

TEORIAS DO DIREITO: UMA ANÁLISE ENTRE A TEORIA ANÁLICA E SISTÊMICA, ENTRE NORMA E CIÊNCIA

Maurício Zanotelli¹

RESUMO: O normativismo de Hans Kelsen e sua principal obra Teoria Pura no Direito, sagraram-se de suma importância para o mundo jurídico, exercendo influências *usque* nos dias de hoje. Não obstante esta trajetória, resta-se evidenciado que a sua aplicação pura resta-se esgotada, pois, trata-se de uma sociedade global, geradora de múltiplas complexidades. Assim, emerge como opção, a autopoíese, ou seja, o sistema do Direito como auto-reprodutor, seguindo as linhas de Niklas Luhmann e Gunther Toybner. Para isso, analisa-se os critérios de verdade/validade em ambas as Teorias: Analítica e Sistêmica. Na primeira, com um viés na norma, e, na segunda, acrescenta-se a verdade/validade a partir da Ciência, buscando-se a integração entre o sistema do Direito e as Ciências Sociais, como forma de atualizar o sistema, e, re-estruturá-lo no Tempo.

PALAVRAS-CHAVE: Normativismo. Autopoíese. Verdade. Validade.

ABSTRACT: The normativism Hans Kelsen and his masterpiece Pure Theory in Law, anointed to be of paramount importance to the legal world, exerting influences usque today. Despite this trend, it remains evident that if your application is purely left exhausted, because this is a global society, generating multiple complexities. Thus emerges as an option, autopoiesis, ie, the system of law as autoreprodutor, following the lines of Niklas Luhmann and Gunther Toybner. For this, we analyze the criteria of truth / validity in both theories: Analytical and Systemic. At first, with a bias in the standard and in the second, add up the truth / validity from the Science, seeking integration between the system of law and the social sciences as a way to upgrade the system, and re-structure it in time.

KEYWORD: Normativism. Autopoiesis. Truth. Validity.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Verdade e Validade: um aporte normativo; 3 A autopoíese como opção compreensiva: uma perspectiva de verdade/validade às Ciências Sociais como via de escape; 4 Considerações Finais; Referencial Bibliográfico.

¹Bacharel em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS. Especialista em Direito do Estado pela UFRGS. Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Máster en Argumentación Jurídica pela Universidad de Alicante – Es. Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa – PT. Professor Titular do Curso de Direito nos programas de Graduação e Pós-graduação da AJES-MT, Instituição onde também é Coordenador Ajunto do Curso de Direito e Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas.

1 INTRODUÇÃO

A Teoria do Direito oferece condições a uma pesquisa mais profunda da qual carece a práxis jurídica hodierna. Assim, este ensaio tem como objetivo passear dentre duas das teorias do Direito contemporâneo, prestando uma breve análise, pelas limitações deste espaço, dos critérios de verdade/validade, em suas significações correspondentes. Desta forma, o comportamento (procedimentalização) de cada Teoria, sob estes critérios, é corroborado como forma de provocamento ao jurista (leitor) para uma reflexão teórica do Direito, que passa a refletir diretamente na aplicabilidade do ordenamento jurídico. Não se tem aqui o condão de esgotamento à investigação – pela natureza e delimitação da proposta investigativa. Salienta-se que esta problematização do tema deste ensaio surgiu à reflexão das leituras da produção de Leonel Severo Rocha, amplamente citado no decurso do texto – justificando-se, assim, a reverência.

As Teorias trabalhadas são a Teoria Analítica e a Sistêmica. A primeira traz no normativismo de Hans Kelsen sua primazia, e a obra destacada seria Teoria Pura do Direito, 1960. A segunda conta com a excelência de Niklas Luhmann, em sua principal obra Soziale Systeme, 1984. Dessa forma, na primeira parte do ensaio é referenciada a trajetória de Kelsen e seu normativismo – de uma importância incalculável para a Teoria do Direito, em um sentido lato. Adentra-se nos critérios propostos, em uma análise de verdade/validade no normativismo e seus reflexos ao Direito. Com efeito, demonstra-se este efeito no decurso do Tempo e na transformação da sociedade, ainda, no multiculturalismo em que vivemos. Por conseguinte, chega-se a uma situação de desgaste do normativismo puro, ou seja, do dogmatismo.

