

A Corrupção e a Irritação do Sistema do Direito no estudo de um caso concreto

Marcelo Cunha de Araújo – *mcunha39@bol.com.br*

Professor do Centro Universitário Newton Paiva; Promotor de Justiça em Minas Gerais
Mestre em Direito Processual; Doutorando em Direito Constitucional – UFMG

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Alguns apontamentos sobre o autor; 3. Conceitos Básicos da Teoria dos Sistemas de NIKLAS LUHMANN; 4. Estudo de caso concreto – Irritação e Corrupção no Sistema do Direito

1. Introdução:

O presente trabalho visa abordar a Teoria dos Sistemas Sociais de NIKLAS LUHMANN e verificar questões em que esta possa contribuir à construção da Teoria do Processo Constitucional.

Inicialmente, cabe a ressalva de que este trabalho é de índole superficial sobre o tema, apenas apontando construções teóricas específicas que, *a priori*, são possíveis de ser estudadas mais profundamente. Não temos a intenção, aqui, de apresentar sólidas conclusões no sentido de que a Teoria dos Sistemas, em determinado aspecto, efetivamente se coaduna e aprimora a Teoria do Processo Constitucional. Queremos, tão somente, explicitar alguns possíveis futuros objetos de pesquisa.

2. Alguns apontamentos sobre o autor¹:

NIKLAS LUHMANN nasceu em Lüneburg na Alemanha, em 1927. Estudou Direito em Freiburg (1946-1949) e foi trabalhar na administração pública em Lüneburg, não tendo pretensões de seguir carreira universitária. De 1956 a 1962

¹ Dados contidos na obra: NEVES, Clarissa Eckert Baeta e SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). NIKLAS LUHMANN: a nova Teoria dos Sistemas. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997. p. 9-10. Esta obra se constitui de uma série de palestras e artigos de LUHMANN.

trabalhou como assessor no Ministério da Educação e Ciência de Niedersachsen (Baixa Saxônia).

Em 1960 LUHMANN foi por um ano para a Universidade de Harvard, onde trabalhou com TALCOTT PARSONS e teve seu primeiro contato com a teoria de sistemas. De volta à Alemanha, em 1962 trabalhou durante 3 anos na Escola Superior de Administração de Speyer como assessor em cargo administrativo.

Helmunt Schelzky, renomado sociólogo alemão, foi quem, em 1965, incentivou Luhmann a seguir carreira universitária. Cumprindo os requisitos acadêmicos necessários, doutoramento e habilitação na Universidade de Münster no mesmo ano, Luhmann assumiu em 1968 a cátedra de Sociologia na recém-criada Universidade de Bielefeld, onde permaneceu até fevereiro de 1993. Nesse período Luhmann desenvolveu sua teoria dos sistemas, preocupando-se, também, com temas específicos como direito, religião, ciência, economia, ecologia.

Aos 65 anos Luhmann se aposentou, sem interromper sua reflexão e produção sobre a teoria dos sistemas, já consolidada em inúmeras publicações.

3. Conceitos Básicos da Teoria dos Sistemas de NIKLAS LUHMANN:

A Teoria dos Sistemas de LUHMANN visa a apresentar uma concepção nova acerca da Sociedade. Parte o autor da constatação de que as concepções clássicas da Teoria Social (ou Sociologia) apresentam diversos pontos falhos. Associado a isto, o autor aduz que, nos últimos tempos, a preocupação da Ciência Social esteve voltada a aspectos particularizados da sociedade, o que não significa que LUHMANN entende desnecessário ou sem importância tal estudo, apenas concluindo que existe um verdadeiro vácuo no tocante a teorias que procuram entender a sociedade como um todo.

LUHMANN², então, elucida quais seriam estes pontos falhos das teorias sociais:

“Gostaria de apresentar três destes obstáculos que considero os mais importantes:

a) O primeiro diz respeito ao pressuposto de que a sociedade é constituída de pessoas ou de relações entre pessoas. Chamo-o de o preconceito humanista (...).

b) O segundo preconceito que bloqueia o desenvolvimento conceitual consiste na pressuposição de uma multiplicidade territorial de sociedades. A China é uma, o Brasil é outra, o Paraguai é uma delas, e da mesma forma então, o Uruguai (...).

c) O terceiro preconceito é decorrente da teoria do conhecimento dando-se a partir da diferenciação entre sujeito e objeto. Corresponde a teoria do conhecimento vigente até este século conceber sujeito e objeto (da mesma forma que pensamento e existência, conhecimento e objeto) como separados e considerar como possível uma observação e descrição do mundo ab extra: até mesmo só reconhecer o conhecimento como tal, quando qualquer inter-relação circular com seu objeto for evitada.

Sua Teoria procura atacar a cada um destes “preconceitos”, apresentando soluções inovadoras a partir de um novo paradigma.

² LUHMANN, Niklas. O Conceito de Sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta e SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). NIKLAS LUHMANN: a nova Teoria dos Sistemas. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997. p. 75-91. p.76-77.

