XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

LEONEL SEVERO ROCHA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Filosofia do direito, hermenêutica jurídica e cátedra luís alberto warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Leonel Severo Rocha; Renata Albuquerque Lima.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-615-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica e cátedra Luís Alberto Warat. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

TEXTO DE APRESENTAÇÃO - GT FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentam-se os trabalhos exibidos, no dia 09 de dezembro de 2022, no Grupo de Trabalho (GT) de Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat do XXIX Congresso Nacional do CONPED "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities", do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

O GT, de coordenação dos trabalhos dos Professores Doutores Renata Albuquerque Lima, Leonel Severo Rocha e Celso Hiroshi Iocohama, que envolveu vinte e dois artigos que, entre perspectivas teóricas e práticas, demonstraram a importância da visão hermenêutica nos mais variados temas da contemporaneidade. Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, em que os operadores do Direito puderam interagir, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela atual sociedade brasileira.

O primeiro trabalho, de autoria de Ana Flávia Costa Eccard e Salesiano Durigon, apresentado pela primeira autora, é "A ARTE DE ENSINAR: CONSIDERAÇÕES SOBRE ENSINO JURÍDIUCO À LUZ DE WARAT ", que tem como proposta pesquisar o ensino como uma arte utilizando a perspectiva waratiana, perscrutando as obras Warat para uma perspectiva crítica ao ensino jurídico.

"A ATUALIDADE DA TEORIA PARA A SEMIOLOGIA JURÍDICA FILOSÓFICA DO DIREITO PROPOSTA POR LUÍS ALBERTO WARAT" é o trabalho de Angélica Cerdotes e Márcia Andrea Buhring, apresentado pela segunda autora. As pesquisadoras analisam que, para uma efetiva compreensão e interpretação do direito, a linguagem jurídica não pode possuir univocidade de significação.

Juliana Paganini apresentou o artigo "A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL X DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: BREVES REFLEXÕES TEÓRICAS", oriundo de pesquisa que tem como objetivo analisar se a discricionariedade judicial seria um obstáculo para a democratização do acesso à justiça.

"A HOMOSSEXUALIDADE ESTIGMATIZADA PELA DOENÇA: A CONSTRUÇÃO DA EPIDEMIA DA AIDS COMO CÂNCER GAY E O DIREITO A NÃO-DISCRIMINAÇÃO" é o trabalho de Gabriel Dil e Bianca Neves de Oliveira. Tal pesquisa busca analisar a estigmatização da população LGBTQIAP+ pelos meios de comunicação durante as primeiras décadas da epidemia da AIDS e a consequente violação do direito antidiscriminação.

Jaci Rene Costa Garcia apresentou "A TESE DA UNIDADE DO VALOR E A CENTRALIDADE DA QUESTÃO PARA A TEORIA DO DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O ARRANJO TEÓRICO EM RONALD DWORKIN ", em que o referido estudo tem por finalidade investigar se a tese da unidade do valor é abrangente e permite a integridade entre direito e moral.

“ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO DO DESEMBARGADOR DO TJMG NA APELAÇÃO CÍVEL NO. 1.0000.22.098650-9/001: CASO ENVOLVENDO O ROMPIMENTO DA BARRAGEM NA MINA DO CÓRREGO DO FEIJÃO EM BRUMADINHO/MG”, trabalho de autoria de Fernanda Resende Severino e Lilian Mara Pinhon, apresentado pela primeira autora, tem como objetivo criticar a interpretação do desembargador relator do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), João Cancio, no caso da apelação cível nº 1.0000.22.098650-9/001, que envolve o rompimento da barragem do Córrego do Feijão, em Brumadinho/MG, bem como frisar a importância da hermenêutica jurídica no constitucionalismo. Já o segundo trabalho das citadas autoras, cujo tema é “ANÁLISE DOS RESP NO. 1.889.704-SP: DIVERGÊNCIA DAS TURMAS DO STJ ACERCA DA TAXATIVIDADE OU NÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS” tratou sobre o julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.8889.704 de São Paulo realizada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

“AS CONTRIBUIÇÕES DE CHAIM PERELMAN E THEODOR VIEWEHG PARA A COMPREENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988” é o trabalho de Bruno Almeida Maia, Guilherme Loria Leoni e Eliana Franco Neme, apresentado pelo primeiro autor. Referida pesquisa investiga as contribuições de Chaïm Perelman e Theodor Viewheg para a Jurisprudência dos Valores no contexto histórico da Europa, particularmente, na Bélgica e na Alemanha na segunda metade do século XX.

Gabriela Milani Pinheiro e Helen Ramos Brum apresentaram “AUTOPOIESE E COMUNICAÇÃO EM UM CONTEXTO MULTICULTURAL: UMA OBSERVAÇÃO DO

DIREITO INDÍGENA A PARTIR DA POLICONTEXTUALIDADE", em que o referido estudo verifica a possibilidade da identificação do direito dos povos indígenas como subsistema jurídico capaz de desenvolver sua própria comunicação, de modo que viabiliza a observação do direito indígena como ordenamento autônomo no contexto multicultural latino-americano.

"CONTRIBUTOS POSSÍVEIS DA FENOMENOLOGIA DE EDITH STEIN PARA A HERMENÊUTICA JURÍDICA NO BRASIL", de autoria de Alberto Dias de Souza, Renata Albuquerque Lima e João Ricardo Holanda, representado pela segunda autora, trata sobre a integração da fenomenologia aos meios de compreensão da hermenêutica do Direito, o que, no exemplo de Edith Stein, traz contributo significativo à problematização da legitimidade de se interpretar, com amparo em critérios públicos, e não solitários do sujeito. Já o segundo artigo "OS DESAFIOS DO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA DA INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN", de autoria de Renata Albuquerque Lima, conjuntamente com Francisco Victor Vasconcelos e Ana Clébia Sousa Rodrigues discorre sobre a implementação do sistema de precedentes judiciais adotado pelo Brasil no Novo Código de Processo Civil, diante da teoria de Ronald Dworkin.

Bárbara Campolina Paulino, Deilton Ribeiro Brasil e Alice Quadros Miranda são autores do trabalho "CRÍTICAS À DOMINAÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA OBRA A REVOLUÇÃO DOS BICHOS POR GEORGE ORWELL", explanado pela primeira autora, visa demonstrar a forma como regimes de dominação se inserem e moldam as sociedades, suas consequências para a sociedade alienada e os motivos que levam um indivíduo a desejar a dominação total, tendo como marco teórico principal a obra A Revolução dos Bichos (1945), escrita por George Orwell.

João Paulo Salles Pinto apresentou o tema "A INAPROPRIABILIDADE E A INOPEROSIDADE: APORTES PARA O REPENSAR DA POLÍTICA E DO DIREITO FRENTE ÀS CRISES ECOLÓGICAS GLOBAIS", em que a pesquisa foca a releitura das questões da inapropriabildiade, como colocada por Yves Charles Zarka, e das noções da inoperosidade, como colocada por Giorgio Agamben, possam sugerir contribuições e destacar a indispensabilidade de um reorientar das propostas de repensar o jurídico e o político contemporâneos em suas cisões.

