

TEMPO E CONSTITUIÇÃO: O RISCO COMO HORIZONTE DE OBSERVAÇÃO JURÍDICA NA SOCIEDADE POLICONTEXTURAL

TIME AND CONSTITUTION: THE RISK AS A LEGAL OBSERVATION HORIZON IN THE POLICONTEXTURAL SOCIETY

*Paulo Roberto Ramos Alves¹
Fabiola Wust Zibetti²*

Resumo: Na sociedade contemporânea o direito afigura-se como um sistema dotado de alta especificidade funcional. Tal característica permite que o sistema jurídico perceba o mundo de acordo com suas próprias características comunicativas. Nesse contexto, as constituições passam a se caracterizar com um elemento altamente evolutivo do sistema, as quais tornam-se capazes de assimilar o risco próprio de processos decisórios como elemento de permanente reconstrução da estrutura jurídica. O presente texto busca precisamente observar, valendo-se do método sistêmico, as possibilidades construtivas para o direito com base na assimilação constitucional do risco como elemento de complexificação jurídica.

Palavras-chave: Teoria Sistêmica. Constituição. Risco.

Abstract: In contemporary society, law appears as a system with high functional specificity. this characteristic allows the legal system to perceive the world according to its own communicative characteristics. in this context, the constitutions are characterized by a highly evolutionary element of the system, which become capable of assimilating the risk of decision-making processes as an element of permanent reconstruction of the legal structure. The present text seeks precisely to observe, using the systemic method, the constructive possibilities for the law based on the constitutional assimilation of risk as an element of juridical complexification.

Keywords: Systemic Theory; Constitution; Risk.

Sumário: Considerações Iniciais. 1 Teoria Sistêmica e Constituição. 2 Organizações e procedimentos. 3 O risco na forma de observação futura. Considerações Finais. Referências.

¹ Doutor (2015) e Mestre (2009) em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2007). Professor na Universidade de Passo Fundo (UPF) e na Universidade do Oeste de Santa Catarina. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Direito, Sociologia Jurídica, Direito Constitucional e Direito Civil, atuando principalmente em temas relacionados às novas tecnologias, gestão jurídica de risco, construtivismo, responsabilidade civil, pluralismo jurídico, teoria sistêmica e autopoiese. E-mail: pauloalvess@yahoo.com.br.

² Doutora em Direito Internacional, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com Pós-Doutorado pelo Programa da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pelo Centro Ibero-Americano, vinculado ao Instituto de Relações Internacionais da USP. Mestre em Direito, Área de Relações Internacionais, pela UFSC. Especialista em Direito Empresarial pela UFSC. Diplomas em Propriedade Industrial, em Direitos Autorais e em Análise Econômica do Direito, pela Universidade de Buenos Aires. Foi analista de Relações Internacionais da FIESP e Coordenadora de Inovação do Senac - Sistema Fecomércio-RS. Professora Convidada da Universidade de Passo Fundo (UPF) (Brasil), do Instituto de Estudios Internacionales, da Universidad de Chile, e da Universidad Mayor (Chile). Tem experiência nas áreas de direito internacional, comércio internacional, propriedade intelectual e inovação. E-mail: fwzibetti@gmail.com.

Considerações Iniciais

O direito é um fenômeno eminentemente histórico, social e cultural, evoluindo gradativamente no sistema social. Tal fato, entretanto, por muito tempo não foi observado. Frente aos ideais iluministas, cujo predomínio da razão (unitária) era a marca característica, aliado a discursos securitários, o direito sofreu repetidas reconstruções sob a forma de um discurso fechado, culminando-se na hierarquização normativa kelseniana,³ na qual se observava a Constituição como o topo do sistema jurídico.

A Constituição é cotidianamente observada (do ensino à prática jurídica) mediante arranjos lineares escalonados, como o vértice supremo da normatividade, de onde emana todo o suposto fundamento da ordem jurídica vigente. Todavia, a verticalidade do ordenamento jurídico traduz nítidos problemas frente à realidade policontextual e complexa, na qual se insere a sociedade contemporânea. Desse modo, novas formas de observação do fenômeno constitucional são necessárias para que se visualize um direito voltado para o futuro.