Primeiramente, atacando ao terceiro preconceito, LUHMANN entende que a diferenciação entre sujeito e objeto não pode ser resolvida, devendo ser incorporada pela teoria. Não se pode, entretanto, ao se utilizar a teoria dos sistemas, manter a nomenclatura sujeito e objeto que não possuem mais o sentido próprio clássico.

O que existe, agora, é a observação, sempre realizada por um sistema. Os sistemas, desta forma, observam/operam em relação a algo, sempre aplicando a distinção entre sistema/ambiente.

Esta distinção é trazida da matemática com o conceito de “forma”. Forma, então, seria a unidade da diferença entre sistema e ambiente.

Por conseguinte, para se perquirir a respeito do que seria a sociedade (ou, na versão da teoria, o Sistema Social), um observador deveria, antes de qualquer coisa, se identificar como interno a determinado sistema. Perde-se, então, a problematização de se conceituar o que é a sociedade sendo parte da sociedade (confusão clássica do sujeito e objeto, impedindo diferenciações “neutras e científicas” na sociologia).

Segundo sua teoria, o observador, estando no Sistema Social, só pode observar a sociedade como um habitante do mundo social, aplicando o código social e tão somente este. Não há mais sentido em se dizer que esta observação não seria “neutra” (ou seja, que não estaria se apartando de forma precisa o sujeito e o objeto) porque, incorporando o paradoxo na própria teoria, todas as observações não são neutras, sendo feitas por um sistema específico (o que equivale dizer que o observador sempre é interno a determinado sistema).

No tocante aos primeiro e segundo preconceitos *supra* citados, LUHMANN ensina que, no mundo, existem três sistemas básicos: o sistema vivo, o sistema psíquico e o sistema social. Seu objeto de estudo, obviamente, são os sistemas sociais.

Cada um destes sistemas tem seu código próprio. O sistema vivo, opera com o código vida. O sistema psíquico com o código pensamento. Já o sistema social opera com o código comunicação. O que existe, por exemplo, como elemento e estrutura do sistema psíquico são pura e simplesmente pensamentos. O cérebro (físico) não é pensamento. A pessoa (física) que pensa não é pensamento. A comunicação que a pessoa faz não é pensamento. Tanto o cérebro, quanto a pessoa, quanto a comunicação não fazem parte do sistema psíquico. Tudo isto é ambiente para o sistema dos pensamentos. O sistema psíquico, repetimos, é composto tão somente de pensamentos.

Da mesma forma o sistema social. Como dito acima, o sistema social opera com o código comunicação. Logo, apenas a comunicação é componente deste sistema. O cérebro, o pensamento e o próprio homem fazem parte do ambiente do sistema social. Vê-se, claramente, que o autor consegue ultrapassar os preconceitos humanista (a) e territorial (b). Afinal, a sociedade se compõe, tão somente, de comunicação. Fica evidente, com a construção teórica, que a sociedade não é composta de pessoas e não tem qualquer relação com o espaço territorial onde esta sociedade (comunicação) se desenvolve.

Outros conceitos, ainda, considero primordiais na explanação básica da Teoria dos Sistemas: a *autopoiesis*, o fechamento operacional e o acoplamento estrutural.

O conceito de *autopoiésis*, oriundo da biologia, é central em sua teoria e correlaciona-se com os demais. Segundo LUHMANN³:

“desloca o princípio de auto-referência do nível estrutural para o operativo. De acordo com isso um sistema é constituído por elementos autoproduzidos – e por nada mais. Tudo o que opera no sistema como unidade, - mesmo que seja um último elemento, não mais passível de ser decomposto – é produzido no próprio sistema através da rede de tais elementos”.

Isto acaba por levar a um fechamento operacional dos sistemas. Tal não significa que o sistema esteja alheio ao ambiente, ou que entre o sistema e o ambiente estejam hermeticamente enclausurados. Como se verá adiante, o conceito de acoplamento estrutural demonstrará como é possível o fechamento (tão só operacional) do sistema conviver com uma relação constante com o ambiente. Continuamos na lição do autor:

“Isto [a autopoiésis] tem como consequência lógica, a tese de um fechamento operacional de tais sistemas. O ambiente não pode contribuir para nenhuma operação de reprodução do sistema. O sistema, obviamente, também não pode operar no seu ambiente. Conseqüentemente o sistema não pode (...) utilizar suas próprias operações para estabelecer contatos com seu ambiente. Todas as operações do sistema são operações exclusivamente internas (...) ‘The

³ LUHMANN, Niklas. Por que uma “Teoria dos Sistemas”? In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta e SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). NIKLAS LUHMANN: a nova Teoria dos Sistemas. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997. p. 37-48. p.41.

environment contains no information. The environment is as it is' (FOERSTER, 1981, p. 270)”⁴.