O artigo "DIREITO À INFORMAÇÃO E A EXCLUSÃO DE POSTAGENS DE AGENTES POLÍTICOS EM REDES SOCIAIS: COMPREENSÃO DO TEMA A PARTIR DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA" apresentado por Higor Lameira Gasparetto, de autoria

conjunta com Rosane Leal da Silva, aborda o controle das publicações realizado pelas redes deve ser visto com reservas, especialmente quando atinge publicações de governantes, pois o bloqueio das postagens prejudica o direito constitucional à informação e distorce as narrativas.

Jacson Gross apresentou o artigo "IDEOLOGIAS POLÍTICAS E DIGNIDADE HUMANA: A CONTRIBUIÇÃO DE HÉLIO GALLARDO PARA A TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS", escrito em co-autoria com Jorge Alberto de Macedo Acosta Júnior e Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori, o texto refletiu a teoria crítica dos direitos humanos, especialmente a contribuição de Helio Gallardo no campo da ideologia, da política e da dignidade humana.

O trabalho intitulado "JUSTIÇA E ALTERIDADE EM EMMANUEL LEVINAS: UMA PROPOSTA PARA AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA", apresentado por Renan Posella Mandarino, em co-autoria com Fernando de Brito Alves, se propõe a demonstrar a efetivação da ética da alteridade nas audiências de custódia realizadas por videoconferência.

Thiago Passos Tavares apresentou o trabalho com a seguinte temática "MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO: O CAMINHO DAS PEDRAS DE UM PROCESSO SELETIVO STRICTO SENSU", cujo objeto de pesquisa aborda a importância do estudo de métodos e técnicas que podem auxiliar o acadêmico e/ou pesquisador que busca seguir carreira docente através do ingresso de um mestrado acadêmico em Direito. Já o segundo artigo de Thiago Passos Tavares, cujo tema é "O MACROPRINCÍPIO DA FRATERNIDADE JURÍDICA COMO CLÁUSULA PÉTREA CONSTITUCIONAL", em co-autoria com Carlos Augusto Alcântara Machado, visa demonstrar que, apesar de não estar expresso no rol das cláusulas pétreas, o macroprincípio da fraternidade jurídica não é passível de ser suprimido do texto constitucional.

"O CONCEITO DE DIREITO", este foi o trabalho apresentado por Etildes Yuri Pereira Queirós, em co-autoria com Júlia Simões Neris. Com a referida pesquisa, observou-se traçar um panorama possível dos elementos constitutivos do Direito, para, através destes, ensaiar uma efetiva caracterização do que seja o signo Direito.

Cleide Calgaro apresentou o artigo "O CUIDADO COM O MEIO AMBIENTE NATURAL POR MEIO DE UMA POLÍTICA COLETIVA E DE UM PROCESSO POLÍTICO-EDUCACIONAL EXPOSTO POR LUÍS ALBERTO WARAT", em co-autoria com Angélica Cerdotes, que visa analisar a educação ecológica e o cuidado do meio ambiente

natural na perspectiva de Luís Alberto Warat, no viés do amor como dimensão política, social e coletivo.

“PRESSUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS E EVOLUÇÃO DA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN”, trabalho este apresentado pelos autores Ariel Augusto Lira de Moura, Bernardo Leandro Carvalho Costa e Leonel Severo Rocha. Tal pesquisa visa investigar as transformações dos pressupostos epistemológicos nas duas edições da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

Finalmente, o trabalho “UMA ABORDAGEM HERMENÊUTICA SOBRE O DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO NA ERA DIGITAL” de autoria de Frederico Antônio Lima de Oliveira e Ailine da Silva Rodrigues, apresentado pelos dois autores. Trata-se de uma pesquisa que aborda os limites do direito fundamental à liberdade de pensamento, sob a ótica da hermenêutica constitucional, analisando sobre a necessidade de regulamentação expressa desses limites.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima – UNICHRISTUS

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama – UNIPAR

AUTOPOIÉSE E COMUNICAÇÃO EM UM CONTEXTO MULTICULTURAL: UMA OBSERVAÇÃO DO DIREITO INDÍGENAS A PARTIR DA POLICONTEXTUALIDADE

AUTOPOIESIS AND COMMUNICATION IN A MULTICULTURAL CONTEXT: AN OBSERVATION OF INDIGENOUS LAW THROUGH POLYCONTEXTUALITY

Gabriela Milani Pinheiro [1]
Helen Ramos Brum [2]

Resumo

As dinâmicas complexas da sociedade multicultural exigem uma releitura do subsistema do Direito. Neste contexto, a policontextualidade, marcada pela diversidade de comunicações jurídicas e própria de uma sociedade globalizada, será observada como aperfeiçoamento do acoplamento dessas comunicações com o subsistema do Direito. Assim, partindo de tais dinâmicas policontexturais o que se propõe é a análise da ressignificação do conceito de autopoiése recomendada por Gunther Teubner, a partir do exame de conceitos propostos por Niklas Luhmann, na possibilidade de legitimação do direito dos povos indígenas. A utilização das compreensões de Luhmann possibilitam a observação dos sistemas e subsistemas sociais em um contexto complexo, identificando sua comunicação própria e o caráter autopoiético da auto-reprodução. Por sua vez, o conceito de autopoiése revisitado por Teubner viabilizou a descrição da autor-reprodução das comunicações jurídicas fragmentadas, com a identificação de fenômenos como o pluralismo jurídico e o conceito da policontextualidade. Conclui-se, com fundamento nesta compreensão, a possibilidade da identificação do direito dos povos indígenas como subsistema jurídico capaz de desenvolver sua própria comunicação, de modo que viabiliza a observação do direito indígena como ordenamento autônomo no contexto multicultural latino-americano.

Palavras-chave: Teoria dos sistema, Autopoiése, Direitos dos povos indígenas, Pluralismo jurídico, Policontextualidade

Abstract/Resumen/Résumé

The complex dynamics of a multicultural society require a re-reading of the Law subsystem. In this context, the polycontextuality, characterized by the diversity of legal communications and particular to a globalized society, will be observed as an improvement of the coupling of these communications with the Law subsystem. Thus, starting from such polycontextual dynamics, this article propose an analysis of the re-signification of the autopoietic concept

---

[1] Mestranda em Direito Público pela UNISINOS. Bolsista integrantes do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da CAPES. Integrante NDH/UNISINOS. Advogada OAB/RS 124.732.