A sociedade globalizada impõe seus ditames, devendo o Direito prosperar nesta mutação, isto é, os critérios de verdade/validade do Direito (usados como exemplos) devem ser des-institucionalizados e sob uma nova proposta no Tempo, serem re-estruturados nesta (nova) perspectiva Sistêmica, eleita como opção. A ciência surge para atualizar as verdades do Direito, nesta linha convoca-se a dicção de Teubner para contribuir ao certame, pois as Ciências Sociais podem parecer uma via de escape ilusória nesta situação.

Destarte, o sistema do Direito há de se auto-reproduzir, e, através do processo de tomada de decisão fortalecer sua autopoiese, pensando os mesmos critérios (verdade/validade) sob uma nova ótica - definindo e proclamando um novo horizonte.

2 VERDADE E VALIDADE: UM APORTE NORMATIVO

Ouve-se e muito falar em Hans Kelsen, tanto nos bancos das academias como nos Tribunais, e, as ponderações tecidas a respeito são das mais variadas possíveis, dependendo, evidentemente, da formação teórica de quem fala. Kelsen foi um dos atores de realce no século XX, com destacada atuação no Direito por suas críticas às teorias existentes, além da defesa de uma valorosa produção teórica (Teoria Pura do Direito) – como vangloriasse, outrossim, nos âmbitos do legislativo e da

docência.

Conquanto haja intitulado sua teoria de *Teoria Pura*, Kelsen não deve receber uma denotação pura, assim, insere-se nos trilhos de uma compreensão simultânea, admitindo-se a existência de “um Kelsen Kantiano, um Kelsen neopositivista, um Kelsen fenomenológico, um Kelsen fascista e um Kelsen democrático”². Não se tem aqui a pretensão de explicitar, tampouco esgotar esta referência, apenas emergir a valoração de uma biografia que exerce ainda muita militância, como supra referenciado, nos certames brasileiros, em especial no Direito Público, sendo marco, posição, ou alvo crítico, influenciando positiva ou negativamente, o mundo jurídico.

Com efeito, para Kelsen *norma* deve significar *dever ser* ou acontecer, ou seja, conduzir de determinada maneira. Por isso, o Direito manifesta-se em definição de uma ordem normativa da conduta humana, isto é, a conduta humana é regulada por um conjunto de normas que compõem um sistema.³ Dessa forma, a Ciência do Direito trata das normas jurídicas; já as normas morais devem ser tratadas pela Ética, como Ciência – haja vista haver a necessidade de pronunciamento do raciocínio jurídico no tangente ao que seja, perante o sistema, lícito ou ilícito; válido ou inválido; legal (constitucional) ou ilegal (inconstitucional) e não certo ou errado; virtuoso ou vicioso; bom ou mau.⁴ E, conclui Kelsen disciplinando que “a exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de *a Moral*”.⁵

Faz-se mister advertir que não obstante haja esta afirmação, Kelsen se mostrou preocupado com o Social, por conseguinte, com as complexidades advindas, como por exemplo a Justiça (referência da citação direta supra), publicando obras neste propósito (O que é Justiça?; O problema da Justiça, dentre outras).

Assim sendo, seguindo a problemática proposta, uma questão ganha supremacia, qual seja, a verdade. Como defini-la? E seus critérios? Este foi o questionamento dos neopositivistas a Kelsen, após ouvir a teorização da racionalidade em prol de uma ciência que reduziria os problemas a partir de um sistema normativo lógico-dedutivo. Todavia, a resposta de Kelsen foi que os critérios de verdade não podem influenciar diretamente o Direito, sob pena de não ser ciência. O Direito pode ser ciência e pode ser rigoroso, mas os critérios de verdade terão de existir em um segundo plano de linguagem, isto é, como uma metalinguagem de segundo grau.⁶

À evidência, à construção dos dois planos distintos e incommunicáveis, ou seja, o Direito como sendo a linguagem-objeto, e, a Ciência do Direito sendo a

²ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1998. p. 65.

³KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 05.

⁴BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Moral, Justiça e Direito na Teoria de Hans Kelsen*. 2000. Disponível em www.mundodosfilosofos.com.br Acesso em 16 de Junho de 2008.

⁵KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998 p. 75.

⁶ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopiéise, normativismo e pluralismo jurídico. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestado e doutorado / orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Ovidio Araújo Baptista da Silva ... [et al.]*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2008. p. 172.

metalinguagem⁷.

A metalinguagem define a norma jurídica a partir da concepção de interpretação do mundo, de modo que um fato, para ser caracterizado como fato jurídico, há de ser conteúdo de uma norma jurídica, ou seja, qualificado como uma condição de significar normativamente. O Segundo momento da teoria pura é a transformação da norma jurídica em metalinguagem, pois aquela seria transformada em linguagem-objeto da Ciência do Direito que, conseqüentemente, viria a ser metalinguagem.⁸

Assim, “a norma jurídica é a metalinguagem do ser”⁹, que ao atribuir conduta, em patamar linguístico, pode ser caracterizada verdadeira ou falsa, sob o parâmetro da validade. “O critério de racionalidade do sistema normativo, já que as normas não podem ser consideradas de suas interações, é dado pela hierarquia normativa (norma fundamental)”¹⁰, prestando a chancela de validade a uma norma apenas e tão-só se uma outra norma superior lhe conferir integração ao sistema.

Logo, as normas irão definindo-se em um sistema de hierarquia, prestando, as superiores, validade às inferiores. Assim, a racionalidade (do Direito) deverá prestar condão a esta estrutura contemplada de definições rigorosas, que poderá não se fazer por verdadeiro. Ou seja, é racional permitir que conceitos sejam construídos, não influenciando, pois, os critérios de verdade.

Nesta voga, normativista porque prevê sanções, referindo-se ao Direito como tendo força obrigatória – assim, relacionando-se com poder, por corolário, com a figura de um Estado. Este, manifesta-se através do Direito, sob os critérios elencados pela normatização, que, dentro de sua hierarquia (normas), prescinde relativamente do Direito para controlar a racionalidade do poder e discipliná-lo. Ou seja, um sistema fechado a partir da Constituição, no qual o método dedutivo vai legitimando a unidade e a validade ao sistema.¹¹

Insera-se em uma peculiar e grandiosa questão, qual seja, a operacionalização de um sistema em unidade na qual a validade virá por dedução legitimada por uma Constituição, fundada em um Estado de Direito *forte*. Logo, a partir destes elementos, pode-se tecer que este aparato teórico será suficiente como redutor de complexidade em uma sociedade em constante mutação, geradora de problemas capitalistas (globalizados), em uma realidade política neoliberal (Brasil), criando uma situação nova, um direito novo a cada momento, e um Estado com sua estrutura em

⁷No entanto essa concepção meta-linguagem do real, criada por Bertrand Russell, para superar os paradoxos lógicos, é utilizada por Kelsen em vários momentos, os quais devem ser esclarecidos para evitar confusões”. ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1998. p.67-68.

⁸ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1998. p. 68.

⁹Ibidem. p. 93.

¹⁰Ibidem.

¹¹ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopiése, normativismo e pluralismo jurídico. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestado e doutorado / orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Ovídio Araújo Baptista da Silva ... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2008. p. 173-175.

crise(s)?

