

**CONSTITUIÇÃO, CONTINGÊNCIA E ABERTURA PARA O FUTURO:
CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE TEMPO, SOCIEDADE E DIREITO
À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN**

**CONSTITUTION, CONTINGENCE ET OUVERTURE POUR L'AVENIR:
CONSIDÉRATIONS SUR LA RELATION ENTRE LE TEMPS, LA SOCIÉTÉ ET LE
DROIT À LA LUMIÈRE DE LA THÉORIE DES SYSTÈMES DE NIKLAS LUHMANN**

Ernane Salles da Costa Junior¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar e compreender a função temporal das Constituições nas sociedades modernas a partir da reconstrução da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (e também de Raffaele de Giorgi). Para tanto, duas questões guiarão todo o percurso de nossa análise: como o direito, numa sociedade complexa como a atual, estrutura a sua relação com a sociedade e com o tempo? E até que ponto o projeto constitucional possibilita vincular, prospectivamente, o futuro? Desse modo, procuraremos diagnosticar o problema e descrever o modo pelo qual a sociedade e o direito lidam com a interação entre contingência, expectativa, segurança e risco.

Palavras-chaves: direito e sociedade; Luhmann; Constituição; tempo e direito

RÉSUMÉ

Cet article a pour but d'analyser et de comprendre la fonction temporelle des Constitutions dans les sociétés modernes à partir de la reconstruction de la théorie des systèmes de Niklas Luhmann (et aussi de Raffaele De Giorgi). Pour faire ça, deux questions conduiront tout le

¹ Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMinas). Mestre em Teoria do Direito pela PUCMinas. Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor no curso de Direito da Faculdade Pitágoras.

chemin de notre recherche: comment le droit, dans une société complexe comme la nôtre, articule sa relation avec la société et avec le temps ? Et dans quelle mesure le projet constitutionnel rend possible lier, prospectivement, l'avenir? Ainsi, on cherchera à diagnostiquer le problème et à décrire la façon dont la société et le droit s'occupe de l'interaction entre la contingence, l'expectative, l'assurance et le risque.

Mots-clés: droit et société; Luhmann; Constitution; temps et droit

1. INTRODUÇÃO

Reflexões acerca dos vínculos que a sociedade estabelece com o futuro sempre constituíram objeto de discussão ao longo da história. Em busca de formas seguras para driblar o desconhecimento do por vir, as sociedades pré-modernas orientavam-se com base nos mitos, tradições e religiosidades que serviam como meio de atestar confiança na previsibilidade do tempo. Tais sociedades lançavam seu olhar para o passado em busca de determinações e um controle eficaz do futuro.

No entanto, a modernidade inaugura uma novidade na forma de se estabelecer as relações entre tempo, sociedade e direito. Ao abandonar a normatividade, tradicionalmente, ancoradas no passado, essa sociedade abre-se ao futuro.

No que concerne especificamente ao direito, essa abertura é resultado do surgimento das Constituições escritas nos tempos modernos. Livre de interferências externas como o direito natural ou justificações metafísicas, a Constituição passa a fundar todo o direito, ao assegurar a sua autonomia operacional e ao projetar as expectativas normativas para o futuro. Mas ao se deslocar para o amanhã, essa Constituição se depara com a contingência de um futuro imprevisível.

Diante dessas considerações preliminares, o presente artigo procura indagar: como o direito, numa sociedade complexa como a atual, estrutura a sua relação com a sociedade e com o tempo? E até que ponto o projeto constitucional possibilita vincular, prospectivamente, o futuro?

A partir da reconstrução da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (e também de Raffaele De Giorgi), procuraremos diagnosticar o problema e descrever o modo pelo qual sociedade e direito lidam com a interação entre contingência, expectativa, segurança e risco.

2. A MODERNIDADE DA SOCIEDADE MODERNA EM NIKLAS LUHMANN: CONTINGÊNCIA, COMPLEXIDADE E SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS

As sociedades contemporâneas são marcadas por um alto grau de complexidade (LUHMANN, 1983; 1989; 1992; 1998; 2002). Tal compreensão, na perspectiva de Luhmann, pretende assinalar que o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências, ações e comunicações, em contraposição à limitada capacidade de se efetivar todas as possibilidades. Isso pode ser evidenciado, já que “sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar” (LUHMANN, 1983, p. 45). Nesses tempos hodiernos, as sociedades refletem toda essa pluralidade incomensurável de ações, de comportamentos e de possibilidades humanas sempre dispostas a se efetivar.

Tal complexidade social se liga, simultaneamente, à ideia de contingência, o que significa dizer que as “possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas” (LUHMANN, 1983, p.45). Abre-se, assim, um leque de diversas alternativas (complexidade) que conduz ao campo da escolha e da decisão. As decisões, dentro dessa dinâmica, não podem ser consideradas necessárias e inexoráveis. Diante de várias possibilidades, uma decisão sempre poderia ser diferente do que realmente é. Cada movimento e evento da sociedade sempre poderia ter ocorrido de outra maneira (CAMPILONGO, 2006, p.13), havendo, portanto, constante “perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”² (LUHMANN, 1983, p.46).

