A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO TEMPO*

FRANCISCO CARLOS DUARTE**

LEONEL SEVERO ROCHA***

LUIZ HENRIQUE URQUHART CADEMARTORI****

RESUMO: O presente trabalho visa analisar a influência do tempo nas sociedades e a consequente relação entre este e a elaboração das constituições ao longo da história, considerando que o tempo é o que proporciona a operacionalização/observação das relações entre o Direito e a Política. Assim, pretende-se delinear a evolução do Direito no contexto de tempo social, abordando-se a alteração gerada nesta idéia a partir da globalização que alterou sensivelmente a noção de tempo/espaço tradicional, exigindo que a adequação entre o tempo e o Direito ocorra muito rapidamente.

PALAVRAS-CHAVE: Tempo; Sociedade; Constituição; Globalização; Direito.

ABSTRACT: This study analyzes the influence the period on the societies and the consequent relationship between this and the drafting of constitutions throughout history, that the time is what gives the operation/observation of the relationship between law and politics. We intend to outline the evolution of law in the context of social time, addressing itself to change this idea generated from the globalization that has altered considerably the concept of time / space traditional, demanding that the adequacy between the time the law takes place very quickly.

KEYWORDS: Period; Society; Constitution; Globalization; Right.

SUMÁRIO: 1. Introdução: Tempo Social e Direito; 2. Tempo: de Saussure a Kelsen; 3. O Tempo de François Ost; 4. Matriz Pragmático-Sistêmica; 5. O Direito como Sistema Autopoietico: Imprevisibilidade, Circularidade e Paradoxos; 6. Gestão Temporal dos Paradoxos da Auto-Referência; 7. Acoplamento Temporal entre o Sistema do Direito e o seu Ambiente: a Constituição; Considerações Finais; Bibliografia.

Artigo recebido em 13.07.2010. Pareceres emitidos em 1º.09.2010 e 22.09.2010.

Artigo aprovado para publicação em 29.09.2010.

* Este texto integra o projeto de pesquisa interinstitucional sobre “Tempo e Constituição” que se desenvolve no âmbito do PPGD-Unisinos e PPGD-PUCPR. Para contato com os autores: sequencia@funjab.ufsc.br ou luiz.hc@terra.com.br (Prof. Luiz Henrique Urquhart Cademartori)

** Doutor em Direito pela UFSC; Pós doutorado pela Universidad di Lecce/Itália, Universidad de Granada e Universidade Tecnica de Lisboa. Professor titular do Programa de Mestrado e Doutorado da PUCPR; Pesquisador do CNPq e da CAPES.

*** Pós-doutorado pela Universidade de Lecce/Itália e Professor Titular do PPGD-UNISINOS; Ex-Coordenador do PPGD-UFSC.

**** Pós-doutorado pela Universidad de Granada – Espanha, doutorado e mestrado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor Adjunto I da Universidade Federal de Santa Catarina.

1. 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 e pode ser considerada a característica principal da modernidade para a operacionalização/observação das relações entre o Direito e a Política. Assim sendo, pretende-se neste ensaio apontar alguns lugares diferentes de observação da evolução do Direito a partir de sua inserção na idéia de *Tempo Social*.

Para tanto, importante salientar que a definição do Tempo está ligada à forma da sociedade em que vivemos (Claude Lefort, Cornelius Castoriadis). Nesta 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, se auto-reproduz nesta lógica e contribui com a manutenção dessa temporalidade instituída. O Tempo é, portanto, social e a Constituição é uma das conquistas evolutivas desta organização temporal.

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 desta noção de Tempo/Espaço 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: qual o significado que o Tempo adquire dentro dessa nova forma de sociedade? E onde é que o Direito contribui para a construção do Tempo? Qual é a diferença entre o Tempo do normativismo e o Tempo do Direito na globalização? Para tanto, analisar-se-á, em um primeiro momento, o Tempo na Teoria de Hans Kelsen relacionando-o ao paradigma da linguagem de Ferdinand de Saussure. Em seguida, serão indicadas algumas das importantes contribuições de François Ost sobre o Tempo do Direito. Para ao final, examinar o Tempo na Teoria da Autopoiese de Luhmann e Teubner.