3 A AUTOPOIÉSE COMO OPÇÃO: UMA PERSPECTIVA DE VERDADE/ VALIDADE ÀS CIÊNCIAS SOCIAIS COMO VIA DE ESCAPE

A teoria normativista exerce, em caráter dominante, no Direito, a concepção de validade, uma vez ditada pela dogmática jurídica. Em sua obra clássica ‘Teoria Pura do Direito’, Hans Kelsen trabalha a noção de validade sob uma construção a partir das definições de Tempo e Espaço. Assim, dependentes de um Estado garantidor de Direito e de uma cultura unificada, justificando a normatização hierarquizada. Destarte, transportando-se do século XX, ao século XXI, atentando para noções de Tempo, validade e verdade, no Direito, caminha-se para uma inevitável insuficiência da Teoria Pura perante uma sociedade global.

Pois, a sociedade global impõe seus elementos e começa a transmitir uma realidade bastante diferenciada, na qual o Estado é frágil e o sistema do Direito passa a ser aberto. Por conseguinte, a validade, legitimada por uma Constituição, começa a abrir caminhos para o aplicador do Direito que, pelo método indutivo, prestará interpretação, acabando por evidenciar legitimidade ao Poder Judiciário perante um direito plural.¹²

Dessa forma, avanço na determinação de comportamentos na sociedade, de regras a serem cumpridas em ambientes diversos, formas distintas e uma peculiaridade a ser corroborada: não depende do Estado. A globalização requer formas de observação distintas de outrora, hajam vistas haver regras a serem cumpridas que são ditadas, por exemplo, por sindicatos, ONG’s, comunidades – nível nacional, e, ONU, transnacionais, União Europeia, em nível internacional – ou seja, novas regras em um pluralismo jurídico são criadas, fazendo-nos sentir a distância que estamos da teoria kelseniana.¹³

Uma das alternativas, como forma de superação, é teorizar a sociedade como autopoiese, tendo em vista que esta se faz altamente complexa e com uma possibilidade de manifestação vasta e diferenciada. Assim, diante deste excesso de produção, surgem os sistemas, para se criar sentido na redução de complexidade, “sistemas que ordenam essa complexidade a partir de certo tipo de perspectiva conforme o tipo de diferenciação funcional evolutivamente consagrado”.¹⁴

Desta forma, a Política, o Direito, a Economia, etc, seriam sistemas dotados de autonomia e diferença, necessitando de critérios próprios de autoobservação, haja vista depender de sua auto-reprodução, de sua independência, para poder se fechar operacionalmente em torno de sua autonomia, ou seja, “sistemas autopoieticos são sistemas que conseguem partir da criação de um espaço próprio de sentido e se auto-reproduzirem a partir de um *código* e de uma *programação própria*”.¹⁵ O *código*, no caso do Direito, seria a operacionalização do sistema em torno do que é Direito/

¹²Ibidem. p. 175.

¹³Ibidem. p. 177.

¹⁴Ibidem. p. 168.

¹⁵Ibidem. p. 169.

não-Direito, justificando-se a existência deste, como redutor de complexibilidade.¹⁶

Tudo está dentro da sociedade, assim, como reduzir a complexidade através do *código* (Direito/não-Direito)? A autopoíese responde: através do processo de tomada de decisão. Não há no mundo hoje uma noção exata de presente/passado/futuro – depende do observador, portanto, os critérios de verdade, na dogmática jurídica, *são paradoxais*. Então, a Decisão é que dirá o que é Direito ou o que não é, dentro do sistema Direito.

A noção de verdade na autopoíese acaba se perdendo diante das respostas prontas da modernidade para este problema, razão pela qual acaba sendo afastada do Direito – por não lhe pertencer este problema. “Em suma, não se discute verdade, discute-se validade, discute-se tomada de decisão”.¹⁷

Destarte, os critérios de verdade não são problemas do Direito, sua preocupação está na validade, e, como procedimentá-la?