Como dito acima, entretanto, este fechamento completo em relação ao ambiente se dá, tão somente, no nível operativo. Os sistemas não vivem completamente fechados e alheios a tudo que não seja sistema, eles dependem de seu ambiente e da constante diferenciação sistema/ambiente. LUHMANN⁵ explicita o tema:

“Fala-se de ‘acoplamento estrutural’ para designar que, e como, dependências em relação ao ambiente são compatíveis com auto-reprodução autopoietica. O ambiente, justamente, não contribui para nenhuma operação do sistema (uma vez que neste caso as realizações correspondentes não seriam as do ambiente, mas aquelas do próprio sistema), mas pode prejudicar, irritar ou, como diz Maturana, perturbar as operações do sistema quando (e somente quando) os efeitos do ambiente aparecem no sistema como informação e podem ser processados nele como tal. Nem todos acontecimentos no ambiente, na verdade apenas pouquíssimos deles, podem atuar sobre o sistema neste sentido através do acoplamento estrutural. Mas quando são estabelecidos acoplamentos estruturais específicos e isso acontece no processo de diferenciação dos sistemas autopoieticos como uma de suas precondições, o efeito do ambiente sobre o sistema, tal por exemplo, o da consciência sobre o transcurso de comunicações, pode ser intensificado graças a uma delimitação rigorosa”.

⁴ *Op.cit.* p.41.

⁵ *Op.cit.* p. 42.

O acoplamento estrutural permite, assim, o estabelecimento de dependências do sistema em relação ao ambiente em que se encontra. Importante salientar que o estímulo do ambiente afeta o sistema como uma informação interna ao mesmo. Assim, o fechamento operacional e a *autopoiesis* do sistema implicam que qualquer estímulo externo do ambiente, para conseguir irritar o sistema (para que sistema tome conhecimento deste estímulo), este necessita aplicar seu próprio código ao estímulo.

Como exemplo, temos que a linguagem, na visão luhmaniana, constitui um acoplamento estrutural entre os sistemas psíquico e social, permitindo recíproca irritação. O sistema psíquico, entretanto, para se irritar pode ou não responder ao estímulo externo. Este, todavia, é um problema interno do sistema. Explico: muitas vezes estamos “conversando” com alguém e não prestamos atenção em absolutamente nada do que o outro diz. Neste caso, apesar da linguagem ser um acoplamento estrutural entre o sistema social (comunicação) e o psíquico (pensamento), o sistema psíquico do que não está interessado pela conversa não está sendo irritado. A informação, para ser reconhecida pelo sistema, tem que ser tida como um dado interior ao mesmo.

Passo a outro exemplo. Suponhamos que uma palestra esteja sendo proferida num determinado local. A temperatura deste local, no decorrer do evento, vai subindo constantemente, de 20 °C até chegar a 30 °C. É muito viável se supor que o número de sistemas psíquicos irritados pela temperatura aumente com o tempo. Entretanto, o acoplamento estrutural dos sentidos pode ou não causar uma perturbação do sistema psíquico. É bem provável que, no meio da palestra, alguns sistemas psíquicos captaram esta informação do ambiente (obviamente, transformando-a em informação interna – pensamento) e outros não.

Ainda seguindo a linha de exposição dos conceitos básicos da Teoria dos Sistemas, é importante se falar em evolução, diferenciação e especialização funcional dos sistemas sociais.

Para análise do conceito de evolução, LUHMANN inicia seus questionamentos tomando por base a doutrina de DARWIN. Há que se ressaltar, entretanto, que seguindo-se as conseqüências lógicas dos conceitos *supra* expostos, não se pode falar que o ambiente determina a evolução dos diferentes sistemas.

O ambiente, na visão luhmaniana, não é capaz de determinar nada em relação ao sistema. Como dito acima, se um local está quente, o sistema psíquico pode ou não ser irritado pelo ambiente. Este apenas fornece uma infinidade de estímulos aos diferentes sistemas existentes, que serão irritados internamente, de acordo com suas características internas. A diferença é tênue, mas importante.

Assim, na evolução⁶ dos sistemas sociais, a época histórica da modernidade é caracterizada pela diferenciação funcional de diversos sub-sistemas sociais. Cada sub-sistema social é funcionalmente diferenciado dos demais. Isto significa que um sub-sistema, apesar de trabalhar no código da comunicação (sendo assim componente do Sistema Social), tem uma função própria: o direito, por exemplo, sendo um sub-sistema social existe com uma função própria na sociedade e, operando comunicativamente, também especifica seu código e se torna um sistema *autopoiético*. Citamos a lição do autor e de DE GEORGI⁷:

⁶ Saliente-se que a visão de evolução de LUHMANN, diferentemente da maioria dos sociólogos, não significa a passagem de um estado pior (ou menos evoluído) para outro melhor (ou mais evoluído). Evolução para o autor é, tão somente, a aplicação do código pelo sistema repetida incessantemente. Os caminhos que tomam esta repetição *autopoiética* não são determinados pelo ambiente e constituem evolução sem significar a passagem de um estado de *minus* para um *majus* evolutivo.

⁷ DE GEORGI, Raffaele et LUHMANN, Niklas. Teoria de la Sociedad. México: Universidad de Guadalajara, 1993. p. 200-201.

“(...) la teoría de la evolución no es una teoría del progreso. Admite, con una actitud igualmente de despego, tanto la emergencia de los sistemas como su destrucción. (...) no es plausible que se diga considerando la especialización como una especie de polo de atracción evolutiva que hará posible – no se sabe cómo – la diferenciación de competencias, roles, organizaciones y sistemas cada vez más específicos”.

