

TEMPO E CONSTITUIÇÃO

Leonel Severo Rocha¹

Sumário: Introdução: tempo social e direito. 1 Tempo: de Saussure a Kelsen. 2 Matriz pragmático-sistêmica. 3 O direito como sistema autopoietico. 4 Auto-referência, imprevisibilidade, circularidade e os paradoxos do sistema do direito. 5 Gestão dos paradoxos da auto-referência. 5.1 Acoplamento e inter-relação entre o sistema do direito com o seu ambiente. 6 François Ost. Conclusão. Referências.

Resumo: O tempo é a sucessão contínua de instantes nos quais se desenvolvem eventos e variações das coisas. Para Teoria dos Sistemas, é a observação da realidade a partir da diferença entre passado e futuro. A Constituição é a forma estruturada nas sociedades diferenciadas características da modernidade para a operacionalização/observação das relações entre o Direito e a Política. Pretendo neste ensaio apontar alguns lugares diferentes de observação da evolução do Direito a partir de sua inserção na idéia de *Tempo Social*.

Palavras-chave: tempo - constituição

Abstract: The Time is the continuous succession of instants in which if they develop events and variations of the things. For Theory of the Systems it is the comment of the reality from the passed and future difference between. The Constitution is the form structuralized in the differentiated societies characteristic of modernity for the operacionalização/comment of the relations between the Right and the Politics. I intend in this essay to point some different places of comment of the evolution of the Right from its insertion in the idea of *Social Time*.

Key-words: time - constitution

Introdução: tempo social e direito

O tempo é a sucessão contínua de instantes nos quais se desenvolvem eventos e variações das coisas. Para Teoria dos Sistemas é a observação da realidade a partir da diferença entre passado e futuro. A Constituição é a forma estruturada nas sociedades diferenciadas características da modernidade para a operacionalização/observação das relações entre o Direito e a Política. Pretendo neste

¹ Doutor pela EHESS-Paris. Professor colaborador do programa de pós-graduação - Mestrado em Direito da URI, coordenador do PPGD-Unisinos, Pesquisador I do CNPq.

ensaio apontar alguns lugares diferentes de observação da evolução do Direito a partir de sua inserção na idéia de *Tempo Social*.

A definição do tempo está ligada à forma de sociedade em que vivemos (Claude Lefort, Cornelius Castoriadis). Nessa perspectiva o tempo é contextual (espacial). A concepção de tempo dominante na dogmática jurídica é originária da filosofia de Kant e da física de Newton e, portanto, das estruturas tradicionais de regulação social. Pode-se dizer assim que o tempo determina o tipo de estruturação temporal do Direito e que o Direito, por sua vez, auto-reproduzindo-se nesta lógica, contribui com a manutenção dessa temporalidade instituída. A Constituição é uma das conquistas evolutivas dessa organização do tempo.

No entanto, no início do século XXI, surgiu uma nova forma de sociedade, que se pode chamar, conforme os autores, de globalizada, pós-moderna, modernidade-reflexiva, modernidade líquida, que tem como uma das características fundantes a dissolução da noção de tempo/espço tradicional. Portanto, uma das possibilidades de se pensar, de se entrar nessa nova forma de sociedade, poderia ser tentada a partir da idéia de tempo: o que é o tempo dentro dessa nova forma de sociedade? E onde é que o Direito contribui para a construção do tempo? E qual seria o papel da Constituição?

1 Tempo: de Saussure a Kelsen

A teoria a respeito da dimensão temporal dominante no Direito é o normativismo, que impõe na dogmática jurídica a concepção de tempo de Kant/Newton. Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito*, 1960), um neo-kantiano, vai usar essa noção de tempo e espaço, por meio da noção de âmbito de validade. Esta perspectiva kelseniana aproxima-se, epistemologicamente, daquela do chamado estruturalismo. Ferdinand Saussure, um lingüista, demonstra que toda produção de sentido, do significado, é uma relação de valor. E o valor é temporal.

Para tanto, Saussure elabora uma teoria semiológica dos signos a partir da oposição língua/fala. Essa dicotomia, língua/fala, é que produz o sentido: a língua

seria o sistema, a fala seria a seleção atual. Essa relação língua/fala é uma relação temporal porque só podemos entendê-la desde uma outra a relação entre diacronia/sincronia, que é uma outra relação com o presente e a história. Isso quer dizer que a produção de sentido é uma produção temporal. Não existe comunicação sem tempo, ou seja, Saussure amplia as possibilidades de sentido neo-kantianas. Como exemplo, num dos momentos mais brilhantes do *Curso de Lingüística Geral*, se explica, do ponto de vista estrutural e neo-kantiano, como se produz a comunicação num certo momento e num certo tempo, por meio das relações sintagmáticas e associativas da comunicação. As relações sintagmáticas mostram que os sons, os fonemas, para terem sentido, precisam de um tempo de articulação, de estruturação, para serem formados. Por exemplo: no tempo sintagmático, quando se tem quinze minutos para falar, nesse tempo somente se pode falar, emitir, os sons se podem emitir durante quinze minutos sintagmaticamente. Porém, ao mesmo tempo, podem-se, em cada sintagma, em cada signo, em cada palavra, transmitir relações associativas. Então se diz linearmente, sintagmaticamente, algumas coisas, mas, associativamente, sempre se diz muito mais. Ou seja, a relação sintagmática/associativa, do ponto de vista temporal, diz associativamente muito mais que o sentido literal. E é por isso que sempre um texto diz muito mais do que se pretende e menos do que se pensa.

A semiologia saussureana foi utilizada pela primeira vez, em relação ao Direito Penal, já em 1980, por Rosa Maria Cardoso, para desmascarar o mito do princípio da legalidade, mostrando que este somente seria possível se as palavras da lei se reduzissem aos sintagmas, às palavras escritas. Para a validade de princípio da legalidade, não existiam junto com essas palavras relações associativas. Ora, se há relações associativas, a interpretação é sempre mais ampla. Sem princípio da legalidade, o tempo está livre e a Lei pode retroagir. Desse modo, percebe-se que há um tesouro, uma riqueza quase infinita na língua, e um limite espacial na fala, que somente é ultrapassado levando-se em consideração simultaneamente as oposições da semiologia e da lingüística. Essas oposições, como a existente entre diacronia/sincronia que estão em Saussure, são muito semelhantes, respeitadas algumas especificidades, as idéias de estática e dinâmica no normativismo jurídico kelseniano. Trata-se de uma concepção de presente e uma concepção de história que estariam, ao mesmo tempo, conjugadas na produção de sentido do Direito.