Esses dois elementos, quais sejam, complexidade e contingência refletem a forma pela qual pode ser concebida a “modernidade das sociedades modernas” (LUHMANN, 1998, p.131). Ao lançarmos nosso olhar em direção às sociedades pré-modernas, o que verificamos é que “a referência a uma base legitimamente transcendental manteve unidos os homens em torno de um mesmo clã, de um mesmo império ou ainda sob o mesmo feudo” (BAHIA, 2005, p.2). Em contrapartida, a modernidade pode ser caracterizada pelo progressivo abandono das cosmovisões unificadas do mundo (típicas das ordens pré-modernas), que antes podiam se sustentar em uma estrutura social estratificada (GUIMARÃES, 2007, p.20). Sendo assim,

² Tais ideias serão mais aprofundadas nos tópicos subseqüentes, em especial no último, como forma de desenvolver melhor a tese levantada nesse artigo de que a concepção de Luhmann concebe que o direito moderno encontra-se, constantemente, aberto ao futuro.

preceitos e ordens supostamente fundamentados com base no transcendental, no religioso e na tradição possuíam força vinculante capaz de determinar e de guiar os comportamentos dos indivíduos na sociedade. “Reconstruções seletivas do passado eram facilmente naturalizadas, servindo de guia para a orientação no presente e indicando que, no futuro, as coisas não seriam (ou não deveriam ser) muito diferentes” (GUIMARÃES, 2007, p.20).

O que nas sociedades antigas poderia ser considerado como natural, teleológico e necessário passa a ser identificado, nos tempos modernos, como artificial, plural e contingente. O que antes poderia ser tido como certo e seguro, é marcado, hoje, pela indeterminação e pelo risco. A normatividade, nessa perspectiva, deixa de ser a mera repetição do passado das tradições e das fundamentações transcendentais ou superiores, não podendo, portanto, ser fundada *ab extra* (LUHMANN, 1996, p.11). A sociedade se redescobre dentro de um novo tempo na medida em que passa a depender unicamente dela própria, do resultado de suas próprias decisões. Não há mais nenhum sentido já determinado aprioristicamente, nem mesmo um futuro seguro, livre de frustrações e desencantos. A sociedade, hodiernamente, assume os riscos de suas próprias decisões sem recorrer a fundamentações morais últimas e a normas superiores e externas. Eis o entendimento, a partir de Luhmann, de que a autorreferência e a reflexividade são traços distintivos do nosso tempo.

Luhmann (2002) compreende que essa autorreferencialidade entra em evidência a partir do momento em que o sistema social – que é a sociedade moderna – se torna cada vez mais fragmentado, ensejando o surgimento de subsistemas, altamente diferenciados, com comunicações próprias³. A evolução⁴ social possibilita, então, que a desconstrução da unicidade de pensamentos, culturas, crenças e concepções de vida boa dê lugar tanto a uma complexidade incontrolável de ações, valores e interesses quanto à pluralidade de esferas autônomas de comunicação (como, por exemplo, direito, política, economia...) que passam a operar dentro de uma lógica própria.

³ Luhmann (1998) parte do pressuposto de que alguns conceitos – como liberdade, igualdade, subjetividade, razão, por exemplo – foram extraídos do Iluminismo como fundamentos ontológicos da sociedade. Ocorre, entretanto, que, na perspectiva luhmianna tais definições foram forjados na tentativa de descrever o fenômeno da modernidade. A proposta que se coloca pela Teoria dos Sistemas é uma descrição consistente e adequada da modernidade identificando a modificação sofrida na estrutura social de uma sociedade que consolidou a diferenciação de sistemas de função (CAMPILONGO, 2006, p.12). Daí a necessidade de alargar o grau de abstração das ferramentas de observação sociológica, para que esses instrumentos sejam capazes de captar e descrever o grau de complexidade atingido pela sociedade e pelo direito.

⁴ “Não se trata de uma abstração ou de um tipo ideal. O pressuposto é empírico: a sociedade é comunicação. Foi, e será comunicação. Aceita essa premissa, há que se reconhecer, também, que a comunicação – é dizer, a sociedade – evolui. Não nisso juízo de valor. Evolução não é o mesmo que progresso ou desenvolvimento” (CAMPILONGO, 2006, p.12).

Cada um dos diversos subsistemas sociais realiza uma função específica a ser desempenhada a partir de uma linguagem própria. Portanto, cada subsistema atribui um sentido particular à estrutura social e o faz a partir de seus próprios critérios e códigos de preferência, como lícito/ilícito no caso do direito, poder/não poder no caso da política ou ter/não ter no caso da economia. Disso decorre que, na modernidade, cada subsistema se reproduz autonomamente. Luhmann (2002) compreende que há, na verdade, um fechamento operacional que permite que cada subsistema (direito, economia, política...) desempenhe a sua função específica sem, contudo, sofrer diretamente a determinação daquilo que lhe é exterior. O direito, por exemplo, não opera a partir do código binário ter/não ter ou poder/não poder, mas sim a partir da linguagem lícito/ilícito. E isso nos levaria a conclusão de que o direito, na modernidade, recebe, necessariamente, a forma do direito positivo.

Essa auto-organização estrutura os subsistemas mediante operações internas. Tendo em vista tal “autodeterminidade” própria de cada subsistema social, Luhmann (1996, p.14) extrai o conceito de *autopoiesis*, formulado pelos cientistas chilenos Maturana e Varela, comparando a dinâmica dos subsistemas a células humanas, uma vez que essas são capazes de se desenvolverem por elas próprias. Os subsistemas sociais são autopoieticos, porque aptos a se autoproduzirem operacionalmente sem a ingerência bloqueante dos outros sistemas. Aquilo que é jurídico só pode se produzir juridicamente, conforme as operações, linguagem e mecanismos procedimentais próprios do sistema de direitos.