[2] Mestranda em Direito Público pela UNISINOS. Bolsista integrantes do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da CAPES. Integrante do NDH/UNISINOS e do NPA/UFRGS. Analista jurídica SPGG/RS.

recommended by Gunther Teubner, based on the examination of concepts proposed by Niklas Luhmann, in the possibility of legitimating the law of indigenous peoples. The use of Luhmann's comprehensions enables the observation of social systems and subsystems in a complex context, identifying their own communication and the autopoietic character of self-reproduction. In turn, the autopoietic concept revisited by Teubner made it possible to describe the self-reproduction of fragmented legal communications, identifying phenomena such as legal pluralism and the concept of polycontextuality. Based on this understanding, we conclude the possibility of identifying indigenous peoples' law as a legal subsystem capable of developing its own communication, in a way that makes it possible to observe indigenous law as an autonomous order in the Latin American multicultural context.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: System theory, Autopoiesis, Rights of indigenous peoples, Legal pluralism, Polycontextuality

INTRODUÇÃO

A importância de identificar como a sociedade se constitui passa pela tomada de consciência quanto à legitimação dos direitos e os procedimentos que os levam a efeitos. Daí a importância de discernir a relevância que tem a representatividade social de um seguimento da sociedade, titular de um direito pleiteado.

Em uma perspectiva sistêmica, onde o direito indígena ocupa o espaço de comunicação cultural jurídica própria, a temática proposta tem a pretensão de trazer à baila a reflexão acerca de como essa normatividade não tradicional pode ser, eventualmente, percebida e recepcionada pelos instrumentos de análise utilizados pela Teoria dos Sistemas, sobretudo sob as bases de compreensão de Gunther Teubner. Dessa forma, será empregado ao presente trabalho o método sistêmico de análise, preconizado por Niklas Luhmann, que não é indutivo nem dedutivo, uma vez que pretende descrever os sistemas (aberto e fechado) e sua relação com o ambiente.

A razão dessa propositura é a necessidade de oportunizar com que alguns conceitos da teoria Luhmaniana reapreciados e empregados por Teubner, conversem com outra autodescrição jurídica legitimada culturalmente; no sentido de, frente a ela, por à prova os mecanismos da teoria da Sociedade, a fim de ponderar a possibilidade de dar conta de uma convivência jurídica linear e multicultural antidiscriminatória.

Para tanto o exame do assunto proposto estará concentrado, primeiramente, nas funcionalidades conceituais básicas da organização do subsistema do Direito, com destaque aos conceitos de comunicação, diferenciação funcional, autopoiese e acoplamento estrutural, estes examinados sob a matriz pragmático-sistêmica de Luhmann.

Na sequência, a análise consistirá em verificar como Teubner cuidou de conduzir as referidas compreensões Luhmanianas, para resolver a problemática da convivência do subsistema do Direito com as pluralidades normativas existentes para além dos Estados nacionais.

Por último e, especificamente quanto ao dilema a ser solvido nesta proposição, confrontaremos os elementos que fundam o multiculturalismo, considerando a perspectiva de um pluralismo jurídico, à luz das ponderações autopoiéticas e em um espaço global de "policontexturalidade", em Gunther Teubner.

Por fim, nos encaminharemos à conclusão da proposta de análise quanto ao apontamento de formas de legitimação do Direito Indígena na perspectiva da teoria sistêmica,

de modo que sua constituição autônoma não seja ignorada, mas conviva em condição de juridicidade linear com o Direito tradicional.

1. COMUNICAÇÃO E AUTOPOIÉSE NO SUBSISTEMA DO DIREITO

A sociedade, para Luhmann, é formada pela comunicação, "que abrange também informação e compreensão", e cuja ênfase, operacionalização e o destinatário vão alternar-se conforme o sistema a que o comunicante pertencer. (LUHMANN, 2016, p. 22-31).

Em outras palavras: "Todo contato social será entendido pela teoria dos sistemas como um sistema, até se chegar à sociedade como a totalidade da consideração de todos os contatos possíveis. Cada sistema se diferenciará um do outro pela forma do ato de comunicação" (SANTIAGO; MARTINS, 2021, p. 65).

Esses Sistemas, segundo sustenta a teoria Luhmanianna, são autônomos e, em sua maioria, se autorreproduzem pelo processamento de uma autopoiese que, a partir da compreensão trazida por Maturana e Varella, pela qual um sistema somente será autônomo se estiver apto a reconhecer o elemento inerente que o designa; esse elemento produzirá sentido à estrutura que será determinante desse sistema, dentro de uma organização que se autorreproduz, a partir de interações cognitivas, resultando em alteração da própria estrutura (ROCHA, 2017).

O projeto de concepção de autopoiese da Teoria dos Sistemas de Luhmann aprimorou o da referida teoria dos cientistas latino-americanos Maturana e Varella e, assente na abrangência da comunicação em sociedade, considerou-a como sendo, conforme conclui em sua dissertação Thiago dos Santos Siqueira, "a forma mínima de autorreferência, complementados, à vista disso, pela reflexividade e reflexão, que se baseiam respectivamente no "antes" e no "depois", no "sistema" e no 'ambiente'"[1] . (SIQUEIRA, 2020, p. 22)

No caso do Sistema do Direito, isso significa dizer que essa comunicação deve ser dotada de sentido (LUHMANN, 2016, p. 21). E esse sentido será ditado pelo código binário direito/ não direito (legalidade/ilegalidade), cuja comunicação interdisciplinar com outros subsistemas e com o ambiente permitirá reduzir a complexidade do objeto do direito analisado, ou seja, da comunicação do subsistema do Direito. E por assim dizer, essa

[1] Ainda, sobre a produção de sentido e a autopoiese do Direito, ver ROCHA, Leonel Severo. DIREITO E AUTOPOIESE. Artigo publicado no Anuário digital 2017, produto de Projeto de Pesquisa entitulado "Teoria do Direito e Diferenciação Social na America Latina", desenvolvida no âmbito do PPG em Direito da UNISINOS.

comunicação internalizará ou não as expectativas de direito advindas da comunicação social do entorno do Sistema. E o que não for integralizado pela codificação binária "será irrelevante para o sistema autorreferencial autopoiético" (SANTIAGO; MARTINS, 2021, p. 69-72).

É dizer, no caso do Direito, o Sistema opera de modo autorreferencial, através da seleção da comunicação social a partir da convergência com a codificação própria do Sistema, produzindo uma autodesignação comunicativa, orientada pelo "princípio da produção de informação" (SANTIAGO; MARTINS, 2021, p. 63), se autorreproduzindo e fechando-se operacionalmente, de modo a legitimar seus limites cognitivos.