2. 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 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 a partir de outra. Isto é, a relação entre diacronia/sincronia, que é uma relação com o presente e a história, o que 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 Linguística Geral*, do ponto de vista estrutural e neo-Kantiano, concentra-se em como produzir 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 se formarem. Por exemplo: no Tempo sintagmático, quando se tem quinze minutos para falar, somente se pode falar, emitir, os sons que se pode de fato transmitir durante quinze minutos sintagmaticamente. Porém, ao mesmo Tempo, pode-se, em cada sintagma, em cada signo, em cada palavra, transmitir-se relações associativas. Desta forma, pode-se dizer 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. Deste 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 as oposições da semiologia e da lingüística. Essas oposições, como aquela existente entre diacronia/sincronia, são muito semelhantes, respeitadas algumas especificidades e as idéias de estática e dinâmica no normativismo jurídico kelseniano.

Kelsen afirma que a normatividade é a característica fundamental do Direito. Um fenômeno somente será jurídico se for suscetível de atribuição de sentido normativo. A normatividade é a resultante do cruzamento de duas dimensões temporais: 1) o *presente* (estática jurídica) que permite a partir do conceito axiomático de *Sanção* estabelecer os critérios para a construção de todos os demais conceitos, além de dotar a normatividade de força obrigatória (Estado); e 2) a *história* (dinâmica jurídica) que estabelece o critério para produção normativa a partir da *validade*. Graças a validade, a manifestação do poder estatal se disciplina pela sua inserção em uma hierarquia que determina que existam normas superiores e inferiores, que teriam como fundamento último a Constituição (Bobbio). Desta maneira, Kelsen conceitua a normatividade como a capacidade do Direito constituir o Tempo. Trata-se assim de uma concepção de presente e uma concepção de história que estariam, ao mesmo Tempo, conjugadas, na produção de sentido do Direito. A Constituição, a nosso ver, ocuparia um papel de destaque para a existência do sistema normativo transmitindo a todos os seus elementos a força obrigatória e a validade. A Constituição, assim, legítima e permite a atuação do Estado de Direito.

Na atualidade, porém, o grande problema é que essa noção de Tempo e espaço, Kelseniana-Saussureana não pode mais ser aceita sem restrições. Isto porque, está-se

diante da globalização e inseridos em outra forma de sociedade. A concepção de Tempo e espaço de Newton, que se mantinha filosoficamente com 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 a *Teoria da Relatividade* vai destruir a noção de Tempo linear, abrindo lugar para as teorias da indeterminação e da imprevisibilidade. Isto é, não é mais possível contentar-se com a observação do Tempo como lugar do *antes* e do *depois*, o *passado* e o *futuro*. Assim deixa de ter sentido toda epistemologia montada numa racionalidade ligada à idéia de Tempo e espaço newtoniano. Por tudo isto, faz-se encontrar o *ponto de mutação* – como alguns chamam –, pensar um novo Tempo, um Tempo da relatividade. Neste novo Tempo tudo é instantâneo e não existiria mais a concepção de uma separação rígida entre passado, presente e futuro. O Tempo é imediato, o que impede que a Teoria do Direito possa se desenvolver dentro dos padrões normativistas kelsenianos.

3. O TEMPO DE FRANÇOIS OST

Um das melhores observações do Direito do ponto de vista temporal é a de François Ost, para o qual o Tempo e o Direito estão relacionados com a sociedade, pois não existe Tempo fora da história. Cornelius Castoriadis, em sua obra *L'Institution Imaginaire de la Société*, defende exatamente essa tese ao afirmar claramente que não existe Tempo, Direito e sociedade isolados. Ou seja, o Direito é uma instituição imaginária na qual o Tempo constrói e é construído, institui e é instituído. Do ponto de vista dogmático, o Direito é um mecanismo de controle do passado, de garantia do passado; de um ponto de vista crítico, ele pode ser uma promessa ou algo que aponta para o futuro. A teoria constitucional contemporânea se estrutura a partir desta premissa. A constituição nesta linha de idéias é uma importante construção histórico-social dotada da função de institucionalizar as relações de poder por meio do Direito.