A realidade, então, tornou-se cada vez mais multifacetada revelando a multiplicação das possibilidades de comunicação e da diferenciação da sociedade. E “quanto maiores as oportunidades de comunicação, maior também a complexidade social” (CAMPILONGO, 2006, p. 12). Daí extrai-se a importância do papel dos subsistemas autopoieticos na estruturação da sociedade moderna, qual seja, redução das complexidades. Dessa forma, os subsistemas servem como uma espécie de filtro, pelo qual nem todas as comunicações passam (LIMA, 2008, p.5). Os diferentes subsistemas processam a complexidade a partir de seus próprios códigos binários, selecionando-a, de forma a possibilitar a passagem da complexidade não-estruturada para a complexidade estruturada, isto é, reduzida, manejável (LUHMANN, 1983, p.46) Frente às múltiplas e inimagináveis possibilidades, os subsistemas sociais prestam-se a permitir que um mínimo de previsibilidade das comunicações seja assegurada, sem, contudo, inviabilizar a própria complexidade social.

Toda essa descrição da modernidade enquanto lugar em que se verificam o desenvolvimento de subsistemas autopoieticos, tal como concebida por Luhmann, pode levar a equivocada conclusão que o fechamento operacional implicaria total isolamento sistêmico.

Tal leitura apressada não procede, uma vez que cada subsistema, apesar de funcionar a partir de sua própria comunicação, encontra-se aberto cognitivamente. Isso significa que fechamento não é o mesmo que ausência de ambiente – isto é, o entorno, tudo aquilo que está fora do subsistema, inclusive outros subsistemas –. A autonomia dos subsistemas não implica sua autarquia (LUHMANN, 1980, p. 61), mas quer dizer “abertura para o ambiente, de tal maneira que a circularidade da autopoiese pode ser interrompida através da referência ao ambiente.” (NEVES, 2007, p.129). Nesse sentido, as informações, programas e expectativas que se encontram fora do subsistema precisam ser mediatizadas pelos critérios específicos do subsistema, processadas internamente e sofrem com isso um processo de seleção para que passem a integrar a própria lógica interna do subsistema. O subsistema jurídico, dentro dessa estrutura, é aberto ao mundo que o circunda, devendo estar disposto a reagir a qualquer espécie de proposições, desde que assumam uma forma e um sentido jurídico (ROCHA, 2006, p. 189). O fechamento operacional, portanto, é condição para a abertura cognitiva e para a conservação da complexidade social.

3. A FUNÇÃO DO DIREITO E A SUA DIMENSÃO TEMPORAL

Frente a esse processo de diferenciação social que caracterizou o surgimento da modernidade, o direito tornou-se, igualmente, um subsistema autopoietico cuja função específica seria estabilizar e generalizar expectativas comportamentais congruentes. (LUHMANN, 1983, p.121).

Operando a partir da lógica do código lícito/ilícito, o sistema jurídico manifesta-se nas sociedades modernas como direito positivo, o que possibilita assegurar-lhe uma esfera própria de autonomia. O direito exerce, portanto, a sua função específica no sentido de orientar expectativas comportamentais, estabilizando conflitos e regulando a complexidade social, sem, todavia, eliminá-la. Inclusive, poderíamos afirmar juntamente com Luhmann (1983), que quanto mais complexa for a sociedade, maior a necessidade de tornar expectáveis os comportamentos dos sujeitos, para que seja assegurada um mínimo de estabilidade social. O sistema jurídico estabelece pública e genericamente o que é possível esperar em termos de comportamento dos sujeitos na práxis social, ainda que tais expectativas possam sofrer desapontamentos.

Já afirmamos que, a partir de Luhmann, a complexidade da sociedade moderna supõe um excesso de possibilidades de ações e que a contingência aponta que as ações ou eventos sociais podem sempre ser diferentes daquilo que é esperado. E é exatamente por isso que as pessoas, quando atuam para práxis social, precisam construir expectativas acerca dos comportamentos de forma a simplificar e selecionar as ilimitadas possibilidades que poderiam chegar a se realizar. Dessa forma, o comportamento do outro não é tomado como um fato determinado, mas como expectável, como seleção entre outras possibilidades (LUHMANN, 1983, p.47). Porém, para se chegar a uma esfera de maior confiabilidade nas relações sociais, é necessário que se possa ter expectativas não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro (LUHMANN, 1983, p.47). Então, são duas dimensões que estão intrinsecamente ligadas ao agir social. Na primeira, eu me oriento esperando que o outro se comporte de uma determinada forma. Posso, assim, ficar satisfeito ou desapontado, dependendo do seu comportamento. Na segunda, eu me oriento tentando prever como o outro espera que eu aja. Logo diz respeito à avaliação que eu faço acerca do meu próprio comportamento para viver mais livre de desapontamentos (LUHMANN, 1983, p.48).

