

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Pedro Augusto Costa Gontijo

OS TRATADOS INTERNACIONAIS COMUNS E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Belo Horizonte
2018

PEDRO AUGUSTO COSTA GONTIJO

OS TRATADOS INTERNACIONAIS COMUNS E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito

Área de Concentração: Direito e Justiça

Linha de Pesquisa: Direito, Razão e História

Orientadora: Professora Doutora Fabiana de Menezes Soares

Belo Horizonte
2018

G641t Gontijo, Pedro Augusto Costa
Os tratados internacionais comuns e a proteção da confiança /
Pedro Augusto Costa Gontijo. – 2018.

Orientadora: Fabiana de Menezes Soares.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito internacional público – Teses 2. Tratados – Teses
3. Teoria dos sistemas – Teses 4. Garantia (Direito) – Teses I.Título

A dissertação intitulada "OS TRATADOS INTERNACIONAIS COMUNS E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA", elaborada pelo aluno PEDRO AUGUSTO COSTA GONTIJO, matrícula 2016678997, foi avaliada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, tendo sido alcançada a nota APROVADO



Prof.ª Dr.ª Fabiana de Menezes Soares (Orientadora)

Nota: APROVADO
(Para mim e (10))



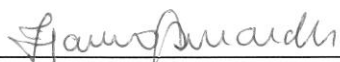
Prof.ª Dr.ª Renata Christiana Vieira Maia (Professora da UFMG)

Nota: APROVADO



Prof. Dr. Roberto Luiz Silva (Professor da UFMG)

Nota: APROVADO



Prof. Dr. Flávio Couto Bernardes (Professor da UFMG)

Nota: APROVADO (10)

Nota: _____

Prof.ª Dr.ª Mônica Sette Lopes (Professora da UFMG - Suplente)

Belo Horizonte, 29 de outubro de 2018

AGRADECIMENTOS

À Professora Fabiana de Menezes Soares, criatura que acreditou em mim desde o início.

Nada do que sou agora seria possível sem a presença desse ser, que além de apoio incondicional, me agraciou com uma amizade indelével e leve, com uma serenidade celeste e com a altivez de quem trabalha arduamente para que a educação não seja privilégio, mas Direito. Minha fonte de inspiração de ontem, hoje e sempre. Minha eterna gratidão.

Ao Professor Flávio Couto Bernardes, que creditou a mim inúmeros desafios, mesmo não tendo experiência. Não tenho como traduzir todos os ganhos que tive ao lado desse outro ser, que me deu esperança quando a luz já se apagava. Muito obrigado!

À Professora Mônica Sette Lopes, que me marcou profundamente com uma arma na minha cabeça, de onde saiam flores: foi nesse momento em que aprendi o que era uma pesquisa científica. Você me acompanhou a todo momento, com sua delicadeza e com sua sagacidade para ver o mundo. Muito obrigado!

Aos meus alunos como estagiário docente durante dois anos e meio na Faculdade de Direito da UFMG, em várias matérias, especialmente para os que ingressaram em 2016, diurno: vocês me motivaram a crescer e a escolher esse caminho. Os guardarei para sempre no meu coração.

Ao Gustavo, que mesmo de longe continua tão próximo, tão presente e tão essencial. Certamente o mundo seria estritamente cinzento sem sua presença. Obrigado!

Aos meus queridos tios Terezinha Gontijo Maia, Naná Gontijo e José de Anchieta Gontijo Maia, que propiciaram meios materiais para que eu chegasse aqui, além do apoio incessante, incontestado e inigualável. Sem vocês não seria quem eu sou, e lhes devo muito. Amo vocês. Obrigado!

Aos meus queridos amigos que agreguei ao longo da vida, que são fragmentos de minha personalidade, do meu caráter e da minha forma de ver o mundo. Em especial, Suzana, Sérgio, Lorena, Marina, Névio, Paulinha, Rafael, Vinícius, Luana, Paola, Arayan, Mariana

Lopes, Érica, Flávio de Castro, Layon, Rosaly, Letícia Aleixo e Marcela. Com todo o amor do mundo, obrigado!

À sociedade brasileira, que me propiciou uma graduação gratuita de excelente qualidade, a feitura do mestrado na mesma instituição, e ainda possibilitou a minha permanência em Belo Horizonte por meio da CAPES. Todo o meu caminho será feito com a convicção de que até meu último dia tenho muito à retribuir a este país.

Aos meus queridos pais, que mesmo com toda dificuldade sempre acreditaram em mim e tiveram orgulho dos meus fracassos e das minhas vitórias. Que o futuro nos recompense de tudo. Amo vocês!

Por fim, à pessoa que me mostrou o que é amor verdadeiro, incondicional, sem fronteiras. Que esteve ao meu lado até seu último suspiro em pensamento. Que formou minha sensibilidade para o mundo, me incentivou a ler, a estudar e a gostar da vida como ela mesma gostava. À minha amada e para sempre vovó Maria Nogueira Maia. Sem você eu não existiria, em nenhum sentido. Obrigado por todo o ensinamento, por sua dignidade, pela sua compaixão pela humanidade. Te amarei para sempre!

RESUMO

Ao tomar o Direito como Direito da Sociedade, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar como a comunicação normativa se apoia na comunicação dos demais sistemas sociais e, para além disso, tem como traço fundamental a *autopoiesis*. Nesse aspecto, os tratados internacionais comuns são identificados como genuíno caso de acoplamento estrutural entre a Política internacional e o Direito internacional. Ao constatar a verificação de uma lacuna constitucional no que diz respeito à hierarquia dos tratados internacionais comuns, propõe-se a fixação de sua hierarquia supralegal com base na função estratégica desempenhada pela Legística no campo da elaboração legislativa e do pensar o sistema do Direito em sua base estrutural e procedimental. Com a fixação dos tratados internacionais comuns como normas de hierarquia supralegal, sugere-se a criação de um sistema de controle paramétrico de supralegalidade, que tem como objetivo conferir lastro à confiança comunicativa dessa espécie convencional e, ao mesmo tempo, resguardar a higidez e segurança jurídica.

Palavras-chave: Teoria dos sistemas. Tratados Internacionais Comuns. Confiança. Controle paramétrico de Supralegalidade. Legística.

ABSTRACT

As we interpret Law as Society Law, the present work aims to demonstrate how the normative communication is upheld by the communication of other social systems and moreover that it is fundamentally autopoietic. In that regard, the common international treaties are deemed genuine case of structural coupling between International Politics and International Law. As one observes a constitutional gap when it comes to the hierarchy of the common international treaties, it is proposed determining its supralegal hierarchy based on the strategic function played by the Legisprudence in the field of the drafting of the laws and of the thinking of the Legal System in its structural base and procedure. With the setting of the common international treaties as norms of supralegal hierarchy, it is suggested the creation of a supralegality parametric control system, whose objective is to confer support to the communicative reliability of this conventional species and at the same time to safeguard the wholesomeness and juridical security.

Key-words: System Theory. Common international treaties. Trust. Supralegality Parametric Control System. Legisprudence. Legistic.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	A TEORIA DOS SISTEMAS E O SISTEMA DO DIREITO	21
2.1	Sistema, Sociedade e Direito	29
2.2	Os sistemas abertos e o subsistema do Direito	43
2.3	O encerramento operativo do sistema jurídico	59
2.4	O direito como sistema autopoietico e auto-organizado: limites de desenvolvimento do Direito Internacional	73
3	DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E DIREITO INTERNO	85
3.1	As teses clássicas e suas insuficiências teóricas: monismo e dualismo	97
3.2	A teoria do observador e a redefinição da relação entre Direito Internacional Público e Direito Interno	110
3.3	A semântica do Direito e o Tempo na teoria do observador	121
3.3.1	O paradoxo do tempo na formação do Direito Interno e do Direito Internacional ...	136
4	OS ACOPLAMENTOS ESTRUTURAIS E A FORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO	146
4.1	O Direito Internacional Público como indutor de acoplamentos entre a Política e o Direito	154
4.2	A vontade dos sujeitos de Direito Internacional e as irritações no sistema do Direito ...	160
4.3	A formação dos Tratados Internacionais e a necessidade de uma leitura estratégica	164
4.3.1	Tratados Internacionais comuns como arena de formação de consensos contingenciais	170
4.3.2	A legística como conversores em matéria de acoplamentos estruturais na conformação dos tratados internacionais comuns	175
4.3.3	O Princípio da coerência como ponto de estabilidade da formação de acoplamentos estruturais no Direito Internacional Público	180
4.3.4	A legística formal como condição para a efetivação da comunicação normativa e da formação de acoplamentos estruturais	186
4.3.5	Comunicação sincera como princípio de efetivação da autopoiese no limite dos acoplamentos estruturais: a efetivação de pontes de transição comunicacional entre Direito Internacional e Política Internacional.....	197
4.4	Comunicação e formação dos tratados internacionais: o condicionamento dos símbolos da Legística Formal sobre a Legística Material	205
4.4.1	Metodologia da Legística material como regra de pronunciamento estratégico da comunicação sincera	207
4.4.2	Modelização causal como ponto de encontro de uma epistemologia simbólica da comunicação sincera: projeção e estratégia para a vinculação internacional	209
4.4.3	Avaliação ex ante: o estabelecimento do ponto de partida das regras do jogo e a formação dos parâmetros de efetivação de reserva aos Tratados Internacionais Comuns	211

4.4.4	Avaliação ex post: a utilização do instrumento da denúncia ou retirada de um tratado na efetivação da comunicação sincera.....	212
5	A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO COMPARADO, NO DIREITO INTERNO E A SUA PROCESSUALÍSTICA.....	214
5.1	Os quatro modelos de integração dos tratados internacionais ao Direito interno.....	215
5.1.1	Constituições omissas quanto à estipulação de hierarquia dos tratados em seu respectivo direito interno.....	217
5.1.2.	Constituições que não outorgam posição hierárquica superior aos tratados internacionais em face de suas respectivas normas infraconstitucionais	219
5.1.3.	As Constituições que preveem a tese da supralegalidade dos tratados internacionais	222
5.1.4	As Constituições que preveem a tese da hierarquia equivalente dos tratados internacionais e suas respectivas constituições.....	227
5.2	A agregação dos Tratados internacionais Comuns no Direito Brasileiro.....	228
5.2.1	A Convenção de Viena de 1969: aspectos deontológicos na formação dos tratados internacionais avençados pela República Federativa do Brasil.....	229
5.2.2.	A processualística interna e normas constitucionais processuais em matéria de tratados internacionais	236
5.2.3	Os tratados internacionais comuns no Direito Positivo brasileiro	249
5.3	Os tratados internacionais de Direito Humanos e a Emenda Constitucional n. 45/2004	254
5.4	O que o estudo da hierarquia demonstra?	259
6	OS TRATADOS INTERNACIONAIS COMUNS E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA	263
6.1	Confiança como fato básico da vida social.....	264
6.2	A confiança e a desconfiança: equivalentes funcionais na conformação de sistemas sociais	267
6.3	A redução da complexidade pela proteção da confiança	270
6.4	A confiança nos acoplamentos estruturais dos tratados internacionais comuns – <i>pacta sunt servanda</i> e <i>bona fides</i>	274
7	CONFIANÇA E PENSAMENTO SISTÊMICO: UM NOVO MODELO PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	279
7.1	A edificação do ordenamento e o dever de coerência – entre a incompletude e o silêncio inconstitucional: casos de conflito entre tratados internacionais comuns e normas de direito interno	282
7.2	O modelo hierárquico supralegal para os tratados internacionais comuns: o encerramento operativo entre Direito Internacional Público e Direito Interno sob a perspectiva do observador....	289
7.3	A sistemática legislativa e sua nova conformação: adaptação da processualística à procedimentalização para a efetivação da autopoiese do Sistema do Direito.....	297
7.3.1	Autopoiese e funcional-estruturalismo: a agregação do Direito Internacional Público ao sistema do Direito brasileiro	300

7.3.2	Conjugação de vontades para a efetividade da processualística em tratados internacionais: modificações de competências e refinamento do código constitucional	306
7.3.3	Ratificação de tratados internacionais comuns: adensamento da legitimidade e estruturação sistêmica	309
7.3.4	A vinculação dos tratados internacionais no tempo e no espaço: vinculação perante a Sociedade Internacional, vinculação interna e ratificação	313
7.4	Controle paramétrico de supralegalidade – A ação direta de parametricidade supralegal (ADPS) e a concretização da confiança.....	315
7.4.1	Fundamentos e limites do Controle Paramétrico de Supralegalidade e a modificação de competências em nível constitucional	321
7.4.2	Processualística do Controle Paramétrico de Supralegalidade por meio da Ação Direta de Parametricidade Supralegal.....	327
8	CONCLUSÃO.....	333
	REFERÊNCIAS.....	340

1 INTRODUÇÃO

As palavras que tomei por tema o dizem: *Semen est verbum Dei*¹. Sabeis, cristãos, a causa por que se faz hoje tão pouco fruto com tantas pregações? É porque as palavras dos pregadores são palavras, mas não são palavras de Deus. Falo do que ordinariamente se ouve. A palavra de Deus (como dizia) é tão poderosa e tão eficaz, que não só na boa terra faz fruto, mas até nas pedras e nos espinhos nasce. Mas se as palavras dos pregadores não são palavras de Deus, que muito que não tenham a eficácia e os efeitos da palavra de Deus? *Ventum seminabant, et turbinem colligent*, diz o Espírito Santo: “Quem semeia ventos, colhe tempestades”. Se os pregadores semeiam vento, se o que se prega é vaidade, se não se prega a palavra de Deus, como não há de a Igreja de Deus colher tormenta em vez de fruto?

As teorias pairam pelo mundo alimentando a razão humana e revelando as limitações e a infinitude do alcance desta. De onde viemos, o que somos e para onde vamos são as primeiras indagações filosóficas que moveram o mundo até onde chegamos, e ainda moverão, eternamente. Contudo, as construções teóricas estabelecem uma relação de grande descompasso com a realidade, na maior parte das vezes. Antes de sabermos de onde viemos, devemos saber onde estamos e como estamos. O pórtico da modernidade, *cogito ergo sum*, nos mostra o que o racionalismo nos propôs: a virada da razão² e a consciência de que o fato de existirmos nos coloca no caminho da construção de nossas vidas, e, como não poderia deixar de ser, das vidas que nos rodeiam³. A idealidade do mundo moderno nos aprofundou em mais uma pergunta que, em certa medida, levou a sociedade ocidental a pensar a ideia de solidão e incerteza no que se refere à vida: aonde vamos?

O desenvolvimento da racionalidade é um *continuum* histórico que a partir do século XIX, com a revolução darwinista, é observado pelo conceito de

¹ A semente é a palavra de Deus.

² Não se adota aqui uma visão que se aproxima de um padrão solipsista para a análise da realidade e da relação consciência-mundo. Trata-se, efetivamente, de indicar a descida da explicação dos fenômenos terrenos de uma visão teológica para uma experimentação do mundo a partir da própria razão.

³ Conquanto a ideia de alteridade não seja ainda aprofundada no início do pensamento moderno, a questão da conformação do indivíduo com a coletividade – o que em certa medida é o estabelecimento de uma relação de alteridade – foi sendo paulatinamente desenvolvida a partir da edificação de projetos teóricos acerca da legitimidade e da existência do Estado, em especial as teorias de base contratualista, tais como as de Hobbes, Locke e Rousseau. Identifica-se, em comum, a ideia de que a razão nos move para um movimento que não necessariamente está fundamentado na vontade divina, mas em alguma medida na percepção da existência de uma racionalidade social, histórica, contingente e que busca o contínuo rearranjo entre liberdade e poder.

evolução. As estruturas básicas que compõem o mundo do ser, tais como os átomos, as moléculas, as células, as diferenciações fáticas entre os inúmeros reinos da vida – já identificados e submetidos ao procedimento taxonômico desde Aristóteles – estão sujeitas ao tempo e, justamente por isso, perpassam por um constante processo de ganho de complexidade estrutural e relacional com o meio em que subsistem, a possibilitar o mundo como se mostra hoje diante de nós. Esse constante processo de absorção do ser do mundo por meio de interligações espontâneas e estruturalmente complexas e em relação ao meio levou a sociedade ocidental a desenvolver um projeto de conhecimento conhecido como ciência, utilizando-se do desenvolvimento racionalista baseado em uma lógica epistemológica. Nesse sentido, conforme Karl Popper, o projeto da ciência, enquanto método de conhecimento do mundo, no que diz respeito à análise lógica do conhecimento científico, não se ocupa em perscrutar o processo de formação de novas ideias por parte do homem – ou seja, não há uma inquietação científica no sentido de descobrir a formação da ideia a partir da interligação psicológica de fatores na consciência, a buscar, por exemplo, a atividade seminal do seu criador –, mas sobretudo estabelecer questões acerca das justificações ou validade de uma teoria a partir do método científico (POPPER, 2010, p. 131-132).

Com base na percepção do nível de complexidade do mundo e das inúmeras manifestações dos fenômenos e da análise destes por meio de teorias de base ontológica, alguns teóricos constataram a necessidade de se realizar um aparato conceitual que, para além da identificação de formas e conceitos que deveriam ser conhecidos e tomados como padrões para o conhecimento da substância das coisas, descrevessem os seres em seus processos propriamente contingenciais e dinâmicos, a partir de conceitos que possuem a pretensão de universalidade⁴.

Essa necessidade deriva da evolução da ciência moderna que com o desenvolvimento de técnicas, conceitos e de novas categorizações foi cada vez mais se especializando, diante de uma crescente aglutinação e soma de dados informacionais, com conseqüente aumento da complexidade dos ramos de estudo das ciências e da estrutura epistemológica destas, ou seja, das estruturas

⁴ Tão somente a pretensão, pois, conforme Luhmann, a teoria dos sistemas não pretende ser a chave teórica para explicar a totalidade e fundamentá-la, mas tão somente servir como uma dentre tantas outras ferramentas para a análise do mundo e das formas de interrelação entre sistema e meio.

teóricas de cada campo (BERTALANFFY, 2015, p. 54). Essas características revelam o processo de atomização e compartimentalização do conhecimento em blocos fechados, que se assentam em inúmeras bases conceituais que na maior parte das vezes não se comunicavam do ponto de vista simbólico, em que pese poder ser constatado, por método comparativo, inúmeros comportamentos e fundamentos que se assemelham no que se refere à abstração teórica das bases de funcionamento dessas inúmeras divisões da realidade⁵.

Diante dessa realidade, inúmeros teóricos passaram a trabalhar com a ideia – já antiga na filosofia e que ganhou um projeto estrutural de maior complexidade com base na evolução do conhecimento, por exemplo, com as análises hegelianas sobre a possibilidade de se aceder o “Absoluto” – de unificação dos saberes produzidos por parte do homem e da observação realizada por este sobre o mundo em um único projeto epistemológico, que teria como teleologia a explicação dos fenômenos em sua dinamicidade estrutural e com base em sua função.

Nesse cenário de inúmeros conhecimentos segmentados, Ludwig von Bertalanffy⁶ aponta para uma questão que sempre se manteve como ponto central das análises filosóficas, qual seja a circularidade do conhecimento. Isso exprime que a forma como se analisa um dado esquema de representação da realidade, um objeto, sofre limitações a partir da maneira como a observação é realizada. O enfrentamento problema se deu de maneira evidente em várias searas do conhecimento, especialmente na biologia e na psicologia. Sob a óptica

⁵ Como destaca Ludwig von Bertalanffy, “examinando a evolução da ciência moderna, encontramos um surpreendente fenômeno. Independentemente uns dos outros, problemas e concepções semelhantes surgiram em campos amplamente diferentes” (*Ibdem*).