A comunicação é a forma de constituição entre os sistemas. Tudo depende de onde se está observando, para qualquer análise – pois, aquilo que não está dentro do sistema do Direito não existe (para si), ou seja, os sistemas são o centro do processo de tomada de decisões, sendo sua função principal a sua auto-organização, determinando seus limites e horizontes a serem desvelados.¹⁸

Neste propósito, as Ciências Sociais exercem papéis de suma importância, já que os limites, dito de outro modo, os extremos nesta deliberação – são muitas vezes concluídas pela Ciência, ou, objetos de suas pesquisas e investigações. Por isso, no sentido de como relacionar-se com o Direito (Social), em favor da redução de complexidade, acabando por interferir nos critérios de validade, isto é, superando-se uma fonte analítica almejando um Direito como sistema autopoietico em uma sociedade global – a ciência requer uma detida análise neste tocante – o que, posicionará, o Direito, como ator principal ou coadjuvante.

À análise desta questão, volta-se ao magistério de Gunther Teubner¹⁹ que ressalta ser mais fácil ao discurso jurídico renunciar à autoridade epistêmica, medida que evitaria desde um conflito de autoridades até uma série de inconvenientes ao constituí-la.

Teubner relata um exemplo nesse sentido, referenciando a existência das mulheres, por mais que o assunto não seja polêmico poderá haver um discurso divisor entre o aspecto social ao não explorar a riqueza da concepção autopoietica, evidenciando uma posição empírica contrária.²⁰ O mais fácil, então, seria renunciar a tudo isso do que procurar esclarecer e constituir – num processo no qual o fácil

¹⁶Ibidem. p. 169.

¹⁷ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoíese, normativismo e pluralismo jurídico. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestado e doutorado / orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Ovídio Araújo Baptista da Silva ... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2008. p. 171.

¹⁸Ibidem.. p. 179.

¹⁹TEUBNER, Gunther. *El derecho como Sistema Autopoietico de la Sociedad* Global. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 54.

²⁰Ibidem.

muitas vezes não vem de encontro com o acertado.

Por exemplo, na prática diária das tomadas de decisões no Direito, o que ocorre é a maneira forçosa (autônoma) que se decidem questões cognitivas a respeito da pesquisa científica e o sentido comum que, faz-se, elemento de sua competência. Se o Direito necessita de afirmações cognitivas no contexto normativo, em matérias específicas, “entonces resulta cierto que el derecho puede comenzar sus operaciones con la comprensión propia del sentido común y con la referencia a la ciencia”.²¹

Teubner ressalta que o conhecimento das Ciências Sociais deve se integrar ao Direito para que se possa buscar a evolução do pensamento jurídico:

Em vez de separar claramente los âmbitos de la cognición jurídica de los de la cognición científica, se supone que el discurso jurídico incorpora cierto conocimiento social em sus construcciones del mundo, y que revisa permanentemente los modelos jurídicos de la realidad social de acuerdo a la acumulación de conocimiento sociales em las ciencias.²²

Nesse sentido, o autor faz referência aos movimentos que surgiram em torno desta integração, como sociologia jurídica, análise econômica do direito e de outra banda, relaciona os aspectos negativos desta ilustração, demonstrando a interferência das Ciências Sociais no Direito.

Em um dos primeiros exemplos, destes aspectos negativos, Teubner relaciona a ponderação de interesses que domina as tomadas de decisões nos Tribunais – a sociologia interferindo no Direito, assim, questiona: “¿qué tiene de sociológico este tipo de jurisprudência sociológica?”, complementa, ainda, asseverando que nenhum sociólogo seguiria os juristas em busca de um conceituar, operacionalizar e identificar o interesse social.²³

Na prática, a análise de interesses substituiu a construção das Ciências Sociais, na nova jurisprudência. Poder-se-ia muito bem analisar interesses, mas dentro de uma racionalidade jurídica defensora de objetivos originais da jurisprudência sociológica, em uma incorporação do conhecimento sociológico.²⁴ Porém, não definindo os rumos do Direito, não transformando a ponderação de interesses em jurisprudência.