É na área de integração entre esses dois planos que deve ser localizada a função do normativo e assim também do direito (LUHMANN, 1983, p.48). Tendo em visto que “é necessário considerar ainda que existem um terceiro, um quarto, e outros planos da reflexividade, ou seja, expectativas sobre expectativas sobre expectativas...” (LUHMANN, 1983, p.48), o direito – principalmente sobre a forma de direito positivo – será a estrutura social capaz de generalizar expectativas de expectativas, estabelecendo um horizonte comum de expectativas de conduta de forma estável no tempo.

Nas sociedades pré-modernas ou mesmo nos sistemas sociais pequenos e constantes, a adaptação social com vistas nas expectativas é algo possível de ser alcançado em razão de vínculos sociais fortemente compartilhados (LUHMANN, 1983, p.50). No entanto, no caso de crescente complexidade dos sistemas sociais ou no acúmulo de situações-problemas em sistemas sociais, aumenta-se também o risco de erros: “posso enganar-me na interpretação daquilo que o outro espera de mim, e desapontá-los exatamente por procurar preencher a expectativa esperada” (LUHMANN, 1983, p.50). E é justamente em razão disso que o direito positivado atua como orientação das expectativas comportamentais, imunizando-as do risco do erro. Ele é definido objetiva e abstratamente⁵, a partir de uma regra escrita geral, anônima e impessoal, o que evita insegurança no que diz respeito às condutas e ações esperadas dentro

⁵ A generalização, desempenhada pelo direito, exige que o grau de abstração dos conteúdos jurídicos seja suficiente para reduzir complexidades sem eliminar a complexidade.

do contexto de uma sociedade com esferas de comunicação altamente diferenciadas. São as normas jurídicas escritas as responsáveis por possibilitar que o subsistema direito se diferencie da moral, política, religião e atue na realidade autonomamente.

Com isso, a modernidade inova, já que “o direito torna-se texto, texto escrito, sentido fixado, contínua presença da qual sempre é possível fazer recurso.” (DE GIORGI, 2006, p.176). O texto jurídico não se reduz ao momento conflituoso, ao caso específico. Ele, ao contrário, já está previamente estipulado, porque quer antecipar o futuro, ao estabelecer projeções no sentido de orientar as expectativas comportamentais. Isso quer dizer que “las normas son formas de la fijación temporal y, más aún, son formas ya bastante complejas. Proyectan una expectativa al futuro”⁶ (LUHMANN, 1992, p.56).

Nesse sentido, a positividade do direito, enquanto condição de autonomia do sistema jurídico, possibilita que ele seja aberto ao futuro, que estabeleça seus próprios fins a ser percorridos, tendo a possibilidade de projetar e de reclamar a própria finalidade⁷ (LIMA, 2008, p.14). “O direito positivo adquire, assim, o caráter de uma promessa, de uma determinação que se realiza somente no futuro” (DE GIORGI, 2006, p.179). Dentro dessa perspectiva, uma tensão temporal é estabelecida no interior no subsistema jurídico: “em relação ao passado, a função de ‘estabilização de expectativa’ e, em relação ao futuro, a função de ‘guia de comportamento’” (ROCHA, 2006, p.181). Todavia, esse deslocamento do direito para o futuro não implica controle das indeterminações ou supressão da contingência. É a partir da consciência de que o risco é intrínseco a tomada de decisões que o direito atua, no tempo presente, no processo de participação de um amanhã, marcado pela imprevisibilidade. Ou nas palavras de Luhmann: “una realidad en la cual no existe ningún *final de verdad*, sino únicamente fijaciones temporales provisionales”⁸ (LUHMANN, 1992, p.57) (grifos do autor).

A positivação do direito ainda reflete outro aspecto da sua dimensão temporal. O texto jurídico prolonga-se no tempo, estabiliza as expectativas das expectativas, de modo a coibir que o mero desapontamento acarrete de imediato a sua transformação. Em outros termos, as normas jurídicas se conservam ainda que sofram transgressões ou críticas. O desapontamento, assim, não implica meramente decepção, mas é tido como desvio, e, por essa razão, a norma

⁶ “As normas são formas da fixação temporal e, mais ainda, são formas já bastante complexas. Projetam uma expectativa ao futuro” (tradução nossa).

⁷ Isso não significa que exista uma finalidade ontológica ou natural – como os preceitos universais preconizados no Iluminismo – que determine as operações do direito, mas que ele mesmo, em razão de sua condição de sistema autopoietico, é capaz de produzir projeções artificiais a partir de sua linguagem específica.

⁸ “Uma realidade na qual não existe nenhuma verdade final, senão unicamente fixações temporais provisórias” (tradução nossa).

antecipa a sanção a ser aplicada frente a conduta transgressora (LUHMANN, 1983, p. 70). O texto fixado normativamente se mantém no tempo, encontrando-se disponível para usos futuros (DE GIORGI, 2006, p. 176). Mas isso também significa que o direito enquanto texto pode ser transformado, revisto, reformulado. Ao mesmo tempo em que se conserva temporalmente, encontra-se constantemente aberto ao futuro que é sempre contingente.

Esse aspecto temporal ligado ao fenômeno de positivação do direito constitui uma particularidade dos tempos modernos, o que significa dizer que, hodiernamente, o “direito se caracteriza por ser posto por decisões e permanentemente alterável” (NEVES, 2007, p.69). Além disso, a positividade significa que o direito é um sistema autodeterminado e, por isso, fechado operacionalmente. “A isso se associa a hipótese de que ao processo histórico da positivação corresponde o surgimento da Constituição no sentido moderno, ou seja, a diferenciação interna do direito constitucional no sistema jurídico.” (NEVES, 2007, p.69).