⁶ Ludwig von Bertalanffy foi um dos grandes precursores da Teoria Geral dos Sistemas. Atuou como um dos fundadores da “Sociedade de Pesquisa Geral dos Sistemas”. Conforme o teórico, “No primeiro ano (1953) do Centro de Estudos Superiores das Ciências do Comportamento (Palo Alto), encontraram-se Boulding, o biomatemático A. Rapoport, o fisiologista Ralph Gerard e o presente autor. O projeto de uma Sociedade da Teoria Geral dos Sistemas foi realizado na reunião anual da Associação Americana para o Progresso da Ciência em 1954. O nome mais tarde foi mudado para a expressão menos pretensiosa “Sociedade de Pesquisa Geral dos Sistemas”, atualmente filiada à AAAS, cujas reuniões tornaram-se um apêndice bem frequentado das convenções da AAAS. Estabeleceram-se vários grupos locais da Sociedade em vários centros dos Estados Unidos e posteriormente da Europa. O programa original da sociedade não precisou revisão: ‘A sociedade de Pesquisa Geral dos Sistemas foi organizada em 1954 para impulsionar o desenvolvimento dos sistemas teóricos aplicáveis a mais de um dos tradicionais departamentos de conhecimento. Suas principais funções são: (1) investigar a isomorfia de conceitos, leis e modelos em vários campos e promover a transferência útil de um campo para outro; (2) encorajar a criação de modelos teóricos adequados em campos onde atualmente não existem; (3) reduzir ao mínimo a duplicação do esforço teórico em diferentes campos; (4) promover a unidade da ciência mediante a melhoria da comunicação entre os especialistas” (*Ibdem*, p. 35).

da biologia, Bertalanffy apontou para a imprescindibilidade de se estabelecer uma concepção “organísmica” da análise científica, cujo preceito fundamental era a percepção da necessidade de se “estudar não somente partes e processos isoladamente, mas também resolver problemas decisivos encontrados na organização e na ordem que os unifica, resultante da interação dinâmica das partes” (*Ibdem*, p. 55). A isso ocorre que a forma de perceber e estabelecer critérios de funcionalidade das partes é distinto do modo de análise que tenha como ponto de partida o todo no qual a parte está inserida. Há, então, uma relação de complementariedade estrutural e funcional no que se refere à posição do objeto de estudo, seja ele um ponto do sistema (ou subsistema), seja ele tomado como o sistema em sua inteireza.

O grande desafio, então, foi desenvolver uma teoria que definisse com evidência científica o que seria um sistema e, a partir disso, estabelecesse os elementos fundamentais presente em todos os sistemas identificáveis, quer dizer, a busca pelas propriedades gerais dos sistemas. Conforme Bertalanffy, a averiguação dessas propriedades gerais nada mais se traduz do que no “aparecimento de semelhanças estruturais ou isomorfismos em diferentes campos” (*Ibdem*, p. 57). O conceito de *isomorfismo* é a base de identificação e sustentação teórica de uma Teoria Geral dos Sistemas. Isso se dá em vista de determinados princípios poderem ser identificados em certas circunstâncias ou entidades sistêmicas de modo correspondente entre si, sendo que esses mesmos princípios fundamentam o comportamento de diferentes formas de manifestação dos sistemas presentes no mundo da vida.

Contudo, muitos críticos à Teoria Geral dos Sistemas apontaram para o aparente formalismo das conceitualizações, em especial ao conceito de isomorfismo, que para eles nada mais seria que uma analogia atamancada entre diferentes sistemas. Bertalanffy reage a essas críticas demonstrando que a busca por essa teoria geral não se baseia em métodos analógicos vazios de sentido e superficiais. Pelo contrário, as analogias, por si só, seriam de estrita utilidade teórica, sem valor para a fundamentação de uma teoria densa, uma vez que entre diferentes sistemas se pode encontrar, em uma primeira visão, muitas semelhanças e, também, dessemelhanças. Nesse sentido, o núcleo isomórfico da Teoria Geral dos Sistemas ultrapassa a barreira da mera analogia, sendo que o isomorfismo “é uma consequência do fato de, sob certos aspectos, poderem ser aplicadas abstrações correspondentes e modelos conceituais a fenômenos

diferentes” (*Ibidem*, p. 60). A questão, então, se envolve na tentativa de estabelecer um critério a partir da faculdade cognoscitiva do ser humano, ou seja, a análise de aspectos da realidade que podem ser transpostos para o fenômeno linguístico por meio do processo de abstração da realidade, com a finalidade de se criar um conceito. Conceito esse que não está restrito ao objeto de análise, mas que fundamenta a análise do próprio objeto, aflorando circunstâncias, características e pontos que possuem forma estrutural próxima a ideia de uma aproximação equivalente.

Nesse ponto, colhe-se a conveniência de se afastar da Teoria Geral dos Sistemas aqueles raciocínios analógicos que não possuem qualquer significação. De acordo com Bertalanffy, há um real perigo de haver essa confusão, principalmente no que se importa ao discutir características sistêmicas intrínsecas a fenômenos sociais, tais como a consideração do Estado ou da nação como se aparentasse um organismo que pairasse sobre a realidade como um ente superior à realidade social (*Ibidem*). Essa questão é extremamente sensível à teoria dos sistemas em razão de alguns momentos históricos terem demonstrado a efetivação dessa ideia de uma sobreposição da figura do Estado-nação sobre a própria sociedade – o que foi a real experiência totalitária do século XX – a formular o indivíduo como mera célula, sem significância real para a formação e legitimação do próprio Estado.

Essas discussões, conforme será aprofundado nos capítulos seguintes, entram nas bases constitutivas da necessidade de se edificar mecanismos normativos para neutralizar possíveis conflitos em proporções iguais as vistas no breve século XX (conforme Hobsbawn). A partir da ideia de que o Direito se constitui como fato básico da vida social (LUHMANN, 1983, p. 7) e, em alguma medida, da própria existência da comunidade e dos sujeitos de Direito Internacional, é que se demonstra a utilidade de se apostar em uma análise teórica comprometida com a sedimentação de uma conduta – ou cultura, caso se queira aprofundar no aspecto constitutivo do objeto de estudo – de deferência em face dos tratados internacionais comuns. Essa análise teórica, por sua vez, caminha *pari passu* com o desenvolvimento de teorias em vários campos do saber, que por meio de critérios isomórficos podem ser transpostas à realidade do Direito e, por conseguinte, abrir novos caminhos de abordagem.

Debater sobre a formação de uma Teoria Geral dos Sistemas é um desafio epistemológico de grande peso, tendo em vista que deve trazer em si

determinados padrões conceituais e articulação de sentido que se faça suficiente para explicar os objetos sobre os quais se debruça, ou seja, observa. Em uma primeira fundamentação teórica – que para alguns teóricos dos sistemas é inadequada – pode-se adotar o posicionamento de Ludwig von Bertalanffy, para quem

A Teoria Geral dos Sistemas, portanto, é uma ciência geral da “totalidade⁷”, que até agora era considerada um conceito vago, nebuloso e semimetafísico. Em forma elaborada seria uma disciplina lógico-matemática, em si mesma puramente formal, mas aplicável às várias ciências empíricas. Para as ciências que tratam de “todos organizados” teria uma significação semelhante à que tem a teoria das possibilidades para as ciências que se ocupam de “acontecimentos casuais”. Esta também é uma disciplina matemática formal que pode ser aplicada a campos muito diversos, tais como a termodinâmica, a experimentação biológica e médica, genética, estatística de seguros de vida, etc. (*Ibdem*, p. 62-63).

Entretanto, a Teoria Geral dos Sistemas se desenvolveu de maneira difusa, em que pese os empreendimentos feitos por Ludwig von Bertalanffy no âmbito da *Society for General Systems Theory* (Sociedade de Pesquisa Geral dos Sistemas). Teóricos como Niklas Luhmann⁸ defendem a impossibilidade de

⁷ O problema de se considerar a Teoria Geral dos Sistemas como uma ciência geral da totalidade foi significativamente rechaçada por Luhmann tendo em vista as insuficiências teóricas desse posicionamento, tal como o fato de demonstrar a teoria dos sistemas como mero aparato teórico conceitual para análise de quaisquer objetos, a se revelar como um empreendimento meramente formal. Assim, o teórico de Lüneburg evidencia o desenvolvimento de inúmeras concepções de sistemas no senso comum e nas análises teóricas: “De modo geral, pode-se falar de sistema quando se concebe características cujas ausências colocariam em questão o caráter de um objeto como sistema. Às vezes, também a unidade da totalidade de tais características é designada como sistema. Nesses casos, uma teoria geral dos sistemas torna-se, então, subitamente uma teoria do sistema geral. Esse problema se repete em todos os níveis de concretização com as respectivas restrições. A seguir, evitaremos esse uso da linguagem. Não queremos chamar o conceito (ou o modelo) de um sistema novamente de sistema, porque também não estamos dispostos a chamar o conceito (ou o modelo) de um organismo, de uma máquina, de uma sociedade novamente de organismo, máquina, sociedade. Em outras palavras, mesmo mediante os mais elevados estados de abstração de uma teoria, não nos deixaremos levar a comprovar os meios de conhecimento (conceitos, modelos etc.) com a terminologia do objeto – mais especificamente, porque tal decisão não seria capaz de resistir nos domínios concretos de investigação. A afirmação “existem sistemas” significa, portanto, apenas que existem objetos de investigação que apresentam características que justificam o emprego do conceito de sistema; assim como, inversamente, esse conceito serve para abstrair estados de coisas que, sob essa perspectiva, são comparáveis tanto um com o outro quanto com outros tipos de estados de coisas com base na distinção igual/desigual. Tal abstração *conceitual* (que tem como objetivo a teoria) deve ser distinguida da *autoabstração* do objeto (que tem como objetivo a estrutura)” (LUHMANN, 2016a, p. 18).

⁸ Como leciona Niklas Luhmann em uma de suas aulas proferidas no inverno de 1992 em Bielfield, na Alemanha, “não existe propriamente uma teoria geral de sistemas, embora esta tenha sido a intenção, nos anos 1950, da Sociedade para a Teoria Geral dos Sistemas (*Society for General Systems Theorie*). Esta associação buscou aglutinar todas as publicações relativas a esse campo e combinar os diferentes aspectos parciais da teoria, com a finalidade de produzir uma teoria geral dos sistemas. Não se pode dizer que isso não tenha alcançado êxito. Porém, é

se falar em uma Teoria Geral dos Sistemas com pretensão de totalidade, como é o desenho teórico desenvolvido por aquele autor. Assim, Luhmann identifica que com muito mais razão se pode estabelecer que no campo sociológico, ou seja, a análise dos sistemas sociais, não existe até aquele momento em que efetivou seus estudos uma “teoria geral dos sistemas sociais”, tendo em vista as inúmeras discordâncias teóricas entre os vários sociólogos e teóricos dos sistemas, especialmente em razão da existência de uma miríade de especialidades de análise dos sistemas presentes no mundo e das relações sociais por parte dessas matrizes de pensamento (LUHMANN, 2009, P. 60).

Diante dessa breve introdução à Teoria dos Sistemas, que será verticalizada a seguir, observa-se que o fenômeno do Direito também é analisável a partir desses pressupostos teóricos. O principal expoente da construção dessa edificação conceitual é certamente o sociólogo alemão Niklas Luhmann.

Nos capítulos seguintes serão desenvolvidos inúmeros pressupostos conceituais da teoria dos sistemas para o estudo de um dos ramos mais fascinantes do Direito Moderno: o Direito Internacional Público.

Pode-se perguntar: por que mais um trabalho acadêmico na seara do Direito Internacional Público, especialmente para versar sobre Tratados Internacionais? Como o leitor poderá perceber, a intenção do presente estudo tem como base relacionar as condições de manutenção do sistema do direito com um fator elementar da convivência social, que possui o atributo de condicionar a própria conformação das operações do Direito: a confiança. A partir desta ideia, desenvolvida largamente em obra própria por Luhmann, serão estabelecidas as premissas básicas para a formação de um novo marco normativo e estrutural do sistema jurídico brasileiro, que se assente na ideia de que os acoplamentos estruturais que se firmam entre o Direito e os demais sistemas presentes no meio devam se pautar pela garantia da auto-organização do sistema a partir da proteção à autopoiese deste. Essa abordagem se realizará no âmbito do Direito Internacional Público ao se identificar os tratados internacionais comuns como importante acoplamento estrutural firmado entre o Direito e a Política Internacional e que, do ponto de vista de sua estrutura

necessário pontuar, de um lado, os avanços e, de outro, os limites aos quais levou esse desenvolvimento, com o objetivo de poder chegar a formular o que se poderia denominar uma teoria geral dos sistemas de segunda geração: *second order cybernetics*, ou a Teoria dos Sistemas que observam (*observing systems*) (LUHMANN, 2009, p. 59-60).

operacional de natureza comunicativa, vincula conduta dos sujeitos de Direito Internacional Público e aqueles submetidos à ordem jurídica do Estado signatário.

Ao invés de se debruçar somente sobre problemas de caráter político, moral ou ligados à uma epistemologia ontológica do Direito, parte-se do pressuposto que a conformação dos tratados internacionais comuns se dá em uma esfera contingencial de extrema dinamicidade, que deve ser autorizada e aperfeiçoada por meio de mecanismos presentes na própria estrutura do Direito enquanto Direito da sociedade e que façam valer a proteção à confiança, ou seja, a proteção à uma comunicação que tenha como marca a sinceridade em seus fins e em sua estrutura elementar de identificação conceitual. Essa análise somente pode ser feita a partir do projeto teórico encampado pela Teoria dos Sistemas.

A partir desse breve percurso teórico, pode-se finalmente apresentar a concatenação de ideias exposta no presente trabalho. Primeiramente, no Capítulo 2, serão abordados os conceitos essenciais da Teoria dos Sistemas, especialmente a Teoria dos Sistemas Sociais encampada por Niklas Luhmann.

Ao tomar a Teoria dos Sistemas como base argumentativa e epistemológica, sobressai também a questão da insuficiência dos textos clássicos para apresentar a correlação existente entre o Direito interno e o Direito Internacional Público. Para além do debate entre monistas e dualistas, verificar-se-á que unidade do sistema jurídico somente pode ser obtida a partir da ideia de que este é um sistema operacionalmente fechado, cognitivamente aberto e que pode se autorreproduzir e dotar-se de autopoiese na perspectiva de um observador de primeira e de segunda ordem. A análise ganha profundidade ao inserir o sistema do Direito numa análise temporal.

O quarto capítulo desenvolve a tese de que o Direito Internacional Público, em especial os tratados internacionais, se apresenta como verdadeiro acoplamento estrutural entre Política Internacional e Direito Internacional. Nesse perspectiva, será apresentado o processo de formação dos elementos e suas respectivas relações, bem como a estruturação dessas espécies normativas com suporte nos elementos teóricos fornecidos pela Legística.

Para verificar a relevância do presente estudo, serão dadas as conformações gerais, no quinto capítulo, acerca da hierarquia dos tratados internacionais no âmbito do sistema jurídico brasileiro. Para isso, lançar-se-á

mão de análises de Direito Comparado e serão traçados os panoramas normativos para a incorporação e formação dos tratados numa perspectiva do Direito positivo brasileiro e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A base de sustentação do presente trabalho encontra-se descrita no capítulo 6, oportunidade a qual serão desenvolvidos os pressupostos teóricos para o estudo da confiança e a relação desta com os tratados internacionais comuns e com a efetivação de um novo marco hierárquico no sistema brasileiro.

Por fim, o capítulo 7 terá como função desdobrar as análises teóricas em proposições legislativas que visem mitigar o quadro de elevada entalpia do sistema jurídico brasileiro, especialmente em razão da constatação de omissão inconstitucional imprópria. Para garantir a correta aplicação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, será proposta, para além da modificações no que tange à hierarquia, a formulação de um controle concentrado nos âmbitos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Superior do Trabalho denominado Controle Concentrado de Supralegalidade, cuja manifestação processual será dada por meio da Ação Direta de Parametricidade Supralegal. Por esse caminho, traz-se uma contribuição para o estabelecimento de uma processualização da confiança no nível dos Tribunais locais, de modo a sedimentar a cultura de deferência aos tratados internacionais comuns na prática jurídica do país.

O presente trabalho abre-se como norte para a sedimentação, na academia, de uma cultura de deferência em face dos tratados internacionais comuns, que nada mais são que os instrumentos normativo-políticos responsáveis pela criação de novos parâmetros comunicacionais em nível de sociedade internacional. Esses novos parâmetros somente podem ser adensados a partir da ideia de força normativa dos tratados internacionais, e a respectiva vontade de Direito Internacional, parafraseando Konrad Hesse.

2 A TEORIA DOS SISTEMAS E O SISTEMA DO DIREITO

A teoria dos sistemas é marcada por um forte senso de transdisciplinidade⁹ advindo, principalmente, da identificação de isomorfismos entre diferentes manifestações dos seres do mundo. Nesse sentido, se propõe a explicar como é possível que a estrutura de conhecimento e operações de um dado sistema se mantenham e se reproduzam com alto grau de complexidade a partir do momento em que diminuem a complexidade em relação ao seu entorno. Diante disso, tem-se Niklas Luhmann como o principal teórico dos sistemas na vertente da análise social, que por meio de uma densa rede de conceitos estabeleceu as premissas de análise dos sistemas presentes no mundo, mais detidamente à sociedade, a partir de uma perspectiva que, de alguma forma, já aparecia na história da filosofia e da sociologia de maneira pulverizada, sem a devida concatenação lógico-conceitual que uma Teoria dos Sistemas necessita para ser fundada e fundamentada.

Em primeiro lugar, Luhmann estabelece que “a teoria que descreve como algo produz seus próprios limites em relação ao seu ambiente é, atualmente, a teoria dos sistemas” (2016, p. 20). Nesse ponto, a teoria dos sistemas se pauta pela conceituação do próprio sistema, que na visão do referido autor nada mais é que “a *diferença* resultante da *diferença* entre sistema e meio” (2009, P. 81). Como se observa, para Luhmann um sistema é identificado a partir de uma duplicação do conceito de diferença, e isso só é possível graças à incorporação da teoria do observador em sua construção.

Em segundo lugar, como será detidamente analisado nesse capítulo e nos tópicos 3.3 e 3.4 do presente trabalho, Luhmann parte do pressuposto que os sistemas possuem auto-observação, o que ele denomina de observação de primeira ordem, que estabelece uma diferença em relação ao meio graças ao seu mecanismo básico de manifestação no mundo, qual seja a operação. Essa operação, que possibilita a identificação da diferença entre o sistema e o meio, por sua vez, deve ser observada em um outro plano para que se visualize o fechamento do sistema – que não é dado por um princípio último ou por uma metateoria, mas pela simples averiguação da diferença e a constatação do encerramento operativo do sistema. Nesse ponto, conforme o teórico, “na

⁹ Luhmann considera como uma elaboração teórica interdisciplinar (LUHMANN, 2016, p. 19).

sociologia, a Teoria dos Sistemas toma como ponto de partida um princípio de diferenciação: o sistema não é meramente uma unidade, mas uma diferença” (2009, p. 101). Diante dessa especificação conceitual, Luhmann parte para a teoria da observação desenvolvida por Humberto Maturana, que constata “que tudo o que é dito é um observador quem diz” (2016, p. 20).

Um terceiro ponto a ser ressaltado é que a diferenciação sistêmica e o conceito de sistema que observa a si mesmo opera teleologicamente à construção de uma “epistemologia construtivista” de caráter genérico. Desse modo, funda-se uma teoria do conhecimento que tem como base a investigação de todos os sistemas que “estabeleçam observações autoproduzidas a fim de regular sua relação com o ambiente”, ou seja, não se restringe à observação e estruturação teórica acerca de sistemas meramente cognitivos (2016, p. 21), mas vai além para captar inúmeras construções presentes, por exemplo, nos sistemas sociais, tais como a arte, a economia, o direito, a política, a religião e a própria sociedade em seus inúmeros subsistemas. A partir dessas percepções extremamente amplas, tem-se que a Teoria dos Sistemas abarca uma gama indistinta de situações “policontexturais¹⁰”, especialmente no que toca à formulação geral acerca de uma teoria da sociedade.