Temos, desta forma, vários sub-sistemas sociais (ex. política, economia, religião, educação, arte, saúde, direito, etc.) e cada um deles opera da forma descrita acima, ou seja, *autopoieticamente*, de forma operacionalmente fechada, aplicando única e exclusivamente seu código próprio (que reflète a distinção sistema/ambiente em uma forma específica – por ex. direito/não direito), sofrendo diversos impulsos do ambiente, porém só sendo irritado por decisão interna do sistema.

4. Estudo de caso concreto – Irritação e Corrupção no Sistema do Direito

Focalizemos nossa abordagem perfunctória sobre a teoria dos sistemas, agora, no sub-sistema social do Direito. Como dito acima, o Direito, na modernidade, passa a se constituir em uma comunicação (estando no sistema social) especializada, com uma função específica e aplicação do código próprio sistema/ambiente: o código direito/não direito. LUHMANN⁸ assim narra a questão:

“O direito processa, em um modo em que nenhum outro sistema assim o faz, expectativas normativas capazes de manter-se em situação de conflito. Não pode, obviamente, garantir que estas expectativas não

⁸ LUHMANN, Niklas. El Derecho como Sistema Social. In: . Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997. p. 29-33. p.30. Tradução livre.

serão frustradas. Mas pode garantir que podem ser mantidas como expectativas mesmo no caso de frustração (...). Do ponto de vista sociológico, então, a normatividade não é mais que a estabilidade contrafática”.

Esta estabilidade contrafática de assegurar expectativas de comportamentos é conseguida de forma *autopoiética* e redundante, com coerência em relação às decisões já tomadas pelo sistema. Citamos:

“Como sistema fechado, o direito é completamente autônomo no nível de suas próprias operações. Só o direito pode dizer o que é direito e o que não é direito, e ao decidir esta questão deve referir-se sempre ao resultado de suas próprias operações e às conseqüências sobre as futuras operações do sistema. (...) O direito logra sua estabilidade estrutural através desta recursividade. (...)

O sistema deve estar aberto a irritações que transformem sua prática habitual. Entretanto, se é que o direito deva proporcionar segurança, esta abertura não deve ser levada longe demais. Deve existir uma quota de redundância, de modo que se possa confiar no conhecimento de um ou mais elementos (conhecimento de decisões de tribunais importantes, por exemplo, ou conhecimento de decisões sobre leis) para permitir inferências sobre o modo como o sistema se comportará em circunstâncias concretas”⁹.

Assim, o sistema do direito, com sua função, código e redundância específica, operará unicamente pela aplicação do código direito/não direito. Caso o operador que se

encontre (por definição) inserido no sistema do direito (um Juiz, por exemplo) comece a operar este sub-sistema com um código alheio, dizemos que há uma corrupção do código.

Ainda resta analisar a questão do paradoxo dos sistemas. Caso tentemos aplicar o próprio código de um sistema a ele próprio teremos uma tautologia. No caso do direito, o problema seria: qual o direito que o direito tem de dizer o que é direito/não direito? (aplicação do código direito/não direito no próprio código direito/não direito).

Nota-se que esta circularidade sem resposta acaba por impossibilitar a continuidade da autopoiesis, sendo necessária uma observação de segunda ordem (observação interna dos observadores internos do sistema) que possibilite a continuidade das operações. Estas teorias que visam elucidar o paradoxo são as filosóficas do sistema. Citamos trecho interessante:

“La diferenciación funcional lleva hasta las últimas consecuencias al proceso de diferenciación de cada uno de los sistemas parciales de la sociedad y se estabiliza al nivel de una autonomía autopoietica, completa y específica. Podemos ya prever que esto lleva al hecho de que también la generalización de la semántica, la cual puede simbolizar otra vez la unidad del todo, debe ser llevada hasta el extremo. (...) Queda únicamente la posibilidad de identificar la unidad Del sistema de modo paradójico o tautológico. El observador no será condenado al silencio, como lo piensan – y escriben algunos poetas. Deberá admitir, sin embargo, que um observador (y también um autoobservador) no puede ver lo que no puede ver, y antes que

⁹ *Op.cit.* p. 30-31. Tradução livre.

nada no puede verse a si mismo. En la autoobservación la unidad de la sociedad se convierte en la paradoja Del observador”¹⁰.

Pelos trechos citados *supra*, percebemos que o sistema operacionalmente fechado está sempre aberto a irritações do ambiente. Estas irritações significam que o sistema percebe o estímulo externo e aplica seu código próprio no estímulo, transformando-o num problema interno. A corrupção do código, por sua vez, não implica no narrado. O observador de um sistema percebe um problema que deveria, por hipótese (como nos casos de juizes em tribunais), ser resolvido por determinado código e aplica outro código – ambiente ao sistema que deveria ser utilizado.