O presente ensaio busca analisar tal questão sob o prisma sistêmico-autopoietico. Para tanto, parte-se da análise da Constituição no contexto sistêmico para, após, observar suas relações com organizações existentes no interior dos sistemas sociais. Em seguida, observa-se o risco enquanto produto de decisões para, ao fim, visualizar as eventuais possibilidades da Constituição no âmbito de uma sociedade complexa e diferenciada.

1 Teoria Sistêmica e Constituição

Sob uma observação sistêmica, a visão da Constituição como vértice do ordenamento jurídico cede lugar à consideração desta como uma forma muito específica/evolutiva de comunicação. A Constituição deixa de ser observada como o arcabouço fundamental da normatividade, tampouco como uma declaração de princípios e valores fundamentais. Há, pois, um nítido rompimento epistemológico com a vinculação da Constituição (e do direito) a critérios axiológicos ou morais, ou de sua pretensa fundamentação do sistema jurídico.

A verticalidade hierárquica necessariamente é substituída por uma prática circular e autorreferente. Na perspectiva luhmanniana, a Constituição é observada como um fenômeno comunicativo que se reveste na forma de uma reação à diferenciação entre direito e política. Assim, ela viabiliza a separação entre esses dois sistemas funcionais, promovendo, ao mesmo tempo, a necessária e paradoxal relação entre eles.⁴

A Constituição, assim, pode ser observada como uma resposta evolutiva à diferenciação entre direito e política, apresentando-se como um nítido paradoxo: ela une e separa direito e política, estabelecendo as condições nas quais esses dois sistemas funcionais específicos e autônomos poderão causar perturbações recíprocas.

³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 246 et. seq.

⁴ LUHMANN, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (Org.). *Il futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996. p. 85.

Em outras palavras, a Constituição atua como uma forma específica de acoplamento entre sistema jurídico e sistema político, possibilitando a observação de que a valoração política de operações jurídicas, assim como o valor jurídico de operações políticas são possíveis apenas na referência à Constituição, a qual estabelece, por um lado, os critérios de organização política e, por outro, os critérios de geração do direito.⁵

Juridicamente a Constituição mostra-se como a estrutura normativa que possibilita a autonomia operacional do direito. Isto é, ela *blinda* o direito de um livre ingresso de critérios morais, políticos, valorativos, religiosos, etc no sistema.⁶ Por outro lado, a própria Constituição reaparece no âmbito interno jurídico estruturando suas operações.⁷

De outro modo, observa-se que as legislações têm sua validade determinada pelas decisões que as aplicam interpretativamente⁸, fato esse que demonstra que a Constituição é responsável pelo acoplamento entre direito e política. As decisões judiciais operam necessariamente na forma de uma distinção, o que pode ser demonstrado no paradoxo da obrigatoriedade da prestação jurisdicional: ocorre a vinculação normativa a uma abertura cognitiva ao meio envolvente, estabelecendo-se a abertura por meio do fechamento.⁹

A Constituição torna possível que o direito opere autonomamente, bem como possibilita a independência das operações políticas. Dessa maneira, promove o fechamento do sistema jurídico, regulando-o, todavia, reaparece no âmbito interno do próprio direito estruturando suas operações mediante a bifurcação constitucional/inconstitucional.¹⁰ Assim, os mecanismos constitucionais delimitam os parâmetros para a abertura e fechamento do direito, (auto)delimitando-se como uma forma específica de controle da autopoiese jurídica.¹¹ Por isso,

não se trata aqui de escalões normativos isolados, mas sim de ‘hierarquias entrelaçadas’ [...]. Por um lado, a presença do código ‘constitucional/inconstitucional’, distinguindo-se do código ‘legal/ilegal’ e cortando-lhe transversalmente, atua como impedimento à legislação ilimitada. Por outro lado, a atividade legislativa e a aplicação concreta do direito constitucional condicionam-lhe a validade e o sentido. Disso decorre

⁵ CORSI, Giancarlo. Sociologia da constituição. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Minas Gerais*. Belo Horizonte: UFMG, n. 39, jan./jun. 2001. p. 172-173.