Isso se dá, uma vez que as orientações de expectativas comportamentais, na pré-modernidade, eram fixadas a partir de fundamentos externos ao direito: a partir de determinações da moral, da religião e da política. A positivação coloca, então, fim a oposição direito natural e direito positivo, já que somente o último possui, verdadeiramente, força normativa nas sociedades modernas. Toda e qualquer referência externa passa por um processo de autorreferência e reflexividade. Portanto, para reproduzir a si mesmo, o direito positivo dispensa as fundamentações normativas metafísicas e exteriores, operando a partir do recurso à ideia de normas das normas. Se o direito só se produz a partir de direito, vemos que o conceito moderno de Constituição como norma superior a todas as outras normas jurídicas resolve o problema do fundamento das normas e assegura ao direito condições para a reprodução de sua autonomia operacional, (LUHMANN, 1996, p. 10) como será visto logo adiante.

4. A CONSTITUIÇÃO ABERTA AO FUTURO: RISCOS E SEGURANÇAS NAS SOCIEDADES COMPLEXAS

Ao contrário do que possa parecer, o surgimento do conceito de Constituição, no sentido estritamente moderno do termo, não se revela na materialização de valores político-jurídicos fundamentais inerentes à pessoa humana expressos em um documento político, nem

no resultado da evolução de uma consciência moral pós-convencional⁹ ao estilo habermasiano. Isso porque a discussão acerca dos conteúdos que atualmente são compreendidos como tipicamente constitucionais já se encontravam presentes, de certa forma, nas sociedades que se constituíram antes mesmo da chamada modernidade.

Entretanto, com o advento da declaração da Independência de 1776, surge uma transformação especialmente importante que dá origem a um conceito estritamente moderno de Constituição (LUHMANN, 1996, p.6), qual seja, o reconhecimento de um texto jurídico-político redigido de forma escrita superior a todos os demais direitos. Modernamente, a Constituição passa a representar a norma das normas, sendo que todo o direito, a partir de então, deve ser confirmado ou rechaçado com base na norma suprema. “No passado, havia, é certo, a ideia de leis particularmente importantes e fundamentais, mas não a ideia de que houvesse uma lei que servisse de medida da conformidade ou não-conformidade ao direito de todas as outras leis e atos jurídicos.” (LUHMANN, 1996, p.6)

Dai surge a grande inovação moderna do conceito de Constituição: ela atribui a si própria a primazia do ordenamento jurídico, colocando todo o direito numa situação de problematidade e de contingência. (LUHMANN, 1996, p.7). Agora, qualquer lei, com exceção logicamente da Constituição, poderá ser não-conforme ao direito, isto é, ilícita. O código lícito/ilícito passa a ser operado a partir da conformidade ou não à Constituição que, ao mesmo tempo, se constitui como fundamento de validade de todas as normas jurídicas. Enquanto resultado de uma evolução social – ou nos termos de Luhmann “aquisição evolutiva” (LUHMANN, 1996) –, a Constituição moderna é produto da crescente diferenciação dos subsistemas sociais e da autorreferencialidade própria da modernidade, uma vez que representa a possibilidade de o direito fundar a sua unidade por si mesmo.

“Do ponto de vista jurídico, justifica-se, então, individuar a novidade do conceito de Constituição criado pela revolução na positividade de uma lei que funda todo o direito, e até a legislação e o governo” (LUHMANN, 1996, p.10). Em outros termos, a Constituição afasta a discussão acerca da fundamentação última do direito, amparada no jusnaturalismo ou nos costumes sedimentados ao longo da história pretérita de uma sociedade. Ela interrompe o regresso infinito na resposta à questão da fundação, ao se diferenciar das outras normas jurídicas e estabelecer-se sobre elas.

Em decorrência disso, poderíamos afirmar que a Constituição reflete também “uma transformação das estruturas temporais do sistema social que só se verifica a partir da segunda

⁹ Sobre a relação entre sociedade, Constituição e consciência moral pós-convencional ver Habermas (1989).

metade do século XVI.” (LUHMANN, 1996, p.15). A ideia de o sistema jurídico fundar a si próprio – como resultado da Constituição em seu sentido moderno – reestrutura as relações entre tempo, direito e sociedade no sentido de que “no lugar do passado coloca-se a abertura para o futuro.” (LUHMANN, 1996, p.15).

Por um lado, os direitos naturais e os preceitos morais tradicionalmente fornecidos pelo passado não servem mais como fonte de decisão jurídica ou critério de justificação das normas. Abandona-se a antiga ordem natural, hierárquica, e exterior ao direito, no sentido em que a normatividade moderna passa a ser redefinida em termos autoreferenciais. Por outro lado, a partir de um documento escrito, a Constituição funda o direito – e a política, como veremos mais adiante – no tempo presente de modo a funcionar como referência estável para todo o sistema jurídico no futuro. Nesse deslocamento temporal para frente, a Constituição “prevê a sua própria modificabilidade limitando-a juridicamente sobretudo mediante disposições procedimentais, mas também mediante a abertura da legislação à influência política.” (LUHMANN, 1996, p.15).