A fim de explicitar essa concepção, recorre-se a algumas idéias de François Ost, na obra *Le Temps du Droit* (1989). Para Ost, claramente inspirado em Castoriadis, o Tempo do Direito possuiria três características: a primeira, “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. A segunda que “o Direito tem como função principal contribuir com a institucionalização do social”, ou seja, 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 realizadas pela sociedade tenham duração, sejam assimiladas, institucionalizadas. Isto é, o Direito tem que fazer com que a sociedade exista, haja vista que é ele quem constrói a sociedade. Neste sentido, o Direito é um dos construtores da sociedade, de instituições, ou seja, de decisões, de valores, de experiências, de desejos, de atos, de situações que se deseja a perpetuação, manutenção, institucionalização. Assim, o Direito tem, na realidade, a função de institucionalizar a sociedade. A terceira característica seria que “é preciso uma dialética entre o Tempo como instituição social e o Direito como institucionalização social”.

François Ost, aprofundando a questão, divide as características do Tempo do Direito em quatro momentos: a *memória*, o *perdão*, a *promessa* e o *(re)questionamento*. Deste modo, pode-se estipular os seguintes passos conceituais: 1) **A memória** – o Direito

é a memória da sociedade. Os cartórios, os arquivos, documentos, constituem aquilo que está dentro da memória do Direito. Em outras palavras, só é válida a memória jurídica, pois o Direito tem como função manter, estabilizar a memória. Nesse sentido, o Direito está ligado à idéia de tradição e constrói/mantém a memória da sociedade. Não existe Direito sem passado, sem memória, sem tradição, e vice-versa; 2) **O perdão** – o Direito necessita do perdão, o que não quer dizer simplesmente esquecer, mas implica selecionar o que se vai esquecer. Ou seja, só pode existir Direito em uma sociedade a partir do momento que se inscreve o perdão. Até, ao contrario senso, o Direito só surge ou é possível, quando alguém que tem Direito a alguma coisa, historicamente, - como exemplo a Lei de Talião, o Direito de vingança: olho por olho, dente por dente - aceita que esse Direito seja exercido por um terceiro. Mas o Tempo do perdão é uma seleção de esquecimento, uma vez que perdoar não é esquecer absolutamente tudo. Assim, é importante exaltar o perdão relacionado com a memória, no sentido de esquecimento, uma vez que a memória não é a capacidade de lembrar tudo, mas de selecionar a informação. Uma pessoa que hipoteticamente se lembrasse de tudo não teria Tempo, estaria fora do Tempo, do Espaço. Deve-se esquecer algumas coisas para se poder refletir e entrar no Tempo. Logo, ter memória implica saber lembrar ou selecionar o que 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 que se constitui numa maneira moderna de encaminhar a questão da memória/ esquecimento. 3) **A promessa** – A promessa é uma tentativa de ligar o Direito e a sociedade com o futuro. Trata-se da tentativa de construção do futuro. *O que seria, em nosso caso, o constitucionalismo?* É um conjunto de promessas, é a tentativa de construir uma nova sociedade no futuro. A promessa é extremamente importante na medida em que ela deve romper com a tradição, mas esse rompimento deve se realizar de uma maneira sofisticada, por meio de uma tradução. Para tanto, necessita-se do quarto aspecto da dimensão temporal do Direito, 4) **O questionamento** – o questionamento não significa o rompimento com as promessas porque se assim fosse seria negado o *novo* (futuro), mas o questionamento também não pode ser um rompimento completo com a memória, pois sem ela, sem passado não se escreve história, o que deixaria um espaço vazio. O questionamento, portanto, deve possuir a capacidade de ligar o Tempo e o Direito com a memória, com o perdão e com a promessa.