Estes casos de corrupção implicam, como pode se inferir, numa perda de especificidade e diferenciação do sub-sistema em questão, caso a corrupção se torne a regra dos operadores do sistema corrompido. Explico. Como dito alhures, a diferenciação funcional dos sub-sistemas sociais é uma peculiaridade da modernidade. Com o passar do tempo e repetição *autopoietica* incessante da comunicação, alguns tipos específicos de comunicação, destinados a uma diferenciada função social, foram se distinguindo dos demais e formando sistemas *autopoieticos* autônomos e operacionalmente fechados. Este sub-sistema diferenciado, formado autopoieticamente, só sabe, só pode reproduzir suas operações. É isto que o torna funcionalmente diverso de seu ambiente. Caso as operações próprias do sistema passem a ser, via de regra, substituídas por outras, há, obviamente, uma perda da especificidade funcional originária do sistema.

Já dissemos acima que isto não implicaria numa passagem da sociedade de um nível mais evoluído para um nível menos evoluído (ou uma involução), já que o

¹⁰ DE GEORGI, Raffaella et LUHMANN, Niklas. Teoria de la Sociedad. México: Universidad de

conceito de evolução refere-se unicamente á continuidade do sistema social, que seria mantido. O que ocorre, entretanto, é que, se a corrupção passa a ser a regra do sistema, este perde sua característica diferenciadora do ambiente, passando a ser, também, ambiente.

No caso do Direito, creio que é um consenso geral de que a corrupção existe, porém esta não é a regra. A questão que se coloca, então, é a de se saber se este nível de corrupção do direito encontra-se em declínio ou ascensão, o que se configuraria preocupante aos “habitantes” deste sistema, em vista de uma possível abolição próxima do código. Outro ponto que deve ser ressaltado é, outrossim, que, numa perspectiva interna do operador do direito, qualquer tipo de corrupção do sistema deve ser combatida, eis que significa um mal-funcionamento tendente à morte do sistema.

Assim, neste breve trabalho sem pretensões de enunciar uma sólida conclusão sobre a questão proposta, analisaremos um caso concreto e traçaremos possíveis modos de operação de observadores internos ao sistema jurídico. O caso é transcrito abaixo:

“A REVERSÃO DO JUIZ

As regras do futebol exigem que um lateral seja cobrado com ambas as mãos, caso contrário o juiz deve marcar reversão. Essa é a lei. Só que o árbitro Jenkins dos Santos foi longe demais. No jogo entre Comercial e Botafogo pelo campeonato paulista Sub-15, ele marcou três reversões – todas após as cobranças do jogador Wayne Raphael Araújo, 15 anos, que não tem a mãe esquerda. ‘Foi chocante’, disse Wayne a ISTOÉ. ‘O árbitro disse que enquanto eu arremessasse haveria reversão contra o Botafogo, já que não tenho as duas mãos’.

ISTOÉ – Isso inibirá você?

Wayne – Não. Os jogadores e os técnicos sempre me incentivaram.

ISTOÉ – Você acha que o juiz deve ser punido?

Wayne – Não quero a sua expulsão da Comissão de Arbitragem.

Quero apenas garantir o meu direito de jogar e que outros não passem por esta humilhação”¹¹.

Escolhi o caso narrado uma vez que pode-se inferir que esta decisão do juiz contenha um grau elevado de consenso no sistema moral. Como o próprio jornalista assevera (e o jornalista claramente se encontra no sub-sistema social da moral quando redige a matéria), apesar da regra posta ser uma, neste caso específico, o juiz “*foi longe demais*”. Para o estudo desse caso concreto, tomo como certo, então, que no sistema da moral praticamente todos observadores do evento vão discordar da atitude do juiz que marca uma reversão de um lateral cobrado com uma mão e o braço oposto quando o jogador não possui a mão correspondente àquele braço.

O que é de difícil captação para o leitor que ainda não possui um contacto com a teoria dos sistemas sociais de LUHMANN é que uma mesma pessoa, um mesmo indivíduo, pode e vai observar o mundo à sua volta inserido, em momentos diferentes, em diversos sub-sistemas. O jornalista da matéria *supra* estava inserido no sistema moral. O juiz, quando julga um caso, deve, por definição de suas funções, ser um observador do sistema jurídico. Isto não impede de forma alguma do juiz analisar o mesmo caso com o código da moral. No momento de julgar, em que o código jurídico

¹¹ Revista ISTOÉ. A Reversão do Juiz. 28/08/02. n° 1717. p. 22.

deve ser aplicado, não é possível deste aplicar o código da moral, sob pena de estar incidindo em corrupção do sistema.

No caso em tela, tenho como dado do problema que, no “mundo”¹² da moral, a decisão do juiz foi ruim. Este pressuposto da análise do evento foi retirado de um provável consenso que exista entre os interlocutores que tematizam este fato na sociedade. A mim, como a (quase) todos, me agride (moralmente) esta decisão do juiz que ignora as peculiaridades de um jogador que não tem braço e, provavelmente, tem que se esforçar para vencer a inferioridade física e, por certo, inúmeros preconceitos.

O ponto, entretanto, não é esse. O que nos propomos aqui é dizer como este caso pode irritar o sistema do direito e como pode corrompê-lo.