¹⁰ O aspecto policontextural das teorias da sociedade, em verdade, carrega em si as inúmeras fraturas causadas por uma vertiginosa diferenciação sistêmica evidenciada na transição entre os sistemas político, econômico, sociais, científicos e religiosos definidores da Idade Média para as estruturas encetadas pela Idade Moderna, potencializado com o discurso contemporâneo característico da “pós-modernidade”. Do ponto de vista econômico-social a história demonstra o paulatino crescimento dos burgos e dos principados citadinos europeus que tinham como base comunicativa uma nova camada social: a burguesia primeva. Essa nova conformidade social toma a dianteira do processo de complexificação da economia a partir do aumento gradual da dinamicidade econômica e a formação de mercados de troca calcados na monetarização desse sistema – o que foi especialmente possibilitado pela edificação do Estado Absolutista e sua pretensão de homogeneização dos sistemas métricos e de trocas econômicas. Por sua vez, em referência à dinâmica social, pode-se observar que a modernidade enfrentou um paulatino processo de diferenciação entre a ordem política e familiar e o aspecto psicológico do sujeito, especialmente no que diz respeito à figura do amor. Pensa-se no fenômeno do romantismo, que surgiu e predominou durante todo o século XIX, como uma forma de reação aos problemas da modernidade, em especial à desfiguração do sujeito enquanto *consciência de si*. A sociedade aristocrática do antigo regime, assentadas sob a relação de suserania e vassalagem, tinha como preceito a continuidade de seus privilégios por meio dos entrelaçamentos de sangue entre a própria ordem aristocrática. Nesse ponto, os casamentos arranjados serviam como forma de manutenção de uma estrutura social e, ao mesmo tempo, colocava o sujeito e seus sentimentos à margem da sua autoidentificação e da fruição de sua liberdade para a manutenção de aparências. A complexidade desse tipo de estrutura social foi, em alguma medida, criticada com enorme elegância e profundidade na obra de William Shakespeare (séculos XVI e XVII), especialmente em sua obra “Romeu e Julieta”. Todas essas transformações da modernidade, como a fratura estabelecida na Reforma Protestante, a Guerra dos Trinta Anos e tantos outros eventos, acabaram por dotar os sistemas sociais de uma gama de possibilidades cada vez maior, ou seja, de complexidade em relação ao meio. É a partir de questões como essas que se fala no aspecto policontextural ou multicêntrico da sociedade moderna e, com muito mais intensidade, contemporânea. Tendo em vista esse cenário, Marcelo

O quarto e último ponto que se coloca na especificação de uma teoria dos sistemas é a questão dos níveis de observação que se pode realizar em relação à análise do Direito. Parte-se, então de duas possibilidades, quais sejam a observação externa e a observação interna do Direito¹¹. A observação externa é própria à sociologia do direito, que identifica, de alguma maneira, o Direito como sistema auto-observante, dotado de autonomia operacional e que se interpenetra com os sistemas sociais sobre os quais ele exerce uma função normalizadora. O sociológico, conforme Luhmann, é “atrelado unicamente por

Neves, com fundamento em Luhmann, Lefort e Marx, analisa que “o incremento da complexidade social levou ao impasse da formação social diferenciada hierarquicamente da pré-modernidade, fazendo emergir a pretensão crescente de autonomia das esferas de comunicação, em termos de sistemas diferenciados funcionalmente na sociedade moderna. Há não só um desintrincamento de lei, poder e saber, nem apenas a obtenção da liberdade religiosa e econômica pelo homem, mas um amplo processo de diferenciação sistêmico-funcional. Mediante esse processo, a sociedade torna-se “multicêntrica” ou “policontextual”. Isso significa, em primeiro lugar, que a diferença entre sistema e ambiente desenvolve-se em diversos âmbitos de comunicação, de tal maneira que se afirmam distintas pretensões contrapostas de autonomia sistêmica. E, em segundo lugar, na medida em que toda diferença se torna “centro do mundo”, a policontextualidade implica uma pluralidade de autodescrições da sociedade, levando à formação de diversas racionalidades parciais conflitantes. Falta, então, uma diferença última, suprema, que possa impor-se contra todas as outras diferenças. Ou seja, não há um centro da sociedade que possa ter uma posição privilegiada para sua observação e descrição; não há um sistema ou mecanismo social a partir do qual todos os outros possam ser compreendidos” (NEVES, 2009, p. 24).

¹¹ Herbert L. A. Hart, em sua obra “O conceito de Direito” já evidenciava a presença de um aspecto interno e externo acerca do fenômeno normativo emanado pelo Direito. Ao enfrentar as insuficiências das teorias positivistas pretéritas, especialmente em relação à teoria de Austin, quais sejam a incerteza, o caráter estático e a ineficiência, o filósofo inglês propôs o exame do ordenamento jurídico a partir da ideia de uma “estrutura resultante da combinação de normas primárias de obrigação com as normas secundárias de reconhecimento, modificação e julgamento” (HART, 2009, p. 127). Tomando por base essas distinções, o autor constata que a presença dessa estrutura dá maior clareza para se encontrar o cerne de um sistema jurídico, além de essa diferença estabelecida revelar-se como “poderoso instrumento” para o estudo de problemas teóricos de grande relevância. Por esse caminho, refere-se sobre a diferença entre o ponto de vista interno e externo do direito, argumentando que “a maior parte das obscuridades e das distorções sobre os conceitos jurídicos e políticos resulta do fato de que estes se referem essencialmente ao que chamamos de ponto de vista interno: não a visão daqueles que apenas registram e predizem o comportamento de acordo com as normas, mas a daqueles que utilizam as normas como padrão para a avaliação da conduta alheia e da sua própria” (*Ibidem*). Em relação ao ganho de complexidade a contar da inserção das normas secundárias ao conceito de direito, especificamente no que diz respeito à regra de reconhecimento, Hart elucida a diferença entre o aspecto interno e externo no seguinte exemplo: “A expressão natural desse ponto de vista não é ‘A lei diz que...’, mas ‘Na Inglaterra, reconhece-se como lei [...] tudo o que o Parlamento promulga por delegação da Coroa...’. Chamaremos à primeira dessas formas de expressão *enunciado interno*, porque manifesta o ponto de vista interno e é naturalmente usado por alguém que, aceitando a norma de reconhecimento sem explicitar o fato de que é aceita, aplica a norma para reconhecer como válida alguma outra norma específica do sistema. Denominaremos *enunciado externo* a segunda forma de expressão, por ser uma linguagem típica de um observador externo ao sistema, que, sem aceitar ele próprio sua norma de reconhecimento, enuncia o fato que outros a aceitam” (*Ibidem*, p. 132). Sob o enfoque da teoria dos sistemas a noção do ponto de vista interno e externo sofre sensíveis modificações em relação à teoria de Hart considerando-se a incorporação da teoria do observador, cuja distinção se dá nos níveis de primeira e segunda ordem, e o afastamento de uma posição epistemológica de caráter ontológico.

seu próprio sistema, que dele pode exigir, por exemplo, ‘investigações empíricas’” (2016, p. 21). O sociólogo atua como um observador, ou seja, como um sistema que possui operações próprias de observação autorreferencial e heterorreferencial, ou seja, que comunica. Isso quer dizer que o observador é um sistema, e a observação é a operação com a qual ele constata a diferença entre o sistema e o meio (Luhmann, 2009, p. 154 s.).

Por outro lado, a teoria dos sistemas quando aborda o direito da sociedade constata que o jurista realiza uma observação propriamente interna ao Direito, ou seja, ele observa seu próprio sistema por meio do qual realiza operações normatizadoras. O jurista estabelece uma autodescrição do sistema do direito, e elabora uma distinção em relação aos objetos que se projetam no meio (*outputs*), segundo a ideia de encerramento operativo do sistema que é possibilitada por uma operação comunicacional. Baseado na diferença, o jurista pode identificar aquilo que pertence ou não ao sistema, podendo estabelecer as respostas adequadas a cada uma das informações que são contrastadas ao sistema.

É dentro desse arranjo teórico de grande complexidade que se pode identificar a posição do Direito como fenômeno social e que se constitui como subsistema dos sistemas sociais (LUHMANN, 2016, p. 44-45). Não se pode falar, por esse argumento, na segmentação que muitos autores estabelecem entre ‘Direito e Sociedade’, a pensar que possa existir, em alguma instância, um Direito sem sociedade (LUHMANN, 2016, p. 22-23).

O desafio presente reside no estabelecimento da demarcação epistemológica e metodológica de realização de um trabalho que versa sobre a observação de um sistema, enquanto estrutura, que não possui uma resposta normativa categórica para a questão da hierarquia de tratados internacionais comuns em seu ordenamento. Nesse espectro, o marco teórico da sociologia do direito “dirige-se à ciência e não ao sistema jurídico” (LUHMANN, 2016, p. 41). Essa questão é central a partir da ideia de que o posicionamento aqui tomado tem início na constatação empírica da inexistência de regra explícita no ordenamento acerca do ponto em que os tratados internacionais comuns estão alocados no sistema jurídico brasileiro. Não é uma discussão acerca de teoria do direito ou de filosofia do direito propriamente dita porquanto a averiguação empírica parte da pré-compreensão de que o ordenamento jurídico local tem como matriz teórica o sistema romano-germânico, ou seja, o sistema do direito

escrito, “civil law”. Uma teoria do direito ou uma filosofia do Direito se preocuparia em dizer quais os padrões para a integração do Direito em caso de uma omissão dessa espécie, a partir de critérios ontognosiológicos ou axiológicos. Numa abordagem sociológica pautada pela teoria dos sistemas, a questão é saber quais os efeitos proeminentes dessa omissão – em relação à uma análise científica – sobre os códigos comunicacionais do sistema nos níveis intrassistêmicos e extrassistêmicos, e de seus acoplamentos, a contar da presunção de que um ordenamento assentado sob as bases do direito escrito tem como parâmetro nuclear o primado da lei¹², ou seja, codificação funcional estabilizadora de expectativas.

Por essa aplicação teórica, aborda-se o Direito como uma estrutura que opera a partir de uma relação circular com sua própria operação comunicacional. Essa operação abrange ações de mediação, de informação e de compreensão dos fenômenos sociais e jurídicos. A estrutura¹³ é uma espécie de moldura de comunicação multidimensional mediante a qual o fenômeno jurídico pode

¹² Nos dizeres de Niklas Luhmann, pode-se referenciar que sob a abordagem da separação das análises empreendidas em um nível de teoria dos sistemas aplicados aos sistemas sociais, e em específico ao Direito, “tem-se ainda outra versão desse traçar de limites diante de uma teoria do direito, que podemos referir como “amistosa ao direito”, quando determinamos que a distinção entre normas e fatos é uma distinção interna ao sistema do direito. Por meio da elaboração dessa distinção, a teoria do direito se integra ao sistema jurídico e é subsumida por ele. Para a ciência, essa distinção – na condição de distinção! – não tem relevância. Em outras palavras: quando aqui se fala em distinção entre normas e fatos, o discurso é formulado como um fato, pois no sistema jurídico, por motivos que bem se pode compreender, utiliza-se essa distinção. O sistema da ciência tem a ver com fatos e distingue fatos de conceitos, assim como distingue heterorreferência de autorreferência. Exatamente por isso ele é, no final das contas, de pouca importância para indicar o caráter não normativo dos conceitos e enunciados aqui” (2016, p. 44). A questão será aprofundada a partir da abordagem dos processos de codificação e programação do Direito.

¹³ A evidenciação do conceito de estrutura é importante para frisar o aspecto funcional do direito e demonstrar a correlação entre complexidade e contingência e seus efeitos sobre as expectativas cognitivas e normativas suscitadas pelo Direito – a depender do ângulo de análise do observador. No âmbito do desenvolvimento da teoria estruturalista, que tem como expoente Claude Lévi-Strauss, propunha-se que as estruturas seriam um “instrumento para o conhecimento do sistema: quando se pretende saber em qual situação o sistema se encontra, pergunta-se pelas estruturas” (LUHMANN, 2009, p. 332). Em seu aspecto geral, no início da teoria dos sistemas, a identificação das estruturas era vista como uma espécie de propriedade inerente ao sistema, ou seja, a ideia de uma “constância relativa” (LUHMANN, 1983, P. 53). Ainda assim, essa ideia torna-se insuficiente para o nível de aprofundamento necessário em relação às interações comunicacionais dos sistemas sociais. As estruturas possibilitam a presença de uma dupla seletividade do sistema, em vista que primeiramente tornam mais limitadas as possibilidades de opções para serem escolhidas, o que reduz a complexidade e intensifica um “efeito aliviante” no processo comunicacional. Em segundo lugar, observa-se que “na medida em que a seleção é aplicada sobre ela mesma, a estrutura a duplica, potenciando-a. O melhor exemplo disso é a linguagem que, através da sua estrutura, ou seja, da seleção prévia de um ‘código’ dos significados possíveis, permite a escolha rápida, fluente e coerente da verbalização correspondente” (LUHMANN, 1983, p. 54). A par da ideia de estrutura, identifica-se também o conceito de processo, de matriz parsoniana, que será devidamente abordado no desenvolver da argumentação.

conformar suas operações, é o ponto de partida essencial para a existência das próprias comunicações. Conforme Luhmann, “entre a estrutura e a operação existe uma relação circular, de modo que estruturas só podem ser construídas e variadas por operações, que, por sua vez, são especificadas pelas estruturas” (2016, p. 48-49). A estrutura possibilita a segurança contra variações incontroladas do sistema, de maneira a manter a tendência de sintropia deste, a mitigar os fatores que se inclinam a potencializar os níveis de entropia do sistema.

Sob esse aspecto de uma teoria dos sistemas aplicada pela sociologia do direito sobre o direito da sociedade, acentua-se que os enunciados realizados no presente estudo se embasam na existência de conceitos referenciados empiricamente, na maior medida possível, a desenvolver conceitos que nada mais são que “estados de coisas observáveis” (2016, p. 41), inclusive com base numa perspectiva de Direito Comparado. Isso denota que ao tomar por fundamento um recorte epistemológico da teoria dos sistemas, deve-se ter como ponto de partida a diferenciação, já apontada, entre a abstração conceitual oferecida por esse aparato teórico – ou seja, que possibilita erigir uma teoria dos sistemas, em especial, dos sistemas sociais, tendo o Direito como subsistema autopoiético e autônomo – e a autoabstração do objeto que é feita a partir de um movimento reflexivo de auto-observação entre a partir da dupla diferença constituinte do fenômeno sistêmico – ou seja, nessa parte aborda-se a estrutura propriamente dita do sistema, com seus elementos, suas operações e a sua unidade.

As estruturas, a partir de um viés sociológico, devem sempre levar em consideração o aspecto do desapontamento (LUHMANN, 1983, p. 55), ou, do ponto de vista específico que se desenvolverá nesse trabalho, o aspecto da desconfiança como elemento constitutivo da possibilidade de fechamento operativo o que lhe permite a abertura sistêmica, uma vez que constitui-se como o equivalente funcional da confiança na ação do sistema (LUHMANN, 2005, p. 123-124) . *Pari passu* a essa visão, as estruturas também desempenham a função de garantia de expectativas em relação à “capacidade de conexão das operações tanto da vivência como da ação; ou expectativas generalizadas do que deve ser comum, mas que não são subjetivas” (LUHMANN, 2009, p. 114-115), ou seja, a visão autopoiética do sistema jurídico, a ter como fundamento a

sua capacidade de auto-organização, leva à construção da unidade a partir da dupla diferença¹⁴.

Derivado do raciocínio preliminarmente apontado, é necessário indicar que nos limites desse trabalho a função do ordenamento jurídico é explicitada a partir do conceito de expectativas tomado como “uma antecipação futura de sentido, que possa ser utilizada tanto pelos sistemas psíquicos, como pelos sociais” (LUHMANN, 2009, p. 115). A expectativa realizada pelo sistema jurídico é sempre contingencial, em razão mesmo da positivação do sistema e da sua estruturação a partir de um código que se pretende como invariável e incondicional, e por um programa, que é intrinsecamente mutável (LUHMANN, 2016, p. 258). Diante disso, Luhmann coloca que “a função de ordenamento do direito conserva sua peculiaridade pela importância de saber o que justificadamente se pode esperar dos outros (e de si mesmo); ou, (...), com quais expectativas não se cairá no ridículo” (LUHMANN, 2016, p. 202).

Na presença de todas as argumentações expostas, o estudo dos tratados internacionais comuns e conseqüente a necessidade de um tratamento especial de sua alocação no ordenamento jurídico brasileiro têm como pressuposto a

¹⁴ Como será posteriormente aprofundado, a teoria autopoietica do direito de Luhmann foi objeto de críticas teóricas a partir de uma compreensão empírica de observação, em que pese o sociólogo de Lüneburg estabelecer que a conceitualização deve ter, em alguma medida, uma verificação empírica, como indicado acima. Marcelo Neves enfrentou essa questão ao abordar que “a determinação autopoietica do direito prevalece na maior parte da sociedade moderna (mundial)” (NEVES, 2011, p. 140). Karl-Heinz LADEUR também empreendeu poderosas críticas à concepção luhmanniana de autopoiese do sistema jurídico, tendo em vista a sua visão de que os discursos jurídicos são baseados em uma pluralidade intrínseca à noção de pós-modernidade. Conforme este teórico, citado por Marcelo Neves: “Ladeur argumenta no sentido da pluralidade do discurso jurídico, criticando o conceito de direito como generalização congruente de expectativas normativas, porque tal conceito estaria associado a uma concepção instrumental da linguagem como “sistema de signos” e, portanto, não tomaria em consideração a heterogeneidade e descontinuidade histórica dos “jogos de linguagem”. Disso resulta que não se fala em consenso (suposto), mas sim de compatibilização do dissenso. A autopoiese é flexibilizada, na medida em que o plano da virtualização de estrutura e função possibilita a formação de redes entre os diversos sistemas sociais, o que exige “uma cultura jurídica da incerteza”. Ladeur sustenta a pluralização em vez da unidade do direito, assim como o caráter constitutivo da *desordem* para a “ponderação” [*Abwägung*] como paradigma jurídico. Mas mantém o conceito de autopoiese. Esta é interpretada pluralisticamente, pressupondo a “crescente heterogeneidade e diferenciação situativa das arenas do agir social e administrativo” e exigindo aplicação situativo-tópica do direito (“ponderação”); não é negada: a reprodução autopoietica realizar-se-ia nos termos de uma “lógica local” para a dogmática. Apenas haveria uma pluralização da autopoiese” (NEVES, 2011, P. 142-143). Parece que a crítica de Ladeur encontra uma certa incompreensão em relação à teoria autopoietica proposta por Luhmann, que estabelece como ponto de partida a ideia de que a unidade encontrada na diferença é marcada pela contingencialidade (LUHMANN, 2009, p.169), em uma análise centrada sobre os conceitos de operação e observação. Sustentar a pluralização em vez da unidade do direito não é novidade para a teoria dos sistemas, tendo em vista que ela centra sua análise em uma unidade operacional do sistema, e não necessariamente numa unidade axiológica ou material dos conteúdos das comunicações desempenhadas pelas operações sistêmicas.

ideia de garantia de estabilidade do sistema, seja por meio afirmação de seu código frente a situações de alopoiese e, conseqüentemente, aumento da entropia sistêmica, seja a partir da ideia de garantia de uma programação que tenha por finalidade resguardar a confiança, a expectativa em um âmbito de dupla contingência. Isso significa que a teoria dos sistemas é entendida a partir de sua função integradora de diversos códigos presentes nos sistemas presentes no ambiente, a partir da diferença estabelecida entre sistema e meio. Essa verificação empírica permite a abstração de inúmeros conceitos a partir de uma correlação intrínseca e que tem como ponto de partida a averiguação de um “princípio unificador”, qual seja, a constatação de que “encontramos organização em todos os níveis” (BERTALANFFY, 2015, p. 76).

Como será defendido no “Capítulo 3” do presente estudo, a análise do Direito Internacional Público, a partir de sua manifestação mais duradoura e consistente – os tratados internacionais – não pode se dar a partir de uma perspectiva calcada unicamente em aspectos ontológicos que acabam por criar a situação de segmentação entre Direito Interno e Direito Internacional, como se fossem sistemas de comunicação apartados entre si e apenas se desenvolvendo e relacionando de modo interseccionado. Pelo contrário, é pela identificação do código comum a ambos os mecanismos de manifestação jurídica – o que só é possibilitado pela Teoria dos Sistemas – é que se encontra a unidade do direito enquanto função estabilizante de expectativas, incluindo em sua essência a própria contrafactividade. Nesse ponto reside a utilidade de se delimitar uma nova conformação programática ao ordenamento jurídico brasileiro, tomando por conta a relevância de confirmação da operação sistêmica própria ao direito, bem como pela corroboração de seu código, o que garante a autonomia do sistema autopoiético em face de possíveis atividades de caráter alopoiético que advêm de outros sistemas, principalmente diante do subsistema de Direito Internacional Público.