Nos termos em que Luhmann fundamenta sua teoria, "(...) toda observação e descrição têm de se apoiar numa diferença." (LUHMANN, 2016, p. 16). Isso porque, para a teoria dos Sistemas, o sistema jurídico é um subsistema do Sistema Social, pelo qual o direito é entendido como a unidade-limite da diferença entre direito e não direito. Isso significa dizer que a observação da comunicação tem que se apoiar na diferença onde, necessariamente, deverá ocorrer uma diferenciação funcional entre a organização utilizada para operacionalizar a comunicação através de seu código específico e os dos outros subsistemas (LUHMANN, 2016, p. 150; 172-174).[2]

E quando a comunicação não se acopla ao subsistema, quando do processo de diferenciação, a sua internalização por meio da positivação das expectativas não reconhecidas como jurídicas poderá ser feita por meio do subsistema da Política. (LUHMANN, 2016, p. 252-253)

Veja-se que a função de operacionalização dessa comunicação, conforme a teoria Sistêmica Luhmanniana é dos Tribunais que, localizados no centro do Sistema, são organizados em uma estrutura funcional direcionada a solver o paradoxo (direito/não direito), a fim de tornar certa uma situação incerta. (LUHMANN, 2016, p. 174-180) A estrutura que opera a comunicação jurídica seve para validar a norma que fundamenta a sua validade, a partir do vetor Constituição, que vai atuar para a fundação da validade do direito, culminando na função do Tribunal de dizer o que é jurídico e o que não é jurídico, interpretando o elemento externo à luz da sua própria linguagem.

Desse modo, verifica-se que o referido binômio constitui o modo de observação sistêmico e de seleção contínua, atuando como elemento balizador e distinguidor do Sistema em relação ao ambiente, por meio da diferenciação.

[2] Ainda, acerca da diferenciação funcional como fator relevante para a identificação em autorreferência dos subsistemas, ver SANTIAGO, MARTINS, Ob. Cit, pág. 61-62.

Em razão disso é que Luhmann indica a necessidade de conhecer como opera o código do Sistema quando ele se fecha, para saber onde existe a abertura para a autopoiese, porque o problema a ser resolvido deve ser traduzido e resolvido pelo próprio Sistema.

E a abertura vai ocorrer quando a comunicação que já foi acoplada pelo sistema em razão de uma primeira observação for capaz de interagir com as novas comunicações advindas do ambiente, através do mesmo sistema operativo binomial, procedendo-se "observações de segunda ordem" e diferenciando-as das primeiras de forma autopoiética e dentro do próprio sistema (LUHMANN, 2016, p. 214-215) . Essa autorreprodução a partir de sua própria informação, que foi processada através de uma configuração binária operacional também privativa, voltada a identificar uma nova informação (decisão), dotada de sentido nos termos orientados pelas informações anteriormente acopladas, caracteriza o fechamento operacional do sistema. (LUHMANN, 2016, p. 31-35)

Desse modo, em uma lógica sistemático-operativa, o acoplamento das informações à estrutura do sistema não pode ser incompatível com a sua autopoiese.

Luhmann observa que é pela contingência (provocação) do sistema do Direito pelo ambiente e pelos outros subsistemas, que ganha relevo a comunicação do sistema político quanto ao que entra no sistema, se adéqua e é recepcionado pelo seu binômio, acoplando-se estruturalmente ao Sistema do Direito, por meio de seu fechamento operativo (LUHMANN, 2016, p. 83-84). Essa nova estrutura de operação e seleção, levará à abertura do Sistema, bem como à evolução e, posteriormente, à estabilização.

Portanto, se a autonomia do Sistema do Direito, segundo Luhmann é atingida pela "recursividade da autopoiese do Sistema" que, por sua vez, gera estabilidade, essa autonomia, ao que tudo indica, é que garante o processamento e a razão de ser da autopoiese do subsistema do Direito. Todavia, conforme também alerta Luhmann (2016, p. 45), somente será efetiva se o sistema puder se abrir para nova comunicação, depois de seu fechamento operacional.

São, então, as estruturas operativas de auto-observação que descrevem o componente jurídico interno na prática, a partir da dogmática jurídica, que fazem com que, em autopoiese, o sistema autoconstitua-se, o que culmina na estabilização do sistema e na redução da complexidade (LUHMANN, 2016, p. 23-31).

A estabilização da comunicação advinda do ambiente de modo objetivo e orientativo é o que constitui as normas jurídicas, cuja garantia de permanência ou de apresentação de caminhos alternativos para o contentamento das expectativas fáticas são oferecidas pela

organização institucional do sistema do Direito voltada a operacionalizá-las (LUHMANN, 2016, p. 235-236).

Enfim, ao teorizar as relações entre os sistemas da sociedade, o grande contributo da teoria sistêmica desenvolvida por Niklas Luhmann e o seu desenvolvimento a partir de um sistema sociológico de comunicação foi o de permitir que os que estão fora do Sistema a entendam e a internalizem. As complexidades em sociedade se constituem no ponto de partida à produção de um significado pelo Sistema, cuja principal função será a de às reduzir. Desta premissa, propôs a observação a partir das diferentes comunicações sociais de cada Sistema, o que implica dizer, no contexto do Direito, que o importante não é a certeza de uma decisão, mas como a comunicação dessa decisão sobre o que é ou não direito é vista pelos outros Sistemas.

Os pressupostos para essa decisão acerca do que se identifique como direito/não direito são os construídos a partir da Ciência, Doutrina jurídica e demais conhecimentos (LUHMANN, 2016, p. 74).

Assim, dados os conceitos de sistema, comunicação, autopoiese e complexidade, ante o que se propôs tratar nesta pesquisa e considerando essa base conceitual proposta por Niklas Luhmann para uma observação pragmático-sistêmica do subsistema do Direito; passaremos a examinar a legitimação do Direito indígena à luz da aplicação prática dos referidos conceitos teóricos, reputando-se as ponderações autopoiéticas em um espaço global de "policontexturalidade", proposta por Gunter Teubner.

Isso porque Gunter Teubner, ao contrário do que propõe Luhmann - ainda que se utilizando do conceito Luhmanianno de sociedade - aplica as compreensões acerca de diferenciação funcional e autopoiese em um amplo espectro. A conceituação de diferenciação funcional da sociedade dada por TEUBNER (2020, p. 26) é no sentido de que "não é uma questão de decisão política fundamental, mas sim um processo evolutivo complicado, no qual distinções diretivas fundamentais se cristalizam gradualmente e instituições especializadas se formam de acordo com sua lógica própria". Já quanto à autopoiese, como conclui ROCHA (2021, p. 234) a compreensão de Luhmannn e Teubner se diferem quanto ao que lhes serve de observação, sendo que "o que Luhmann observa como autopoiese dos sistemas sociais, Teubner descreve como a formação de constituições parciais na sociedade mundial".

Nessa esteira, Teubner compreende que os direitos fundamentais já estão na comunicação; bem como que o direito não está centralizado dentro de um subsistema, pois as normas têm um caráter transnacional e a comunicação do Direito tem um sentido associado à pluralidade (ROCHA, 2017).

No contraponto à centralidade da comunicação jurídica no Sistema do Direito e em resposta às expectativas de direito advindas da globalização, que por sua vez, extrapolam os âmbitos nacionais, Gunter Teubner, ao lapidar conceitos trabalhados por Luhmann traz uma construção para solucionar a referida problemática, pela qual constata que cada sistema tem uma constituição, onde a criação da norma jurídica ocorre de forma autônoma, sem sanção do Estado, mas observa de onde se comunicam, ou seja, de dentro do Sistema, como ocorre com os direitos fundamentais (TEUBNER, 2020, p. 15-16).