Uma vez que o juiz é uma pessoa de carne e osso, que vive no mesmo mundo em que vivemos, sujeito a diversos estímulos nos diversos sub-sistemas sociais, é de se inferir que também a pessoa do juiz, ao observar este mesmo caso concreto do ponto de vista da moral, teria a aplicação do código de que seria moralmente justo (ou melhor) que não se penalizasse o jogador que não tem uma das mãos e bateu o lateral.

Mas a decisão deste mesmo juiz não foi nesse sentido. Por que? Será que ele não sofreu a “vontade” de julgar o caso de modo “justo”? Será que ele fez uma opção entre o código do direito, preterindo o sistema da moral? Será que, no sistema do direito, sua decisão foi correta? Como seria uma decisão jurídica irritada pelo sistema da moral? Como seria uma decisão jurídica corrupta? Para tentar lançar algumas luzes sob as questões postas, continuamos a argumentação.

¹² Sem um rigor que seria aconselhável num texto mais aprofundado, refiro-me aos “mundos” como sistemas. O mundo da moral utiliza-se do código bem/mal.

O juiz, ao tomar a decisão, se situa claramente no sistema jurídico. Caso estivesse no mundo moral, como o jornalista, sua decisão teria sido outra. Por certo que, no momento do julgamento, o juiz sofreu um estímulo de julgar de forma contrária. Ele provavelmente pensou: eu poderia julgar de forma diversa. Podemos até estender o exercício de imaginação e supor, ainda, que ele pensou que se não penalizasse o jogador deficiente sua decisão seria mas justa. Mas ele não podia decidir assim. Ele se colocou, com uma consciência precisa e correta (o que falta a muitos juízes togados), como um observador do sistema jurídico, o que o impedia de trabalhar com o código do bem/mal.

Podemos dizer, de forma um tanto quanto descompromissada, que este juiz, ainda que não tenha idéia do que estamos falando, é um adepto do positivismo jurídico, ou, considerando o direito um conceito interpretativo, um convencionalista¹³.

Vê-se que o sistema jurídico, tomando como observador este juiz específico, apesar de sofrer um estímulo do ambiente (mais propriamente do sistema moral), não foi irritado e aplicou o código direito/não direito sem maiores questionamentos. Em comparação, citamos jurisprudência que se assemelharia à decisão do juiz deste caso:

SERVIDOR PÚBLICO – ISONOMIA SALARIAL – A isonomia de vencimentos se refere a retribuição igual para funções ou cargos iguais. Ao Poder Judiciário não cabe corrigir injustiças contidas em qualquer dispositivo normativo, por não ter função legislativa. (TJMG – AC 57.855/9 – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Sérgio Lellis Santiago – J. 20.08.1996)

¹³ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.118. Vide ARAÚJO, Marcelo Cunha de. Resenha Bibliográfica – O Império do Direito – Ronald DWORKIN. *apud* Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte, v. 7, 2º sem. 2001. p. 118-142.

Assim, um observador de determinado sistema, ao sofrer um estímulo do ambiente, pode não ser irritado, simplesmente aplicando o código puro e simples, não tematizando comunicativamente este estímulo externo. Pode, por outro lado, levar em consideração a informação oriunda do ambiente para sua operação. Caso leve em consideração esta perturbação, diz-se que o sistema foi irritado pelo ambiente. A decisão de irritabilidade ou não do sistema, como já dito *supra*, é uma decisão interna do próprio sistema, não havendo uma determinação pelo ambiente (como no caso da decisão real do juiz que não se deixou irritar por uma injustiça de sua decisão legal).

Em sendo tematizado comunicativamente por observador interno a determinado sistema (ex. juízes de direito são, pela própria definição de seu cargo e funções, observadores internos ao sistema jurídico) um problema oriundo do ambiente, diz-se que houve a irritação do sistema. O observador interno pode, ao ser irritado (antes, ainda não irritado, poderia ignorar o problema, como já exposto), tomar duas posturas próprias: a de aplicar o código sistema/ambiente característico de seu sub-sistema ou abandonar o código e aplicar outro, havendo naquele uma irritação simples do sistema e neste a corrupção do mesmo.

Suponhamos, então, que o juiz fora irritado pela injustiça de uma decisão moralmente ruim (sistema moral irritando o sistema jurídico) e que o juiz não tivesse penalizado o jogador portador de deficiência. Imaginemos, também, que as decisões no futebol, assim como as proferidas por um juiz de direito, tivessem que ser motivadas. Neste caso concreto, na hipótese de permissão da cobrança do lateral, a justificativa do juiz demonstraria se houve corrupção do sistema, ou se o código do sistema foi mantido e aplicado, embora irritado pelo estímulo do ambiente.

No caso de corrupção do sistema, a decisão do juiz seria do tipo: “*apesar da decisão jurídica ser a de aplicar a reversão do lateral, vez que o juiz está adstrito às regras postas e a regra X determina que o lateral deve ser cobrado com ambas as mãos, entendo que isto implicaria em injustiça tremenda ao jogador. Isto posto, deixo de aplicar a regra*”.