Passa-se a analisar os principais conceitos formuladores de uma teoria dos sistemas aplicada ao direito, para então se debruçar sobre os problemas intrínsecos a uma abordagem do Direito Internacional Público pela perspectiva de hierarquização dos tratados internacionais comuns no sistema do direito brasileiro.

2.1 Sistema, Sociedade e Direito

As reflexões seguintes partem do princípio de que existem sistemas. Portanto, elas não começam com uma dúvida epistemológica. Elas também não defendem a posição retraída de uma “relevância meramente analítica” da Teoria dos Sistemas. E, principalmente, deve-se evitar a estreita interpretação da Teoria dos Sistemas como um simples método de análise da realidade. É claro que não se deve confundir enunciados com seus próprios objetos; deve-se estar consciente de que enunciados são apenas enunciados e enunciados científicos apenas enunciados científicos. Mas, pelo menos no caso da Teoria dos Sistemas, eles se referem ao mundo Real. O conceito de sistema designa, portanto, algo que realmente é um sistema e, com isso, assume a responsabilidade de comprovar seus enunciados com a realidade (LUHMANN, 2016a, p. 29).

A imbricação entre Direito e Sociedade é um dos grandes temas de estudo das ciências humanas. A partir da introdução do paradigma Teoria dos Sistemas junto às ciências sociais, especialmente à sociologia, necessitou-se delimitar com precisão o lugar que o Direito ocupa na sociedade. Contudo, em uma sociedade moderna hipercomplexa e policontextual, a forma de se descrever o Direito da sociedade somente pode se dar mediante um aparato teórico tão complexo quanto a própria sociedade com a qual o Direito se relaciona.

A Teoria do Direito tradicional normalmente identificou o sistema jurídico a partir da diferenciação entre o todo e suas partes. Nesse ponto, é comum se assumir a ideia da existência de um ordenamento jurídico que é formado por inúmeras fontes, sendo as principais a Lei e a Jurisprudência. Para se chegar à unidade desses sistemas, era habitual a recorrência a uma fundamentação metajurídica, tendo por base o jusnaturalismo – de natureza teológica ou racional -, o realismo jurídico e o positivismo jurídico, como suas principais correntes.

O jusnaturalismo de matriz teológica, que teve como seus representantes mais notáveis Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino, tomava por regra que “o direito natural é parte da ordem eterna do universo originado em Deus e acessível à razão humana” (NINO, 2010, p. 32). Nesse ponto, as partes somente teriam validade se correspondessem, em última instância, à vontade suprema de Deus¹⁵, ou seja, com os princípios fundantes das bases religiosas que vigiam na Europa Medieval e pré-renascentista.

¹⁵ Aliás, John Kelly cita o importante teólogo e filósofo neoplatônico Orígenes (185 a 254 d.C), que de modo extremamente simples acentuou a necessária remissão do direito positivo às leis divinas, dizendo que a lei da natureza nada mais é que a lei de Deus, que foi escrita no coração dos homens, e que se afluía como “a força da razão”. Assim, Kelly descreve que “o aspecto mais importante do Direito Natural era, obviamente, sua relação teórica com o direito

Por outro lado, o jusnaturalismo de matriz racionalista surge a partir de um processo histórico de complexificação das tessituras sociais e do lento e contínuo curso de dessacralização do mundo por meio de teorias filosóficas não teológicas, ou seja, que visualizavam o Estado como um instrumento de poder erigido pela razão humana, e não necessariamente como desígnio de Deus. Sua origem pode ser encontrada no movimento Iluminista europeu, que tinha como princípio a descida da fundamentação e da conceitualização do mundo da ordem divina para a ordem racional. O movimento racionalista¹⁶, cujos principais expoentes no campo da teoria do direito são Espinosa, Pufendorf, Wolff e Kant, partia da ideia de que a ordem jurídica positiva, o Estado e a sociedade encontravam seu fundamento último não na ordem divina, mas num plano de ação humana derivado essencialmente da razão. Nesse ponto, predominantemente, tem-se a busca por uma valoração moral do Direito a partir de padrões de conduta que são obtidos por meio de categorias da racionalidade.

No outro lado da forma tem-se o desenvolvimento das teorias positivistas. Conforme Carlos Santiago Nino, é muito trabalhoso identificar e caracterizar um uníssono na concepção positivista do direito. Há uma acentuada divergência entre os inúmeros autores que se estabelecem sob a roupagem positivista, sendo colocados no mesmo campo teórico jusfilósofos da importância de Hans Kelsen e Alf Ross, bem como Bentham, Austin, Bobbio e Hart (NINO, 2010, P. 34-37). Todos possuem alguns traços característicos em suas formulações teóricas, tal como a identificação do direito posto como fonte válida do direito estatal, contudo se separam em relação aos seus pontos de partida teóricos e, até mesmo, em relação às consequências de suas posições.

positivo dos homens; e Orígenes afirmou que as leis do Estado seriam inválidas se fossem contrárias ao direito natural” (KELLY, 2010, p. 134). Em outro momento, já na Baixa Idade Média, São Tomás de Aquino erige uma importante obra a respeito do Estado, do Poder Soberano e das Leis, onde estabelece que haveria uma ligação direta entre a lei humana e a lei divina por meio da razão. Nesse sentido, “a lei humana tem a qualidade de lei somente na medida em que é conforme à reta razão e, por intermédio desta, é manifesto que deriva da lei eterna. Na medida em que se desvia da razão, é chamada uma lei injusta e tem a qualidade não de lei, mas de violência” (AQUINO, *apud* KELLY, 2010, p. 178).

¹⁶ Há que se citar também, no campo do Direito, em especial para o Direito Internacional, a concepção de direito natural de Verdross, de natureza eminentemente racionalista. Esse jusfilósofo considera o direito como “uma mera técnica para a realização de quaisquer objetivos que os homens possam desejar, em outras palavras, um meio de organizar o poder político” (VERDROSS, *apud*, KELLY, 2010, p. 292). Nesse mesmo caminho, Kelly cita Baruch Espinosa, para que “toda coisa natural recebe somente da natureza aquele direito que lhe dá a capacidade de existir e funcionar... Por direito natural entendo as leis ou regras da natureza de acordo com as quais todas as coisas acontecem, isto é, o que é naturalmente possível... Nada, pela lei da natureza, é absolutamente proibido, a menos que seja fisicamente impossível” (ESPINOSA, *apud* KELLY, 2010, p. 293).

Ainda, por fim, tem-se a corrente denominada realismo jurídico – cujos principais representantes são Holmes, Llewellyn, Frank, Olivercrona e Illum –, que remonta a tradição dos países erigidos sob o sistema da *common law* e se enveredam por uma concepção do direito cuja indicação vai no sentido de alimentar “uma atitude cética perante as normas jurídicas” (NINO, 2010, P. 50). Nesse espaço, abre-se uma crítica para o caráter indeterminado das normas jurídicas a partir de uma análise linguística, tomando por pressuposto que por mais que o legislador tente ser preciso em suas formulações genéricas e abstratas, em última instância o fenômeno jurídico somente será devidamente aflorado com base em uma atitude de aplicação dos tribunais, segundo parâmetros sedimentados nos precedentes. Nessa lógica, alguns teóricos dessa corrente defendem a tese de que a função de uma ciência do direito seria trazer uma previsão para aquilo que os juízes deverão decidir, o que em verdade seria muito mais conveniente do que tentar cerrar o fenômeno jurídico por meio de normas¹⁷.

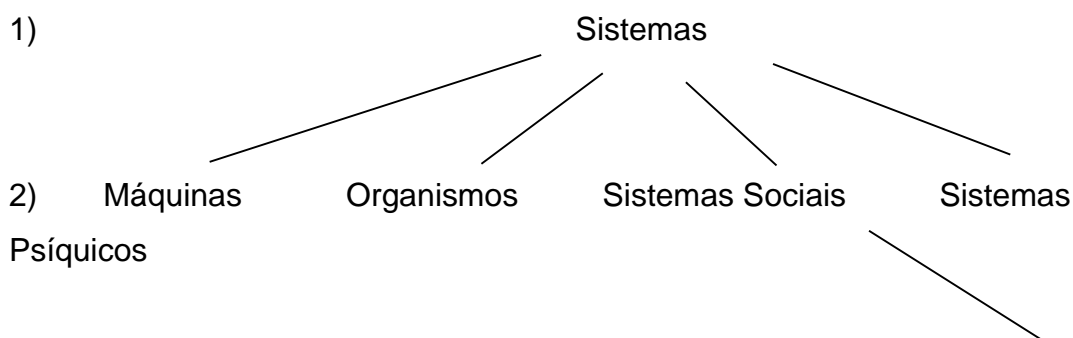
Todas essas correntes teóricas acabam por se revelar insuficientes sobre a real apreensão do fenômeno jurídico a partir da ideia de sistemas. Centram-se, basicamente, sobre a questão de identificação de um objeto básico para modelar a funcionalidade do ordenamento – correntemente a “norma” jurídica – e abordam a relação atomística dessa com o seu todo, a partir de uma visão restrita e de natureza ontológica. Isso quer dizer que a visão sistêmica tradicional tinha limitações epistemológicas de grande envergadura ao se enveredar para a assunção de conceitos gerais que permeariam os sistemas jurídicos em sua operacionalidade fundamental. A lógica “parte” e “todo”, reinante também em inúmeros movimentos hermenêutico-filosóficos, reproduz uma limitação cognitiva de apreensão de um fenômeno que tem uma complexidade muito mais aguçada a partir de uma lógica científica.

Nesse sentido, o primeiro grande teórico a propor, perante as ciências gerais, um novo mecanismo de análise dos sistemas para além da visão “parte” e “todo” foi Ludwig von Bertalanffy (LUHMANN, 2016a, p. 22-23). Para o

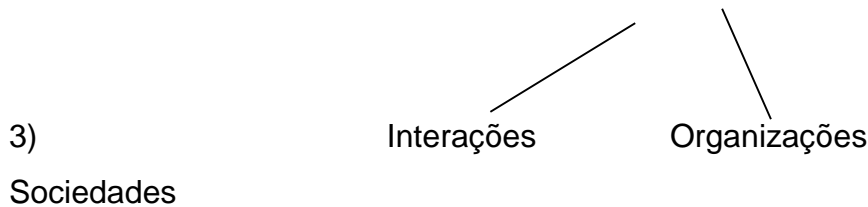
¹⁷ Como elucida Carlos Santiago Nino, citando Llewellyn, “é famosa a seguinte frase de Llewellyn (The Bramble Bush): ‘As regras são importantes à medida que nos ajudam a prever o que os juízes farão. Essa é toda sua importância, além de serem brinquedos vistosos.’ Por que ele diz ‘prever o que os juízes farão’? A resposta é que o realismo, em termos gerais, coloca justamente as previsões sobre a atividade dos juízes no lugar das inconvenientes normas jurídicas” (2010, P. 52).

desenvolvimento de uma “Teoria Geral dos Sistemas” a primeira abordagem dada pelo autor foi a revisão desse paradigma para o estabelecimento do objeto de análise da teoria dos sistemas como sendo a diferença entre “sistema” e “ambiente”¹⁸. Fundamentado nisso, partiu-se para o desenvolvimento de uma relação direta entre a Teoria Organicista, a termodinâmica e a Teoria da Evolução. Conforme Luhmann, essa teoria geral dos sistemas proposta por Bertalanffy assentava-se numa estrita diferenciação entre sistemas abertos e fechados – que serão devidamente estudados no próximo tópico – sendo, a título de introdução, os sistemas fechados definidos como o caso extremo do tipo de sistema para o qual o ambiente não desempenha qualquer relevância em suas operações, ou somente é comunicável a partir de “canais especiais” (LUHMANN, 2016a, p. 23).

Da óptica da teoria dos sistemas sociais, adota-se como objeto de estudo os sistemas abertos, ou seja, aqueles que se constituem e se operacionalizam em contato direto com o ambiente circundante. A teoria dos sistemas aplicada à análise dos sistemas sociais revela um tortuoso caminho teórico que, de forma geral, pode ser representado e distinguido a partir de três níveis de análise, conforme Niklas Luhmann (2016a, p. 17):



¹⁸ Não obstante essa evolução teórica tenha como seu principal mentor Ludwig von Bertalanffy, pode-se dizer que foi com Niklas Luhmann que a ideia do sistema como a diferença entre a diferença entre sistema e meio foi mais proficuamente desenvolvida. Bertalanffy, em seus estudos, tinha uma maior preocupação em desenvolver uma teoria geral dos sistemas como uma teoria da “totalidade”, focando sua análise muito mais no aspecto *organísmico* dos sistemas – tendo em vista sua formação em ciências da natureza – do que num aspecto estrutural-funcionalista. Ao criticar a ideia primeva da distinção de sistema como a interação entre “parte” e “todo”, Bertalanffy coloca que: “Igualmente a biologia, na concepção mecanicista, considerava que sua meta consistia na resolução dos fenômenos vitais em entidades atômicas e processos parciais. O organismo vivo resolvia-se em células, suas atividades em processos fisiológicos e finalmente físico-químicos, o comportamento reduzia-se a reflexos incondicionados e condicionados, o substrato da hereditariedade resolvia-se em genes com o caráter de partículas, e assim por diante. Contrariamente a este modo de ver, a concepção organísmica é básica na biologia moderna. É necessário estudar não somente partes e processos isoladamente, mas também resolver os decisivos problemas encontrados na organização e na ordem que os unifica, resultante da interação dinâmica das partes, tornando o comportamento das partes diferente quando estudado isoladamente e quando tratado no todo” (BERTALANFFY, 2015, p. 55).



Consoante o esquema apresentado por Luhmann, tem-se que a realidade emana inúmeros objetos de investigação cujas características se remetem a conformação de um sistema. Nesse ponto, o meio é composto por sistemas que, em alguma medida, se entrecruzam, interagem entre si e que transmitem informações. A partir de uma perspectiva dos sistemas sociais, importa a pesquisa da organização humana a partir de suas interações recíprocas, que se dão mediante mecanismos comunicacionais específicos¹⁹ que se formatam diante de situações de dissenso; especial relevo tem também a pesquisa acerca das organizações presentes nos sistemas sociais, tomando por ponto de partida a existência de estruturas sociais com diferenciações funcionais específicas; em outra medida, o objeto de estudo dos sistemas sociais se volta para as próprias sociedades enquanto plataformas de vivência humana com operacionalidades típicas perante à teoria dos sistemas sociais.

Na perspectiva aqui enfrentada, importa saber a relação entre a teoria dos sistemas, a sociedade e o direito. A sociedade deve ser vista como um ambiente social que possibilita a autoprodução do direito e que, além disso, dá apoio para o direito produzido no bojo dessa sociedade (LUHMANN, 2016, p. 40). Em que pese ser um sistema autônomo, autopoietico e com capacidade de autoprodução, o direito se remete diretamente à sociedade sobre a qual garante a possibilidade de concretização de expectativas em um ambiente de altíssima complexidade, sendo concebido como um subsistema do sistema social (2016, p. 44). Para apreender a relação existente entre direito e sociedade, é conveniente ressaltar a demarcação feita por Luhmann:

¹⁹ Essa noção, conforme Luhmann, vai para além da mera interação psicológico-social entre os agentes a partir de um interacionismo simbólico, tendo em vista que os sistemas sociais se mostram extremamente complexos, não sendo de forma alguma reduzidos nem aos indivíduos e nem às interações; nesse caso sociedade e interação são tipos diversos de sistemas sociais. A partir disso, tem-se que “o fato de sistemas sociais não serem sistemas de interação e não poderem ser concebidos mesmo simplesmente como soma dos sistemas de interação existentes é um dos lados dessa tese: que sistemas de interação sempre pressupõem sociedade, que eles não podem nem começar nem terminar sem a sociedade, mas, contudo, não são sistemas sociais, é o outro lado” (2016a, p. 460-461).

Por um lado, a sociedade é o ambiente de seu sistema do direito; por outro, todas as operações do sistema do direito são também operações na sociedade e, portanto, operações da sociedade. O sistema jurídico compreende a sociedade, uma vez que ele se diferencia nela. Em outras palavras, com suas próprias operações (que ao mesmo tempo são operações da sociedade), ele dispõe um corte na própria sociedade, e só por meio desse corte surge nessa sociedade um ambiente de direito interno a ela, e em consequência disso pode-se perguntar de que modo a influência desse ambiente se exerce sobre o direito sem que isso concorra para que o direito e sociedade não mais se diferenciem (2016, p. 45).

A partir de uma análise da sociedade, constata-se que “a sociedade é hoje inequivocamente sociedade mundial – inequivocamente, em todo caso, quando se coloca à base da compreensão o conceito sugerido do sistema social” (LUHMANN, 2016a, p. 488). O processo de complexificação das sociedades foi extremamente potencializado com o fenômeno da globalização²⁰ na era da tecnologia e do aperfeiçoamento da cibernética. Essa complexificação tem como resultado prático, entre outros inúmeros, uma quebra das fronteiras estatais, especialmente pelas economias de mercado, o que leva em conta uma maior miscigenação de culturas, a ultra-exposição dos sujeitos, a precarização da vivência humana, a redução da noção do espaço e tempo e o surgimento de inúmeros conflitos de interesse, especialmente em razão de novos atores globais que pululam no cenário internacional.

Esse grau de complexidade acabou por aprofundar de modo insuperável e amplo o abismo existente entre as interações sociais e a própria sociedade, o que acaba elevando o grau de abstração de uma teoria dos sistemas sociais (LUHMANN, 2016a, p. 488). A unidade operacional básica da sociedade é a comunicação, ou, nas palavras de Luhmann, “tudo o que é comunicação é

²⁰ Ao tratar da globalização, como um dos principais críticos da academia brasileira, o destacado trabalho de Milton Santos deve ser citado. Em sua obra “Por uma outra globalização”, o geógrafo brasileiro estabelece os traços da complexidade social instalada em uma sociedade mundial erigida sob o fenômeno da globalização. “Vivemos num mundo confuso e confusamente percebido. Haveria nisto um paradoxo pedindo uma explicação? De um lado, é abusivamente mencionado o extraordinário progresso das ciências e das técnicas, das quais um dos frutos são os novos materiais artificiais que autorizam a precisão e a intencionalidade. De outro lado, há, também, referência obrigatória à aceleração contemporânea e todas as vertigens que cria, a começar pela própria velocidade. Todos esses, porém, são dados de um mundo físico fabricado pelo homem, cuja utilização, aliás, permite que o mundo se torne esse mundo confuso e confusamente percebido. Explicações mecanicistas são, todavia, insuficientes. É a maneira como, sobre essa base material, se produz a história humana que é a verdadeira responsável pela criação da torre de babel em que vive nossa era globalizada. Quando tudo permite imaginar que se tornou possível a criação de um mundo veraz, o que é imposto aos espíritos é um mundo de fabulações, que se aproveita do alargamento de todos os contextos (M. Santos, *A natureza do espaço*, 1996) para consagrar um discurso único. Seus fundamentos são a informação e o seu império, e se põem a serviço do império do dinheiro, fundado este na economização e na monetarização da vida social e da vida pessoal (SANTOS, 2011, p. 17-18).

sociedade” (LUHMANN 2016a, p. 463). É a comunicação que possibilita a unidade por meio da diferença instaurada pelo próprio sistema. No conjunto de todas as relações sociais, inúmeros códigos são usados, seja pelo direito, pela economia, pela política, pela família, pela cotidianidade, pelos meios de comunicação, enfim, tudo o que participa na unidade social comunica algo. O processamento dessa comunicação na sociedade hodierna se perfaz de forma hipercomplexa, o que conduz à necessidade de uma elevada diferenciação funcional dos sistemas sociais²¹ (NEVES, 2012, p. 11-18). A dissonância comunicativa produzida nesse abismo de interações sociais leva à procura por caminhos que conduzam à previsibilidade, em que pese este ser um ideal inalcançável, mas sempre almejado em face de um rearranjo comunicacional que tenha novos parâmetros harmônicos.