Assim, não se pode entender o Direito do ponto de vista normativista

sem uma estática e uma dinâmica, sem o presente da história. Mas tudo isso ainda é originário de Kant, sendo aplicações estruturais de Saussure e de Kelsen, de neokantismo ao Direito. Na atualidade, o grande problema é que essa noção de tempo e espaço kelseniana, saussureana, não funciona mais. Essa noção de tempo e espaço não é mais válida, porque estamos numa outra forma de sociedade globalizada. A concepção de tempo e espaço de Newton, que se mantinha, filosoficamente, com de Kant, é uma categoria que permitiria duração, permitiria antecipação: tempo para pensar, tempo para refletir, tempo de continuidade. O fato é que depois de Albert Einstein, que também não é o culpado por ser o mensageiro, a *Teoria da Relatividade* vai destruir a noção de tempo linear, abrindo lugar para as teorias da indeterminação e da imprevisibilidade. Isto é, não há mais o tempo do antes e do depois, do passado e do futuro. Assim deixa de ter sentido toda epistemologia montada numa racionalidade ligada à idéia de tempo e espaço newtoniano. Por tudo isso, então é necessário procurar-se como alguns chamam o ponto de mutação, pensar um novo tempo, um tempo da relatividade. Nesse novo tempo, tudo é instantâneo, não existe mais a separação rígida entre passado, presente e futuro. O tempo é imediato, impedindo que a Teoria do Direito possa se desenvolver dentro dos padrões normativistas kelsenianos. Por isso, a importância das teorias sistêmicas para a observação da complexidade do Direito atual.

2 Matriz pragmático-sistêmica

Deste modo, a forma de sociedade globalizada implica uma reconstrução necessária do que é o Direito, que exige, entre outras dimensões, uma observação diferenciada do tempo. Existem muitos caminhos na epistemologia. Neste texto, parte-se da matriz sistêmica (pragmático-sistêmica) ligada à teoria dos sistemas sociais. A matriz sistêmica aplicada ao Direito tem como autor principal Niklas Luhmann (*Soziale Systeme*, 1984), mas existem também outros importantes autores, que podem ser chamados, respeitadas as especificidades de sistêmicos sociais: Teubner, Giddens, Beck, etc. O fator preponderante da matriz sistêmica é o fato de que ela permite observações de segunda ordem, que apontam para uma série de questões completamente diferentes das perspectivas tradicionais ligadas à noção clássica da

Física do Tempo/Espaço. A matriz sistêmica parte da idéia de tempo construído dentro da Complexidade e do Caos. A teoria dos sistemas é uma teoria originariamente ligada desde Talcott Parsons (*Sistema Social*, 1976) aos processos de tomada de decisões. Todo processo de tomada de decisões está vinculado a uma noção de tempo. Decidir é fazer. Decidir é participar do processo de produção do futuro, por isso decidir é produzir tempo. Decidir na teoria dos sistemas também é produzir uma diferença. A decisão é, portanto, fundamental para o entendimento de qualquer relacionamento mais direto com o problema do tempo. Neste texto, salientar-se-á, notadamente, para análise do Direito, as concepções de Niklas Luhmann e François Ost, desde uma interpretação própria.

A teoria dos sistemas sociais de Luhmann é altamente complexa, exatamente porque pretende observar uma sociedade igualmente hipercomplexa. Para Luhmann, o sentido possui três dimensões: material, social e temporal. Para Luhmann, em sua primeira fase existe no Direito uma tensão temporal em suas funções: 1) em relação ao passado, a função de “estabilização de expectativa” e, em relação ao futuro, a função de “guia de comportamento”. Porém, em sua segunda fase, a teoria luhmaniana parte da diferença fundamental entre sistema e ambiente. Esta diferenciação exige para sua compreensão o conhecimento de, no mínimo, outras quatro grandes teorias: a teoria dos meios de comunicação, pois sem o domínio do conceito de comunicação não se pode entender a noção de sistema social; a teoria da evolução, desde uma perspectiva crítica da mudança social; a teoria da diferenciação, verdadeiro motor da sociedade; e a teoria da autodescrição, caracterizada por uma perspectiva chamada de autopoietica (Gunther Teubner, 1989). Nesta linha de idéias, percebe-se que a matriz sistêmica indica para a observação da sociedade e do Direito problemas e saídas que até então não eram possíveis de serem pensados dentro do Direito dogmático. O tempo passa a ser uma redução/contrução de complexidade.

3 O direito como sistema autopoietico

O Direito mantém uma interdependência com a sociedade, entretanto,

devido ao seu poder de autoprodução, aquele é autônomo em relação a esta. A interação de todos os componentes do sistema jurídico – processos, identidade, estrutura, atos jurídicos, normas jurídicas – apresentam-se em uma articulação hipercíclica, possibilitando seu fechamento operativo por causa de sua auto-manutenção (auto-referência, auto-organização, autoprodução).

A expressão *autopoiese* refere-se àqueles sistemas que (auto)produzem todos seus componentes elementares. Esses elementos e estruturas sistêmicas surgem por meio de uma cadeia de interações recursivas (desses mesmos elementos) e, assim, distinguem-se do meio envolvente – seja com a forma de vida, consciência ou (no caso dos sistemas sociais) comunicação. *Autopoiese*, sobretudo, é o modo (autônomo) de reprodução desses sistemas.²

E internamente a esses sistemas existem outros sistemas parciais, os quais, vislumbrados por um observador/operador do direito, apresentam interações recursivas e circulares, as quais possibilitam sua autoprodução e manutenção de maneira autônoma. O sistema jurídico, dessa forma, atua de maneira normativamente enclausurada, cuja referência dessas articulações internas ao sistema serão sempre determinadas por aquelas proferidas pelo próprio sistema anteriormente, em uma das principais características de um sistema autopoietico: a auto-referência. Desta característica, decorrem (auto)observações profficuas do sistema do Direito.