No momento em que as fundamentações normativas fundadas no passado deixam de vincular as decisões jurídicas presentes, o futuro passa a atuar no sentido de revelar uma Constituição constantemente aberta a transformações e a reinterpretções. E sendo ela compreendida como um objeto de construção em algum momento do tempo presente, nos encontramos, hoje, dispostos a admitir que essa construção não pode ser um processo único, que tenha acontecido de uma só vez, mas que, ao contrário, deve ser posteriormente replanejado através da interpretação e, eventualmente, através de mutações constitucionais. (LUHMANN, 1996, p.1). É, portanto, a partir da abertura ao contingente e ao improvável que a Constituição reconstrói, permanentemente, o seu sentido no futuro, adequando-se a futuras lutas de grupos minoritárias e a pressões exercidas politicamente na direção de alterar o seu conteúdo e reorientar as expectativas normativas preconizadas no instante da sua fundação.

Tal abertura a influência política reflete que a Constituição, além de ser a norma superior do ordenamento jurídico, é também fruto de uma decisão política e tal decisão – como toda decisão – é contingencial. A Constituição, então, utiliza conceitos como povo, eleitor, partidos políticos, Estado remetendo-se a política (LUHMANN, 1996, p.16). Contudo, esses conceitos do texto constitucional são igualmente conceitos jurídicos passíveis de apreciação e interpretação no âmbito jurisdicional. Em termos próprios da perspectiva luhmianna, a Constituição reflete o “acoplamento estrutural entre sistema jurídico e político”. (LUHMANN, 1996, p. 16).

Trata-se de uma situação na qual existem dois subsistemas que se reproduzem autonomamente e que, mediante uma estrutura comum (no caso, a Constituição), definem as possibilidades e limites de uma irrritação reciprocamente. O termo irrritação, para Luhmann, conduz a ideia de que cada sistema reage, de alguma maneira, a situações geradas em outros sistemas (ambiente), porém precisa recorrer necessariamente à sua respectiva linguagem sistêmica (Daí também a ideia de abertura cognitiva e fechamento operacional) (LUHMANN, 1996, p.25). Nesse sentido, a Constituição possibilita a constante troca de influências mútuas entre direito e político, permitindo, ao mesmo tempo, que cada um percorra, sem determinações externas diretas, seu próprio caminho.

Diversamente do que pode parecer à primeira vista, portanto, a invenção da constituição é, sobretudo, uma reação à diferenciação (moderna) entre direito e política e uma tentativa de resolver (ou esconder!) os seus problemas: o problema da soberania política e o problema da positivação (autodeterminação) do direito. Em ambos os casos, o problema manifesta-se como um paradoxo; o paradoxo do soberano que vincula/desvincula a si mesmo através de suas próprias decisões e o paradoxo do direito que se arroga no direito de discriminar de acordo com o direito, produzindo assim a diferença entre certo e errado, entre lícito e ilícito, e assim por diante. A constituição não elimina, certamente, estes paradoxos, mas limita-se a transferir o peso de um sistema ao outro: a soberania é transferida, da posição de vértice na hierarquia social para o povo, encontrando sua legitimação no vínculo jurídico constitucional; o direito, por sua vez, remete a legitimação da constituição como texto jurídico ao ato político da assembleia “constituente” e à legislação. (CORSI, 2002, p.101)

Desta perspectiva, a Constituição é, mais que um vínculo, um fator de liberdade: o valor político das operações jurídicas e o valor jurídico das operações políticas concentram-se, apenas, na referência à Constituição, que estabelece por sua vez os critérios de organização política do poder e os critérios de geração do direito (CORSI, 2002, p.101). Essa abertura do direito à influência política (e vice-versa) possibilita que a Constituição canalize as expectativas, os valores e os interesses plurais mediante seus próprios procedimentos de forma a possibilitar que o seu conteúdo seja reiteradamente objeto de discussão e reelaboração no futuro.

Desta forma, o direito reduz a si próprio, mediante a lei constitucional, a um instituto jurídico de conteúdos indeterminados: o poder constituinte do povo (LUHMANN, 1996, p.24). Tal indeterminação contedística é aquilo que garante o “permanecer aberto” das democracias, assegurando a absorção da complexidade – conservação dos diferentes valores, expectativas e formas de vida – e o reconhecimento da contingência do futuro – as decisões, os programas e os projetos constitucionais podem sempre ser diferentes do que são, estão sempre suscetíveis ao imprevisível e, portanto, são modificáveis. A partir da ideia de

soberania popular – entendida como aquela em que o povo é interpretado como a figura que detém o poder de criar o direito e, portanto, de estabelecer a norma constitucional –, a Constituição desloca o paradoxo do passado para o futuro, dos fundamentos transcendentais fornecidos pelas tradições jurídicas e políticas da teologia medieval e do jusnaturalismo racional à “promessa constitucional” de exercício do poder pelo povo e de efetiva limitação jurídica do Estado (GUIMARÃES, 2007, p.56).

A promessa é esse lançar-se ao futuro enquanto projeto constituinte sem, no entanto, vinculá-lo de antemão, desconsiderando as suas contingências. Por sua vez, isso só é possível porque “o postulado da democracia é traduzido em fatores mediante procedimentos” (LUHMANN, 1996, p.28), o que quer dizer que a promessa constitucional é ancorada num vazio semântico e numa indeterminação quanto ao conteúdo. Esse espaço deixado em aberto é, nas Constituições, ocupado pelos direitos fundamentais, uma vez que são “dotados de complexidade suficiente para levarem uma vida jurídica própria” (LUHMANN, 1996, p.28), ou em outros termos, “foram formulados de modo a não terem nenhuma consistência semântica: são vazios de conteúdo.” (CORSI, 2002, p.106).