Por sua vez, uma análise da sociedade empreendida pelo espectro do Direito Internacional Público deve desembocar, necessariamente, para um enfoque relativo ao conceito de sociedade internacional²² como mecanismo

²¹ Nesse caso, partindo das análises elaboradas por Luhmann, Marcelo Neves nos traz um pot-pourri com grande concisão e precisão para elucidar, introdutoriamente, o conceito de complexidade aplicada aos sistemas sociais: “Com pretensão de um modelo explicativo mais abrangente a respeito da emergência da sociedade moderna, Luhmann utiliza, em primeiro lugar, o critério da complexidade, entendida como presença permanente de mais possibilidades (alternativas) do que as que são suscetíveis de ser realizadas. Não desconhece que, no processo da evolução, construções altamente complexas sejam destruídas ou mesmo substituídas por “simplificações superiores”; antes salienta que “a tese de um incremento contínuo da complexidade no curso da evolução é insustentável”; mas afirma que a evolução implica em “testes da complexidade” e a formação de “sistemas mais complexos ao lado de outros menos complexos”, definindo “a crescente complexidade da sociedade” como “motor da evolução”. De acordo com esse modelo, a sociedade moderna distingue-se pela sua alta complexidade. “considerando o número, a diversidade e a interdependência de ações possíveis”, assim enfatiza Luhmann, “a sociedade moderna é supercomplexa – muito mais complexa do que qualquer uma das formações sociais mais antigas, limitadas regionalmente” (NEVES, 2012, p. 15).

²² A doutrina internacionalista tem como premissa que o termo sociedade internacional se adequa mais ao fenômeno do direito internacional do que a expressão “comunidade internacional”. Segundo Dihn, Daillier e Pellet, “objectou-se que a extrema heterogeneidade dos Estados espalhados pelo mundo é incompatível com a existência de uma comunidade internacional considerada como comunidade universal. As diferenças de raça, de cultura, de civilização separam os povos, em vez de os unir. Hoje como ontem, os conflitos ideológicos ou meramente políticos entre os Estados persistem enquanto factores de divisão. O desequilíbrio crescente dos níveis de desenvolvimento alarga o fosso entre os países e países pobres. (...) Um vínculo comunitário só poderia nascer de relações entre Estados que apresentassem analogias suficientemente profundas para favorecerem a eclosão deste elemento subjetivo necessário. Quanto à comunidade universal dos Estados, ela continuaria a ser uma pura utopia (DIHN, DAILLER, PELLET, 1999, p. 32). Ainda nesse ponto, os autores apontam para o fato de que a diferença entre “comunidade” e “sociedade” tem como base as teorias desenvolvidas no âmbito da sociologia alemã, que distinguia o vínculo comunitário a partir da ideia de um ‘sentimento’ de parentesco, amizade ou irmandade entre pessoas e grupos. De outro lado, o conceito de vínculo social – ou societário – adviria de uma premente necessidade de troca dos agentes, ou seja, se coloca na perspectiva dos interesses em jogo. Essa distinção é um importante elemento para analisar a evolução da complexificação da sociedade moderna, especialmente da sociedade internacional, e como se chegou ao seu atual estágio policontextual

conceitual de complementação da abordagem feita pela teoria dos sistemas que, a bem da verdade, leva mais em consideração os aspectos comunicacionais erigidos a partir de uma leitura relacionada aos inúmeros tipos de sociedades existentes em nosso planeta, geralmente encerrado em países que possuem, na maior medida possível, uma certa homogeneização de códigos comunicacionais e, evidentemente, culturais.

A partir de premissas sociológicas diferentes das estudadas no âmbito da teoria geral dos sistemas, mas com igual valor informativo, Celso D. Albuquerque de Mello diz ser o direito uma manifestação intrínseca da vida social. “A cada sociedade corresponde um determinado sistema jurídico”, o que reflete a conformação do Direito Internacional Público aos ditames e aos vieses comunicativos existentes na própria sociedade internacional. Para esse internacionalista, a sociedade internacional é “o meio onde surge o ordenamento jurídico internacional” (MELLO, 2004, p. 51), tomando por base o pensamento de Schindler, para quem “uma regra de direito determinada e um ambiente sociológico determinado caminham juntos” (SCHINDLER, *apud* MELLO, 2004, p. 68). Em uma definição geral, o referido teórico finaliza:

Em conclusão, podemos afirmar que existe uma sociedade internacional porque existem relações contínuas entre as diversas coletividades, que são formadas por homens e apresentam como característica a sociabilidade, que também se manifesta no mundo internacional. A sociabilidade não existe apenas dentro das fronteiras de um Estado, mas ultrapassa tais limites (*Ibidem*, 2004, p. 56).

Por outro lado, Pierre-Marie Dupuy conceitua sociedade internacional como um elemento intrinsecamente constituído e possibilitado pelo Direito Internacional Público, ou seja, este consiste em um conjunto de normas que têm como finalidade guiar as ações empreendidas na sociedade internacional²³.

que traz sérias dúvidas acerca da possibilidade de se erigir uma sociologia geral e, especialmente, analisar com padrões universalizantes um “direito da sociedade” formatado e construído nessa lógica.

²³ Conforme o autor, “Le droit international est constitué par l’ensemble des normes et des institutions destinées à régir la société internationale. (...) On doit observer une indiscutable diversification des acteurs des relations internationales (opinion publique, organisations non gouvernementales, entreprises multinationales). Pourtant, la Société internationale demeure fondamentalement aujourd’hui une société interétatique. Ceci demeure incontestable même à une époque où l’on se plait à stigmatiser la << crise de l’État >> en confondant d’ailleurs un peu vite dans une même perspective des phénomènes hétérogènes et très variés”. “O direito internacional é constituído por um conjunto de normas e instituições destinadas a reger a sociedade internacional. (...) É preciso observar uma indiscutível diversificação de atores nas relações internacionais (opinião pública, organizações não-governamentais, empresas multinacionais). No entanto, a Sociedade Internacional permanece fundamentalmente hoje uma

Nesse ponto, o autor diz que a sociedade internacional contemporânea é marcada por dois pares de características de certo modo antagônicas: ela é fechada e ao mesmo tempo descentralizada, e, por outro lado, é assentada em conflitos e, portanto, deliberativa (DUPUY, 1995, p. 1).

No entendimento de Carreau e Bichara, a sociedade internacional contemporânea é marcada por uma profunda desarticulação das estruturas políticas da sociedade internacional clássica, estabelecida especialmente com os tratados de Vestfália. Nesse sentido, “a sociedade internacional clássica foi, antes de qualquer coisa, interestatal” (CAREAU, BICHARA, 2015, p. 13), ou seja, era formada exclusivamente por um conjunto de Estados soberanos marcados por grande grau de homogeneização de suas estruturas políticas (em sentido comparativo), sociais (no âmbito interno de cada um dos Estados havia uma necessidade de uniformização e adensamento dos códigos gerais de identificação entre o substrato humano e sua relação com o ente estatal) e econômicas (com amplas variações, pode-se identificar, em um primeiro momento da modernidade, o processo de acúmulo primitivo de capital e a consequente carência de padronização dos indicadores econômicos, havendo uma coincidência entre o patrimônio do Estado e do soberano. Essa configuração foi ganhando novos ares com as revoluções e derrocadas das estruturas do Antigo Regime por meio de um lento, mas intenso, processo de expansão das práticas de mercado e consequente menor ingerência estatal na economia).

Com a evolução da sociedade internacional, a partir da complexificação dos agentes participantes, do número de Estados-nação, especialmente após as grandes guerras do Século XX, tem-se uma reconfiguração do Direito Internacional Contemporâneo marcado por uma sociedade internacional de caráter transnacional, cujos sujeitos de direito internacional se pulverizam de maneira hierarquizada²⁴. A organização da sociedade internacional é marcada,

sociedade interestatal. Isso se mostra indiscutível mesmo quando se gosta de estigmatizar a "crise do Estado", confundindo rapidamente um fenômeno heterogêneo e muito variado (DUPUY, 1995, p. 1 – tradução livre).

²⁴ Carreau e Bichara apontam para a diversificação do Direito Internacional Público em função dos sujeitos que o compõem. A partir disso, analisam que a sociedade contemporânea é marcada por sujeitos hierarquizados em razão das competências que o Direito Internacional lhes confere. “Existe doravante uma hierarquia dos sujeitos do direito internacional que pode ser estabelecida em função da extensão de suas competências. No ápice, o Estado aparece como dispondo da plenitude das competências internacionais, em razão de seu caráter de sujeito “originário” do direito internacional, obtido a partir do século XVI. As organizações internacionais, empresas ou estabelecimentos públicos internacionais vêm em seguida e possuem

por agora, pelo fenômeno do extravasamento das fronteiras nacionais em relação a ações e acontecimentos que emanam das próprias relações humanas, que passam a se refletir de maneira mais caótica, expansiva e multicomunicacional²⁵. Como aponta Onofre Alves Batista Júnior, no interior da lógica de um capitalismo financeiro mundializado e transnacional

Investidores de um país mantêm parcela considerável de suas riquezas em investimentos no exterior; da mesma forma, investidores de diversos países mantêm investimentos consideráveis naquele. Nesse sentido, como verifica Paul Krugman, quando as coisas dão errado em um país (mesmo nos EUA), esses investimentos transfronteiriços atuam como “mecanismo de transmissão”, por isso, quando uma crise eclode no mercado habitacional dos EUA, por exemplo, ela desencadeia sucessivas outras no exterior, e vice-versa. Nesse cenário, a “financeirização” da economia e a mundialização do capital reduzem substancialmente a condição dos estados nacionais de controlarem, regularem ou mesmo planejarem suas economias (BATISTA JÚNIOR, 2015, o. 126).

Dentro desses fragmentos conceituais acerca da atual sociedade internacional pode-se constatar que a lógica pós-moderna, que se desapega de discursos universalizantes, ponderáveis para uma expressão de maior abrangência de destinatários e instituições, desarticuladora de padrões de comportamento, que tem como premissa uma pluralidade quase anômica, desarticuladora de metanarrativas contidas na história²⁶, traz como desafio a

competências especializadas e de atribuição. Finalmente, na base da escala, mal integradas ainda, figuram as pessoas privadas tendo competências subordinadas às previsões convencionais. Além disso, todos os Estados, como já assinalado, não têm o mesmo estatuto, os mesmos direitos e obrigações. Assim, mesmo no nível das relações interestatais, o direito internacional perdeu sua uniformidade de outrora. Em suma, o direito internacional contemporâneo está diversificado e com ‘diversas velocidades’, a fim de se adaptar à diversidade dos sujeitos destinatários de suas normas” (CAREAU, BICHARA, 2015, p. 30).

²⁵ Essas novas delimitações da sociedade internacional por meio de um aspecto transnacional têm como fonte principal a evolução do sistema econômico capitalista mundial e de seus respectivos sujeitos econômicos – especialmente as grandes empresas e entidades financeiras. Nesse ponto, Eric Hobsbawm traça os aspectos principais dessa virada de uma economia internacional (até por volta da década de 1950), para uma economia transnacional: “(...) começou a surgir, sobretudo a partir da década de 1960, uma economia cada vez mais transnacional, ou seja, um sistema de atividades econômicas para as quais os territórios e fronteiras de Estados não constituem o esquema operatório básico, mas apenas fatores complicadores. No caso extremo, passa a existir uma “economia mundial” que na verdade não tem base ou fronteiras determináveis, e que estabelece, ou antes impõe, limites ao que mesmo as economias de Estados muito grandes e poderosos podem fazer. Em dado momento do início da década de 1970, uma economia transnacional assim tornou-se uma força global efetiva. E continuou a crescer, no mínimo mais rapidamente que antes, durante as Décadas de Crise após 1973. (...) Três aspectos dessa transnacionalização foram particularmente óbvios: as empresas transnacionais (muitas vezes conhecidas como ‘multinacionais’), a nova divisão internacional do trabalho e o aumento de financiamento *offshore* (externo) (HOBSBAWN, 2009, p. 272).

²⁶ Conforme estrita análise elaborada por Lyotard em *La condition postmoderne* sobre a “incredulidade no que diz respeito às metanarrativas” na pós-modernidade. LYOTARD, J. F. *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir*. Paris, 1979, p. 7s.

condensação de conceitos e, principalmente, a identificação desses estados de coisas que possam ser de alguma forma “normalizados” cognitivamente pela teoria dos sistemas. Não se trata, a partir da imbricação entre sistema, sociedade e direito, de estabelecer premissas gerais universalizáveis de conduta de um modo amplo, como a utópica tentativa de se criar uma comunidade de valores em nível internacional. Antes, a tarefa de um direito da sociedade é se atentar para a garantia de previsibilidade em um espectro de redução de complexidade, especialmente no que diz respeito ao fenômeno temporal como núcleo da cognição. Essa função do direito, que perpassa por um longo caminho teórico, é o denominador comum para se encontrar as bases de verificação do alcance que a “normatização” do direito pode fundar ao encontro das garantias de justas e inexoráveis expectativas normativas das sociedades mundiais e da sociedade internacional.

O sistema do direito somente pode ser constatado no bojo de uma sociedade. Não há existência de normas jurídicas em um ambiente externo aos sistemas sociais. Nesse ponto, o sistema do direito deve englobar os matizes normativas que se revelam de maneira cognitiva, quer dizer, que possibilitam a criação de uma zona de prospecção mínima de ações desejáveis por parte dos sujeitos que se relacionam no tempo e no espaço de um dado direito. O espaço do Direito Internacional Público é o mundo. Seu tempo é estritamente diferenciado do tempo do direito interno de cada Estado nacional. Essa descoincidência temporal traz inúmeros desafios para os sujeitos de Direito Internacional Público, que cristalizam suas vontades em um âmbito espacial especialmente largo, multifacetado, amorfo – no que diz respeito às gradações de representações de poderes e hegemonias em sentido amplo – e que lida com conflitos cuja forma de expressão é extremamente melindrosa, vulnerável.

Em razão dessas premissas, tem-se que o atual estágio do Direito Internacional Público deve lidar com um fenômeno de complexidade inigualável no que diz respeito à história da humanidade. Uma sociedade multicêntrica e transnacional tem como ponto de inflexão uma mudança de paradigma acerca da possibilidade de cristalização momentânea das vontades dos sujeitos internacionais em tratados internacionais. A necessidade de acompanhar as transformações de maneira rápida e célere acaba por abrir um fosso de complexidade nunca visto tendo em consideração o aumento exponencial das possibilidades de sentido que se formam na concretização de consensos em

nível internacional. Em uma perspectiva da correlação existente entre economia, direito, sociedade e política – que pelo simples fato de se mencionar uma integração desses quatro âmbitos de manifestação do agir e da comunicação humana de modo simultâneo já nos conduz a uma certa simplificação do fenômeno – observa-se que o papel que o direito internacional dentro de uma lógica da teoria dos sistemas desempenha é justamente organizar os sistemas de trocas mundiais em níveis mínimos de gradação e de proteção para aquelas nações ainda não inseridas em uma lógica de consolidação de suas economias internas, ou seja, ainda não incluídas na agenda da globalização conforme as nações mais desenvolvidas.

Na verdade, essa verificação funcional do Direito Internacional Público tem mostrado, certamente, alguns limites teóricos, práticos e, especialmente, cognitivos no âmbito da economia globalizada marcada pela transnacionalização, que tende a frear os mecanismos autopoieticos dos sistemas jurídicos e, conseqüentemente, capturar o código comunicativo da normatividade a partir de uma virada alopoiética²⁷. Como bem acentua Onofre Alves Batista Júnior,

O Estado foi, por muitas décadas, mesmo com os avanços do capitalismo, a única organização capaz de conter os excessos do mercado, entretanto, na atual economia globalizada e “financeirizada”, as políticas públicas dos Estados nacionais (isolados) dão severos sinais de impotência para conter crises (como a que se verificou em 2008) e, da mesma forma, são débeis perante “efeitos de ressonância”, corridas e “operações de manada”. Se, muitas vezes, os Estados não conseguem dar respostas suficientes para as necessidades sociais de seus administrados, outras vezes, o poderio regulador dos Estados nacionais isolados não é suficiente para conter o abuso por parte de megainvestidores ou o interesse de grandes conglomerados econômicos que exercem poderosa influência sobre a esfera governamental ou sobre o Legislativo e o Judiciário (Ibdem, p. 127).

Essa situação de grande descompasso entre o discurso normativo estatal e a comunicação estabelecida pelos agentes privados no nível econômico traz fortes impactos para a consolidação de uma formatação consensual dos conflitos mundiais, especialmente sob a forma de tratados internacionais. Estes documentos são importantes ferramentas para a consolidação paulatina do Direito Internacional Público, que está em crescente construção e evolução, sendo

²⁷ No tópico 2.4 do presente trabalho a diferença e a relação entre os conceitos de autopoiese e alopoiense serão explicitados.

a reafirmação diuturna de sua autoridade uma tarefa para aquelas nações que se pretendam inclusas no centro de uma sociedade multipolar e que tenha como objetivo traçar um caminho seguro e minimamente previsível em face das dissonâncias presentes na realidade internacional. Nesse quadro, os Estados²⁸ assumem papel chave na formatação de uma sociedade internacional menos belicosa, mais consensual e que tenha como padrão uma tendência à harmonização normativa e, conseqüentemente, ao equilíbrio do poder político em razoáveis zonas de aliança. Essa formação estrutural de um novo paradigma de “sistema-mundo” somente pode se dar mediante os tratados internacionais, que são o ponto chave de confirmação e construção da confiança em nível global, capaz de trazer os elementos necessários para a aquisição de um novo parâmetro de conduta que contenha os vieses deletérios da globalização como é dada hodiernamente.

Segundo destaca Niklas Luhmann, a sociedade atual tem a peculiaridade de ser largamente constituída a partir de interações, mas ao mesmo tempo acabou por se tornar inacessível para as próprias interações. Isso quer dizer que numa sociedade estruturada em um rechaço das metanarrativas existentes no mundo, as interações acabam por não poderem ser colocadas em patamares elevados, não podem ser mais estabelecidas como códigos comunicacionais que possuam proeminência sobre a sociedade (2016a, p. 488). Essa disfunção dos códigos erigidos na modernidade acaba por dar um novo tom para a análise das próprias sociedades em um sentido de não haver mais uma compreensão do que seja uma “boa sociedade”. O sistema abrangente de comunicação social, em verdade, acaba por se desfigurar e pulverizar para, no máximo, delimitações regionais (nações), o que torna os sistemas funcionais da sociedade mais limitados em seus campos de abrangência (*Ibidem*).

Para arrematar, é necessário ver a interação direta do direito e da sociedade a partir de uma teoria dos sistemas por meio de um viés comunicacional, atualmente, extremamente difuso e marcado pela contingência

²⁸ Como bem ressalta Demétrio Magnoli, “a globalização tem, certamente, um forte impacto sobre o sistema de Estados. Ela gera uma nova agenda política internacional, impondo aos estadistas e diplomatas a consideração de temas conflitivos que não existiam há poucas décadas. Também produz um novo ambiente econômico, que modifica as condições de exercício da autoridade política. Finalmente, acentua a tendência de incorporação de atores não-governamentais às relações internacionais. Essa tendência torna a política externa dos Estados muito mais permeável às pressões internas e externas. Nada disso, porém, se confunde com um desfalecimento do Estado-Nação, que representa a única instância capaz de conduzir o próprio processo de globalização” (MAGNOLI, 2004, p. 189).

cognitiva e normativa. Como aponta Luhmann, “impõem-se a questão acerca das possibilidades de *autodescrição da sociedade mundial*” (2016a, p. 489) em nosso atual contexto. Os últimos suspiros da modernidade foram dados através de uma abstração do mundo sob o viés de valores universalizáveis, ou sobre determinados padrões políticos e sociais de conduta que seriam modelos a serem implementados, incorporados e tidos como normalizáveis pelos agentes sociais, em seus mais amplos espectros. A orientação semântica da modernidade foi erigida a partir de fenômenos extremamente relevantes para a contemporaneidade, mas sob bases valorativas diversas das vistas no agora. Um desses exemplos é a grande aquisição contida no fenômeno constitucionalista, que tem como premissa a contenção do poder por parte do Direito. É no cerne da Constituição que se erige aqueles valores básicos para o caminhar social e que estruturam e possibilitam uma coincidência performativa das inúmeras vozes constituintes da sociedade e, por extensão, da sociedade mundial. No plano desta, não há possibilidade de conformação de uma constituição no sentido clássico, mas tão somente de tratados, que têm uma função similar, porém com efeitos de normatividade ainda em gradual evolução. Entretanto, até mesmo esses instrumentos de contenção da pulverização de códigos e ações tem sofrido com um relaxamento de seu próprio código através de procedimentos hermenêuticos dos programas normativos realizados no âmbito dos tribunais e dos parlamentos.