A *autopoiese* não deve ser confundida com auto-referência, pois essa seria um conceito mais geral e mais abrangente, referindo-se a todas as formas possíveis de circularidade e recursividade em que uma unidade operacional interage consigo mesma. A *autopoiese*, por seu turno, é a (a) autoprodução de todos os componentes do sistema; (b) a automanutensão dos ciclos de autoprodução (através de uma articulação hipercíclica) e (c) a autodescrição como regulação da autoprodução.³

4 Auto-referência, imprevisibilidade, circularidade e os paradoxos do sistema do direito

A partir desta ruptura epistemológica proposta pela matriz pragmático-

sistêmica, vislumbra-se uma epistemologia circular e não mais linear como tradicionalmente enfocada. Entretanto, para que seja possível o perfeito entendimento deste novo enfoque com que é vislumbrada a teoria e prática do Direito, necessita-se uma abordagem das características decorrentes da auto-referencialidade do sistema jurídico.

Conforme Gunther Teubner, a auto-referência é a “característica visceral” do Direito Pós-Moderno, e sua abordagem faz-se essencial para um entendimento do Direito como um sistema autopoiético.⁴ *Referência* é a designação proveniente de uma distinção, e a peculiaridade do prefixo *auto* reside no fato de que a operação de referência resulta naquilo que designa a si mesmo. Para Luhmann, a expressão auto-referência (*Self-reference*): “Designa toda operação que se refere a algo fora de si mesmo e que, através disto, volta a si. A pura auto-referência, a qual não toma o desvio do que lhe é externo, equivaleria a uma tautologia. Operações reais ou sistemas reais dependem de um ‘desdobramento’ ou destautologização desta tautologia, pois somente, então, estas poderão compreender que são somente possíveis em um ambiente real de uma maneira limitada, não arbitrária.”⁵

Com isso, esta nova característica do Direito sugere quatro interpretações apontadas por Teubner⁶. Primeiramente, a auto-referência aponta uma *indeterminação* por parte do Direito, como algo insuscetível de qualquer controle ou determinação externa, não sendo determinada por autoridades terrestres ou dos textos, pelo Direito Natural ou revelação divina. São as decisões anteriores que estabelecem a validade do Direito e este determina a si próprio por sua auto-referência, baseando-se em sua própria positividade. O Direito retira sua validade desta auto-referência pura, segundo a qual o Direito é o que o Direito diz ser Direito, isto é, qualquer operação jurídica reenvia ao resultado de operações jurídicas anteriores. A validade não pode ser importada do ambiente do sistema jurídico porque “O Direito é válido, então, em razão de decisões que estabelecem sua validade”⁷, assim, a única racionalidade possível é a que consiste numa configuração interna possibilitadora de redução de complexidade do meio, o que se incompatibiliza com as noções de “input” e “output”.

A segunda interpretação salienta a relação entre auto-referência e *imprevisibilidade* do Direito. Segundo essa interpretação, o dogma da segurança

jurídica (previsibilidade da aplicação do Direito aos casos concretos) seria incompatível com a auto-referência. Conforme se abordou acima, a própria idéia de contingência afasta o dogma da segurança jurídica e pode-se vislumbrar a indeterminação diretamente vinculada à autonomia do sistema do Direito. O Direito apresenta uma contínua mutação estrutural, no sentido de satisfação de sua funcionalidade específica. *Existe a certeza de que haverá Direito, porém incerteza quanto ao seu conteúdo.*⁸

A terceira interpretação proposta por Teubner salienta a *circularidade* essencial do Direito. Tal perspectiva parte da constatação de que ao atingir os níveis hierarquicamente superiores há a impossibilidade de seguir, sendo remetido diretamente ao nível hierárquico mais inferior, num estranho círculo, onde geralmente uma norma processual tenderá a decidir o conflito posto ao sistema jurídico.

O sistema do Direito é um sistema social parcial que, a fim de reduzir a complexidade apresentada por seu ambiente, aplica uma distinção específica (codificação binária: Direito/Não-Direito) através da formação de uma comunicação peculiar (comunicação jurídica). Com isso, a operacionalidade desse sistema parcial tem por condição de possibilidade a formação de uma estrutura seletiva que, reflexivamente, pretende apreender situações do mundo real⁹ (meio envolvente) para o sistema parcial funcionalmente diferenciado, que é o Direito. O Direito apresenta-se, assim, como um código comunicativo (a unidade da diferença entre Direito e Não Direito), no sentido manter sua estabilidade e autonomia – mesmo diante de uma imensa complexidade (excesso de possibilidades comunicativas) – através da aplicação de um código binário.

Isto ocorre, pois, a partir do circuito comunicativo geral (sistema social), novos e específicos circuitos comunicativos vão sendo gerados e desenvolvidos até o ponto de atingirem uma complexidade e proficiência tal, na sua própria organização auto-reprodutiva (através da aplicação seletiva de um código binário específico), que se autonomizam do sistema social geral, formando subsistemas sociais autopoieticos de segundo grau/sistemas parciais.¹⁰ Isto é, sistemas parciais de comunicação específica.

Cada sistema parcial passa a constituir o sistema social geral mediante uma perspectiva própria. Com isto, tem-se um acréscimo no potencial do sistema

social para poder enfrentar e reduzir a complexidade que, paradoxalmente, devido a esta especialização funcional, é aumentada.