Para Teubner a sociedade é um Sistema Global que está sempre em movimento e o Direito Global é um direito fragmentado, onde pode ocorrer a colisão entre direitos fundamentais, que é o cruzamento de lógicas existenciais. Essa colisão é o motor pelo qual o Direito Global produz modificações.

A respeito, Teubner (2020, p. 84-85), ao referir trecho de decisão transcrita, a partir do manuscrito "An Integrative Theory of Global Public Law", orienta:

> "No lugar disso, o direito de colisão de regimes deve tirar uma lição da compreensão do pluralismo jurídico e 'conscientemente buscar criar ou conservar espaços para o conflito entre diversos sistemas jurídicos sobrepostos. Em verdade, projetar procedimentos, instituições e práticas, ao longo de linhas pluralistas, pode ser uma estratégia útil para se gerir o hibridismo, sem o eliminar".

Ante ao que já foi examinado acerca da definição de Sistema, verifica-se que o multiculturalismo, pode ser definido como uma comunicação inserta no espaço da complexidade periférica de um Sistema Global e, portanto, outorga novo sentido ao Direito que, por sua vez, passa a ser plural. Diante disso, como alertam MELEU; THAINES (2013): "Uma releitura do direito é necessária, especialmente em uma sociedade multicultural, onde há uma maior incidência de complexidade".

É dizer, a resposta do sistema do Direito à necessidade de observação e auto-observação, fundada em uma autopoiese que resulta em um acoplamento de informações normativas circulares e multiculturais, chegamos ao que Teubner propõe como premissa de compreensão de um novo sentido para o Direito: a policontexturalidade.

2. PLURALISMO JURÍDICO E POLICONTEXTUALIDADE

A forma de comunicação do Direito está em debate em uma sociedade hipercomplexa. No contexto da sociedade contemporânea e seu aspecto multicultural, o reconhecimento da pluralidade de racionalidades jurídicas caracteriza a necessidade de uma nova análise dos

sistemas sociais. A compreensão das formas de comunicação que compõe o sistema jurídico e a quebra do padrão de produção normativa, cujo monopólio já não se aplica ao Estado nação, demonstra a complexidade dos fenômenos sociais contemporâneos com o advento da globalização. Neste sentido, "o pluralismo jurídico surge exatamente como contestação da pretensão exclusivista do Estado" (NEVES, 1995, p. 7).

Como mudança do raciocínio jurídico no início do século XXI, o pluralismo jurídico possibilitou identificar outros locais de produção normativa, ou seja, identificou a descentralização do Estado como produtor de direito na sociedade (ROCHA; KING; SCHWARTZ, 2009). Nas palavras de Rocha (2009, p. 34), "não é que as coisas não existiam, elas não eram observadas."

Especificamente, quanto aos direitos dos povos indígenas, uma série de cenários se desenvolveu na história da sociedade latino-americana, desde as constituições multiculturais e pluriculturais às constituições plurinacionais, oriundas dos contextos de demandas pelo reconhecimento de direitos próprios, do desenvolvimento do direito internacional sobre direitos dos povos indígenas, bem como da expansão dos discursos sobre multiculturalismo (FAJARDO, 2011). Tal tendência resulta, também, da incompatibilidade dos projetos constitucionais liberais monistas, decorrentes do modelo de Estado nação moderno que, em sociedades colonizadas era sustentado com base em um projeto neocolonial de sujeição da cultura indígena à cultura ocidental, nos termos da hegemonia europeia.

Isso significa dizer, conforme Mascareño (2010), que "nenhuma ficção cultural é inocente", pois uma descrição é eleita estrategicamente, a fim de que as insurgentes, ao buscarem reconhecimento, se acomodem à regulação de sua descrição. Assim, a escolha a partir do marco metodológico do pluralismo jurídico pretende possibilitar o reconhecimento do valor da diversidade e sua capacidade de emancipação no reconhecimento de direitos inexistentes no campo do direito ocidental.

Nesse aspecto, importante dizer que na perspectiva do direito como uno, as lutas de povos tradicionais pelo reconhecimento da sua autonomia se dão, justamente, em razão da afirmação de sua cultura como autêntica que, conforme alerta Mascareño (2010), somente o será se política ou juridicamente forem reconhecidas como tal, observando as regras ditadas por esses modelos. Portanto, a luta por esse reconhecimento implicará em refutar a limitação do modo de vida e da cultura fora do contexto europeu-hegemônico a partir da obrigatória associação às regras políticas e jurídicas.

Diante disso, é possível identificar que a manutenção de um sistema jurídico monista está embasada na ideia de um Estado nação que, no contexto brasileiro, é incapaz de representar a pluralidade de culturas e normatividades socias/jurídicas que efetivamente existem, em que pese não estejam sendo observadas como tais. Segundo Neves (1995), a falta do reconhecimento dessa complexidade, marcada pela diversidade contraditória de expectativas e interesses significa, para o direito, deficiência de eficácia e vigência social.

Conforme Teubner, o pluralismo jurídico terá como caracterização a existência de instituições específicas na sociedade, de modo a ligar o direito a outros sistemas funcionais e organizações formais. Portanto, o pluralismo jurídico será uma perspectiva do direito voltado à sociedade diante da "sincronia entre operações jurídicas e sociais" (TEUBNER, 2005, p. 86). Em outras palavras, tratam-se das interações entre essas várias ordens jurídicas de forma dinâmica, num mesmo campo social. Portanto, partindo da perspectiva do sistema autopoiético, o pluralismo jurídico na sociedade contemporânea se caracteriza quando nessa multiplicidade de processos comunicativos, fenômenos não-jurídicos na atuação social são observados a partir do código binário jurídico – lícito/ilícito. (TEUBNER, 2005)

Nesse sentido, cabe destacar que Teubner (2005, p. 89) afirma que o código binário lícito/ilícito "não é característico do direito oficial do Estado", de modo que apenas identificam a comunicação jurídica proposta, ao possibilitar a descrição da produção permanente de expectativas normativas, codificadas juridicamente no sentido sociológico. Portanto, para o referido autor, o que define o que é jurídico no pluralismo jurídico é o código binário lícito/ilícito dentro da construção normativa do plano social em análise. Tal compreensão dá espaço para o reconhecimento de formas jurídicas diversas, cuja legitimação não está vinculada à forma estatal de direito, pois viabiliza a observação das produções normativas que partem de contextos multiculturais.

Nessa ótica, a relação entre direito e sociedade passa a ser vista em uma dimensão horizontal, em que há uma variedade de outros jogos de linguagens com os quais o direito passa a se relacionar, não mais a partir de uma pretensa tradução de normas sociais para normas jurídicas mas, segundo Teubner, o que se tem é a "integração de um número confusamente grande de comunicações codificadas de maneira diferente no código jurídico" (TEUBNER, 2005, p. 96).