Nessa correlação descrita, Niklas Luhmann analisa:

Talvez se possa mesmo ir até o ponto de afirmar que a sociedade mundial não poderia existir de maneira alguma como unidade sem uma autodescrição, apesar de ela naturalmente não poder ser planejada, fabricada ou aprimorada segundo a medida de uma autodescrição. Se o sistema de comunicação abrangente é diferenciado e se ele se distingue de todos os outros sistemas, então esse estado de fato estimula uma carência por autodescrições, para a qual, porém, falta a determinação objetiva e a qual tende, por isso, para o cerne do elemento negativo; pois a negatividade é a forma mais universal, na qual o sentido se acha disponível (2016a, p. 490).

A negação de sentido passa a ser o código universalizante de uma ideia pós-moderna que rechaça a universalização, ou seja, há um paradoxo intransponível que não pode assumir uma posição antitética frente à realidade. A perda de sentido nada mais é do que a não identificação da forma e a absorção do meio como padrão comunicativo, ou seja, a necessidade de uma

desreferencialização do sentido potencial da forma através da absorção gradual e perigosa do meio pelo sistema, ou seja, uma ação de colapso sistêmico. Como aborda Luhmann, tem-se que

Em particular a “perda de sentido” é hoje uma fórmula, com a qual algo experimentável é passível de inserção na autodescrição da sociedade. Mas o sentido continua sendo, agora como antes, uma forma inevitável da vivência e da ação. Sem sentido, a sociedade, todo e qualquer sistema social deixaria simplesmente de existir. O que se tem em vista não é designado de maneira pertinente por essa fórmula, mas exagerado por ela, a fim de poder declarar a sociedade como inocente. O fato é que nenhuma interação está mais em condições de assegurar para os participantes, com força de convencimento da presença, o sentido da sociedade. É essa experiência que a fórmula da perda de sentido procura ativar – e é dela que ela abusa. Essa fórmula não é coberta por nenhuma outra coisa senão pela diferenciação historicamente incomum entre sistema social e sistemas de interação. Não há nenhuma razão para reagir a isso com um pessimismo em relação à cultura (2016a, p. 490-491).

É nesse contexto de profunda confusão de ideias entre as possibilidades existentes no meio e a própria reafirmação da autonomia do sistema autopoietico do direito que se passa a desenvolver os eixos teóricos básicos acerca da necessidade de se aprofundar a estrutura normativa do Estado brasileiro no que toca aos tratados internacionais comuns, aqui considerados instrumentos-chave para a consecução de uma sociedade internacional pautada em padrões mínimos de estabilidade e previsibilidade nas relações internacionais e para os sujeitos sociais.

2.2 Os sistemas abertos e o subsistema do Direito

Como colocado, a Teoria Geral dos Sistemas pretendeu criar um denso aparato conceitual para explicar a realidade. Do ponto de vista de seu desenvolvimento, as técnicas mais marcantes utilizadas para erigir esse empreendimento foram produzidas no âmbito das ciências da natureza, especialmente a física e a biologia. Nesse aspecto, a teoria dos sistemas aplicada às ciências sociais bebe das elaborações contidas nesses ramos do conhecimento a partir do princípio do isomorfismo, ou seja, a constatação de que, em certos casos, abstrações empregadas em certos ramos das ciências podem ser transpostos para outros, ou seja, modelos conceituais contidos em

sistemas diferentes conterem certa gama de princípios e conceitos que servem para explicar a dinâmica de outros sistemas.

A proposta de uma teoria dos sistemas surge com a evolução da concepção de sistemas, especialmente a descoberta dos sistemas abertos, que se contrapuseram aos sistemas fechados, predominantes na física clássica. Como explica Ludwig von Bertalanffy, os sistemas fechados são aqueles que “são considerados estarem isolados de seu ambiente” (2015, p. 64), ou seja, todas as reações e fenômenos físicos ocorrem simplesmente no interior do sistema, não sofrendo quaisquer influências de seu meio. A partir de uma análise da química física, por exemplo, tem-se que as reações desencadeadas entre átomos e moléculas, a variação de sua velocidade, da temperatura, da pressão, enfim, dos equilíbrios estabelecidos pelo desencadeamento de trocas físico-químicas, tendem a se estabilizar, ou seja, reverterem uma situação inicial de alta entropia (desordem) em uma situação final muito próxima a uma estabilização (neguentropia). No aspecto teórico, os sistemas fechados eram considerados os modelos padrões de verificação empírica dos preceitos contidos na segunda lei da termodinâmica, qual seja a constatação de que no tempo a variação da entropia do sistema fechado aumenta até chegar a um patamar de equilíbrio²⁹, ou seja, um valor máximo. Em uma outra formulação um pouco modificada, aponta Bertalanffy que o segundo princípio diz que a “entropia é uma medida da probabilidade e assim um sistema fechado tende para o estado de distribuição mais provável” (*Ibidem*).

Todavia, na própria natureza se encontra determinados tipos de sistemas que não são submetidos aos princípios da entropia próprios de sistemas

²⁹ Niklas Luhmann aborda que o primeiro modelo teórico de sistemas era baseado na “metáfora do equilíbrio”. Conforme o autor “o termo equilíbrio já era empregado no século XVII, no contexto do *balance of trade* (equilíbrio no mercado internacional), e também no final desse mesmo século, em referência ao desenvolvimento nivelado das forças armadas dos diferentes países europeus. O conceito pressupõe uma distinção entre estabilidade e perturbação, de tal modo que com o termo equilíbrio se enfatize o aspecto da estabilidade. A noção de equilíbrio leva a pensar que se trata de uma reação a estados instáveis, mas somente com o objetivo de alcançar o nivelamento no qual o sistema se encontrava no estado anterior, ou a criação de um novo estado de balanço. A metáfora inclui uma infraestrutura ou mecanismo mediante o qual o equilíbrio pode ser mantido: armamentismo, no caso da preservação de fronteiras; manipulação dos preços, na economia. Já a partir daí, é compreensível que todas as teorias que se mantêm conceitualmente, no conceito de equilíbrio, sejam teorias da estabilidade. Além disso, a metáfora alude a um estado de fragilidade, na medida em que qualquer perturbação – se imaginada em uma balança – conduz ao desequilíbrio. Esse desenho desenvolve, assim, uma grande sensibilidade face às perturbações e leva a resultados que busca privilegiar o equilíbrio. O modelo não é propriamente uma teoria, mas a manifestação de um estado específico, que permite perceber claramente a relação entre estabilidade e perturbação” (2009, p. 60).

fechados. O exemplo mais óbvio são os organismos vivos, que têm como base de sua dinâmica orgânica uma constante troca com o meio em busca de um ponto de estabilização do próprio sistema vivo. Essas trocas são realizadas graças à presença de mecanismos que regulam os fluxos de entrada e saída do sistema, a possibilitar a chegada a um “equilíbrio estacionário”, que é distinto do equilíbrio químico e termodinâmico estudado nas ciências da física e da química. Por esse raciocínio, tem-se que os sistemas abertos, próprios dos organismos vivos, têm como unidade básica de funcionamento os processos metabólicos e estes se desenvolvem a partir de mecanismos que não levam em consideração a maximização da entropia sistêmica até se chegar a um estado de equilíbrio (termodinâmico, físico, hidrostático, etc), mas um conjunto de trocas entre o meio e o sistema que chega a uma condição em que o resultado final pode se dar a partir de inúmeras variáveis contidas em um estado inicial (*Ibidem*, p. 65).

A partir de um panorama geral, pôde-se observar que a física moderna absorveu em alguma medida os sistemas abertos em sua teoria. Mas qual característica seria predominante neste tipo de sistema que o diferenciaria dos sistemas fechados? Ora, os sistemas fechados, como visto, são marcados por uma inexistência de troca com seu meio. Isso significa que as condições iniciais de desenvolvimento das reações químicas e dos processos físicos em seu interior irão depender exclusivamente das condições iniciais de desencadeamento desses fenômenos. O resultado final sempre será o mesmo tendo em vista que as condições prévias foram estritamente calculadas e seguem leis próprias de desenvolvimento intradinâmico. Significa, então, que se o estado inicial for de alguma forma modificado, haverá como consequência uma alteração do estado final. Na perspectiva dos sistemas abertos isso não ocorre numa perspectiva tão determinista. A regra, neste caso, é trabalhar com um conceito denominado princípio da equifinalidade, que tem como pressuposto que “o mesmo estado final pode ser alcançado partindo de diferentes condições iniciais e por diferentes maneiras” (BERTALANFFY, 2010, p. 65).

A primeira consideração que se pode fazer é que os sistemas sociais e, em especial, o direito, constitui-se como exemplo autêntico de sistema aberto. As condições de resolução de casos, os resultados finais de experiências sociais em um aspecto teleológico, podem ser alcançados por diferentes vias, ou seja, por referenciais iniciais distintos e, principalmente, por meios até mesmo antagônicos do ponto de vista de uma lógica conceitual global. Contudo, não se

pode incorporar à teoria dos sistemas aplicada ao direito uma busca por estabilidade fixa, duradoura, indiscutível. Como será abordado, o sistema do direito lida de modo inexorável com o fenômeno da contingência. Assim, tem-se que a noção de desequilíbrio sistêmico (não alopoiético) é algo inerente à própria definição de um sistema aberto, especialmente os de natureza social.

Essa afirmação encontra como base uma aporia científica localizada na questão de saber se os sistemas poderiam ser realmente descritos em razão de uma situação de equilíbrio real. Em verdade, “tem-se antes chegado à convicção de que no desequilíbrio os sistemas adquirem sua estabilidade” (LUHMANN, 2009, p. 61). O melhor exemplo para se entender essa dinâmica em relação aos sistemas sociais é a economia. Ao longo da história, um observador pode verificar que a estabilização econômica está alinhada a uma lógica de desequilíbrio intrínseco que define o seu próprio equilíbrio, dentro de margens aceitáveis de avaliação. Ora a economia enfrenta crises cíclicas de superprodução, com excesso de oferta sobre a demanda existente no mercado consumidor. Ora a economia apresenta uma relação de demanda mais acentuada que a oferta, gerando aumento dos preços gerais. Essas questões se repetem em análises relativas às abordagens macroeconômicas e microeconômicas. Por essa linha de argumentação, as situações de desequilíbrio levam a uma configuração de equilíbrio global situada em um ponto que foge de uma relação equânime entre as variáveis, mas aponta para uma assimetria que resulta em equilíbrio do ponto de vista de retroalimentação da operacionalidade do próprio sistema.

Por outro lado, a consideração dos sistemas abertos também levou ao desenvolvimento de um modelo conceitual calcado na ideia de intercâmbio sistêmico. Essa variável parte da consideração de que os sistemas abertos têm como marca específica a sua interação com o meio. Nesse caso, o nível de entropia do sistema é medido em razão das trocas constantes realizadas com seu meio a partir de mecanismos específicos a cada um dos sistemas. A exemplo, os sistemas biológicos baseiam-se em trocas de energia contínuas com o meio para a sua subsistência. No sistema social há uma constante troca de informações entre os subsistemas e entre o sistema social e o seu meio. Esse intercâmbio se dá sob uma lógica de estrito encerramento operativo que, como se verá, permite a autonomização do sistema com base em uma estrutura própria marcada por uma operação que dá condições de estabelecimento da

autopoiese do sistema. O conceito de intercâmbio acaba por aumentar o grau de complexidade de um sistema a partir do momento em que permite a absorção de informações do meio na estrutura dos sistemas por meio de conversores.

A consideração dos sistemas abertos providos de intercâmbio com o meio foi potencializada com a incorporação da Teoria da Evolução à teoria dos sistemas, que parte da percepção de que “a diversidade provém de um acontecimento único: bioquímico, no biológico; comunicativo, no social” (LUHMANN, 2009, p. 62). Justamente por essa razão, tem-se que os sistemas sociais são marcados por uma operação básica, a comunicação, que permite uma fluidez de conteúdo entre sistemas que se calcam em códigos diferenciados, mas que podem estabelecer pontes, a formar acoplamentos que aumentam a complexidade e, ao mesmo tempo, tendem a garantir uma harmonização da correlação entre sistema e meio em um viés de redução da complexidade a partir da seleção, da dotação de sentido. Nessa consideração, a teoria dos sistemas abertos se baseia em três teorias subsidiárias para se fundamentar minimamente: 1) *input/output*; 2) *feedback negativo*; 3) *feedback positivo* (LUHMANN, 2009, p. 63).

Em relação à teoria da organização sistêmica a partir dos mecanismos de *input* e *output*, Luhmann aponta que o desenvolvimento conceitual dos sistemas abertos, por muitas das vezes, não desenvolveu uma noção preciso de “meio”, e não operou uma correta distinção entre sistema e meio e, especificamente, entre sistema e sistemas-no-meio (*Ibidem*). A distinção *input/output* se localiza na zona de diferenciação entre sistema e sistemas no meio, a contar do momento em que permite identificar que a autonomia sistêmica, em certa medida, é responsável por determinar aquilo que será intercambiado com o meio, de maneira que este não possui condições para decidir os motivos que propiciam o intercâmbio. As transformações de *inputs* em *outputs*, ou seja, de informações advindas do meio e daquelas informações levadas ao meio pelo sistema, a partir desse esquema teórico, somente pode ser decidida a partir da estrutura do próprio sistema (LUHMANN, 2009, p. 64-66).

Esses arranjos teóricos podem ser elucidados no campo do Direito a partir da relação desse sistema com o sistema político, particularmente a política internacional, no caso dos tratados internacionais. A formação das normas jurídicas, estruturas de dever ser que determinam uma dada conduta sob pena de sanção, em caso de descumprimento – aqui brevemente analisando a norma

jurídica em seu aspecto ontológico – perpassa por um contínuo movimento de troca entre esses dois sistemas sociais. A conformação do conteúdo comunicacional da norma somente se dá a partir da referência do legislador no limite do sistema como conversor de *inputs* altamente complexos. Essa filtragem realizada pelo legislador na periferia do sistema leva em consideração as condições estruturais de autopoiese, de maneira que o parâmetro normativo anterior, especialmente no contexto constitucional, serve como suporte para a auto-organização e para a autorreprodução do sistema. O *input* serve como importante fonte de informação, tendo em vista que o sistema do Direito tem a capacidade de observar os sistemas sociais, a promover o intercâmbio de sistemas-no-meio, e a garantir a manutenção da pluralidade comunicacional no nível da sociedade.

Por outro lado, o *output* do sistema do direito é dado também na periferia do sistema apontando informações para o meio. Nesse ponto específico, Niklas Luhmann afirma que “o bom jurista se orienta para o limite *output*, na medida em que deve ter em conta as consequências derivadas de uma interpretação determinada” (2009, p. 67). O modelo do Direito, como claro exemplo de estrutura comunicativa que ocorre imerso na linguagem, é marcado pela polissemia e, em relação à sua estrutura, também pela presença de um grande gama de preceitos de caráter discricionário. Essas características acabam por explicitar o grau de complexidade do fenômeno e aponta para a presença de um intrincado quadro de possibilidades no que diz respeito à aplicação do direito e à definição das consequências jurídicas incidentes em dado caso.

A estrutura do sistema do Direito a tomar por base um mecanismo de *output*, a exemplo do que ocorre no Direito Internacional, tem como uma de suas facetas a limitação do Poder político, ou seja, uma contenção da operação comunicacional traduzida em um código binário de poder/não-poder a partir do código legal/ilegal³⁰. Em relação ao Direito Interno, tem-se que a melhor forma

³⁰ Como aponta Niklas Luhmann, “ao sistema do direito em si pertence apenas uma comunicação orientada por códigos, apenas uma comunicação que faça valer uma classificação dos valores “legal” e “ilegal”; pois somente uma comunicação dessa natureza busca e afirma uma integração recorrente no sistema do direito; somente uma comunicação dessa natureza toma o código como forma de abertura autopoietica, como necessidade de mais comunicação no sistema jurídico” (2016, p. 90). Essa intrincada gama de possibilidades comunicacionais lança um grande desafio ao sistema do direito: equalizar a relação entre as consequências de uma decisão que é gestada por meio de inúmeras possibilidades de sentido e a ideia de segurança jurídica, que permeia a ordem do Estado de Direito. De forma geral, “as consequências de uma decisão de direito são distintas e se condicionam por condições empíricas diferentes, podendo-se considerar o sistema de direito como uma máquina. Além disso, quando se analisa o

de abordar essa correlação entre o político e o normativo é analisar o fenômeno da Constituição. Esta na mais representa que a evolução histórica da relação existente entre política e direito, e que tem como ponto de erupção os episódios da Revolução Americana e da Revolução Francesa. Como explica Misabel Derzi, com base em Niklas Luhmann, a evolução do sistema do direito teve como base a quebra do princípio da estratificação social que marcou todo o mundo moderno (DERZI, 2009, p. 36). Nessa organização social, o Direito servia como instrumento para resguardar os privilégios dos setores aristocráticos, o que traduz uma dissonância do código jurídico: há humanos menos humanos, e por isso não necessitam da proteção jurídica – essencialmente o direito de propriedade – como os mais humanos. Essa distinção social foi a base de sustentação dos Estado Nacionais por meio da subjugação de uma enorme massa de servos que, para além do Direito, estavam também submetidos de modo intransigente às determinações originadas da Igreja.

Com a complexificação dos sistemas sociais, especialmente no que diz respeito à evolução econômica e à criação daquilo que se viria denominar economia de mercado, essa estrutura social foi sendo desconstituída e, cada vez mais, tornando a subjugação dos sujeitos pelo Direito e pela Política como algo insustentável sob a leitura do princípio da igualdade e da liberdade em seus matizes iluministas. Na esteira de acontecimentos históricos, o fenômeno constitucional veio a medir a capacidade da sociedade estabelecer os limites do poder por meio do código jurídico. Dentro dessa função primordial, pode-se dizer, conforme coloca Luís Roberto Barroso, que a ordem constitucional se alicerça em três níveis básicos de limitação do poder. Primeiramente há limitações

dogmatismo histórico do direito, no decorrer deste século, é visível como direito foi levando em conta os interesses das pessoas ou grupos, enquanto fatores de aplicação da justiça: quais interesses estão representados, que oportunidades de realização manifestam, e que conflitos surgiram quando se decide de uma determinada maneira em uma sentença” (LUHMANN, 2009, p. 67). As decisões jurídicas dadas pelos tribunais também podem ser analisadas no âmbito internacional a partir de órgãos constituídos pelos sistemas de tratados internacionais comuns, como a Corte Interamericana de Justiça e a Corte Internacional de Justiça. Sobre esta, Leonardo Nemer Caldeira Brant elucida que como “principal órgão jurisdicional da comunidade internacional, a Corte internacional de Justiça é parte integrante das Nações Unidas e tem a função de servir a comunidade internacional respondendo a consultas ou solucionando as controvérsias existentes entre Estados, segundo o direito internacional, conforme descrito no artigo 38 de seu Estatuto” (BRANT, 2005, p. 149). Na seara da jurisdição exercida pela CIJ, pode-se constatar que os *outputs* produzidos no âmbito do sistema do Direito atravessam um paulatino e lento processo de consolidação de suas estruturas comunicacionais em um aspecto pragmático. Isso significa que há ainda uma distensão entre aquilo que a Corte Internacional de Justiça determina e aquilo que realmente é observado pelos países em relação às práticas e condutas perante o Direito Internacional Público, mormente no que toca à soberania dos países e ao princípio da autodeterminação dos povos.

materiais, em relação àqueles valores e direitos nucleares, sem o quais a razão de ser do Estado se esvairia no arbítrio. Nesse ponto, destacam-se as proteções à dignidade humana, às liberdades de pensamento, livre comércio, de fluxo, de locomoção, de expressão, dentre outras, a laicidade, a justiça, a solidariedade intraestatal e entre os povos, etc.. Segundamente, as Constituições encampam a ideia de que o sistema do direito deve contar com uma estruturação básica, orgânica, que dê os contornos necessários para o afloramento da institucionalidade, ou seja, coloca-se no plano do documento estruturante a quem compete a função de legislar, a função de julgar e a função de administrar a partir de uma ideia de independência funcional e de comunicação recíproca. Por derradeiro, tem-se um conjunto de limitações de natureza processual, em que a ideia do Estado de Direito – ou seja, a supremacia da lei e correlata subjugação dos sujeitos à vontade emanada pelas diretrizes normativas estatais – oportunidade a qual se determina o modo como as ações dos órgãos estatais e dos sujeitos que possuem correlação com esses órgãos devem se dar, ou seja, a ideia de devido processo legal e todos os seus desdobramentos teóricos (BARROSO, 2017, p. 31-32).