O problema surge quando, irresistivelmente, tende-se a aplicar a distinção Direito/Não-Direito (a qual possibilita a clausura operacional) à própria distinção, o que repercutiria em conclusões do tipo: “não é Direito dizer o que é Direito/Não-Direito”. Isto causaria um bloqueio no processo de tomada de decisões. Estes bloqueios se denominam “*paradoxos da auto-referência*.” A partir desses, apresenta-se a quarta interpretação da auto-referencialidade do Direito, cuja perspectiva reflexiva constata que a realidade da prática do Direito é uma realidade circularmente estruturada. Essa interação auto-referencial dos elementos internos (que se dão mediante articulações circulares) acarretam em tautologias que bloqueiam a operação interna. Luhmann explica esse problema da seguinte forma: “Através da aceitação de um código binário (jurídico/antijurídico), o sistema obriga a si próprio a essa bifurcação, e somente reconhece as operações como pertencentes ao sistema, se elas obedecem a esta lei. (...) Se os sistemas se baseiam em uma diferença codificada (verdadeiro/falso, jurídico/antijurídico, ter/não ter), toda a auto-referência teria lugar dentro desses códigos. Opera dentro deles como relação de negação, que excepciona terceiras possibilidades e contradições; precisamente este procedimento que estabelece o código não pode ser aplicado à unidade do próprio código”. E, concluindo de forma desparadoxizante, afirma o autor: “A não ser: por um observador.”¹¹

Ciente desse problema, estar-se-á preparado para reconhecer e identificar todo o conjunto de fenômenos permanentes de auto-referência, paradoxo e contradições que permeiam o sistema jurídico. Esses paradoxos são inerentes à realidade do Direito e não podem ser suplantados por uma simples postura crítica (a qual apenas demonstra a existência de paradoxos dentro do sistema do Direito) ou por uma tentativa de suplantá-los mediante uma nova distinção, mas sim pela constatação de que os elementos que compõem o sistema do direito – ações, normas, processos, realidade jurídica, estrutura, identificação – constituem-se, circularmente, além de se vincularem uns aos outros também de forma circular.

Destarte, o sistema jurídico, como um sistema autopoietico, apresenta-se ante uma interação auto-referente, recursiva e circular de seus elementos internos

(clausura operativa), os quais, por isso, não apenas se auto-organizam, mas também se autoproduzem, isto é, produzem os elementos necessários para a sua reprodução. Assim, suas condições originárias tornam-se independentes do meio envolvente e possibilitam sua própria evolução. Depois, além do sistema efetuar uma autoprodução de seus elementos e estruturas, o próprio ciclo de autoprodução deve ser capaz de se (re)alimentar. “Esta função de automanutenção é obtida através da conexão do primeiro ciclo de autoprodução com um segundo ciclo, que possibilite a produção cíclica garantindo as condições de sua própria produção (é o chamado hiperciclo).”¹²

5 Gestão dos paradoxos da auto-referência

Pode-se dizer, a partir da perspectiva apontada por Teubner, que o Direito, com suas relações recursivas e circulares, reage auto-referencialmente (através de sua codificação específica) às “influências” externas (ruídos sociais), visando reduzir a complexidade proveniente da sociedade. Desta forma, o Direito encontra-se operativamente fechado, isto é, ele atua mediante uma clausura normativa que, paradoxalmente, é a condição de possibilidade de sua abertura às irritações provenientes do ambiente (sociedade), as quais serão assimiladas pelo sistema cognitivamente. Isso mantém a dinâmica do Direito, permanecendo o sistema autônomo e funcionalmente diferenciado. É, com isso, a própria positividade que permite a possibilidade de transformação estrutural do Direito, guiado por sua funcionalidade redutora de complexidade através da generalização congruente de expectativas comportamentais normativas.

Qualquer observação do sistema em suas interações circulares e auto-referenciais, jamais poderá ser feita externamente, pois um observador não está observando outros sistemas, mas sim está a auto-observar o próprio sistema no qual está inserido. Essa conclusão é proveniente do fato de que a teoria autopoietica reformula a relação sistema/ambiente, visto que o processo de observação não ocorre de forma exógena e estática como se pressupunha. A idéia de auto-referência reforça a importância a ser conferida à distinção entre “identidade” – atingida através da aplicação de um código binário – e “não identidade” sistêmica. Essa distinção só

pode ser realizada/aplicada por um observador (operador jurídico), concluindo-se na total impossibilidade de ser a unidade e a diferenciação sistêmica apreendidas por um observador externo, sendo sempre um produto interno ao sistema. Tal premissa rompe com a separação metafísica de sujeito-objeto que tem, por muito tempo, dominado os debates epistemológicos.

É neste sentido, então, que a auto-referência, pensada de forma pura, conduz a tautologias, necessitando de uma assimetria (auto-observação), no sentido de desparadoxizar os paradoxos que constituem a realidade circular do Direito. Isso se realiza através de um fechamento operativo, no qual o Direito atua auto-referencialmente com seus elementos internos em relações reciprocamente recursivas e circulares. Entretanto, com o escopo de orientar a aplicação da codificação binária (Direito/Não-Direito), o sistema se abre para a influência do sistema social ou de outros sistemas parciais (Economia, Política, Religião, Moral, Ciência). Esta abertura somente é possibilitada devido à clausura operativa, pois quanto maior o fechamento de um sistema, tanto mais estável e apto estará este a uma abertura cognitiva (sensorial). As informações provenientes do exterior do sistema apenas adquirem relevância sistêmica e serão internalizadas por este quando passíveis de adequação à codificação binária, obtendo um sentido jurídico. Portanto, a teoria autopoietica busca obter soluções sociais para a auto-referência através da ocultação e neutralização dos paradoxos, aplicando-os de uma forma criativa. Os paradoxos deixam de ser impedimentos ao processo de tomada de decisões, passando a ser um profícuo campo de análises para reflexões sobre a aplicação do Direito.

Para que seja possível a aplicação criativa dos paradoxos da auto-referência, necessita-se em primeiro plano a desmistificação e total abandono do Tabu da Circularidade, assumindo a realidade circular em que a práxis jurídica está localizada.

Com tais instrumentos teóricos, possibilita-se a gestão desses paradoxos sem que haja bloqueio nos processos de tomada de decisão, através de uma análise do modo com que a práxis jurídica lida com os paradoxos decorrentes da auto-referência, conseguindo atingir uma certa estabilidade para o sistema do Direito. A Teoria do Direito e a Dogmática Jurídica estão comprometidas com a reprodução do sistema jurídico, visando ocultar e anular os paradoxos. O valor das análises sociológicas traçadas por Luhmann é no sentido de possibilitar a visualização do

paradoxo em que o próprio Direito está fundado: a irresistível vocação e tentação à aplicação da distinção (código binário - que repercute na própria “identidade/não-identidade” do sistema) à própria distinção (código binário). A auto-observação de como a práxis jurídica oculta/anula/trabalha esses paradoxos, com a finalidade de permitir a tomada de decisões jurídicas em contextos altamente complexos, remete a uma autológica construída auto-referencialmente, onde os Tribunais se encontram no centro do Sistema Jurídico. Reforça-se, assim, o cunho pragmático desta epistemologia sistêmica que, de forma construtivista, presume e admite a realidade circular do Direito.