Algo semelhante ocorre na Política, denuncia Teubner. As tomadas de decisões são inspiradas no uso instrumental do conhecimento das ciências sociais. A instrução consiste em definir objetos, determinar as condições fáticas da situação, escolher os instrumentos da regulação, tomar em conta efeitos colaterais, possibilidades, efeitos perversos. Ou seja, os juristas simplesmente desprezam seus métodos de raciocínio dogmáticos em uma análise *por la escura* da hermenêutica da interpretação.²⁵

²¹Ibidem.

²²Ibidem. p. 55.

²³TEUBNER, Gunther. *El derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 56.

²⁴Ibidem. p. 57.

²⁵Ibidem.

A decisão jurídica dogmaticamente definida vem conduzindo os rumos da própria doutrina. Esta que deveria estar controlada inicialmente por suas consequências sociais, é controlada pelas decisões – a consequência prática disso: uma projeção do sentido comum dos juízes. Não há como a Ciência Social e o Direito, sem um tipo de doutrina crítica, articularem direitos e deveres através das novas construções jurídicas denominadas “política”.²⁶

“No son importados al derecho llevando la etiqueta de “fabricado por la ciência”.²⁷ Assim, Teubner salienta ser errado considerar irracional a incorporação do conhecimento social, portanto, devemos advertir o Direito sobre a verdade científica. Dessa forma, na integração entre Direito e as Ciências Sociais haverá algo na construção do mundo que gere uma construção contraditória, mas, também, efeitos benéficos serão gerados à qualidade da tomada de decisão. Os resultados científicos mais recentes das Ciências Sociais e o câmbio permanente que proporcionam, podem servir para a inovação jurídica – ao representarem uma fonte extraordinariamente rica para uma contínua reconstrução do mundo jurídico.²⁸

A procedimentalização do conflito de conhecimento entre Direito, Ciência e instituições sociais é a “¿verdad sobre el derecho”? O solamente “¿la verdad del derecho”? O incluso “¿la verdad sobre la verdad del derecho”? “Esto suena paradójico y contradictorio. Yace ‘la verdad del derecho sobre la verdad y el derecho’”.²⁹

Nesta era globalizada, destarte, vislumbra-se uma necessidade de acrescer à dogmática jurídica mecanismos que a envolva sob outras culturas, outras estruturas em uma diversidade social maior, e, em um Direito aberto para esta diversidade cultural. Pois, em um sistema autopoietico, a opção é pela invenção, ou seja, pela autocriatividade, pela circularidade – definindo-se, assim, a própria felicidade, o bem-estar, a própria democracia. Logo, “o sistema do Direito tem que auto-reproduzir uma organização, para, a partir daí, ela definir seus próprios problemas, seus próprios limites e construir a sua verdade”.³⁰

Tratando-se de construção, deve-se, outrossim, buscar a sintonia com as dificuldades de efetivação das decisões devido aos paradoxos do Tempo³¹, para que a autopoiese (observador) não perca o controle dos processos de des-institucionalização e re-estruturação da sociedade, ora corroborados através dos critérios de verdade/validade.

A autopoiese ratifica que as informações exteriores ao sistema serão internalizadas por este quando passíveis de adequação à codificação binária, obtendo no Tempo um sentido jurídico. Então, “a teoria autopoietica busca obter soluções

²⁶Ibidem. p. 58.

²⁷Ibidem. p. 59-60.

²⁸Ibidem. p. 62.

²⁹Ibidem. p. 66-67.

³⁰ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestado e doutorado / orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Ovídio Araújo Baptista da Silva ... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2008. p. 180-181.

³¹Ver: ROCHA, Leonel Severo. Tempo e Constituição. In: COUTINHO, J. N.; et. al. *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

sociais para a auto-referência através da ocultação e neutralização dos paradoxos, aplicando-os de uma forma criativa”³².

Com efeito, as informações exteriores das Ciências Sociais serão internalizadas se provenientes ao sistema Direito, e, a partir daí irão compor o código binário (Direito/Não Direito). Assim, os critérios de verdade das Ciências Sociais poderão ou não ser validados pelo sistema Direito (código) que, por sua vez, através de uma auto-referência re-estruturante, ocultando e neutralizando os paradoxos, tomará decisão, des-institucionalizando o sistema, prestando horizonte ao Tempo em sua auto-reprodução de sentido jurídico, em um processo de *validade*.