Assim, o paradigma pluralista irá suscitar a "inclusão social de forma organizada de todos aqueles que não encontravam espaço dentro do Estado" (AQUINO; SOUZA, 2017, p. 315). Por sua vez, no paradigma sistêmico, a análise da policontextualidade permite identificar uma pluralidade de autodescrições da sociedade, bem como que a comunicação

jurídica não é monopólio de produção Estatal, em que se reconhecem os também planos de produção normativos supra e infraestatal.

Nesse sentido, pensar a partir do referencial teórico sistêmico autopoiético significa observar a materialização desse cenário plural de paradoxos, ou seja, identificar perspectivas mutuamente exclusivas, em uma pluralidade de autodescrições, constituídas por operações entre sistema/ambiente. Por consequência, é possível observar as características de informalidade e independência em relação ao procedimento normativista estatal, de modo a tornar nítida a autonomia do sistema em relação aos demais discursos que o rodeia, pois ele necessita obedecer às exigências de reprodução de sua própria autopoiese. Contudo, em algum momento, irá ocorrer a integração, como por exemplo, a partir de acoplamentos estruturais que se aplicam tanto às relações externas, quanto internas da sociedade. (AQUINO; SOUZA, 2017).

Assumindo a premissa que estamos em uma realidade cada vez mais interligada e, por consequência, multicultural, percebemos que "toda diferença se torna 'centro do mundo" (NEVES, 2009, p.23), nos levando a uma multiplicidade de racionalidades parciais conflitantes que, em um paradoxo, são autônomas entre si e se diferem, em que pese a compreensão mútua da comunicação que legitima sua função. Portanto, a produção normativa não pode mais ser lida como fenômeno que parte apenas do centro, sem considerar aspectos da periferia, nos termos de Luhmann para a codificação da análise de inclusão e exclusão, visto que "os sistemas sociais contemporâneos e complexos são produto de normatividades jurídicas, assim, tornando a regulação jurídica contextual" (SOUZA; TONET, p. 4).

Dessa maneira, é possível reconhecer que o direito dos povos indígenas constitui um cenário característico próprio, marcado pela pluralidade racional que engendra seu conteúdo, advindos da cultura, cosmovisão, tradição e costumes que envolvem cada comunidade étnica, como unidade com regras próprias. Assim, as jurisdições indígenas existem e, como tais, regulam aspectos internos de cada comunidade a partir de suas comunicações específicas. De modo geral, o direito indígena vai destacar aspectos essenciais autônomos em relação às regras do direito estatal moderno de matriz europeia: os direitos fundamentais coletivos, a autonomia e autogoverno, que são vistos desde a perspectiva social e política de tais comunidades, conforme os sistemas jurídicos próprios dos povos indígenas (TONET; SOUZA, 2016).

Partindo da compreensão do caráter pluralista da sociedade, o potencial analítico da teoria dos sistemas autopoiéticos, na ideia de policontextualidade, é um caminho possível para compreender as dinâmicas tomadas pela descentralização da produção normativa e da

legitimidade das normas não estatais, em especial para este trabalho, aquelas que vinculam e comunicam a cultura dos povos indígenas. Portanto, através da proposta da policontextualidade é possível observar os novos sentidos do direito, a partir das categorias da teoria dos sistemas (MELEU; THAINES, 2014). Tal perspectiva busca desdobrar as estruturas sociais modernas que limitam a existência de culturas periféricas, de modo que, "as hiperestruturas da sociedade globalizada e moderna precisam ser coagidas a respeitar a indisponibilidade das culturas regionais." (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2008, p. 8).

Dessarte, partindo da ideia de que a policontexturalidade é uma proposta que permite a observação de novos sentidos do Direito, bem como que o Direito passa a ser uma forma de comunicação utilizada em uma pluralidade de contextos sociais, na produção normativa para além do Estado nação moderno, busca-se identificar a autonomia do direito indígena e sua legitimação a partir da análise sistêmica.

3. AUTOPOIESE E O DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS

Até este ponto da análise proposta, tivemos a oportunidade de examinar a teoria dos Sistemas proposta por Luhmann e as possibilidades apresentadas a partir do advento da globalização, em uma observação que leva em consideração contextos multiculturais. Assim, partindo do Pluralismo Jurídico como fenômeno que possibilita a leitura de outros ordenamentos jurídicos, pretende-se identificar a legitimação do Direito indígena como um subsistema autônomo, partindo da compreensão da possibilidade de sua autopoiése.

Conforme Gunther Teubner (1993), o direito, como subsistema social, constitui um sistema autopoiético de segundo grau/ordem (também identificado como funcionalmente diferenciado), seja pela sua constituição autorreferencial, seja por possuir seus próprios componentes sistêmicos que se articulam em um hiperciclo. Tal observação possibilita identificar os vários estágios do direito, em que a interação do sistema pela sua abertura cognitiva possibilita o contato com os significados sociais, valores sociais e construções da realidade a partir das existências que a constituem. Ainda, ao determinar o caráter autônomo do sistema do direito, o referido autor explica o desenvolvimento do sistema do direito nas seguintes fases:

> Numa fase inicial – 'dita de direito socialmente difuso' -, elementos, estruturas, processos e limites do discurso jurídico são idênticos aos da comunicação social geral ou, pelo menos, determinados heteronomamente por esta última. Uma segunda fase de um 'direito parcialmente autônomo' tem lugar quando um discurso jurídico começa a definir os seus próprios componentes e a usá-los operativamente. O direito

> apenas entra numa terceira e última fase, tornando-se 'autopoiético', quando os componentes do sistema são articulados entre si num hiperciclo" (TEUBNER, 1993, p. 77).

Portanto, as referências do sistema do direito decorrem, em primeiro plano, da comunicação social, que em um processo de identificação do discurso a partir dos componentes jurídicos, irá estruturar o sistema autopoiético do direito em contextos sociais de comunicação comum. Nesse ponto, Teubner faz menção ao "indigenous law" como exemplo de conflito em direito difuso (componentes sistêmicos socialmente produzidos) que pode ser identificada como direito, tratando-se de processos genuinamente jurídicos (TEUBNER, 1993).

Ainda, Teubner descreve os elementos que possibilitam o reconhecimento do direito de caráter socialmente difuso, identificando-os a partir da existência de conflitos definidos pelas divergências de expectativas, que tornam imperiosa uma decisão; bem como que esses conflitos de expectativas sejam resolvidos a partir código "legal/ilegal", de modo que exista definição pelo código a partir da comunicação cultural que o integra. Isso porque "as expectativas são essencialmente construídas na base de normas sociais forjadas num contexto de coordenação de condutas, mais do que num contexto de resolução de conflitos" (TEUBNER, 1993, p. 80).