A abertura cognitiva ao meio envolvente também é uma forma de assimetização e superação dos paradoxos da auto-referência, pois conforme Nicola: “O problema é que a auto-referência pura conduz à tautologia, que não é informativa: é direito aquilo que o direito diz que é direito. Para romper este círculo, é preciso introduzir condicionamentos (assimetizações). Isto se dá através de orientações cognitivas. E essa é, talvez, a maior contribuição do direito positivo: a utilização de estratégias normativas e cognitivas para a generalização congruente das expectativas comportamentais normativas. O sistema jurídico é normativamente fechado e cognitivamente aberto: a auto-referência da base do sistema comporta auto-referência no que se refere às normas, a hetero-referência no que tange aos fatos.”¹³

Neste sentido, percebe-se a diferença entre a concepção de Constituição normativista de Kelsen e a autopoietica. Na primeira versão neo-kantiana ligada a noção tradicional de tempo, a validade do Direito somente pode ser obtida de forma hierárquica. Assim, ocultam-se todos esses aspectos paradoxais de uma visão do Direito desde um tempo cíclico como apontamos acima.

5.1 Acoplamento e inter-relação entre o sistema do direito com o seu ambiente

A estrutura do sistema jurídico, composta por expectativas comportamentais, efetua uma seleção estrutural (dimensão temporal, dimensão social

e dimensão prática) no sentido de cumprir com sua funcionalidade de, em situações de conflito, manter as expectativas comportamentais normativas. A operacionalidade do sistema é efetuada de maneira normativamente fechada, isto é, não se adaptando às possíveis desilusões.

A validade das legislações depende das decisões que as aplicam de uma forma interpretativa (jurisprudência) e essa interação demonstra que a legislação é um ponto de acoplamento entre o sistema jurídico e o sistema político, estando a legislação na periferia do sistema, enquanto que os Tribunais se encontram no centro deste. Essas decisões judiciais, por sua vez, atuam normativamente/necessariamente na forma de uma distinção. Inobstante, o sistema mantém interações cognitivamente orientadas com o seu meio envolvente, isto é, de forma adaptável às possíveis frustrações. É nesse sentido que a obrigatoriedade de prestação jurisdicional é um exemplo deste paradoxo, pois ao prever tal dogma, a legislação “vincula” normativamente (o sistema atua operativamente fechado) a uma abertura, cognitivamente orientada, ao meio ambiente para a tomada da decisão judicial.¹⁴

Destarte, pode-se (auto)observar que a possibilidade de abertura é fornecida pela amplitude de complexidade que as operações normativamente fechadas podem assimilar, isto é, a abertura ao meio envolvente depende, paradoxalmente, do próprio fechamento operacional. Quanto mais fechado for um sistema, mais suscetível a assimilar adequadamente as informações provenientes (indiretamente) do ambiente em sua abertura (no caso do Direito, esta abertura se dá em relação ao sistema social geral ou a outros sistemas parciais, caracterizados como seu ambiente). “A normatividade é o modo interno de trabalhar do Direito”, reproduzindo suas próprias operações numa clausura operativa – com sua “função social de disponibilidade e modificação do Direito para a sociedade.”¹⁵ É, o sistema jurídico, exatamente nesta base, um sistema aberto ao mundo que o circunda, devendo estar disposto a reagir a qualquer espécie de proposições, desde que assumam uma forma e sentido jurídico.

Com isso, demonstra-se que é a própria práxis jurídica que garante a possibilidade de (auto)observarmos os paradoxos e a sua ocultação, possibilitando a operacionalidade do sistema. O acoplamento entre sistemas parciais é uma das principais formas de desparadoxização das tautologias criadas pela auto-referência pura. Assim, o acoplamento estrutural consiste na dependência recíproca do sistema

e meio envolvente, ou seja, numa interação que se realiza a partir de um observador que construirá a sua descrição segundo a aplicação da distinção sistema/ambiente.¹⁶

O tempo é um tema realmente fascinante, mas os juristas têm se esquecido de sua relevância para o Direito. Em outras áreas do conhecimento, como na literatura, o tempo é algo sempre presente, como na obra do escritor francês Marcel Proust, que se intitula exemplarmente, *Em Busca do Tempo Perdido*, que conta a história da sociedade francesa de sua época, a partir de uma noção original de tempo; ou nos livros de escritores brasileiros, como Érico Veríssimo, que, inspirado em Proust, escreveu “O Tempo e o Vento”. Na economia, já se falou há muito tempo que *time is money*. No entanto, talvez, as áreas onde a temática do tempo é mais abordada sejam a Filosofia e a Física. A Física porque Isaac Newton relaciona o tempo com o espaço. Tempo e Espaço passam a ser entendidos como dois fenômenos que ocorrem conjuntamente, ou seja, a partir do momento em que se relaciona tempo com velocidade, com duração, com aceleração, se liga o tempo com o espaço. Na Filosofia, Kant, por outro lado, inspirado em Newton, afirma que a própria racionalidade, o entendimento, só é possível porque a *priori* todo sujeito de conhecimento tem em si as noções de tempo e de espaço. Heidegger, no século XX, para se citar um filósofo contemporâneo, intitula o seu principal livro de *O Ser e o Tempo*. Porém a tese proposta nesse texto é a de que o tempo é uma instituição social e nesse sentido para a sua configuração, existência, depende do Direito. O Direito é uma estrutura da forma de sociedade e assim configura a continuidade e a descontinuidade da evolução da ação social na forma de sociedade dominante até o advento da globalização.

6 François Ost

Outra concepção importante é a de François Ost. Como se apontou, Luhmann explicita com inteligência a relação entre Tempo/Direito, afirmando que o Direito é um mecanismo de controle do tempo, que o Direito tem a sua existência vinculada com o tempo. O tempo e o Direito estão relacionados com a sociedade, pois não existe Tempo fora da história. Há uma obra de Cornelius Castoriadis, A

Instituição Imaginária da Sociedade, que afirma claramente isto: não existe tempo, Direito e sociedade isolados, tudo isso é instituição.