⁶ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 99.

⁷ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 118.

⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 63: “Las ‘teorías del derecho’ que surgen en la práctica jurídica o en la docencia del derecho son, junto con los textos del derecho vigente, la forma en la que el derecho se presenta como resultado de las interpretaciones. En este sentido, las interpretaciones son producto de la autoobservación del sistema jurídico, pero no por ello son teorías de reflexión de la unidad del sistema (del sentido del derecho, de su función, etcétera), como para que de allí se extraigan consecuencias que hagan surgir expectativas.”

⁹ ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 213-214.

¹⁰ DE GIORGI, Direito, democracia e risco p. 119.

¹¹ NEVES, *Entre Têmis e Leviatã*, p. 100-101.

que qualquer intervenção legiferante do sistema político no direito é mediatizada por normas jurídicas.¹²

A hierarquia normativa, dessa maneira, passa a ser observada não mais linearmente, mas sim na forma de hierarquias entrelaçadas, onde há a diferenciação do código constitucional/inconstitucional no âmbito interno do próprio sistema jurídico. Essa diferenciação constitucional/inconstitucional, por sua vez, viabiliza que a operacionalização binária direito/não-direito seja incluída, inclusive, no procedimento legislativo, evitando com isso a arbitrariedade de um poder ilimitado e sem qualquer controle.

Ou seja, o sistema jurídico adquire critérios para que sua codificação (direito/não-direito) possa seja aplicada, inclusive, ao procedimento legislativo. Dessa maneira, a Constituição pode ser observada como um mecanismo reflexivo, onde sua normatividade delimita a capacidade de aprendizado do direito, bem como suas possibilidades (autopoiéticas) de reciclagem sem que, com isso, o sistema jurídico perca sua autonomia funcional.¹³ A Constituição, por isso, controla sem controlar, estabelece os marcos jurídicos porém não determina (ou fundamenta) a operacionalidade do direito.

Isso implica uma série de questões relacionadas à possível fundamentação constitucional do direito. A linearidade de um escalonamento hierarquicamente verticalizado, no qual a Constituição repousasse no Olimpo das normas¹⁴ e de lá emanasse a normatividade do sistema jurídico, oculta uma série de problemas e paradoxos, que resurgem quando viabilizadas novas formas de observação do fenômeno constitucional.

Ao contrário da dogmática jurídica, que busca anular e ocultar os paradoxos, a teoria autopoiética funda-se paradoxalmente (sim/não), buscando utilizar tais paradoxos de forma criativa. Assim, os paradoxos deixam de ser impedimentos para o processo de tomada de decisão mediante construções como o fechamento operacional e a abertura cognitiva. Isso deve ser observado como uma evolução da teoria jurídica, salientando-se a diferença para com a teoria kelseniana onde a noção tradicional de tempo importa no fato de que a validade jurídica apenas é dada pela observância a uma hierarquia normativa, em um escalonamento cuja norma superior válida a inferior.¹⁵

A observação sistêmica da Constituição possibilita que se vislumbre o direito e a política como dois sistemas distintos e funcionalmente específicos. Por isso, o sistema jurídico não requer estruturas hierarquizadas que busquem fundamentar/garantir sua unidade (direito/não-direito) por meio de qualquer instância suprema como a Constituição ou, lembrando Kelsen, de uma eventual norma fundamental.¹⁶ O fundamento do direito é o próprio direito, não cabendo em tal descrição nenhum dado externo.¹⁷

¹² NEVES, *Entre Têmis e Leviatã*, p. 99-100.

¹³ *Ibidem*, p. 100.

¹⁴ Expressão utilizada por WARAT, Luis Alberto. *Os quadrinhos puros do direito*. Florianópolis: Almed, 1997.

¹⁵ ROCHA, *Tempo e constituição*, p. 210-212.