~~Assim,~~ O desenvolvimento do sistema do direito como autopoiético parte da relação comunicacional de ações e normas, tanto jurídicas, como sociais. Contudo, apenas passa a ser identificado como um sistema parcialmente autônomo, na medida em que tematiza as comunicações jurídicas por normas reguladoras, ditas por Teubner, citando Hart, como normas secundárias: aquelas que identificam e processualizam as normas obrigacionais. (TEUBNER, 1993). Esse é a característica do momento que precede a identificação do sistema do direito como autopoiético, mas que ainda diz respeito apenas à sua autodescrição.

Para que o sistema do direito se caracterize como um sistema autopoiético e, portanto, observado como um sistema que se autoconstitui, deve ser capaz de autoreferenciar-se. Nas palavras de Teubner, "[A] autopoiese jurídica apenas pode emergir caso as relações auto-referenciais circulares dos componentes do sistema sejam constituídas por formas a permitirem a sua própria articulação e interligação num hiperciclo auto-reprodutivo." (TEUBNER, 1993, p. 84). Assim, a caracterização de um sistema jurídico parte de uma comunicação própria e funcional, em um fechamento operacional e com aberturas cognitivas, em que é possível identificar seus limites. São as fronteiras em que o sistema pode atuar.

Assim, a autonomia do direito está atrelada à capacidade de criação de seus próprios princípios, bem como de autoconstituição das ações jurídicas, a juridificação dos processos e invenção de institutos jurídicos. (TEUBNER, 1993). Nesse sentido, conforme Teubner (1993), a incorporação ao direito de significados sociais ocorre mediante a integração normativa dos valores sociais e de construções da realidade. Logo, o conteúdo propriamente normativo dos elementos que passam a integrar o sistema jurídico são produzidos dentro do próprio sistema, a partir de suas normas constitutivas de referência, reformulando-as à comunicação jurídica, em um processo de criação jurídico-endógeno.

Como assinalado anteriormente, as novas manifestações jurídicas no contexto do pluralismo jurídico fazem com que a dimensão vertical da produção de normas jurídicas específicas passe a ocorrer em uma dimensão horizontal, em que o direito se relaciona com outros jogos de linguagem, na operação sistema/ambiente. Desse modo, produz-se conteúdo normativo pela integração de elementos dentro do próprio sistema jurídico, por intermédio de normas constitutivas de referência (TEUBNER, 1993). É nesse movimento que é possível pensar de que modo a legitimação dos direitos indígenas se insere como direito autopoiético.

O Direito dos povos indígenas é observado, portanto, a partir de uma releitura da teoria dos sistemas autopoiéticos, em que se reconhece a pluralidade de autodescrições. Tal reconhecimento advém da perspectiva pluralista que possibilita identificar a complexificação das comunicações de diversos grupos sociais, o que depende, em primeiro momento, do reconhecimento e legitimação dessas culturas na definição da representatividade de suas normas sociais e jurídicas.

Em seu escrito sobre a proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais, Fischer-Lescano e Teubner (2008) realizam uma análise a partir da legitimação de um direito que efetivamente proteja as condições culturais em que os conhecimentos indígenas são produzidos, bem como os direitos básicos advindos de comunidades indígenas em face da produção jurídica moderna e seu caráter colonial de apropriação. Conforme o autor, a modernidade global compreende de maneira equivocada algumas comunicações das culturas regionais como normas legais, interpretando-as erroneamente, de modo a possibilitar barreiras à expansão da modernidade, de modo que, partindo desta divergência comunicacional, “(...) a lei cria um novo mecanismo de produção legal na instituição do "direito indígena" que é

capaz de contrariar as tendências expansionistas modernas, implementando proibições e outras sanções legais."[3] (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2008, p. 11)

Portanto, é certo afirmar que a pluralidade de autodescrições revela um âmbito muito maior do que o paradigma da centralidade normativa, partindo da policontextualidade, que se orienta pela pluralidade de perspectivas constituídas por operações entre sistema/ambiente e que são exclusivas entre si, de modo que o direito passa a ser observado a partir de um caráter comunicacional, na identificação do que lhe é comum, pertencente ao próprio sistema, não simplesmente um texto legal (SOUZA; TONET, 2016).

Veja-se que é possível pensar o direito indígena a partir da teoria dos sistemas, visto que tal matriz teórica possibilita "pensar o Direito como componente de uma estrutura social complexa e paradoxal" (ROCHA, 2003, p. 94), de modo que a teoria e a práxis são compreendidas no fenômeno jurídico em um contexto multicultural, a partir da equivalência. Ou seja, pensar o Direito em seu aspecto multicultural significa reconhecer os critérios que possibilitam a identificação de comunicações de equivalência universal nos sistemas jurídicos, permitindo um diálogo entre as culturas (ROCHA; KING, SCHWARTZ, 2009).

Ademais, partindo da policontextualidade, a teoria sistêmica recupera a ligação entre Direito, verdade e cultura, possibilitando a construção de um espaço pluricultural e democrático, por meio do reconhecimento das lógicas próprias de organizações que surgem paralelas ao Estado-nação (MELEU; THAINES, 2014). Dessa forma, a produção de normas fora do centro estatal não limita sua legitimação, pois mesmo que sua produção decorra de um centro social, é o caráter de comunicação jurídica que confere sua entrada no sistema jurídico. Assim, a realidade policontextural poderá ser observada a partir do reconhecimento dessas ordens jurídicas produzidas em centros não-estatais (SOUZA; TONET, 2017).

Para tanto, reconhecer a autodeterminação dos povos implica na legitimação de suas esferas jurídicas próprias, na garantia da construção para além da produção jurídica hermeticamente fechada às demandas sociais. Como afirma Neves:

> Tal situação só poderia ter sentido numa estrutura social pouco diferenciada e caracterizada pela unidade de valor, interesse e expectativa. Entretanto, em tal contexto, não se construiria Direito como esfera autônoma do agir e do vivenciar normativo, eis que a unidade decorreria diretamente da estrutura político-moral globalizante, hierarquicamente suprema e imediatamente válida em todos os espaços do agir e vivenciar social. (NEVES, 1995, p.26)

[3] No original: *"Using this real fiction, law creates a new legal production mechanism in the institution of "indigenous law" that is capable of counteracting modern expansionist tendencies by implementing prohibitions and other legal sanctions."*

Diante disso, no direito dos povos indígenas, como aquele criado a partir da comunidade em um contexto cultural próprio, a autopoiese apresenta seu papel mais singular: de redefinição da ideia de diferenciação como forma de se enfrentar os paradoxos e avançar à uma releitura do direito, diante da abertura do horizonte de compreensão de sentido até então desconsiderados pela dogmática jurídica tradicional (MELEU; THAINES, 2014).

Assim, é possível a legitimação de organizações múltiplas com lógicas próprias de identificação e autorreconhecimento, a partir de comunicações jurídicas com conteúdo próprio, exercendo autonomia e produzindo normas a partir de sua autorreferência, como no caso do direito dos povos indígenas no contexto brasileiro.