Desta maneira, entende-se que se trata na dimensão temporal de Ost, principalmente, do questionamento das formas dominantes de produção do Direito, da produção de novos institutos, de novas vivências, de novos valores, os quais, depois se tornarão memória, serão passado. Isso exige a capacidade de **des-institucionalizar** aquilo que foi instituído, ou seja, o Direito tem que ter no questionamento, hodiernamente na globalização, a capacidade de se institucionalizar rapidamente, uma vez que não dispõe mais da comodidade da longa duração para a criação de seus institutos. Em outras palavras, é preciso, uma vez que o sentido seja institucionalizado, admitir a sua **des-institucionalização** para uma **re-institucionalização**. O Direito tem que ter a capacidade de construir, reconstruir e desconstruir o Tempo e a si próprio.

O Direito contemporâneo para continuar sua existência e influenciar de forma decisiva no Tempo social necessita manter a congruência dessas quatro propostas inserindo-as numa velocidade maior, de acordo com a exigência da produção do sentido nas sociedades complexas. Salienta-se que a função básica do Direito é a de criar institutos, institucionalizar determinados valores, mas com a consciência de que em instantes esses valores (para alguns autores franceses como Lipovetski, nós vivemos no império do efêmero) podem mudar. A Constituição tem que ser pensada e vivenciada como um lugar privilegiado para que o Tempo do Direito continue sendo uma instituição dominante na sociedade.

4. MATRIZ PRAGMÁTICO-SISTÊMICA

A forma de sociedade globalizada implica a reconstrução necessária do que é o Direito (e da Constituição), que exige, entre outras dimensões, uma observação diferenciada do Tempo. No entanto, existem muitos caminhos na epistemologia. A contribuição de Ost pode-ser complementada, igualmente, a partir da matriz sistêmica (pragmático-sistêmica) ligada a teoria dos sistemas sociais. A matriz sistêmica aplicada ao Direito tem como autor principal Niklas Luhmann, (*Soziale Systeme*, 1984), ao lado dos trabalhos de autores como Gunther Teubner (*Recht Als Autopoietisches System*, 1989). 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 a noção clássica do Tempo na Física. A matriz sistêmica aceita a idéia de um Tempo construído dentro da Complexidade e do Caos. A teoria dos sistemas é uma teoria originariamente ligada (Talcott Parsons (*The Social System*, 1951)) aos processos de tomada de decisões e este está vinculado à noção de Tempo. Decidir é fazer, é participar do processo de produção do futuro e, 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 e nessa linha de raciocínio, a Constituição pode ser um critério jurídico fundamental para o controle do Tempo.

A teoria dos sistemas sociais de Luhmann é altamente complexa exatamente porque pretende observar uma sociedade igualmente hiper-complexa. Para Luhmann, o sentido possui três dimensões: Material, Social e Temporal. Assim, em sua primeira fase, existe no Direito uma tensão temporal: 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 Luhmanniana 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 e, em assim sendo, o Tempo passa a ser uma redução/construção de complexidade.

Para Jean Clam, a *autopoiese* nada mais é do que uma *sucessão contínua de “impulsos” de uma operação a outras*, nas quais se reúnem, de momento a momento, as construções da realidade que conservam e fazem perdurar o sistema. Assim, este oscila ao longo das operações e gera um tempo. A *temporalização*, como desdobramento da simultaneidade de um grande número e de um emaranhamento extremo de interdependências sobre a sequencialidade, constitui-se numa estratégia de redução da complexidade das comunicações e das decisões do sistema, como um fundamento último que lhes dá consistência. A Constituição, neste sentido, tem como desiderato permitir a efetividade da autoreprodução destas operações.

Deste modo, para Clam o que encerra os sistemas lhes dá sua unidade, identidade e coerência não são os princípios ou as últimas razões, mas unicamente a obra temporal estruturada numa continuidade. O Direito por meio da Constituição, visa estabelecer uma “*condensação*” *estruturante* (Spencer Brown), que é a auto-limitação e a autopoiese. A estabilidade dos sistemas em suas estruturas e na constância de suas invariantes é um “efeito do tempo” (Luhmann). A autopoiese é, assim, essencialmente uma obra do tempo como forma de efetuação recursiva do sistema nas suas operações. O *tempo condensado*, por assim dizer, condensa acontecimentos, *operações* e processos em *estruturas* e em expectativas que guiam à efetuação concreta e operativa da função sistêmica. Para Luhmann, “no lugar das últimas unidades (princípios, razões) aparece o tratamento (*processamento*) de diferenças, e a apriorística da razão deve ser substituída pela questão se e quais estados-próprios do sistema nascem quando este opera recursivamente ao nível de uma observação de observações”.

