, pois é manipulada de diversas maneiras, sendo utilizada indevidamente para legitimar as mais diversas formas de argumentação judicial e extra-judicial, como que cobrindo o ato com um manto que o tornaria justificável ante os olhos da sociedade. É o preço pago pelo formalismo excessivo no trato com o direito, prejudicando-se, inclusive, a tentativa de se perquirir acerca de uma ontologia jurídica, de um *eidós* caracterizador do direito. Tal assertiva encontra fundamento no referido formalismo, fixando-se juristas e aplicadores do direito em determinar exclusivamente um mecanismo de funcionamento do direito moderno, esquecendo-se da possibilidade de uma fixação de uma essência no direito, abrindo-se, como que um corolário do referido anteriormente, o debate sobre os problemas de segurança *versus* justiça<sup>18</sup> na teoria geral do direito.

Não fizemos, no decorrer da exposição, nenhum juízo de valor acerca do que aqui foi narrado sumariamente, visto não ser esse o papel de quem deseja fazer ciência, como ensina Cláudio Souto. Apenas tentamos apontar neste breve texto algumas características de um chamado direito cada vez menos autopoiético, bem como pautado pelo subdesenvolvimento, que não se pode confundir com os discursos ufanistas de alguns teóricos do direito alternativo, que buscam muito mais fundamentar as suas ideologias políticas do que efetivar um discurso científico mais concreto. Verifica-se, na verdade, um falso dilema, ou seja, na verdade, pede-se que ocorra na experiência um direito autopoiético, mas a *praxis* procedimental nos mostra cada vez mais um desvio no que diz respeito à aplicação sistemático-autopoiética do direito. Não se pode esquecer que a nossa intenção é, acima de tudo, persistir numa perspectiva investigativa da realidade jurídica que nos cerca e que, às vezes, surpreende até o mais atento às suas peculiaridades.

#### Notas

<sup>1</sup> Adeodato, 1989, especialmente a introdução da obra (p. 1-15) e o capítulo que versa sobre legitimidade e legitimação (p. 53 s.), que faz uma análise do normativismo e do legalismo dentro da teoria positivista.

<sup>2</sup> A validade, dentro da teoria positivista, é um pilar importante para a sustentação da idéia de inegabilidade dos pontos de partida, muito embora haja uma série de divergências doutrinárias quanto ao seu conceito. Em verdade, há uma grande confusão entre as idéias de validade, vigência e eficácia da norma jurídica. Para uma distinção entre essas esferas de observação normativa, cf. Ferraz Jr., 1994: *passim*. Sobre a idéia de inegabilidade dos pontos de partida, cf. Ferraz Jr., 1980: 95 s.

<sup>3</sup> Para se verificar as circunstâncias históricas que construíram as bases do positivismo estatal, baseado na dogmática jurídica, cf. Adeodato, 1997, especialmente nas páginas 20-22.

<sup>4</sup> Sobre fontes do direito, cf. Ascensão, 1994: 195 s., Kelsen, 1995: 129-136, além de um capítulo sobre jurisprudência nas páginas 165-179. Cf. tb. Diniz, 1995: 255-299. Em outro aspecto, observando os pilares do dogmatismo como um meio de manutenção do discurso da ideologia dominante,

que não contribui para a produção de um conhecimento científico, cf. Warat: 1993: 101-104.

<sup>5</sup> Cf., para um estudo mais aprofundado sobre o tema, Ferraz Jr., 1994: 85-94, no que diz respeito às características básicas do direito dogmático. Cf. tb. Adeodato, 1996: 08-16. Sobre a teoria dos sistemas no direito, cf. Neves, 1988: 1-15 e Ferraz Jr., 1976: 123 s.

<sup>6</sup> Para uma análise dos métodos do pensamento nas ciências sociais, entre os quais o modelo funcional, cf. Souto, 1987: 41-51, especificamente sobre o funcionalismo nas páginas 48-49.

<sup>7</sup> Esse argumento tem, inegavelmente, uma influência filosófica bastante acentuada, especificamente no que tange à chamada ontologia axiológica, em que se destacam as obras de Max Scheler e Nicolai Hartmann.

<sup>8</sup> Uma pequena amostra desses ramos está estampada em Antunes in Teubner, 1993: I-II.

<sup>9</sup> Verificar, inicialmente, Luhmann, 1980, em que já há menção do termo 'diferenciação funcional' como elemento caracterizador da modernidade ocidental, mas sem usar ainda a expressão 'autopoiese'.

<sup>10</sup> Vale salientar que a noção de modernidade, empregada no presente texto, não se confunde com a célebre divisão das Eras do mundo ocidental. Falamos de modernidade como emancipação das ordens normativas que compõem o mundo ético.

<sup>11</sup> Para uma crítica à teoria Luhmanniana, cf. Neves, 1993: 322-331. Tal posicionamento será discutido mais adiante.

<sup>12</sup> Para um estudo sobre a necessidade de decisão de conflitos na seara jurídica, cf. Ferraz Jr., 1994: 309 s.

<sup>13</sup> Tal idéia está estampada em Adeodato, 1992, a 240. Esse artigo demonstra uma série de influências de fatores externos na produção e aplicação do direito subdesenvolvido.