3 CONCLUSÃO

Em um apanhado conclusivo, a pesquisa proposta aponta para a apresentação de possibilidades de observação, capazes de identificar a legitimação do Direito indígena como um subsistema autônomo na teoria dos Sistemas.

Dadas as compreensões propostas por Luhmann e de elementos basilares da sua Teoria dos Sistemas, foi possível depreender como ocorre a análise da observação do sistema do direito a partir de tal paradigma metodológico. Identificar os elementos possibilitou reconhecer a estrutura de comunicação e autorreprodução do direito, diante dos seus códigos próprios, abertura cognitiva e fechamento operacional.

Diante disso, voltar-se à observação para contextos hipercomplexos da sociedade multicultural, novas dinâmicas interferem e identificam a composição das comunicações que, partindo de organizações sociais diversas em um mesmo cenário nacional, possibilitam a identificação de organizações jurídicas para além do Estado-nação. E é nesse contexto do fenômeno do pluralismo jurídico que novas observações são feitas a partir da Teoria Sistêmica que, por sua vez, se mostra capaz de identificar as complexidades em análises que levam em conta uma realidade policontextural.

A compreensão acerca do uso operativo dos fenômenos de linguagem, advindos do contexto de regulação normativo, ocorre a partir da sua comunicação, da linguagem e do código identificador do sistema do direito, lícito/ilícito, parte integrante do discurso jurídico. E é justamente essa fronteira de limitação característica do sistema (pelos seus jogos de linguagem comunicativos) que possibilita ao direito o reconhecimento de diversos ordenamentos, como os transcritos pela policontextualidade.

Do mesmo modo, o estudo sobre a Policontextualidade, desenvolvido neste trabalho a partir dos escritos de Teubner, possibilitou uma nova perspectiva de observação das comunicações sistêmicas, o que, diante do sistema do direito, se apresenta como uma emancipação da observação que ocorria apenas a partir do Direito criado pelo Estado e operativo em um contexto uninacional.

Portanto, uma nova releitura do direito a partir da teoria sistêmica se denota necessária, para que seja possível identificar a produção do direito dentro das comunidades culturalmente diversas, como é o caso dos povos indígenas no Brasil. Partindo de contextos culturais diversos, a observação da forma organizacional jurídica das comunidades se legitima pela possibilidade de sua autorreprodução, em uma comunicação própria, e que poderá ser identificada pelos códigos do direito.

Assim, o reconhecimento e a legitimação dessas culturas, na definição da representatividade de suas normas sociais e jurídicas, são de extrema importância para a observação de instituições que existem de fato e que regulam vidas dentro de contexto sociais multiculturais na sociedade, pois se estruturam para além das premissas do Estado-nação.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; SOUZA, Matheus Figueiredo Nunes de. A policontexturalidade e o novo constitucionalismo Latino-americano: considerações sobre a jurisdição Indígena originária campesina. *In*: I CONGRESSO INTERNACIONAL DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS, Passo Fundo, 2017. **Anais** [...]. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2017. p. 305-319.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Cannibalizing epistemes: Will modern law protect traditional culturalexpressions? *In*: GRABER, Christoph (org.). **Cultural Expressionsina Digital Environment**. [*s.l.*]: Edward Elgar Publishing, 2008.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. [livro eletrônico]; tradução: Saulo Krieger; tradução das citações em latim: Alexandre Agnolon – São Paulo, 1ª edição eletrônica: Martins Fontes, 2016.

MASCAREÑO, A. Algunas veces subir es bajar. **Paradojas de los derechos culturales**. En O. Ette y H. Nitschack (eds.), Trans*Chile. Un acercamiento transreal. Frankfurt: Iberoamericana-Vervuert Verlag, 2010, p. 01-11. Disponível em: https://www.academia.edu/1290985/Mascare%C3%B1o_A_2010_Algunas_veces_subir_es_bajar_Paradojas_de_los_derechos_culturales_En_O_Ette_y_H_Nitschack_eds_Trans_Chile_Un_acercamiento_transreal_Frankfurt_Iberoamericana_Vervuert_Verlag.Acesso em 06/10/2022

MELEU, Marcelino; THAINES, Aleteia Hummes. Etnopoiese: o acesso à justiça por meio da efetivação do etnodesenvolvimento nas sociedades multiculturais. *In*: MEZZAROBA, Orides; REGO FEITOSA, Raymundo Juliano; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coelho de (org.). **Acesso à justiça I**. Vol. 1, 1ª ed. Curitiba: Clássica Editora, 2014. p. 39-58. Disponível em: https://irp-cdn.multiscreensite.com/461eeed5/files/uploaded/acesso%20a%20justi%C3%A7a_vol%201.pdf. Acesso em: 16 jul. 2022.

NEVES, Marcelo. 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. **Revista Direito Em Debate**, Ijuí, v. 4, n.5, 1995. Disponível em: https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/885. Acesso em: 20 jul. 2022.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. Constituição, Autopoiese e Acoplamento Estrutural: propostas e desafios do constitucionalismo social em Luhmann e Teubner. *In*: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. [recurso eletrônico]. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs) Nº 17. Blumenal/SC: Dom Modesto, 2021, 398p.

ROCHA, Leonel Severo. Direito e Autopoiese. *In:* STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e**

hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 13. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2017.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

ROCHA, Leonle Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A Verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANTIAGO, Alex Fernandes e MARTINS, Plínio Lacerda. Teoria dos sistemas e direito. Possibilidades de aplicação. A dupla contingência como fundamento da responsabilidade empresarial ambiental *in* DAHER, Luiz Eduardo de Souza Leite Trancoso (Org.). **O direito do consumidor no mercado de consumo** [recurso eletrônico]: 1. Ed. Rio de Janeiro: ISPP: PPGDIN – UFF, 2021.

SIQUEIRA, Thiago dos Santos. **Raça sob uma perspectiva sistêmica: observações à luz de uma aproximação entre a teoria dos sistemas e os estudos pós-coloniais**. 2020. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/39136/1/2020_ThiagodosSantosSiqueira.pdf. Acesso em 23/10/2022.

SOUZA, Matheus Figueiredo Nunes de; TONET, Fernando. O paradigma latino americano da jurisdição indígena e o panorama brasileiro. **Revista eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 5, n. 1, 2017. Disponível em: https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/3338. Acesso em: 17 jul. 2022.

SOUZA, Matheus Figueiredo Nunes de; TONET, Fernando. Policontextualidade e a quebra da centralidade de produção normativa. In: VIII Mostra de Pesquisa de Pós-Graduação, 2015. **Impacto Científico e Social na Pesquisa**. Passo Fundo: IMED, 2016. Disponível em: https://soac.imed.edu.br/index.php/mic/ixmic/paper/viewFile/150/80. Acesso em: 19 jul. 2022.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistemas e Policontextualdiade**. Piracicaba: Editora UNIMEP, 2005.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo Social na Globalização** – Série IDP – linha Direito Comparado - 2ª Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian,1993.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. *In*: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **El derecho en América Latina**: Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011, p. 139-160.