Os sistemas autopoieticos (Jean Clam) são conjuntos processuais que vivem numa “*continuidade de confirmações generalizantes* e não podem ser de outra forma, uma vez que não dispõem de *um início absoluto*, no qual teriam “escolhido” as distinções fundamentais e decidido desenvolvê-las por elas mesmas. Trata-se, por conseqüência, de substituir o conceito de substância pelo da auto-referência e a hipóstase da razão pela suposição de um exame problemático entre “redundância” e fundamento” (Clam, 2004).

5. O DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO: IMPREVISIBILIDADE, CIRCULARIDADE E PARADOXOS

O Direito mantém uma interdependência com a Sociedade devido ao seu poder de autoprodução que é autônomo em relação a esta. A interação de todos os componentes do sistema jurídico – processos, identidade, estrutura, atos jurídicos, normas jurídicas – para Teubner apresenta uma articulação hipercíclica, possibilitando o seu fechamento operativo exatamente por causa de sua auto-manutenção (auto-referência, auto-organização, auto-produção). A expressão autopoiese, refere-se àqueles sistemas que autoproduzem todos seus componentes elementares. Estes elementos e estruturas sistêmicas surgem por meio de uma cadeia de interações recursivas (destes 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 destes sistemas.¹

¹ LUHMANN, Niklas. *Ecological Communication*. Chicago University Press,:Cambridge. 1989. p. 143

Destarte, internamente a estes sistemas existem outros parciais, os quais vislumbrados por um observador/operador do Direito apresentam interações recursivas e circulares, as quais possibilitam sua auto-produção e manutenção de maneira autônoma. O sistema jurídico, desta forma, atua de maneira normativamente enclausurada, cuja referência das 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 profícuas do Sistema do Direito.

A autopoiese não deve ser confundida com auto-referência, pois esta seria um conceito mais geral e mais abrangente, posto que se refere a todas as formas possíveis de circularidade e recursividade em que uma unidade operacional interage consigo mesma. A autopoiese, a seu turno, é a (a) auto-produção de todos os componentes do sistema; (b) a auto-manutenção dos ciclos de auto-produção (através de uma articulação hipercíclica) e (c) a auto-descrição como regulação da auto-produção.² 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 autopoietico.³ *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, por meio disto, volta a si. A pura auto-referência não toma o desvio do que lhe é externo e 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.”⁴

Com isso, esta nova característica do Direito sugere quatro interpretações apontadas por Teubner⁵. 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

² TEUBNER, Gunther. *op. cit.* p. 34-52.

³ Idem, *ibidem*.

⁴ 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).

⁵ TEUBNER. *op. cit.*

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”⁶ e, assim, a única racionalidade possível é a que consiste numa configuração interna de redução de complexidade do meio, incompatibilizando-se com as noções de “input” e “output”.

A segunda interpretação salienta a relação entre auto-referência e *imprevisibilidade* do Direito. Segundo esta 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. Este, por sua vez, 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*.⁷

A terceira interpretação proposta por Teubner salienta a *circularidade* essencial do Direito. Esta perspectiva parte da constatação de que ao atingir os níveis hierarquicamente superiores há a impossibilidade de seguir, sendo remetido diretamente ao nível hierárquico 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 deste sistema parcial tem por condição de possibilidade a formação de uma estrutura seletiva que, reflexivamente, pretende apreender situações do mundo real⁸ (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 de 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 eficiência tal, na sua própria organização auto-reprodutiva (através da aplicação seletiva de um código binário específico), que autonomizam-se do sistema social geral, formando subsistemas sociais autopoieticos

⁶ LUHMANN, Niklas. “O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito”. *Sequência*. n° 28, Junho, 1994. p. 6

⁷ 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.