¹⁶ LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, p. 129.

¹⁷ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 6-7.

Cabe referir que a fundamentação do direito pelo próprio direito comporta um inafastável paradoxo, eis que a própria distinção aplicável à unidade do código (direito/não-direito) e, utilizada para legitimar as operações jurídicas, não pode ser aplicada sobre si própria, sob pena do bloqueio no processo de tomada de decisões. Esse problema é alcançado quando se busca o fundamento último do sistema jurídico, onde, em determinado momento haverá a irresistível tendência a considerar como não-direito a aplicação do código direito/não-direito, surgindo assim os chamados paradoxos da autorreferência.¹⁸

Precisamente por isso, os princípios e valores constitucionais não podem ser observados como categorias fundantes da normatividade, ou como premissas da realização de justiça (afinal, direito e justiça não são sinônimos!), mas sim, como balizas decisórias para a própria organização da sociedade. Logo, os princípios e valores são premissas passíveis de operacionalização apenas no âmbito interno dos sistemas funcionais da sociedade, nos quais serão organizados procedimentalmente.¹⁹

Os princípios e valores são (procedimentalmente) delimitados apenas no interior sistêmico-organizacional, não havendo a fixação constitucional de seu âmbito de aplicação ou validade. Com isso, sua relevância é plenamente evidenciada não por uma pretensa validade universal, mas sim pelo fato de que seu valor intrínseco é dado pela indeterminação dos critérios de sua própria violação. Em outras palavras, o reconhecimento dos princípios apenas é possível porque, paradoxalmente, não especifica os critérios de sua aplicação,²⁰ sendo tal tarefa desempenhada pelas organizações.

2 Organizações e procedimentos

Dentre as características delimitadas por Teubner, quando examina a autopoiese específica do sistema jurídico, merece especial atenção, para os fins do presente ensaio, o seu caráter circular e autorreferencial: não há uma hierarquização normativa, não é possível falar em uma verticalidade hierárquica ou, como já mencionado, na Constituição como topo do ordenamento jurídico. O direito é legitimado mediante uma operacionalidade circular e autorreferente, na qual, ao se chegar na Constituição e, sendo impossível ultrapassar essa mesma cadeia normativa, o único caminho possível são seus níveis mais baixos, isto é, normas procedimentais.²¹

Essa circularidade deriva diretamente do silêncio constitucional quanto às suas próprias condições/possibilidades de realização. A Constituição cala quanto à forma de sua realização, limita-se a especificar a estrutura organizacional do Estado (delimitando direito e política), bem como em erigir princípios e valores cujo sentido/conteúdo não é dado por si própria. Dessa maneira, o sentido desses princípios e valores não é dado pela Constituição, mas procedimentalmente.

Os procedimentos podem ser observados como formas de operacionalização comunicativa ocorrida no interior de organizações. As

¹⁸ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 6-7.

¹⁹ CORSI, *Sociologia da constituição*, p. 177-178.

²⁰ CORSI, *Sociologia da constituição*, p. 178-180.

²¹ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 4-6.

organizações dão sentido ao direito (e à sociedade). Não é por acaso que, não obstante comporte ideais de justiça e democracia, bem como se afirme sob uma bandeira valorativa e principiológica, a Constituição encerre premissas básicas para a organização do Estado.

Por sua vez, as organizações são observadas como formas específicas no interior dos sistemas sociais que produzem decisões mediante critérios próprios e específicos. Nesse sentido, a sociedade depende enormemente das organizações: é impossível pensar no sistema econômico sem reportar-se às empresas, na política sem partidos políticos ou no direito sem tribunais.²² São as organizações que dão sentido e operacionalizam a complexidade social, decisoriamente, no âmbito interno dos sistemas funcionais.

Com isso não se quer afirmar que os valores constitucionais cedam seu lugar aos procedimentos, tampouco que as organizações revoguem tais valores mediante suas formas de observação específicas, mas, sim, que esses contextos organizacionais procedimentalmente orientados possuem a capacidade de absorver a complexidade ambiental, sendo que as especificidades de cada caso serão objeto de orientação desde uma perspectiva própria.