Note-se que o juiz proferiu uma decisão mais “justa” segundo a moral, o que não significa que é uma decisão correta juridicamente. Nesta hipótese, o código aplicável foi o do bem/mal, e não o do direito/não direito, constituindo uma corrupção do sistema jurídico.

O observador interno ao sistema jurídico, o juiz por excelência, corrompe o mundo do direito quando profere decisões pautadas em critérios puramente morais. Verifica-se, então, que a dicotomia justiça-certeza (justiça das decisões e ideal das expectativas asseguradas da legislação) é um falso problema. Falso na medida em que os consideramos como integrantes de sistemas diversos. A solução desta dicotomia tem que se encontrar, para os operadores do direito, apenas no mundo jurídico, podendo ser este irritado por seu ambiente.

Apenas a título exemplificativo, citamos algumas decisões que, *a priori*, constituem corrupção do sistema jurídico pelo ideário da justiça (sistema moral). Cabe a ressalva de que, como as decisões não foram pesquisadas na íntegra dos votos, possivelmente algumas delas possuem justificativas outras de que a mera referência ao bem e mal, o que poderia até eliminar a corrupção da decisão.

APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO VESTIBULAR – CANDIDATO APROVADO – LISTA DE ESPERA – LIMINAR DEFERIDA – SEGURANÇA CONCEDIDA – SENTENÇA

CONFIRMADA – RECURSO DESPROVIDO – Há hipóteses em relação às quais ao Juiz não se pode exigir o apego excessivo à letra fora do texto legal, na medida em que, o summum jus, summa injuria antes de conferir soluções conforme à equidade, pode resultar em lamentável injustiça. (TJPR – AC 74.591-1 – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Antonio Gomes da Silva – J. 01.06.1999)

PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO – INTERPRETAÇÃO INCOMPATÍVEL COM RIGOR FORMALISTA – Em situação de evidente e confessada fraude à legislação tutelar do trabalho, a conclusão que nega procedência a pedido de reconhecimento do vínculo de emprego nos termos da Consolidação não pode ser fundamentada em alusão a “ação mal proposta”. Em regra, o apego ao excessivo rigor formal e literalista conduz a distorções da realidade que comprometem a solução final de justiça e equidade, culminando na desumanidade de brocardos como dura lex, sed lex ou fiat justitia, pereat mundus (mais modernamente, summum jus, summa injuria). (TRT 2ª R. – Proc. 02990083221 RO – (Ac. 20000125991) – 8ª T. – Relª Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva – DOESP 11.04.2000)

Nota-se que nos casos citados não existe qualquer argumentação no sentido de que existem razões jurídicas para o afastamentos de regras (jurídicas) que *prima facie* deveriam ser aplicadas. O único argumento para não se aplicar a norma jurídica é que ela causaria o mal, percebendo-se o caso de corrupção.

O direito pode, por sua vez, respeitando-se a redundância (coerência na recursividade de suas operações autopoiéticas), criar teorias que permitam uma maior flexibilidade de aplicação do código direito/não direito. Este aumento de flexibilidade permite ampliar as fronteiras da forma jurídica e o que anteriormente não era considerado como direito o ser.

Saindo da teoria positivista (convencionalismo) e adotando a teoria discursiva do direito (talvez num direito como integridade de DWORKIN), podemos, por exemplo, encontrar razões jurídicas a justificar nossa decisão (jurídica) numa coerência de princípios na aplicação do direito¹⁴.

Existe uma grande diferença entre a hipotética decisão corrompida do juiz *supra* citada e a seguinte: *“Embora o juiz seja um operador do sistema jurídico, devendo aplicar as regras postas e não impor seu senso de moral, no caso concreto notamos um conflito aparente entre o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e do direito ao lazer em face da regra de que o lateral deva ser cobrado com ambas as mãos. Não há qualquer dúvida de que este jogador específico pode jogar futebol. Também está aparte de questionamentos que ele é igual a qualquer outro praticante do esporte. Assim, apesar de não possuir ambas as mãos, o que seria um requisito para a cobrança do lateral, este tem o direito de ser tratado como qualquer outro jogador em campo, respeitando sua dignidade de pessoa humana e seu direito ao lazer. No seu caso específico, não havendo como se dar a cobrança com ambas as mãos sem tolher ao jogador o direito de praticar um dos atos próprios de todos os praticantes, decido pela permissão de cobrança do lateral com apenas uma mão e o braço oposto apenas a*

¹⁴ Neste artigo não temos a intenção de defender qualquer teoria discursiva especificamente. Queremos, tão somente, apontar como, a partir do discurso, seja possível se considerar uma irritação do sistema jurídico por problemas de justiça das decisões, sem que isto, contudo, signifique a corrupção do mesmo.

este jogador, não sendo estendido aos demais. Ressalte-se que a cobrança de tal forma não coloca o jogador em situação de vantagem em relação aos concorrentes”.