Uma instituição imaginária, na qual o tempo constrói e é construído, institui e é instituído, ou seja, o Direito é uma instituição temporal. Do ponto de vista dogmático, o Direito é um mecanismo de controle de nosso passado, de garantia do nosso passado; de um ponto de vista crítico, ele pode ser uma promessa, pode ser algo que aponta para o futuro. Para tanto, a partir de agora, recorre-se a algumas idéias de François Ost, autor de *O Tempo do Direito* (1989).

Nesse sentido, Ost, claramente inspirado em Castoriadis, diz o seguinte: primeira afirmação “o Tempo é uma instituição social, é uma construção social”, isto quer dizer que não existe o Tempo em si, o Tempo da fatalidade, ou os “bons Tempos”. O tempo é construído pela sociedade. Segunda afirmação: “o Direito tem como função principal contribuir com a institucionalização do social”, isto quer dizer que a função de controle do tempo do Direito é uma função instituinte, o Direito tem que fazer com que aqueles instantes, aquelas possibilidades de construção e de decisão que nós realizamos na sociedade tenham duração, sejam assimiladas, sejam institucionalizadas. Isto é, o Direito tem que fazer com que a sociedade exista, o Direito constrói sociedade. O Direito é um dos construtores da sociedade, é construtor de instituições, ou seja, de decisões, de valores, de experiências, de desejos, de atos. De situações que se quer que continuem, que se mantenham, que se institucionalizem, então o Direito tem realmente a função de institucionalizar a sociedade. Terceira afirmação: “é preciso uma dialética entre o Tempo como instituição social e o Direito como institucionalização social”. Trata-se de uma dialética.

Nesse sentido, François Ost propõe um detalhamento maior dessas questões, dividindo-as em quatro momentos extremamente importantes: primeiro momento seria o fato de que o Direito está ligado à idéia de **memória**, o segundo com o **perdão**, o terceiro com a **promessa**, e o quarto o com **questionamento**. Detalhando-se, tem-se o seguinte: 1) **A memória**. O Direito é a memória da sociedade. O que são os cartórios, os arquivos, os nossos documentos, senão aquilo que está dentro da memória do Direito, ou falando normativamente, só é válida a memória jurídica, o Direito tem como função manter a memória. Nesse sentido, o Direito está muito ligado à idéia de tradição, então o Direito constrói uma certa sociedade, é a

sua memória da sociedade, ele mantém a tradição. Não existe Direito sem passado, sem memória, sem tradição.2) **O perdão.** O Direito necessita do perdão. O perdão não quer dizer simplesmente esquecer, implica selecionar o que se vai esquecer. Ou seja, só pode existir Direito em sociedade a partir do momento que se tem perdão, até, ao contrario sensu, o Direito só surge, como por exemplo, o Direito penal, que é um dos primeiros ramos do Direito, quando alguém que tem Direito a alguma coisa; historicamente, pelo menos, na Lei de Talião, pelo Direito de vingança: olho por olho, dente por dente. Assim sendo, desde há muito, e em até algumas sociedades na atualidade, como no Brasil, para alguns, a vingança é um Direito: se alguém mata o meu irmão eu tenho o Direito de matar alguém da família que o matou. De alguma maneira, a vingança é uma fonte do Direito mais primitivo. Já o perdão é um momento de maturidade no Direito. Enquanto não existe perdão, se está sob a Lei de talião. O Direito moderno surge com a idéia de perdão. Mas o perdão como uma seleção de esquecimento, porque perdoar não é esquecer tudo. Além do mais, o perdão é realizado por um terceiro, o Poder Judiciário, que encaminha esses processos de perdão. Assim, é importante falar de perdão relacionado com a memória no sentido de esquecimento, porque a memória, e Borges trabalha muito bem essa questão, não é a capacidade de lembrar tudo, uma pessoa que lembrasse tudo não teria tempo, estaria fora do tempo. Deve-se esquecer algumas coisas para se poder refletir e entrar no tempo. Então ter memória é saber lembrar e saber esquecer o que interessa no momento presente, sendo o perdão uma seleção do que deve ser esquecido. No caso do Direito, o mecanismo utilizado é o Poder Judiciário, uma maneira moderna de encaminhar a questão da memória/esquecimento. 3) **A promessa.** A promessa é uma tentativa de ligar-se com o futuro. Trata-se da tentativa de construção do futuro. O que é, por exemplo, o constitucionalismo? É um conjunto de promessas, é a tentativa de construir uma nova sociedade no futuro. A promessa é extremamente importante no sentido de que ela tem que romper com a tradição, mas tem que fazer esse rompimento com a tradição de uma maneira sofisticada, aí nós entramos no quarto aspecto, que é o questionamento. 4) **O questionamento.** É o momento mais importante da reprodução do tempo no Direito, porque o questionamento não significa o rompimento com as promessas, porque se for um rompimento com as promessas nós negamos o novo. Mas, ao mesmo tempo, o questionamento também não pode ser um rompimento completo com a memória, pois sem memória, sem passado não temos história, e ficaríamos também num espaço vazio. O questionamento tem que

possuir a capacidade de ligar o tempo e o Direito com a memória, com perdão e com a promessa. Ronald Dworkin, propõe algo semelhante quando sugere a metáfora do romance escrito em continuidade pelos juízes em sua idéia de **narração**. Trata o questionamento da produção de Direito, da produção de novos institutos, da produção de novas vivências, de novos valores que depois serão memória, serão passado, e, ao mesmo tempo, capacidade de **desinstitucionalizar** aquilo que foi instituído. Ou seja, o Direito tem que ter no questionamento, hoje em dia na globalização, a capacidade de se institucionalizar rapidamente, porque não temos mais aquela longa duração para criar os institutos. E ter a capacidade, de uma vez institucionalizados, admitir a **desinstitucionalização** e novamente uma outra **re-institucionalização**. **O Direito tem que ter a capacidade de construir, reconstruir e desconstruir o tempo e a si próprio.**

O Direito contemporâneo para influenciar de forma decisiva o tempo social tem que procurar manter essas quatro propostas, inserindo-as numa velocidade maior, como está exigindo hoje a globalização. A função básica do Direito é a de criar institutos, institucionalizar determinados valores, mas com a consciência de que em pouco tempo esses valores, já que, como dizem alguns autores franceses (Lipoveski), vivemos no império do efêmero, valores são provisórios, apenas um modismo, as coisas mudam.