“Os paradoxos deixam de ser impedimentos ao processo de tomada de decisão, passando a ser um proficuo campo de análises para reflexões sobre a aplicação do Direito”.³³

E a verdade desta validade? É sempre uma construção...

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluir que Kelsen foi de suma relevância para o Direito à sua Teoria – seria algo sem maiores repercussões; agora, ressaltar que Kelsen não pode ser aplicado em seu normativismo à Teria Pura no Direito, quer parecer com mais realce, perante a motivação. Por esta razão é que no desenvolver do ensaio procurou-se justamente demonstrar a sumidade de Kelsen à dogmática jurídica, e, de outra banda, ressaltar que esta aplicação “congelada”, ou seja, em forma de dogmatismo, hodiernamente, resta-se esgotada.

Como já denunciado pela doutrina crítica – o problema não é o dogma e sim o dogmatismo, isto é, sua aplicação pura; pois, os critérios de verdade/validade no normativismo dependem da produção de norma, texto de lei. Assim, o Direito sempre estará desatualizado, porque em desequilíbrio – haja vista não contar mais com um Estado forte, com um poder em forma de hierarquia piramidal de um Estado de Direito.

A sociedade globalizada caminha em passos largos, criando desde novas regras a novas comandas ditadoras de normas, todas, neste analisar, evidentemente, independentes do Estado. Além disso, a forma legítima de produção legislativa está desgastada institucionalmente (crises). E, o Poder Judiciário, à maioria, em um dogmatismo ferrenho que paira no Tempo aplicando critérios de verdade/validade que notadamente não atendem às demandas sociais (lembrem-se de Kelsen), acabando por montar, em corolário, uma distância gigantesca das decisões à realidade multicultural, entre texto constitucional e a dificuldade fática social.

A Teoria Sistêmica propõe uma visão de segunda ordem, de produzir diferença, perante um sistema aberto, circular e imprevisível – na qual o sistema do Direito existe para reduzir complexidade, neste excesso de produção – de paradoxos. Os critérios de verdade/validade são diferentemente pensados dentro deste sistema

³²Ibidem. p. 211.

³³Ibidem.

que, se propõem a des-institucionalização, e, de mesma forma, re-estrutura, apoiando-se, outrossim, nas Ciências Sociais, nas suas inovações como fonte extraordinária de atualização, passando, por óbvio, pelo crivo do sistema do Direito antes de sua contribuição.

Abre-se mão, destarte, do método dedutivo ao indutivo, em busca da criatividade, da auto-reprodução, do autopoietico como sistema do Direito, no qual o Direito, no Tempo, sempre será uma construção, em outras palavras, uma autopoiese a prestar horizonte a um observador.

A real necessidade é de prestar sentido ao horizonte normativo posto, sendo, a autopoiese, uma das opções, assim, não se destaca como sendo a opção, enfatizada por este ensaio. O sentido proposto, logo, faz-se em demonstrar o avanço institucional de temas regulados pelo Direito e a sua crise em se pronunciar e prestar solução – em situações muito distantes das vividas nos Tribunais, ainda normativistas puros. Depara-se com a seguinte situação: o Direito dogmatizado pelos Tribunais, clamando outra verdade compreensiva... autopoiese, alguém diria.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Moral, Justiça e Direito na Teoria de Hans Kelsen*. 2000. Disponível em www.mundodosfilosofos.com.br Acesso em 16 de Junho de 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1998.

_____. Tempo e Constituição. In: COUTINHO, J. N.; et. al. *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Observações sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestado e doutourado / orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Ovídio Araújo Baptista da Silva ...[et al.]*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2008.

TEUBNER, Gunther. *El derecho como Sistema Autopoietico de la Sociedad Global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.