Não tenho a mínima intenção de demonstrar que esta decisão é a correta ou reflete perfeitamente o que é a coerência de princípios ou alguma teoria discursiva do direito. O importante da decisão hipotética é se perceber que não existiu corrupção do sistema. O sistema foi realmente irritado pela ocorrência de uma possível decisão injusta. O operador, entretanto, aplicou o código direito/não direito, e não o bem/mal. Isto é facilmente perceptível se pensássemos no caso do jogador não possuir uma perna e pleitear jogar a partida com o auxílio de uma moto ou de um cavalo. Muitos observadores do mundo moral diriam que seria ruim impedir que esta pessoa jogasse. Operadores do direito, entretanto, teriam sérias dificuldades de decidir pela permissão jurídica deste pedido sem incorrer em corrupção do sistema. Ainda que um juiz tivesse a opinião de que moralmente não se deve proibir este deficiente de jogar, ele provavelmente não decidiria, utilizando-se do código direito/não direito, pela permissão, justamente pelo princípio jurídico da igualdade, vez que colocaria o deficiente em situação de extrema vantagem em face dos demais contendores.

Citamos algumas decisões que poderiam ser consideradas como exemplos de irritações do sistema jurídico pelo sistema da moral, embora não contenham corrupção aparente:

PROVA – Testemunhal – Indeferimento da prova oral pleiteada pela ré, porque as testemunhas foram arroladas sem qualificação – Summum jus, summa injuria e princípio da instrumentalidade das formas – Cerceamento de defesa – Agravo provido para reabrir a

instrução probatória. (TJSP – AI 267.660-1 – São Bernardo do Campo – 6ª C.Cív. – Rel. Des. Sena Rebouças – J. 05.10.1995 – v.u.)

ACIDENTE DE VEÍCULO – (...) – PROVIMENTO PARCIAL – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE VEÍCULO – (...) A expectativa de vida do brasileiro não pode ser estimada em meras conjecturas e, por este motivo, segundo entendimento desta Câmara, a indenização deve ser paga enquanto a vítima for viva, não podendo prevalecer o laudo que estimou em 75 anos, sob pena de se cometer – "summum jus", "summa injuria" – caso a vítima ultrapasse a idade calculada e fique desamparada quando for pessoa valetudinaria, sem receber qualquer amparo, razão pela qual entendo que o percentual de 30% deve ser pago até o fim de sua vida. Honorários de 10% sobre a condenação é percentual que se ajusta à causa e sua complexidade. Recurso provido parcialmente. (TJRJ – AC 2700/2000 – (05092000) – 9ª C.Cív. – Rel. Des. Joaquim Alves de Brito – J. 21.06.2000)

Sem tentar traçar respostas definitivas cabe uma última ressalva: qual das decisões *supra* analisadas estaria correta? A tomada efetivamente pelo juiz (determinando a reversão do lateral), a que corrompe o sistema jurídico e permite a cobrança do lateral ou a que não corrompe o sistema e aceita a cobrança?

Para o observador do sistema moral, corretas são as decisões que permitem o ato pleiteado pelo portador de deficiência.

Já para o observador do sistema jurídico, incorreta é a decisão que o corrompe, vez que, caso generalizada, gerará o seu fim. Entre as duas decisões que não corrompem

o sistema jurídico (da regra da reversão ou da aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e direito ao lazer) a comparação entre ambas poderá se dar em face da coerência interna ao sistema redundante de operações autopoieticas, o que dependerá de circunstâncias próprias e específicas (e.g. coerência com as operações do direito brasileiro, do direito esportivo, de determinado estado, com as teorias que procuram explicar os paradoxos do direito – teorias de filosofia do direito, etc.).

Concluindo, procuramos demonstrar, a partir da análise de um caso concreto, a importância da auto-consciência acerca do ponto de observador de determinado operador.

Analisar eventos sob o prisma do mundo moral, ou do jurídico, ou do religioso, ou de qualquer outro, não significam, inexoravelmente, uma falha de observação. Esta existe, entretanto, quando há ausência de auto-crítica para se auto-observar como operador de determinado sistema (por exemplo os juizes de direito). Deve o juiz, SEMPRE, proferir decisões jurídicas, com argumentos jurídicos, não significando, entretanto, que inexista a possibilidade de irritação deste sistema inerente à atuação da Magistratura.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. Resenha Bibliográfica – O Império do Direito – Ronald DWORKIN. *apud Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 7, 2o sem. 2001. p. 118-142.

DE GEORGI, Raffaella et LUHMANN, Niklas. *Teoria de la Sociedad*. México: Universidad de Guadalajara, 1993.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

NEVES, Clarissa Eckert Baeta e SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *NIKLAS LUHMANN: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

LUHMANN, Niklas. O Conceito de Sociedade. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta e SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *NIKLAS LUHMANN: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997. p. 75-91

LUHMANN, Niklas. Por que uma ‘Teoria dos Sistemas’?. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta e SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *NIKLAS LUHMANN: a nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. Universidade/UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997. p. 37-48.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Sobre a Interpretação Jurídica. *in Revista de Direito Comparado da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte: Mandamentos, maio 1999 vol. 3. Semestral.

Revista ISTOÉ. *A Reversão do Juiz*. 28/08/02. n° 1717. p. 22.