Assim, tem-se que institucionalizar valores e, ao mesmo tempo, saber que amanhã eles poderão não valer mais nada. Mas, mesmo assim, o Direito deve insistir no processo de questionamento, por isso a questão da urgência aparece como uma das questões mais graves no problema do questionamento.

O Direito brasileiro, por sua vez, foi extremamente inovador no tocante à criação de novos controles do tempo, pois criou a denominada **Medida Provisória**. A medida provisória, como exemplo, não deixa de ser teoricamente uma resposta inteligente, porque a medida provisória é tudo aquilo que o Direito não é. O Direito não pode ser provisório, ele tem que ter duração. Então quando se inventa uma medida provisória, está se criando algo para a globalização. É o caminho para um novo Direito. Todavia, com um preço alto, pois se está colocando em xeque uma série de princípios, não somente do Direito, mas da própria democracia, que também foi elaborada a partir de uma idéia de tempo de longa duração, de tempo de reflexão

e de antecipação.

Deste modo, na globalização, as decisões, geralmente, têm que ser tomadas de maneira urgente, mais rápidas, dificultando a idéia do questionamento, que tem que ligar o passado e, ao mesmo tempo, desligar o passado, ligar o futuro e, ao mesmo tempo, desligar o futuro, tentando com que o Direito ainda ocupe esse papel. A função do temporal do Direito é reduzir a complexidade por meio da construção da sociedade, fornecendo os valores fundamentais para o questionamento. Se o Direito não conseguir estruturar-se, as dificuldades temporais serão cada vez maiores. Para explicar melhor o problema, podem-se apontar exemplos de crise de três setores importantíssimos em nossa sociedade e que foram institucionalizados pelo Direito:

1) **Direito penal.** Uma área que se materializou e evoluiu desde a idéia de Estado liberal até chegar a uma noção de Estado de bem-estar. De um Direito penal positivo, até um Direito penal mínimo, de recuperação do delinqüente, muito mais voltado para o interesse social. No entanto, ao contrário do que poderia se pensar, o Direito penal, hoje, e não estou falando somente no do Brasil, não na própria Europa é caracterizado pela idéia de vingança e de segurança. O Direito penal da globalização está completamente desinstitucionalizado de suas características tradicionais. O problema do Direito penal passou a ser explicitamente a segurança, pois a sociedade quer segurança, esse é o novo instituto que está surgindo dentro do Direito penal.

2) **Direito de família.** O que é direito de família? A família é uma instituição criada pelo Direito, feita também para uma longa duração, e num mesmo espaço. A família tradicional é constituída por um pai, uma mãe e os filhos. Hoje em dia essa noção de família está completamente alterada. Como instituição isolada, não existe mais, pois existem outras possibilidades: famílias baseadas na afetividade, famílias monoparentais, famílias de outros tipos de institucionalização. Qual é a novidade disso no que diz respeito à família? A novidade é que na família há um rompimento completo com a lógica da dogmática jurídica, pois há uma desinstitucionalização completa da idéia tradicional de família. Não é que não existam mais as famílias tradicionais, mas ao lado delas surgem novas famílias, inclusive com a união estável de homossexuais, entre uma série de possibilidades afetivas que estão surgindo, e estão desinstitucionalizando a família tradicional e institucionalizando um outro tipo de família.

3) **Direito do trabalho.** Esse terceiro exemplo é talvez o mais difícil de re-institucionalizar. O que é trabalho hoje? O trabalho é uma grande instituição, talvez o tema mais importante de todos. O trabalho está vinculado à relação entre empregado e empregador, e se é uma instituição, é um tipo de sociedade criada pelo Direito. Ainda existe trabalho no mundo de hoje do ponto de vista globalizado da maneira tradicional, mas a tendência é uma completa des-institucionalização do trabalho em relação à maneira habitual como se lhe observa.

O Direito Penal, o Direito de Família e o Direito do Trabalho são institutos que foram constituídos pelo Tempo do Direito, historicamente, para terem duração, continuidade, e que estão sendo hoje desinstitucionalizados. Isso ocorre porque as grandes maneiras de temporalização que o Direito construiu, a Constituição, a legislação, o contrato e as diferentes dogmáticas (penal, família, trabalho, etc.), essas grandes formas de criar o tempo, de dar duração à sociedade, precisam de uma continuidade que não é mais possível.

A sociedade está mudando numa velocidade muito grande, forçando que o jurista tenha consciência de que só seremos sujeitos da construção do tempo histórico se tivermos a velocidade, a capacidade de decidir, a partir de teorias que levem em conta essa complexidade: os paradoxos e os riscos que começam a surgir a partir daí. O tempo que é o tempo do Direito na teoria de Ost e de Luhmann, talvez amanhã não seja o tempo do Direito, porque o tempo está escapando de nossas mãos. É preciso que se tenha mecanismos efetivos de tomada de decisões para se poder produzir futuro. O grande problema quando não se controla o tempo é que os riscos de ampliação da complexidade se ampliam. Ou seja, que as decisões jurídicas não possam enfrentar os problemas que se pretende temporalizar, perdendo o controle dos processos de desinstitucionalização e reinstitucionalização da sociedade.

Conclusão

A teoria autopoietica, como um modo de pesquisa teórico, é aquela que, indubitavelmente, tem despertado maior interesse e provocado maior repercussão

transdisciplinar. Longe de atingir uma unanimidade, a teoria autopoietica tem trazido importantes reflexões críticas quando aplicada às Ciências Sociais, demonstrando como os sistemas se comportam internamente e com relação ao seu meio envolvente.

A partir da constatação, feita por uma auto-observação, de que os componentes internos ao sistema jurídico interagem circular e recursivamente, produzindo seus próprios elementos e pressupostos de futuras produções (hiperciclo), encara-se uma situação tautológica, a qual bloqueia a operacionalidade do Direito. Isto ocorre, por exemplo, quando a distinção - fundada na codificação binária - é aplicada a si própria em uma auto-referência pura. Os paradoxos decorrentes desta auto-referência pura somente podem ser suplantados por um observador/aplicador do direito que, utilizando-se de técnicas jurídicas (clausura normativa) e respostas internas às irritações externas (abertura cognitivamente orientada), busca a desparadoxização dessas tautologias causadas pela auto-referência do Direito, no que se denomina observação de segunda ordem.