⁸ 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 Autopoietico”. *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo. n° 163. 1991, p. 190).

de segundo grau/sistemas parciais⁹, isto é, sistemas parciais de comunicação específica. Cada Sistema Parcial passa a constituir o Sistema Social Geral mediante uma perspectiva própria e com isso 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 denominam-se “*paradoxos da auto-referência*.” A partir destes, 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. Esta interação auto-referencial dos elementos internos (que se dão mediante articulações circulares) acarretam em tautologias que bloqueiam a operação interna. Luhmann explica este 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 destes 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, conclui de forma desparadoxizante: “A não ser: por um observador.”¹⁰ 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 compõe o sistema do Direito – ações, normas, processos, realidade jurídica, estrutura, identificação – constituem-se circularmente, além de vincularem-se 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 auto-produzem, 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 auto-produção de seus elementos e estruturas, o próprio ciclo de auto-produção deve ser capaz de se (re)alimentar. “Esta função de auto-manutenção é obtida através da conexão do primeiro ciclo de auto-produção com um segundo ciclo, que possibilite a produção

⁹ 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.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. “O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito”. *Sequência*. n° 28, junho, 1994. p. 3-4.

cíclica garantindo as condições de sua própria produção (é o chamado hipercíclo).”¹¹

6. GESTÃO TEMPORAL 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 a reduzir a complexidade proveniente da sociedade. Assim, o Direito permite um controle do Tempo das decisões. 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. Isto 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. Esta 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. Esta distinção só pode ser realizada/aplicada por um observador (operador jurídico), concluindo-se pela 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 e, por isso, necessita de uma assimetria (auto-observação), no sentido de desaparecer os paradoxos que constituem a realidade circular do Tempo do Direito. Isto 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, mais estável e apto estará este a uma abertura cognitiva (sensorial). Assim, as informações provenientes do exterior apenas adquirem relevância sistêmica e serão internalizadas por este quando passíveis de adequação à codificação binária, obtendo no Tempo 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.

¹¹ TEUBNER, Gunther. *op. cit.* p. 48-49.

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, da 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 certa estabilidade temporal para o Sistema do Direito. A Teoria do Direito e a Dogmática Jurídica estão comprometidas com a reprodução do sistema jurídico, visando a 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 estes paradoxos, com a finalidade de permitir a tomada de decisões jurídicas em contextos altamente complexos, exige que os Tribunais se localizem 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, por sua vez, também é uma forma de assimetização temporal 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 esta 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.”¹²

Neste sentido, percebe-se a diferença entre a concepção de Tempo normativista de Kelsen e a Autopoiética. 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 apontado acima.

7. ACOPLAMENTO TEMPORAL ENTRE O SISTEMA DO DIREITO E O SEU AMBIENTE: A CONSTITUIÇÃO

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

¹² 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.

expectativas comportamentais normativas. A operacionalidade do sistema é efetuada de maneira normativamente fechada, isto é, não se adapta às possíveis frustrações.

A validade das legislações, por sua vez, depende das decisões que as aplicam de uma forma interpretativa (Jurisprudência) e, esta interação demonstra que a Constituição é um ponto de acoplamento entre o sistema jurídico e o sistema político, estando a legislação na periferia do sistema, enquanto que os Tribunais encontram-se no centro deste. Estas 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 neste 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.¹³

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.”¹⁴ 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. A Constituição assim, adquire a característica de um componente simbólico de produção de sentido.

Dito em outros termos, é também através da Constituição que se estabelece uma função de diferenciação/comunicação entre os sistemas, jurídico e político. Isto em razão de que, embora tais sistemas sociais se apresentem normativamente fechados, a partir de códigos binários específicos (válido/inválido no sistema do direito, ou ter o poder de/ não ter poder de, no sistema político) são, de outra parte, cognoscitivamente abertos às informações (ou perturbações do ambiente externo) advindas de outros sistemas. Tais interações ocorrerão sempre que for necessário desativar os paradoxos auto-referenciais que cada sistema venha a apresentar.

Significa isso que, embora os diferentes sistemas sejam autológicos na sua conformação, por derivarem ou remeterem a sua fundamentação a eles mesmos, não se apresentam, entretanto, como compartimentos estanques, insuscetíveis de eventuais acoplamentos ou troca de informações.