A Constituição, então, é colocada como a formação de um acoplamento estrutural entre a política e o Direito (NEVES, 2009, p.50), de maneira que ela permanece como a nervura que sustenta a tensão constante entre o Direito e a Política a contar da manutenção da autonomia de ambos, a possibilitar a máxima representação e apresentação do fenômeno autopoietico destes³¹ (DERZI, 2009, p. 37). É nesse quadro de profundo adensamento dos conceitos e da absorção do crescente aumento dos códigos comunicacionais em nível social, que a Constituição assume a centralidade do sistema jurídico, permitindo que sua normatividade seja operacionalmente fechada, mesmo dentro de um sistema que é essencialmente aberto do ponto de vista cognitivo em vista ao seu meio.

³¹ Como colocado por Misabel Derzi, “A constituição é assim a forma como o sistema se fecha em um âmbito em que ela própria reconhece a si mesma, dentro dele. A Constituição substitui, como um texto positivado autológico, quer o direito natural em sua visão cosmológica tradicional, quer o direito racional de uma teoria transcendental. A positivação do Direito é decisiva para o fechamento. De acordo com o paradigma luhmanniano, essa nova posição do direito pressupõe superação da sociedade pré-moderna, diferenciada verticalmente, ou seja, conforme o princípio da estratificação. O direito permanecia sobredeterminado pela política e pelas representações morais estáticas, político-legitimadoras, não dispondo exclusivamente de um código-diferença específico entre um sim e um não. A positivação do direito na sociedade moderna implica o controle do código-diferença “lícito/ilícito” exclusivamente pelo sistema jurídico, que adquire, dessa maneira seu fechamento” (DERZI, 2009, p. 37).

Essa realidade foi sendo paulatinamente transposta para o fenômeno jurídico do Direito Internacional, a começar da percepção de que o fenômeno estatal não possui condição de abarcar por si só todas as condições inerentes à formação da sociedade dentro de seus limites territoriais. Do ponto de vista da sociedade moderna, como bem coloca Marcelo Neves, esta nasce como uma sociedade mundial

Apresentando-se como uma formação social que se desvincula das organizações políticas territoriais, embora estas, na forma de Estados, constituam uma das dimensões fundamentais à sua reprodução. Ela implica, em princípio, que o horizonte das comunicações ultrapassa as fronteiras territoriais do Estado. Formulando com maior abrangência, tornam-se cada vez mais regulares e intensas a confluência de comunicações e a estabilização de expectativas além de identidades nacionais ou culturais e fronteiras político-jurídicas.

A sociedade mundial constitui-se como uma conexão *unitária* de uma *pluralidade* de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementariedade. Trata-se de uma *unitas multiplex*. Não se confunde com a ordem internacional, pois essa diz respeito fundamentalmente às relações entre Estados. A ordem internacional é apenas uma das dimensões da sociedade mundial. Também não se deve confundir o conceito de sociedade mundial com a noção controversa de “globalização” (2009, p. 26-27).

É especificamente nesse contexto que se localiza a função dos tratados internacionais perante a ordem internacional e à sociedade mundial. O porvir histórico do Direito Internacional atesta a paulatina construção e sedimentação desta seara jurídica em relação à sua autonomia operacional. É a tomar dos importantes acontecimentos históricos dos séculos XVIII e XIX³² que se torna possível verificar os tratados internacionais como fonte de agregação em nível internacional, especialmente no que diz respeito às relações entre os Estados, por mais tênue e instável que se possa parecer sob uma óptica realista. Do ponto de vista da operacionalização jurídica, esses instrumentos convencionais nada mais são que verdadeiros acoplamentos estruturais entre o sistema jurídico e a

³² O refluxo do século XVIII experimentado no Congresso de Viena de 1815, a partir da assinatura do Tratado de Paris de 1814. Nessa oportunidade se pôde observar uma reconfiguração do mapa político ocidental, e a criação daquilo que seriam as bases das estruturas hegemônicas mundiais da contemporaneidade. Sobre este ponto, Carlos Eduardo Vidigal disserta que “o historiador britânico, Adam Watson, ao analisar a sociedade internacional europeia do século XIX propôs o conceito de ‘hegemonia coletiva’ para designar a ordem surgida do Congresso de Viena, com cinco potências hegemônicas – França, Grã-Bretanha, Áustria-Hungria, Prússia e Rússia – que elegeram a diplomacia como instrumento para a superação de suas eventuais desavenças. A hegemonia coletiva era, dessa maneira, uma hegemonia difusa. Cento e trinta anos depois de Viena, as conferências internacionais que estabeleceram as regras que deveriam ser seguidas após a tragédia da Segunda Guerra Mundial, criaram uma nova realidade, a das organizações internacionais (em OLIVEIRA, LESSA, 2006, p. 10-11).

política em nível internacional. Intermedeiam a relação sociedade internacional e ordem internacional, com o objetivo de garantir uma mínima manutenção de projetos de paz duradouros e do desenvolvimento econômico, ecológico, social, humanitário e político para além da figura imanente dos Estados.

Por esse viés argumentativo, pode-se chegar à questão de se saber como a ordem jurídica construída no seio do Direito Internacional Público pode servir como mecanismo de intermediação entre Política e Direito diante da concepção do sistema do direito como sistema aberto, autopoietico e auto-organizado. Os *outputs* produzidos pela aplicação de normas de Direito Internacional são fontes de reafirmação da autonomia do sistema jurídico e de proteção da política internacional. A cada momento em que as decisões estabelecidas em normas convencionais são observadas a partir de uma justa expectativa, estabelece-se a sedimentação da confiança, possibilita-se o planejamento dos sujeitos, e colabora-se para a efetivação de práticas internacionais pautadas na transparência, na veracidade, na justiça e no estabelecimento de um núcleo de normatividade com eficácia não condicionada pelos destinatários do ponto de vista direto, mas estabelecida no reconhecimento de que a ordem jurídica internacional é o denominador comum da vinculação de condutas. Lidar com os *inputs* advindos do sistema no meio torna-se mais seguro, uma vez que se reduz a complexidade inscrita na contingencialidade internacional. O processamento de *inputs* através de *outputs* operacionalizados em uma ordem normativa cada vez mais estável – mas nunca estável, tanto estrutural como processualmente – , em que o código não é relegado a mera figura retórica, todavia como mecanismo de contenção e vinculação, torna-se orgânico, não alopoiético.

É dentro dessa lógica que se aborda o segundo conceito chave para o real entendimento dos sistemas abertos, o *feedback*, que é analisado em dupla perspectiva: *feedback-negativo* e *feedback-positivo*. O modelo de *input* e *output*, por si só, era insuficiente para ilustrar a relação de troca estabelecida entre sistema e sistema no meio. Conforme Niklas Luhmann, duas perguntas fundamentais não foram respondidas por essa concepção teórica: “o que é o sistema para ser capaz de transformar essa relação de *input* em *output*”? e “qual relação existe entre estruturas e operações”? (LUHMANN, 2009, P.68). A resposta dada pela teoria do *feedback*, importado da cibernética, seria no sentido

de saber em qual medida se poderia alcançar *outputs* estáveis em vista de um meio com alta instabilidade e de contingências³³.

A grande questão a ser resolvida no caso da teoria do *feedback* dentro do raciocínio da cibernética é como sair da lógica desenvolvida nas ciências acerca da causalidade e, assim, enfrentar as cadeias fenomênicas a partir do conceito de teleologia. Como explica Bertalanffy, a ciência mecanicista clássica partir do pressuposto de que tudo o que existe teria como causa uma espécie de “jogo cego dos átomos”, no sentido de que a formação do mundo se daria pelo acaso, não havendo uma finalidade lógica intrínseca ao sistema em si, “não havia lugar para a direção, a ordem ou a finalidade” (2015, P. 71). Nesse ponto, o mundo das ciências naturais, especialmente a biologia, lia seus objetos de estudo como mero resultado do contingencial, “acumulado pelo jogo sem sentido de mutações ocasionais e da seleção, sendo o mundo mental um curioso e a bem dizer inconsequente epifenômeno dos acontecimentos materiais” (*Ibdem*). Assim, tem-se que essa relação entre as partes a partir de uma cadeia causal atomística foi se mostrando insuficiente, de modo que essa concepção sobre os elementos dos sistemas passa a ser considerada, sempre, como sendo imersos em “interação mútua”. Segundo Bertalanffy:

De modo semelhante, as noções de teleologia e finalidade pareciam estar fora do âmbito da ciência, sendo o local de recreio de entidades misteriosas, sobrenaturais ou antropomórficas. Essas noções eram por outro lado interpretadas como um pseudoproblema, intrinsecamente estranho à ciência, sendo meramente uma equivocada projeção do espírito do observador numa natureza governada por leis sem finalidade. Contudo, estes aspectos existem e não se pode conceber um organismo vivo, já não falando do comportamento da sociedade humana, sem levar em conta aquilo que de maneira variada e um tanto imprecisa é chamado adaptação, finalidade, intencionalidade, etc. (*Ibdem*, p. 72).

Por essa abordagem, tem-se que as cadeias de reprodução de estruturas, tanto no nível das ciências naturais, como no nível das ciências sociais, se

³³ Como ensina Luhmann, “O ponto decisivo do desenho do modelo se concentra, assim, em como poder medir a distância ou a mudança de estado no meio, para que o sistema tivesse tempo de dar uma resposta estável. A solução consistiu no uso do modelo do *feedback*: deve existir um mecanismo mediante o qual o sistema pode medir certas informações que expressam a distância constituída entre o sistema e o meio. O protótipo dessa inovação teórica foi o do termostato, que também serviu para a compreensão de inúmeros fenômenos biológicos: a manutenção constante da temperatura do sangue, ou ainda a necessidade de um nível constante de açúcar no organismo. O princípio básico consiste, portanto, em como funciona um preceito do sistema ao se produzir uma distância considerável no meio, obrigando o sistema a reagir para obter a estabilidade. (2009, P.68-69).

movem, de certa forma de acordo com um propósito mínimo de manutenção de suas estruturas básicas de causalidade. A questão é saber, então, como que o sistema se mantém estável mesmo em situações de grande instabilidade ou variação do meio. Como elucida Niklas Luhmann, o conceito de teleologia é incorporado à Teoria dos Sistemas como um dos fatores de garantia da estabilidade sistêmica mediante a ideia de cibernética, termo cujas raízes gregas indicam “a representação de quem conduz um barco de maneira estável, frente às situações variáveis de vento e mar” (2009, p. 69). Por esse caminho, a teoria cibernética vem elucidar como que um sistema pode navegar com segurança no esquema sistema no meio.

Navegar com segurança, diante da Teoria dos Sistemas, nada mais é que encampar a ideia da confiança como chave mestra da conectividade social. Como aponta Luhmann, dirigir um sistema não é simplesmente vaticinar o futuro, ou seja, trazer o futuro à nossa presença, mas

Trata-se unicamente da capacidade de reduzir distâncias (desvios, distanciamentos) entre o sistema e o meio, as quais possam colocar em perigo a existência do sistema: distâncias entre o fim proposto e a realidade, desvios em relação a um nível de temperatura prefixado... (2009, p. 70).

Assim, a grande questão então é verificar como o sistema lida com uma ferramenta de diminuição das distâncias em relação ao meio, especialmente, no caso do Direito, imerso em um contexto comunicacional dos sistemas sociais de grande complexidade e policontextual, ou seja, conformador de uma verdadeira rede cibernética. Como conclui Luhmann, deve-se sempre levar em consideração o sentido original do termo cibernética, ou seja, que além de diminuir as distâncias, ela tem como principal finalidade “minorar os efeitos produzidos fora do sistema e que só podem ser controlados dentro dele³⁴” (2009, p. 70).

³⁴ Essa situação de maior previsibilidade e maior controle por parte do sistema em sua específica condição de sistema no meio é mediada pela incorporação da teoria cibernética à Teoria dos Sistemas especialmente em um ponto muito caro para esta: a complexidade e a possibilidade de seleção. Como coloca Luhmann, seguir os rastros do conceito complexidade, “significa um número de possibilidades que se fazem acessíveis através da formação do sistema. Implica que as condições (e em consequência os limites) de possibilidade podem especificar-se, que o mundo chega a constituir-se segundo este modo, e também que o mundo contém mais possibilidades, de forma que nesse sentido tem uma estrutura aberta. Desde um ângulo dessa relação entre mundo e sistema pode-se ver como problema de sobrecarga e como uma instabilidade ameaçada constantemente. Este, de fato, é o enfoque da teoria funcionalista dos sistemas. Desde a perspectiva oposta, a mesma situação aparece como uma ordem superior,

Lado outro, a teoria dos sistemas passa a ter como ponto de reflexão aquilo que se vingou denominar de *feedback positivo*. Segundo Luhmann, ao contrário do conceito de *feedback negativo*, que se propõe a mitigar as distâncias, “o positivo aponta o seu aumento” (2009, p. 70). Isso significa que em algum ponto os sistemas possuem uma aptidão a mudar seu estado inicial a partir do aumento da distância estabelecida pelo meio. A partir do conceito de complexidade, a questão seria saber até que ponto o sistema daria conta de suportar certas mudanças tensionadas pelo seu meio³⁵.

No interior dessa abordagem desponta um conceito fundamental para o que o presente trabalho se propõe: o de *atratores*. A teoria do *feedback positivo* em certo sentido não consegue estabelecer uma relação mais linear, objetiva, entre essa fortificação de mecanismos que aumentam a distância entre sistema e meio, erigidos no próprio meio, que avolumam sensivelmente os desvios, que não se “ajustam aos fins programados” pelo sistema, de maneira que um certo grau de insegurança surge nessa distensão a ser identificada entre essas duas faces da moeda. Em frente a essa perplexidade, Luhmann aponta para a existência de um “momento de ceticismo” em relação à variante do *feedback positivo* contida na ideia de *atratores*, ou seja, na verificação da possibilidade de o sistema se deixar inclinar por uma atividade exógena que o transforma do ponto de vista de sua desfiguração funcional a partir do momento em que o número de informações, trocas e conversões é muito maior do que a capacidade que o sistema possui no sentido de manter sua unidade fundamental operativa (2009, p. 71-72). Os *atratores* nada mais significam que a distância entre o sistema e o meio se tornou tão dilatada que o sistema é absorvido pelo meio,

construída por meio da redução da complexidade por meio da construção de um sistema, que reduza o problema a uma questão de seleção. Este enfoque posterior é o da teoria cibernética dos sistemas” (2005, p. 10 – tradução livre).

³⁵ Em relação aos problemas transdisciplinares que afetam diretamente o Direito, Luhmann aponta para a dificuldade de se tratar a questão, a partir do momento em que se considera a questão: “se realmente existem mecanismos para aumentar as distâncias, até onde se pode chegar, sem detrimento substancial do sistema? As derivações para os problemas ecológicos e para o Estado de bem-estar social saltam aos olhos: até onde é possível o aumento progressivo das compensações do referido Estado, as quais, por outro lado, exigem incremento progressivo de política impositiva? Em que proporção e em quantos anos as pessoas devem ser formadas no sistema educacional? Em qual relação os cargos públicos devem aumentar? Até onde é possível o crescimento da população? A pergunta imediata resultante da compreensão da tendência de um *feedback positivo* é se o sistema possui os mecanismos suficientes para controlar a tendência ao aumento da distância, ou se este direcionamento leva a um desenvolvimento catastrófico” (2009, p. 71).

que corrompe a operação básica e aglutina em si parcialmente a sistematicidade que existia no sistema corrompido.

A verificação do conceito de atratores se demonstra como forte mecanismo para avaliar o grau de tensão existente entre sistema e meio, especialmente na zona de formatação dos acoplamentos estruturais, mais à frente abordados. O sistema do direito, como não poderia deixar de ser, sofre constante influxo de informações advindas de seu meio, ainda mais no que diz respeito aos sistemas da política, da economia, da comunicação social e da ecologia. A mediação do efeito de absorvência entre esses inúmeros subsistemas sociais e sistemas autônomos por parte do Direito encontra como uma de suas bases a ideia de que há uma leitura do próprio sistema do Direito sobre o seu meio circundante, de maneira que por meio de seus mecanismos operativos distintivos, ele aponta para a diferenciação e, ao mesmo tempo, releva sua autonomia perante o meio e estabelece os mecanismos aptos a possibilitar a efetivação do mecanismo de *output* e *input* previamente condicionados pelo código estabelecido pelo próprio sistema. Assim, sobressai, mais uma vez, a questão de que o equilíbrio do sistema, em verdade, não tem a ver com uma posição de estabilidade cuja resultante seja zero. Ao contrário, resultante zero, como será abordado posteriormente, aponta para o colapso do código do sistema, uma vez que forças antagônicas de grande destrutibilidade acabam por se anularem, sem qualquer resultante aditiva para qualquer dos lados e, assim, alcançar uma zona de equilíbrio estático em sistemas comunicacionais. O equilíbrio estático desenvolvido por Newton em sua 1ª Lei sobre a Mecânica da natureza tem como princípio a avaliação de forças que tendem a manter uma constante, tanto no que diz respeito à uma variação uniforme de velocidade de uma partícula, como quando se avalia que uma partícula esteja parada e, simultaneamente, permanece parada, o que ele denomina de inércia. Há um ponto de equilíbrio que pode ser identificado, seja ele estático ou dinâmico, por meio de uma uniformidade de determinados fatores, o que leva o objeto a manter um mesmo sentido e um mesmo módulo quando da análise de seus vetores. No caso do equilíbrio sistêmico em sistemas sociais cuja matriz é o código comunicativo, temos que as resultantes de forças entre processos dessa natureza que se anulam acabam por esvaziar o próprio processo comunicativo, a causar uma zona de interferência que não reproduz o código, que torna a mensagem inaudível, o que determina a absorção do sistema

pelo meio a contar do tempo em que não ocorre mais processos de autopoiese e autorreprodução, a exemplo de um cadáver.

Nesse ponto, chega-se a indagar quais seriam os mecanismos que mediam essa correlação existente entre sistema e meio e possibilitam a formação ampla de *inputs* e *outputs* que ao mesmo tempo mantêm o intercâmbio e não causam a corrupção do sistema.

No particular dos sistemas abertos, especialmente os sistemas abertos na perspectiva cognitiva, o conceito de observação surge como o mecanismo operacional estabelecido dentro de todos os sistemas para avaliar os reais contornos das distinções existentes entre sistema e meio. Isso quer significar que o sistema parte de uma certa estrutura que lhe permite a efetivação de sua autopoiese, que lhe dá os traços fundamentais das operações que possibilitam a autorreferência, a circularidade e a autorreprodução de sua própria estrutura a partir de critérios funcionais. Como aponta Luhmann, “o sistema deve ter a capacidade de se distinguir de seu meio, de modo a ser capaz de combinar todas as suas operações” (2009, p. 73). Nesse espectro, Luhmann aponta para a questão de que o ponto central de análise dentro da teoria dos sistemas passa a ser a necessidade de identificar um tipo de operação básica que se autorreproduz em rede, de forma que o sistema, ao se projetar e realizar o movimento de inovação e de câmbio seja capaz de identificar o que pertence à sua operação básica e o que não pertence, a realizar um mecanismo de seleção de grande importância para se afastar zonas de potencialização de operações externas que possam vir a ser, em alguma medida, semelhantes a mecanismos atratores.