Ao contrário do que possa parecer, tal constatação não é em si execrável. Pelo contrário: a função destes direitos pode ser desenvolvida apenas e exatamente porque estes não especificam de nenhum modo a praticabilidade de seus preceitos (CORSI, 2002, p.106). Nesse sentido, eles são abertos ao futuro, na medida em que definem a Constituição como uma ordem mínima capaz de possibilitar uma arena em que as lutas das correntes políticas para reorientar conteúdos normativos são empreendidas mediante procedimentos jurídico-democráticos. Compreendido desta forma, todo direito fundamental tem o sentido de abrir um espaço de contingência completamente indeterminado, no interior dos quais os aparatos organizacionais e os seus procedimentos internos podem especificar determinadas formas (CORSI, 2002, p. 107). Assim, ao mesmo tempo em que se projeta para o futuro, a Constituição e os direitos fundamentais, mediante a generalização e esvaziamento dos seus conteúdos, revelam a impossibilidade da total segurança e controle acerca do que ainda virá. Numa sociedade complexa, como a atual, em que foram abandonados os vínculos tradicionalmente sustentados no passado, já não existem mais bases suficientemente fortes que assegurem previsibilidade acerca dos eventos futuros. A constante diferenciação dos subsistemas sociais somada à crescente diversidade de valores, experiências e projetos de vida revelam uma sociedade em que tudo acontece de modo simultâneo, sendo as decisões cada vez menos expectáveis. É diante desse cenário que chegaríamos à conclusão de que “a

sociedade moderna vive seu futuro na forma do risco das decisões” (LUHMANN, 1998, p. 162).

“Os riscos concernem a danos possíveis, mas ainda não consumados e improváveis, que resultam de uma decisão.” (LUHMANN, 1998, p. 162). Somente é possível falar em risco na medida em que as conseqüências podem ser atribuídas à decisão. Portanto, ao escolhermos uma alternativa, corremos o risco de sofrer ou causar danos em virtude dessa decisão tomada. “Isto tem levado a ideia de que é possível evitar os riscos e ganhar segurança quando se decide de forma diferente. [...] Isto é um erro. Toda decisão pode dar lugar a conseqüências não queridas” (LUHMANN, 1998, p.163). E tais conseqüências são resultado de uma escolha num rol de incalculáveis alternativas, sendo o futuro sempre contingente em todas as suas variantes.

Se considerarmos que tudo que acontece, acontece no presente, podemos ver que, na sociedade moderna, não podem existir centros de controle total dos riscos, autoridades que ofereçam últimas garantias, seguranças na construção da realidade ou certezas para o futuro (DE GIORGI, 2006, p. 229). Daí a atitude, no mínimo, duvidosa, de se conceber Constituições dirigentes como forma de se suprimir o risco. Tais Constituições apoiam-se na ideia de um voluntarismo que fatalmente conduz a querer fixar tudo. Por meio de um Estado altamente intervencionista, como a figura do Welfare State (Estado do bem-estar social) da primeira metade do século XX, a Constituição se arroga ao papel de transformadora da realidade e, para isso, seria imprescindível acertar previsões capazes de orientar as decisões, vinculando de antemão o futuro. No ímpeto de se assegurar o afastamento dos perigos, tais Constituições delimitavam, ao máximo, os seus conteúdos, buscando assegurar o controle do Judiciário e Executivo acerca da sua aplicabilidade. “O futuro prospectivamente delimitado, gerava certeza no presente, o que produzia estabilidade para que fossem postos em práticas os programas” (BAHIA, 2005, p.5):

Cioso de uma realização efetiva das promessas de liberdade e de igualdade para todos, o Estado Social entende dominar os principais riscos sociais, impondo a segurança generalizada. Nunca a solidariedade voluntarista terá sido levada tão longe, nunca a confiança no futuro, um futuro balizado pela ciência, ligado pela lei e garantido pelo contrato de segurança mútua, terá sido tão forte.” (OST, 2005, p.317)

Os grandes projetos emancipatórios da razão – principalmente aqueles de cunho iluminista – caminharam no mesmo sentido. Sob o lema de princípios universais e inerentes à natureza humana – e outros conceitos de direção completamente indeterminados –

(LUHMANN, 1989, p. 171) buscou-se imprimir uma racionalidade que, em busca do progresso, não conhece os seus limites. “Aquela razão condensou seguranças, desenvolveu um universo semântico de certezas, identidade e estabilidade. Motivou representações do futuro como resultado de um projeto racional que realizaria as condições melhores para a sociedade.” (DE GIORGI, 2006, p. 226). No direito, essa crença na previsibilidade do dano e controle das incertezas recebe a forma da segurança jurídica.