Esse tipo de enfoque sistêmico também tem o mérito de não comprometer uma apropriada concepção de independência, entre os poderes estatais (os quais em verdade

¹³ LUHMANN, Niklas. “A Posição dos Tribunais no Sistema Jurídico”. *Revista AJURIS*. Porto Alegre. nº 49, ano XVII, Julho, 1990. p. 149-168.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. “O Enfoque ...”. p. 5.

são típicas funções, antes que poderes), conforme o prevê a Constituição. Realmente, a noção de independência não pode ser considerada como sinônimo de isolamento sistêmico e sim de observância às atividades precípuas de cada poder, dentro das atribuições de competências previstas na própria Constituição. Somente dessa forma, ambas as expressões – independência e harmonia – podem ser conciliadas em uma mesma diretriz.

É por essa razão que se entende que a clássica teoria da “Separação de Poderes”, idealizada por Aristóteles e, mais tarde, desenvolvida por Locke e finalmente consagrada por Montesquieu, necessita, hoje, de um redimensionamento na sua compreensão na medida em que a versão clássica da tripartição de poderes, interpretada de forma rigorosamente literal e sem um viés sistêmico-funcionalista, resulta incompatível com as atuais configurações político-constitucionais onde cada um dos chamados poderes estatais, além das suas funções precípuas, também desempenham atividades típicas dos outros poderes, tais como ter iniciativa de leis que lhes são próprias ou levar a efeito processos administrativos ou políticos.

A inter-relação entre os campos da Política e do Direito nos atuais contextos institucionais, pode ser visualizada a partir de uma configuração de tais campos como sistemas que, embora fechados na sua lógica de atuação e fundamentação interna, admitem a troca de informações ou dados os quais são processados internamente, quando advindos de outro sistema, a partir dos seus próprios critérios procedimentais e codificação própria.

Tome-se como exemplo disto, tratando dos sistemas Político e do Direito, a permanente exposição do sistema jurídico aos impulsos políticos quando são criadas novas leis, as quais são equacionadas pelo sistema jurídico seguindo as regras da própria legislação, a qual, por sua vez, não tolera tudo o que seria desejável no plano político.

No campo da política, tal sistema pode tolerar mais facilmente as “perturbações” no interior do seu sistema, produzidas sob a forma de decisões judiciais tais como a declaração de inconstitucionalidade de determinada lei (politicamente importante) e mais precisamente, a título de exemplo, os casos de improbidade administrativa ou ainda crimes de responsabilidade fiscal ou política, cujo caráter de interferência e regulação dos âmbitos moral, político e econômico é consideravelmente alta.

Em realidade, e como já se observou, o mecanismo institucional que torna possível o entrecruzamento de esferas tais como a política e jurídica é a própria Constituição por deter um caráter simultaneamente político, moral e jurídico, servindo como interface de acoplamento entre tais sistemas, sem acarretar a perda de legitimidade ou especificidade funcional para nenhum deles.

Com isso, demonstra-se que é a própria práxis jurídica que garante a possibilidade de (auto) observação dos 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.¹⁵ A Constituição torna-se deste modo uma forma de acoplamento para facilitar a práxis jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Tempo que é o Tempo do Direito, desde a perspectiva racional do normativismo, que recorre à hierarquia para equacionar o problema da validade das decisões, adquire uma outra feição na atualidade. Isto sugere a Ost, Luhmann e Teubner, que a função principal do Direito é o controle do Tempo. Porém, desde a assimilação da noção de complexidade e circularidade da sociedade, aparecem dificuldades de se efetivar as decisões devido aos paradoxos do Tempo. Assim, talvez o amanhã não seja o Tempo do Direito.

É preciso que se crie mecanismos efetivos de tomada de decisões para se poder produzir futuro, pois, quando o Direito não controla o Tempo os riscos de ampliação da complexidade se ampliam. Isto acarreta dificuldades para que as decisões jurídicas possam gerir, desparadoxizar, os problemas que se pretende temporalizar por meio de acoplamentos realizados pela Constituição, perdendo-se o poder sobre os processos de des-institucionalização e re-institucionalização da sociedade, o que impede a manutenção da concepção ideal de Direito como instituição social.