Em outras palavras, o direito constrói permanentemente sua realidade no interior de organizações, por meio de procedimentos. Esses procedimentos reagirão às perturbações ambientais de acordo com a especificidade da codificação do sistema, construindo, dessa maneira, a realidade jurídica.

Por isso, os princípios constitucionais adquirem sua importância precisamente no âmbito interno dessas organizações. A Constituição ocupa-se longamente com a criação das condições para o desenvolvimento do direito e de todo o aparato organizacional da sociedade (afinal, o próprio Estado pode ser observado na forma de uma organização), de onde, posteriormente, será atribuído o sentido *fundamental* dos direitos por meio de decisões.

A Constituição, por isso, deve ser vista como uma estrutura evolutiva, que possibilita construções altamente seletivas, viabilizando o deslocamento da observação fundada estritamente no passado para uma observação de futuro, ou, lembrando Ost,²³ traduz a possibilidade de, simultaneamente, construir, destruir e reconstruir o passado normativo, ligando-o dessa maneira ao futuro. Entretanto, essa construção de futuro possibilitada pela Constituição apenas é possível quando operacionalizada no interior das organizações. São os procedimentos que estabelecem os limites às possibilidades oferecidas pela Carta Maior e as condições para seu deslocamento e fixação de novos limites.²⁴

A importância da Constituição resta evidenciada precisamente pela ausência de conteúdo ou de regras próprias para sua realização. Seu conteúdo valorativo repousa, pois, no âmbito procedimental das organizações (no interior de sistemas funcionais), nas quais a Constituição será sempre observada mediante códigos específicos (direito/não-direito, governo/oposição), ainda que a diferença constitucional/inconstitucional esteja sempre presente, orientando as operações jurídicas.

²² CORSI, *Sociologia da constituição*, p. 175-177. Sobre os tribunais vide LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, Ajuris, n. 49, ano XVII, jul., 1990. p. 164.

²³ OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 15.

²⁴ CORSI, *Sociologia da constituição*, p. 179.

Esse fato reveste a Carta Magna de uma estreita vinculação ao futuro, eis que, ao não especificar o conteúdo de princípios ou valores fundamentais, tampouco sua forma de efetividade, viabiliza que o direito, mediante sua autopeise, permanentemente revise suas estruturas e seus pressupostos operativos, estabelecendo-se o *sentido* constitucional procedimentalmente. É precisamente por isso que se torna possível aliar a observação da Constituição à perspectiva do risco enquanto possibilidade de construção de futuro.

3 O risco na forma de observação futura

Sistemicamente, o risco é um produto de decisões. Toda e qualquer decisão, dado seu caráter contingente, é arriscada, ou seja, não é possível avaliar quais serão os resultados futuros por determinada decisão tomada no presente. Dessa maneira, o risco é um evento generalizado da comunicação,²⁵ razão pela qual toda e qualquer decisão necessariamente vincula-se a essa perspectiva.

Há a necessidade de que a sociedade suporte riscos, ao contrário de supostas certezas quanto ao conteúdo das decisões. Nesse passo, os riscos corporificam-se enquanto produto cujo potencial danoso deve ser assimilado pela sociedade. O risco, por isso, deve ser observado como uma forma de distribuição dos *bads* e não dos *goods*.²⁶ Na sociedade complexa e diferenciada não há como se falar em decisões seguras ou em certezas frente às decisões tomadas.