<sup>14</sup> Como em Andrade, 1992: 80-81, em que exclama: "o operador jurídico pode continuar atuando nos padrões tradicionais, dizendo-se neutro ou não, atendendo aos interesses dos detentores do poder ou, *avocando uma postura alternativa, transformar-se em um combatente orgânico na defesa dos direitos dos oprimidos*. Trata-se de optar por uma posição, assumi-la e praticá-la". O grifo é nosso.

<sup>15</sup> Sobre legitimidade e legitimação, cf. Adeodato, 1989, 53 e ss. Sobre a legitimação tradicional, Adeodato, 1992, a 210.

<sup>16</sup> Sobre o conceito de subdesenvolvimento, cf. Adeodato, 1992, a 215 e ss., em que o autor não nega a origem econômica do termo e até reconhece que o seu emprego possa ser um uso de estruturação retórica para fundamentar o seu posicionamento.

<sup>17</sup> Sobre a noção de procedimento, cf. Luhmann, 1980, 37 e ss.

<sup>18</sup> Sobre o tema, cf. Rawls, 1997: *passim*. Para uma análise da referida obra de Rawls, cf. Perel.

## Bibliografia

- ACSENSÃO, José de Oliveira (org.). *Água branca*: pesquisa de um direito vivo. Recife: Imprensa Universitária, 1978.
- ADEODATO, João Maurício. Uma teoria emancipatória da legitimação para países subdesenvolvidos. *Anuário do Mestrado em Direito*. Recife: Universitária (UFPE), n. 5, 1992 a. p. 207-242.
- \_\_\_\_\_. Para uma conceituação do direito alternativo. *Revista de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, n. 1. 1992 b. p. 157-174.
- \_\_\_\_\_. A Legitimação pelo procedimento juridicamente organizado: notas à teoria de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru*. Caruaru: FDC, a. 12, n. 16, 1985. p. 65-92.
- \_\_\_\_\_. Filosofia do direito de dogmática jurídica. *Direito em Debate*. Ijuí: Unijuí, v. 1, n. 1, 1991. p. 38-56.
- \_\_\_\_\_. *O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ANDRADE, Lédio Rosa de. Processo social alternativo. In: ARRUDA JR., Edmundo Lima de (org.). *Lições de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, n. 2, 1992. p. 80-94.
- ANTUNES, José Engrácia. Prefácio. In: TEUBNER, Gunther: *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de. Direito alternativo no Brasil: alguns informes e balanços preliminares. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.). *Lições de direito alternativo*. n. 2. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 159-177.
- \_\_\_\_\_. *Introdução à sociologia jurídica alternativa* (ensaio sobre o Direito numa sociedade de classes). São Paulo: Acadêmica, 1993.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral* (uma perspectiva luso-brasileira). Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no direito: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- \_\_\_\_\_. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

- MATURANA, Humberto, VARELA, Francisco. *Autopoiesis and cognition: the realization of the living*. Boston : D. Reidel, 1981.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo : Saraiva, 1988.
- \_\_\_\_\_. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo : Acadêmica, 1994.
- \_\_\_\_\_. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Anuário do Mestrado em Direito*. Recife : Universitária (UFPE), n. 6, 1993. p. 313-357.
- OLIVEIRA, Luciano. Ilegalidade e direito alternativo: notas para evitar alguns equívocos. In: AZEVÊDO, Álvaro Vilaça (org.). *Ensino jurídico: diagnósticos, perspectivas e propostas*. Brasília : Conselho Federal da OAB, 1992. p.191-200.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1996.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo : Martins Fontes, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre : Fabris, 1988.
- \_\_\_\_\_. O Estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum. *Humanidades*. Brasília : UnB, v. 7, n. 3. 1992. p. 267-282.
- SOUSA JR, José Geraldo de. Movimentos sociais: emergência de novos sujeitos: o sujeito coletivo de direito. In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.). *Lições de direito alternativo*. n. 1, São Paulo : Acadêmica, 1991. p. 131-142.
- SOUTO, Cláudio. *O que é pensar sociologicamente*. São Paulo : EPU, 1987.
- \_\_\_\_\_. *Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade*. Porto Alegre : Fabris, 1992 a.
- \_\_\_\_\_. Para uma teoria científico-social moderna do direito. *Anuário do Mestrado em Direito*. Recife : Universitária (UFPE), n. 5, 1992 b. p. 137-170.
- \_\_\_\_\_. Ciência do direito e filosofia jurídica no limiar do terceiro milênio: para além de um pré-iluminismo? *Revista de Direito Alternativo*. n. 2, São Paulo : Acadêmica, 1993. p. 28-34.
- \_\_\_\_\_. Direito alternativo: em busca de sua teoria sociológica. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco (ESMAPE)*. Recife : ESMape, 1996. p. 16-73.
- WARAT, Luis Alberto. O senso comum teórico dos juristas. In: SOUSA JR., José Geraldo de (org.). *Introdução crítica ao direito*. Brasília : UnB, 1993. p. 101-104. (O direito achado na rua).
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo : Alfa-Ômega, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo : Acadêmica, 1995.