Para explicar melhor o problema, pode-se apontar exemplos de crise autopoiética de três setores importantíssimos em nossa sociedade e que foram tradicionalmente institucionalizados pelo Direito: 1) **O 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, voltado a recuperação do delinqüente, tendo em vista o interesse social. No entanto, ao contrário do que poderia se antecipar, o Direito penal, hodiernamente, é caracterizado pela idéia de vingança e de segurança, ou de Direito penal do Inimigo. O Direito penal da globalização está assim completamente des-institucionalizado de suas características tradicionais e seu problema passou a ser explicitamente a segurança da sociedade. 2) **Direito de família** – O que é o Direito de família? A família é uma instituição jurídica, elaborada para uma longa duração, e mesmo espaço. A família tradicional é constituída por um pai, uma mãe, e os filhos, que vivem juntos. Atualmente essa noção de família está completamente alterada e esta instituição isolada não existe mais, pois existem outras possibilidades: famílias baseadas na afetividade, famílias monoparentais, famílias de outros tipos de institucionalização. Qual é o efeito desses eventos no que diz respeito à dogmática jurídica? A novidade é que na família ocorre um rompimento completo com a sua lógica temporal, pois há uma des- institucionalização da idéia tradicional de família. Não é que não existam mais as famílias tradicionais, mas ao lado delas surgem novos tipos de famílias, inclusive com a união estável de homossexuais, entre uma série de possibilidades afetivas que estão surgindo e estão des-institucionalizando a família tradicional e institucionalizando um outro tipo de família. 3) **O Direito do trabalho** – esse terceiro exemplo, é talvez o domínio jurídico onde seja mais difícil a realização dos processos de controle temporal por meio da re-institucionalização. O que é o trabalho hoje? O trabalho sempre foi uma

¹⁵ LUHMANN, Niklas. *Ecological ...* p. 144.

grande instituição, vinculado à relação contratual entre empregado e empregador. 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 a maneira como surgiu o capitalismo.

Estes três exemplos de diferentes manifestações do Direito: o Direito Penal, o Direito de Família e o Direito do Trabalho, que são instituições que foram constituídos historicamente pelo Tempo do Direito para terem duração, explicitam fortes casos de des-institucionalização. Isto ocorre porque as grandes estratégias de Temporalização que o Direito construiu, a Constituição, a legislação e o contrato, e as diversas dogmáticas (penal, família, trabalho, etc.), precisam criar formas de sociedade, que forneçam duração e continuidade, não conseguindo produzir decisões efetivas numa sociedade complexa de dimensão temporal pós-kantiana.

Os processos de des-institucionalização devem ser acompanhados por processos de re-institucionalização, para que se autoreproduza na autopoiese do Tempo do Direito, o código inclusão/exclusão. Em outras palavras, o fechamento operacional do Direito necessita de um novo tipo de re-estruturação cognitivo-temporal, pois 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 (hipercíclo), encara-se uma situação tautológica nas sociedades complexas que 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. O código Conforme/Não conforme implica tautologicamente no que é Direito somente o que a Constituição dizer que é Constitucional. A constituição passa a ser uma garantia autopoietica. No entanto, 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), busque a desaparadoxização destas tautologias causadas pela auto-referência do Direito, no que se denomina observação de segunda ordem.

Em suma, a sociedade está se transformando numa velocidade muito grande, o que força o jurista a adquirir consciência de que só será sujeito da construção do Tempo histórico se tiver a capacidade de decidir, a partir de outra configuração temporal. Para tanto, deve se levar em consideração teorias que enfrentem essa complexidade e os paradoxos e os riscos que começam a surgir a partir daí. Pode-se começar essa tarefa de reconstrução de um Direito efetivo por meio da observação do Tempo.

BIBLIOGRAFIA

- 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 Constituição*. 5 ed., Coimbra: Almedina, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.
- GIDDENS, 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 Côrte-Real, Brasília: UNB, 1980.
- _____. O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito in *Revista Sequência* 28, Florianópolis: 1994, pp.16-29.
- _____. *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 Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SCHWARTZENBERG, 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.