No entanto, manobras jurídicas e constitucionais que visem “garantizar de esta maneira el orden por medio de la previsión” (LUHMANN, 1989, p.171) perdem de vista exatamente que a “segurança é um conceito ilusório que mascara o problema real. Não há segurança que esteja livre do risco” (DE GIORGI, 1998, p.220). Não há como decidir optando pelo lado seguro, até porque a decisão em si reflete a possibilidade de dano e reafirma a premissa de “que no se puede conocer el futuro (de lo contrario no sería futuro)” (LUHMAN, 1989, p.171). A segurança, portanto, é mera ficção operativa do sistema, o que implica dizer que não podemos esperar que os problemas de risco, enquanto problemas de fixação temporal, possam ser resolvidos em formas jurídicas adequadas (LUHMANN, 1992, p.58).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destas considerações deveria estar claro que a alternativa ao risco não se encontra na segurança (DE GIORGI , 2006, p. 233). O recurso à segurança nega a contingência, suprime alternativas, fecha qualquer possibilidade de abertura ao futuro, e nem por isso possibilita um terreno mais firmes de certezas acerca do que ainda virá pela frente. Talvez esse seja um dos grandes paradoxos do nosso tempo: “existe mais pobreza porque existe mais riqueza, mais não-saber porque existe mais saber, mais risco porque existe mais segurança”. (DE GIORGI, 2006, p.234)

É a partir desse cenário que o papel da Constituição e dos direitos fundamentais é o de estabelecer vínculos com o futuro, sem, contudo, vinculá-lo. E isso é possível porque ao projetar-se para frente, a Constituição assume o risco do dissenso. Na medida em que não atribui aos direitos fundamentais um conteúdo determinado, mas um “esvaziamento” semântico (CORSI, 2002, p. 110), a Constituição possibilita que no futuro o direito esteja aberto às indeterminações e transformações sociais a serem realizadas pelos grupos minoritários. O sentido normativo passa a ser compreendido como um horizonte aberto à

improbabilidade: uma vez fixados, os direitos fundamentais são projetados em direção ao futuro e preparados no futuro para admitirem contínuas determinações improváveis.

Portanto, “al aceptar riesgos se ganan oportunidades que, en otro caso, se escaparían”¹⁰ (LUHMANN, 1992, p.65). E isso significa dizer que o risco dos modernos expande o potencial para as decisões, duplica a possibilidade de escolha, racionaliza a incerteza, bifurca os caminhos do agir possível e duplica suas bifurcações (DE GIORGI, 2006, p.234). Nunca uma sociedade conviveu com tantas possibilidades como a nossa, mas nunca também uma sociedade enfrentou tantos riscos. Lidar com os riscos é reconhecer que o Direito apresenta uma contínua mutação estrutural, uma imensa possibilidade de ser transformado e de reorientar expectativas comportamentais em nossa sociedade. Portanto, conviver com complexidade e insegurança, é perceber que a indeterminação do amanhã é estrutural “numa sociedade sempre à beira de uma catástrofe”. (BAHIA, 2005, p. 8)

Nesse sentido, é só aceitando essa contingência que a promessa empreendida na fundação da Constituição poderá assumir o dissenso contitudinário e gerar uma multiplicação de alternativas decisórias, como condição para se vivenciar uma democracia aberta à possibilidade do improvável.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Constituição, Política e Judiciário em uma Sociedade de Risco Permanente: um ensaio a partir da Teoria dos Sistemas. Revista Eletrônica Metacrítica, Lisboa, v.6, p.1-16, 2005. Disponível em <<http://metacritica.ulusofona.pt>> Acesso em: 16 de Dezembro de 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêm que não vêm aquilo que não vêm”: sobre fantasmas vivos e a observação do direito como sistema diferenciado. In: DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 11-26.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. Trad. Juliana Neuenschwander Magalhães. **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS | v. 4 | n. 8 | jul./dez. 2002.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

¹⁰ “ao aceitar riscos se ganham oportunidades que, em outro caso, se escapariam.” (tradução nossa)

GUIMARÃES, Guilherme F. A. Cintra. **O uso criativo dos paradoxos do direito na aplicação de princípios constitucionais**: abertura, autoritarismo e pragmatismo na jurisdição constitucional brasileira. 2007. 200p. Dissertação (Mestrado). Universidade de Brasília. Brasília.

LIMA, Fernando Rister Sousa. Constituição Federal: acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. V.4, n.4 (jul./dez. 2008). Curitiba: UniBrasil, 2008.

LUHMANN, Niklas; **Complejidad y Modernidad de la unidad a la diferencia**; edição e tradução de Josetxo Beriain y José Maria Garcia Blanco, Editorial Trotta, Valladolid, 1998.

LUHMANN, Niklas. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**. 39p. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto para fins acadêmicos da obra: La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.). et alli. Il Futuro Della Costituzione. Torino: Einaudi, 1996.

LUHMANN, Niklas. El Concepto de Riesgo. In: BECK, U; GIDDENS, A.; BAUMAN, Z; LUHMANN, N. **Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo**. Anthropos, Madrid, 1989.

LUHMANN, Niklas. **EI derecho de la sociedad**. Traducción Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília, UnB, 1980.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Guadalajara: Universidad Iberoamericana Universidad de Guadalajara, 1992. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/23352190/Luhmann-Sociologia-del-Riesgo>> Acesso em: 12 de dezembro de 2009.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1983.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o Estado democrático de direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, J. (Org.). **Democracia hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2001. p. 111-163

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru, SP: EDUSC, 2005. 409p.

ROCHA, Leonel Severo. Tempo e Constituição. **Revista Direitos Culturais**. V.1, n.1, Dezembro, 2006.