A sociedade contemporânea não mais comporta diferenciações baseadas em segurança, não é possível falar em decisões seguras, desse modo, as decisões arriscadas não mais são indicadas em oposição à pretensa segurança, mas sim em oposição ao perigo.²⁷ Com isso quer se dizer que os ideais modernos de segurança e certezas, até então perseguidos pela sociedade, não mais subsistem. Como acima referido, não mais é possível distinguir risco/segurança, amoldando-se tal forma sob a distinção risco/perigo, na qual, por um lado, delimita possíveis consequências por decisões tomadas e, por outro, fenômenos que independem de decisões, como, por exemplo, desastres naturais.²⁸

Igualmente, a premência do risco na sociedade complexa não pode ser vista apenas como a mera possibilidade de ocorrência de (in)determinado evento danoso. A visão de catástrofe, explorada por Beck,²⁹ cede lugar à observação do risco em um sentido mais amplo, não passível de previsão ou determinação, mas sim como um fenômeno comunicativo que abre um horizonte de possibilidades para a observação do futuro precisamente (e paradoxalmente) pela obscuridade na qual se reveste.

É por isso que, na perspectiva da teoria dos sistemas, a noção de risco toma o lugar de fórmulas de *adaptação*. Não mais se pode falar em adaptação, mas sim em riscos, em incertezas. Sendo a sociedade incerta e arriscada, se estabelece

²⁵ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36

²⁶ DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. *Seqüência*, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 28, jun., 1994. p. 53.

²⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Triana Editores, 1986. p. 65.

²⁸ LUHMANN, *Sociología del riesgo*, p. 75.

²⁹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

igualmente ao direito essa característica, logo, ele não pode garantir decisões seguras se a própria sociedade é (auto)observada como dependente do risco de decisões.³⁰

Por outro lado, o risco não pode ser considerado uma condição existencial humana, tampouco meramente como produto danoso de decisões. O risco é, antes, um evento que traz nítidas possibilidades de estabelecimento de vínculos com o futuro precisamente pelos níveis de incerteza que proporciona, viabilizando, assim, uma “forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade”.³¹

Esse fato traduz uma série de questões e possibilidades para o direito, que passa a ser orientado a partir dessa perspectiva, por isso “el sistema jurídico constituye una imagen que refleja el sistema sociedad: el derecho implica riesgo porque la sociedad misma lo implica” ou, em outras palavras, “el derecho está obligado a observarse y a describirse como algo riesgoso simple y sencillamente porque esto mismo es válido para la sociedad moderna”.³²

Ao direito, enquanto subsistema funcional da sociedade, igualmente não é possível o estabelecimento de critérios de segurança. É justamente esse permanente sentimento de insegurança que viabiliza observações jurídicas sofisticadas. A relevância dessa incessante busca pela determinação de indeterminações está, não em seu sucesso, mas em sua reflexividade. A incerteza, desse modo, mostra-se um evento de extrema valia para o desenvolvimento jurídico e social.

O risco, porém, adquire uma forma específica no interior jurídico, orientada aos interesses e decisões do próprio direito que, necessariamente, passa a observar seu próprio risco, o risco de suas próprias decisões, como forma de observação de futuro e possibilidade de sua (auto)(re)construção. Desde essa perspectiva, tem-se o risco como um evento que permite que o direito (e igualmente a sociedade) possa observar um futuro que, via de regra, não pode ser observado. É precisamente esse paradoxo que viabiliza novas formas de observação específicas e voltadas para o futuro. Assim,

nos sistemas diferenciados da sociedade moderna, o risco é condição estrutural de auto-reprodução; de fato, o fechamento operativo dos sistemas singulares determinados pela estrutura e unidos estreitamente, torna possível o controle do ambiente, ou seja, torna improvável a racionalidade e por isso constringe os sistemas a operar em condições de incerteza. [...] O risco, destarte, é modalidade secularizada de construção de futuro. Já que a perspectiva do risco torna plausíveis pontos de vista diferentes da racionalidade, na condição de que estes sejam capazes de rever os próprios pressupostos operativos e na condição de que haja tempo para efetuar esta revisão.³³

O risco, por ser um evento generalizado, torna possível que se observe o mesmo problema sob aspectos diversos, isto é, viabiliza formas de observação específicas, construídas mediante a racionalidade particular dos sistemas sociais. Por isso, o risco econômico, o risco político, o risco jurídico, etc, possuem formas

³⁰ LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, p. 637.

³¹ DE GIORGI, *O risco na sociedade contemporânea*, p. 52-53.

³² LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, p. 637.

³³ DE GIORGI, *O risco na sociedade contemporânea*, p. 53.

distintas, operacionalizadas de acordo com a lógica própria de cada sistema funcional.

Assim, desde uma perspectiva sociológica, observa-se a construção do futuro jurídico sob dois aspectos: 1) pode-se vislumbrar a Constituição como um mecanismo hábil à delimitação do direito e, concomitantemente, uma forma que promove um imenso horizonte de possibilidades à sociedade contemporânea; 2) a perspectiva do risco, enquanto estratégia sistêmica para prever o imprevisível, afigura-se como uma forma possível de construção de futuro, fazendo com que o direito assimile a incerteza mediante sua própria autopoiese.

O direito contemporâneo não pode permanecer agrilhado a conceitos unitários ou a verdades inequívocas. A forma abertura/fechamento possibilitada pela Constituição, bem como a possibilidade de assimilação jurídica do risco, promovem um evidente acréscimo de possibilidades ao próprio direito que, ao operar autopoieticamente, é capaz de construir mundos de sentido próprio, amoldando-se a uma realidade cada vez mais complexa e distante de discursos totalizantes e universais.

Considerações Finais

A Constituição é uma nítida aquisição evolutiva da sociedade diferenciada. Por seu intermédio os sistemas do direito e da política são permanentemente separados e, porque separados, novamente unidos. A Constituição, dessa forma, opera como uma forma altamente seletiva de acoplamento que, por sua vez, é reinserida e tematizada juridicamente. Logo, ela cria as condições comunicativas para a reprodução do direito e, posteriormente, reingressa no sistema estruturando suas operações.

Essa paradoxal realidade suscita uma necessária revisão na observação tradicional da Constituição como vértice do ordenamento jurídico. Quando se alcança a visão do direito como um sistema comunicativo, a hierarquização normativa cede lugar a uma realidade circularmente orientada, na qual não mais se buscam fundamentos valorativos para o fenômeno jurídico, mas sim observa-se que tal fundamento somente pode ser dado nessa circularidade, sendo impossível a busca por qualquer vínculo fundacional que transcenda o próprio direito.

Ao deixar de prescrever meios para a concretização de direitos ou especificar conteúdos para seus próprios preceitos, atribuindo tal tarefa às organizações, a Constituição traduz-se numa evidente possibilidade de construção de futuro. A incerteza do direito (e da sociedade) viabiliza evidentes possibilidades de evolução jurídica e social. Por isso, uma Constituição com vistas para o futuro, concretizada procedimentalmente, juntamente à observância do risco, traduz um evidente acréscimo de possibilidades para o direito que, ao operar autopoieticamente, torna-se capaz de criar formas de observação para um futuro previamente desconhecido.

Sob tal observação, a Constituição, aliada ao conceito de risco, deve ser vista como um eficaz mecanismo de transformação da sociedade e construção de futuro. Entretanto, talvez seu maior mérito seja, precisamente, possibilitar um direito contingente, autônomo e livre de determinações externas. Justamente a manutenção desse caráter de indeterminação do direito e a sua permanente reconstrução no âmbito organizacional, traduzem um incrível horizonte de

possibilidades para a construção do futuro, eis que, afinal, o sistema jurídico apenas observa porque não pode observar e, apenas por isso, é capaz de observar o inobservável.

Referências

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Minas Gerais**. Belo Horizonte: UFMG, n. 39, jan./jun. 2001. p. 169-189.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

_____. O risco na sociedade contemporânea. **Seqüência**, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 28, jun., 1994. p. 45-54.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

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

_____. **El derecho de la sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (Org.). **Il futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996. p. 83-128.

_____. **Sociología del riesgo**. México: Triana Editores, 1986.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Tempo e constituição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 197-217.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

WARAT, Luis Alberto. **Os quadrinhos puros do direito**. Florianópolis: Almed, 1997.

Recebido em 05 de dezembro de 2017
Aceito em 20 de dezembro de 2017