A pós-modernidade apresenta-se com uma velocidade avassaladora, rompendo com a distinção moderna entre tempo e espaço e desestabilizando a função intervencionista estatal, visto que esse ente demonstra uma grande dificuldade em acompanhar a agilidade e a transposição dos paradoxos apresentados e decorrentes da auto-referência do Direito dogmático, obstaculizando a tomada de decisões. Dessa forma, a teoria autopoietica fornece um instrumental de valor, mediante a observação da práxis jurídica para que o sistema mantenha sua operacionalidade e funcionalidade específica, ante uma sociedade extremamente complexa e contingente como a sociedade pós-moderna. A racionalidade adquirida na modernidade não é mais suficiente para gerir e pensar um sistema jurídico inserido num ambiente tão repleto de possibilidades comunicativas e tão repleto de informações (complexidade), aumentando desmesuradamente os riscos de desapontamento (contingência).

Referências

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito. Teorias da argumentação jurídica*. São

Paulo: Landy, 2002;

BECK, Ulrich. *La société du risque*. Paris: Aubier, 2001;

BECK, Ulrich, Giddens, Anthony, Lash, Scott. Modernização Reflexiva. *Política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes, São Paulo: Unesp, 1997;

BENDIX, Reinhard. *Max Weber, um perfil intelectual*. Tradução de Elisabeth Hanna e José Viegas Filho, Brasília: UNB, 1986;

BOURDIEU, Pierre. *Raisons Pratiques. Sur la théorie de l'action*. Paris: Seuil, 1994;

_____. *Elementos para uma sociologia del campo jurídico*. Tradução de Carlos Morales, Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre editores, 2000;

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constiuição*. 5 edição, Coimbra: Almedina, 2002;

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1994;

GIDDNES, Anthony. *A terceira via*. Tradução de Maria Luiza Borges, Rio de Janeiro: Record, 1999;

HABERMAS, Jurgen. *Teoría de la acción comunicativa I e II*. Tradução de Manuel Redondo, Madrid: Taurus, 1987;

_____. *Direito e Democracia. Entre faticidade e validade I e II*. Tradução de Flavio Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997;

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I e II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983-85;

_____. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real, Brasília: UNB, 1980;

_____. *O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito*. In *Revista seqüência* 28, Florianópolis, pp.16-29, 1994;

_____. *Sistemas Sociales. Lineamentos para uma teoría general*. Tradução de Silvia Pappe, México: Alianza Editorial, 1991;

_____. *Sociologia del riesgo*. Tradução de Silvia Pappe, Guadalajara; Universidad Iberoamericana, 1991;

ROBLES, Gergorio. *Sociologia del derecho*. Madrid; Civitas, 1993;

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2ª versão. São Leopoldo: Unisinos, 2003;

_____. Três Matrizes da Teoria Jurídica. In *Anuário do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos*, 1999, pp.1321-136;

_____. (Organizador) *Paradoxos da Auto-Observação. Percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997;

ROCHA, Schwartz, Clam. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHARTZENBERG, Roger-Gérard. *Sociologia política*. Tradução de Domingos Mascarenhas. Rio de Janeiro: Difel, 1979;

OST, François. *Le temps du droit*. Paris: Odile Jacob, 1999;

SAUSSURE, Ferdinand. *Cours de linguistique general*. Geneve: Droz, 1984;

WARAT, Luis Alberto (colaboração de Leonel Severo Rocha). *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre; SAFE, 1995;

² LUHMANN, Niklas. *Ecological Communication*. Chicago University Press; Cambridge. 1989. p. 143

³ TEUBNER, Gunther. op. cit. p. 34-52.

⁴ Idem, ibidem.

⁵ Luhmann conceitua self-reference como a expressão que "Designates every operation that refers to something beyond itself and through this back to itself. Pure self-reference that does

not take this detour through what is external to it self would amount to a tautology. Real operations or systems depend on an 'unfolding' or de-tautologization of this tautology because only then can they grasp that they are possible in a real environment only in a restricted, non-arbitrary way." (LUHMANN, Niklas. *Ecological Communication*. Chicago University Press.;Cambridge. p. 143).

⁶ TEUBNER. op. cit.

⁷ LUHMANN, Niklas. "O enfoque sociológico da teoria e prática do direito". *Seqüência*. nº 28, Junho, 1994. p. 6

⁸ NICOLA, Daniela R. Mendes. "Estrutura e função do direito na teoria da sociedade de Luhmann". In: *Paradoxos da Auto-Observação*. Leonel Severo Rocha (organizador). Curitiba: JM Editora, 1997. p. 238.

⁹ Assim, pode-se ter o Direito como a construção de uma "para-realidade, uma Wirklichkeit, de complexidade reduzida, em cima de uma realidade propriamente dita". (GUERRA FILHO, Willis Santiago. "O Direito como Sistema Autopoético". *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo. nº 163. 1991, p. 190.).

¹⁰ Neste sentido, pode-se afirmar que o Direito não é um ordenamento de condutas, mas sim um código de comunicação, conforme NICOLA, Daniela R. Mendes. "Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade". In: *Paradoxos da auto-observação*. Leonel Severo Rocha (organizador). Curitiba: JM Editora, 1997.

¹¹ LUHMANN, Niklas. "O enfoque sociológico da teoria e prática do direito". *Seqüência*. nº 28, junho, 1994. p. 3-4.

¹² TEUBNER, Gunther. op. cit. p. 48-49.

¹³ NICOLA, Daniela R. Mendes. "Estrutura e função do direito na teoria da sociedade de Luhmann". In: *Paradoxos da auto-observação*. Leonel Severo Rocha (organizador). Curitiba: JM Editora, 1997. p. 236.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. "A posição dos tribunais no sistema jurídico". *Revista AJURIS*. Porto Alegre. nº 49, ano XVII, Julho, 1990. p. 149-168.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. "O enfoque ...". p. 5.

¹⁶ LUHMANN, Niklas. *Ecological ...* p. 144.