Diante dessa breve introdução geral, pode-se observar que o sistema do direito é um claro exemplo de sistemas abertos. Sua estrutura possui uma funcionalidade específica, baseada no código binário lícito/ilícito, de maneira que a função se apresenta como um resultado da “referência que se faz ao sistema sociedade considerado como unidade” (Luhmann, 2016, p. 209). Isso quer dizer que o Direito em alguma medida sempre aponta para a sociedade sobre a qual normatiza as condutas e, do ponto de vista de uma expectativa cognitiva, torna normalizável os padrões de ação por parte dos agentes. Isso não quer dizer que o Direito, sob o viés de sua unidade operacional comunicativa – a norma jurídica – traz em si a capacidade de estabilizar todas as condutas humanas pura e simplesmente por meio de seus comandos. Pelo contrário, a natureza funcional

das normas jurídicas nada mais é do que a preceituação de expectativas normativas que admitem a decepção, que estão, de alguma forma, sustentadas pela desconfiança. E é nesse ponto que se encaixa a riqueza da consideração do sistema do direito da sociedade como um sistema aberto: ele admite e se respalda na constante troca de informações com o meio, ele estabelece uma gama irrestrita de *outputs*, realizando *feedbacks*, negativos ou positivos, o que lhe permite caminhar evolutivamente através do processamento de *inputs* de alta complexidade informacional e quantitativa. A riqueza do sistema do direito é que ele se fecha sem se esquecer de seu meio, sempre com a visão de que ao observar a si e ao seu meio, consegue ganhar em complexidade e, conseqüentemente, reduzir a complexidade do meio para possibilitar que a ação comunicativa humana, a ação extensiva do homem no mundo se dê de forma mais previsível, menos incerta e com a previsão de instrumentos que reforcem e reafirmem seu código nos casos em que a desconfiança possa se manifestar.

O sistema do direito na perspectiva do direito internacional, nesse marco teórico, tem como ponto de investigação a cristalização paulatina de fórmulas concretas de expectativas normativas na esfera do Direito Internacional Público. Essa cristalização, que envolve uma variada gama de fatores de alta sensibilidade – como a normalização cognitiva de arranjos geopolíticos, a contenção de zonas limítrofes entre culturas que conflitam em um mesmo território – a gerar as catástrofes humanitárias, onde se discute o desenvolvimento de um direito internacional humanitário – o estabelecimento de zonas de influência dos atores internacionais com maior capacidade de mobilização de seus aparatos institucionais, além dos desafios próprios à dissolução das fronteiras nacionais pela guinada dos processos de transnacionalização das economias –, somente pode se realizar no direito, pelo direito e para a sociedade. Não há mais como segmentar os modos de manifestação das operações próprias à sociedade por meio de uma lógica estritamente nacionalista, onde o conceito de soberania, sociedade, povo, institucionalidade, poder e território se enfeixam hermeticamente em estruturas fenomênicas cuja constatação se dá de maneira precisa e espontânea. É justamente pelo fato de os sistemas sociais e estatais se apresentarem cada vez mais abertos em seus vieses cognitivo e normativo é que a presente análise dos tratados internacionais comuns e sua organização sistêmica ganha ares de importância, no sentido de aprimorar os mecanismos internos ao direito, aptos a

dar à estrutura jurídica os instrumentos necessários para a garantia de sua autorreprodução e autopoeise autônomas, concomitante a um desenvolvimento que leve sempre em consideração a extrema complexidade de um meio policontexturizado, antitético e caótico – pós-moderno, no sentido mais genuíno do termo.

2.3 O encerramento operativo do sistema jurídico

O encerramento operativo do sistema jurídico nos remonta à questão da unidade do sistema do direito. O estudo dessa unidade geralmente foi desenvolvido por meio da ideia de ordenamento, ou seja, de um arranjo, uma composição de normas jurídicas que se interrelacionam no sentido de demonstrar as manifestações do jurídico sob a forma de consequência jurídica – que pode ser ou não uma sanção –, mediante a determinação das competências para estabelecer o âmbito de eficácia das normas e no que diz respeito ao aspecto da possibilidade de estabelecimento de um parâmetro mínimo para a decisão do órgão responsável por concretizar e executar a interpretação dessas fontes jurídicas. Essa maneira de investigar o horizonte de constituição do ordenamento é geralmente identificada como análise ontológica do direito, cujo ponto principal é avaliar o direito dado – positivo ou consuetudinário – em sua manifestação fenomênica e, nesse caminho, remontar a cadeia de fontes do direito a partir da concatenação de proposições linguísticas de conteúdo normativo. Autores como Norberto Bobbio colocam que essa “organização complexa” das normas na estruturação do ordenamento jurídico é que possibilita uma definição satisfatória do direito, para além de se identificar o direito como sendo norma jurídica, e tão somente (BOBBIO, 2010, p. 188).

Dentro dessa ideia de unidade, sobressai a questão da hierarquização e da validade das fontes do sistema jurídico. A racionalidade dos juristas quase sempre se apresentou no sentido de formular o aspecto relacional das normas jurídicas de acordo com um padrão último, que teria por função amarrar e fundamentar a lógica de existência do próprio ordenamento. Essa questão é identificada na teoria geral do direito a partir da concepção de uma norma fundamental, uma norma que teria como função unir o sistema de maneira a fechá-lo, a dotá-lo de possibilidade de experimentação lógico-argumentativa sem

que, para se chegar a um resultado jurídico, tenha-se que recorrer a um sistema externo. A norma fundamental, por conseguinte, serviria como parâmetro de validação última do sistema, sendo a validade jurídica, segundo o ensinamento de Tércio Sampaio, uma “qualidade da norma” que tem como ponto de apoio sua pertinente designação de pertencimento, de inserção, de alocação no sistema jurídico sob um duplo aspecto: suas características formais de produção e suas características materiais de inserção, de maneira que respeitadas esses dois fatores, poder-se-ia averiguar a integração do sistema jurídico (FERRAZ JR., 2011, p. 171). As questões relativas à unidade sistêmica apoiadas na figura da norma fundamental, como amplamente debatido na filosofia do direito, leva à problemática da recorrência ao infinito, ou seja, a impossibilidade lógica de que, a partir do mundo do ser, se extraia o fundamento último de validade de todas as normas, uma vez que a norma identificada como fundamental – que de alguma forma confere pertinência a todas as demais normas do sistema e, conseqüentemente, fundamenta a existência do próprio ordenamento – deveria, a partir de uma argumentação lógico-silogística, derivar de outra norma que lhe conferisse validade. A questão rendeu inúmeros debates, sendo que a esquematização mais significativa e controversa sobre o tema se deu sob os auspícios de Hans Kelsen.

Tomado por influências neokantistas, em voga no limiar do século XX na Alemanha, Kelsen aponta para a necessidade de se fundamentar a unidade do ordenamento jurídico a partir de uma estrutura *a priori*, lógico-formal de natureza deontológica, que servisse de base de validação pressuposta para que o sistema do direito pudesse ser analisado sob a perspectiva da Ciência do Direito. Para isso, erige o conceito de Norma Fundamental (*Grundnorm*), cujos reflexos para a teoria do direito ainda se fazem presentes de forma inequívoca³⁶. O

³⁶ Como coloca o jusfilósofo, a norma fundamental atua como “o supremo fundamento de validade de uma ordem normativa” (KELSEN, 1986, p. 326). Assim, disserta que “visto que o enunciado que funciona como premissa maior assevera que o sentido subjetivo de um ato de vontade dirigido à conduta de outrem é também o seu sentido objetivo, e isto significa uma norma válida, se este ato é autorizado por uma norma da Moral ou do Direito pressuposta como válida, esse silogismo teórico parece conduzir a um *regressus in infinitum*. Pois a norma prevista como válida é mesmo o sentido subjetivo de um ato de vontade dirigido à conduta de uma pessoa, o qual é o sentido objetivo desse ato, e conseqüentemente apenas é uma norma válida, se ele é autorizado por uma norma pressuposta como válida” (*Ibidem*). O enunciado da norma fundamental, pressuposta, vai ao encontro do princípio metodológico fundamental inscrito na Teoria Pura do Direito, que é assim enunciado pelo teórico: “Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende

desenvolvimento teórico da Norma Fundamental se dá a partir da ideia de que o fundamento de validade de uma norma, ou seja, o parâmetro de averiguação da pertinência de uma norma ao ordenamento, somente pode advir de uma outra norma, e não de um fato, ou de um ser do mundo. Isso quer dizer que todo ato de vontade, seja ele subjetivo ou objetivo, encontra sua razão de ser, seu núcleo de sustentação, a partir de algo que lhe confira, do ponto de vista do observador, validação.

A construção teórica do conceito de Norma Fundamental perpassou por inúmeras modificações, até chegar ao seu ajustamento como norma fictícia. Calcado na teoria do “Als-Ob” (*Como-se*) de Hans Vaihinger, Kelsen identifica que o fechamento lógico do sistema jurídico somente poderia se dar mediante o recurso a um mecanismo que não existe no mundo real, não se traduzindo como algo tangível, como um ato de vontade palpável, verificável pela experiência, mas como um “ato meramente pensado (1986, p. 328). Esse desaguar teórico parte da ideia de que a norma fundamental é identificada não somente pela razão de que ela contradiz a própria realidade, mas pelo fato de ela contradizer a si mesma. Nas palavras de Kelsen, isso se dá

Pois a suposição de uma norma fundamental – como porventura a norma fundamental de uma ordem moral religiosa: “Deve-se obedecer aos mandamentos de Deus, como determina historicamente a primeira Constituição” – não contradiz apenas a realidade, porque não existe tal norma como sentido de um real ato de vontade; ela também é contraditória em si mesma, porque descreve a conferição de poder de uma suprema autoridade da Moral ou do Direito e com isto parte de uma autoridade – com certeza apenas fictícia – que está mais acima dessa autoridade (1986, p. 328-329).

O recurso à teoria do “Como-se³⁷” é uma interessante forma de se escapar da circularidade do regresso ao infinito geralmente identificado em teorias anteriores. Isso porque a partir da conceituação de Vaihinger, “Uma ficção é um

libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental” (KELSEN, 2009, p. 1). Como será retomado no capítulo 3, a efetivação de uma norma fundamental nesses moldes tem como particular função permitir fechar a unidade do sistema do direito a partir de um viés ontológico, de existência do direito como direito dado, como objeto a ser conhecido pelo sujeito cognoscente. Contudo, a partir da teoria dos sistemas, essa forma de realizar o objeto do sistema do direito é, em certa medida, encoberta por uma névoa que impede ao observador ir para além da ficção.

³⁷ Kelsen cita importante passagem da obra de Vaihinger, que explana sua teoria nos seguintes moldes: “como funções verdadeiras, no mais rigoroso sentido das palavras, obtêm-se tais formas de representação, que apenas não contradizem a realidade, como também são contraditórias em si mesmas. Delas devem-se diferenciar tais formas de representação que só contradizem dada realidade e respectivamente dela se afastam sem ser contraditórias em si mesmas... podem-se indicar as últimas como pseudo-ficções, semificções” (VAIHINGER, Hans. *Die Philosophie des Als-Ob*, 7. E 8. Aufl., Leipzig, 1922, p. 24, *apud* KELSEN, 1986, p. 328-329).

recurso do pensamento, do qual se serve se não se pode alcançar o fim do pensamento com o material existente” (VAIHINGER *apud* KELSEN, 1986, p. 329). Diante disso, Kelsen refaz seu percurso realizado na Teoria Pura do Direito, e propõe que a norma fundamental não se encerra por meio de uma natureza hipotética, mas fictícia:

O fim do pensamento da norma fundamental é: o fundamento de validade das normas instituintes de uma ordem jurídica ou moral positiva, é a interpretação do sentido subjetivo dos atos ponentes dessas normas como de seu sentido objetivo; isto significa, porém, como normas válidas, e dos respectivos atos como atos ponentes de normas. Este fim é atingível apenas pela via de uma ficção. Por conseguinte, é de se observar que a norma fundamental, no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-Se não é hipótese – como eu mesmo, acidentalmente, qualifiquei –, e sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então, deve ser acompanhada, porque a ela não corresponde a realidade (ob. Cit., p. 143 e ss.) (*Ibidem* – grifo do autor).

Importante contribuição teórica para o entendimento do fenômeno de encerramento unitário do sistema jurídico nos foi dada também por Herbert Hart, em sua famosa obra “O Conceito de Direito”. Partindo de pressupostos teóricos distintos da teoria kelseniana, Hart se propõe a refletir sobre a ideia de uma norma última, que validaria todas as demais presentes no sistema jurídico, que ele denomina de norma de reconhecimento. Para ele, a imagem final dessa norma de reconhecimento deve ser dissociada da visão de que o sistema jurídico deve conter, no seu ponto de chegada, um “poder legislativo soberano juridicamente ilimitado³⁸” (HART, 2009, p. 136). Isso se dá a partir do momento em que o próprio ordenamento traz em si seus limites, porquanto o poder político soberano nunca é ilimitado, mas sempre circunscrito a um mínimo, um

³⁸ A complexidade da relação entre critério supremo de validação e poder ilimitado é abordada por Hart na medida em que este considera que ambos os conceitos são facilmente confundidos em sua interrelação dentro da teoria do direito. Para ele, “uma razão é que, nas formas mais simples de sistema jurídico, as ideias de norma última de reconhecimento, critério supremo e poder legislativo juridicamente ilimitado parecem convergir. Pois, onde quer que exista um poder legislativo não sujeito a limitações constitucionais e que seja competente para privar de juridicidade a todas as outras formas de direito que emanem de outras fontes, a norma de reconhecimento daquele sistema dita que a atuação desse pode constitui o critério supremo de validade. Esta é, de acordo com a teoria constitucional, a situação do Reino Unido. Mas mesmo sistemas como o dos Estados Unidos, no qual não existe esse poder legislativo juridicamente ilimitado, podem perfeitamente conter uma norma última de reconhecimento que fornece um conjunto de critérios de validade, um dos quais é supremo. Isso acontecerá onde a competência legislativa do poder legislativo ordinário seja limitada por uma constituição que não prevê o poder de emenda ou que subtrai algumas cláusulas do alcance desse poder. Nesse caso, não há um poder legislativo juridicamente ilimitado, mesmo na interpretação mais lata da expressão “poder legislativo”; mas, evidentemente, o sistema contém uma norma última de reconhecimento e inclui, nas cláusulas de sua constituição, um critério supremo de validade” (HART, 2009, p. 137).

irredutível, que deve ser resgatado a partir de uma atitude de deferência. Hart critica, assim, aquelas teorias que de alguma maneira colocam a validação do sistema jurídico centrada em uma norma que valida as demais do sistema, mas que sua própria validade não pode ser demonstrada, como a proposta inicial de Hans Kelsen (*Ibdem*, p. 139). Segundo o autor, há uma quebra da visão total sistêmica ao se desconsiderar que a validade das normas tem como ponto de encontro os enunciados jurídicos produzidos no bojo desses ordenamentos por aqueles agentes que de alguma forma aceitam a norma de reconhecimento e, por conseguinte, as normas a serem aplicadas aos casos concretos, fato que deixa implícito “muitas coisas que poderiam ser expressas em enunciados factuais externos sobre o sistema” (*Ibdem*). Diante disso, haveria dificuldades por parte do observador, a partir da óptica externa, de identificar uma regra de reconhecimento se iniciando do próprio sistema. A distinção entre o aspecto interno e externo desse exerceria, então, a chave interpretativa para se localizar a norma de reconhecimento. Ora, para a aplicação do direito, há um comportamento-padrão que pode ser constatado na ação daqueles agentes que se movem nesse campo das ciências humanas aplicadas, promovendo a juridicidade do sistema vinculante de condutas. Eles aceitam a existência do ordenamento e, conseqüentemente, da norma de reconhecimento que age sobre esse validando-o. Há, então, a formação de um enunciado interno, “que aplica uma norma de reconhecimento aceita mas não explícita, e que não significa (*grosso modo*) nada além de ‘válida segundo os critérios de validade do sistema’” (*Ibdem*, p. 141-142). Noutra ponta, Hart estabelece que a norma de reconhecimento possui uma peculiaridade quando contraposta às demais normas do sistema, pois a sua verificação, a asserção que corrobora sua existência, “só pode ser um enunciado factual externo” (*Ibdem*, p. 142). Para ele, as normas existentes no sistema se relacionam conforme a ideia de validade, existindo e a ser válida mesmo que geralmente desrespeitada. Por outro lado, a norma de reconhecimento nada mais é que uma “prática complexa”, que em condições normais é harmônica e convergente com o ordenamento, a envolver “a identificação do direito pelos tribunais, autoridades e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios. *Sua existência é uma questão de fato*” (*Ibdem*, grifo nosso). A partir disso, a norma de reconhecimento é verificada de fora do sistema, a ter como ponto de partida a verificação de deferência dos

agentes perante o ordenamento, reconhecendo-o como vinculante e normativamente imponente.

Inúmeros outros filósofos e especialistas em dogmáticas jurídicas elaboraram teorias acerca dessa ideia de fundamento último. São teorias conhecidas como ontológicas, uma vez que se debruçam, de certa maneira, sobre o fenômeno jurídico dado, no propósito de avaliar um objeto que se apresenta à atividade cognoscitiva humana para ser interpretado conforme se desvela diante do sujeito que a conhece³⁹. A gnosiologia jurídica, nesse ponto, parece adentrar por caminhos que, no percurso de uma investigação lógico-argumentativa, acaba por desembocar em paradoxos praticamente insuperáveis. Os dois exemplos retratados, a norma fundamental como ficção e a norma de reconhecimento como prática complexa, demonstram bem que os rumos percorridos pela teoria do direito chegam a pontos cuja fundamentação se mostram em certa medida constrangedora para averiguação da lógica argumentativa, muitas das vezes se assentando em paralogismos cujas contradições internas acabam por inviabilizar uma adequada captura do fenômeno.

Em razão dessas questões, a teoria dos sistemas parte de outro ângulo para encarar o fenômeno jurídico, sem ter que o reduzir a mera estruturação hierarquizada ontológica, ou a uma verificação empírica de eficácia. A perspectiva da teoria dos sistemas, que se amolda precisamente ao escopo de uma abordagem que leva em consideração o papel estabilizador e emissões de expectativas desempenhado pelas normas jurídicas, especialmente os tratados internacionais comuns, origina a análise do sistema do direito a partir de sete conceitos básicos: sistema, operação, autorreprodução, autopoiese, observador, complexidade e sentido.

O encerramento operativo do sistema do direito somente pode ser encarado a partir da ideia de sistema aberto, como já introduzido no tópico anterior. Para isso, deve-se levar em consideração que um sistema nada mais é que “a diferença resultante da diferença entre o sistema e meio”, ou seja, o

³⁹ A teoria ontológica também possui importante representação no movimento filosófico conhecido como realismo jurídico, que identificava a ordem jurídica como “fatos”. Um de seus principais expoentes, Karl Olivercrona, partia da ideia de que a norma jurídica somente teria razão de existir e seria plenamente constatável desde que se identificasse quais seriam as motivações factuais que levariam ao seu cumprimento, concepção que numa perspectiva sistêmica e até mesmo lógico-argumentativa move-se em terrenos bastante movediços (LUHMANN, 2009, p. 179).

conceito é estabelecido em uma perspectiva de uma dupla diferença (LUHMANN, 2009, p. 80-81), identificável por um observador. Nesse ponto, leva-se em consideração o fato de que a Teoria dos Sistemas tem como perspectiva principal analisar a grande desigualdade informacional e estrutural existente entre o sistema e o meio, sendo este muito mais complexo e embebido de maior gama de possibilidades de ligação e interconexão no que diz respeito às interações entre sistemas, ou entre o sistema e seu meio. Diante dessa configuração inicial, Luhmann expõe que uma Teoria dos Sistemas “não começa sua fundamentação com uma unidade, ou com uma cosmologia que represente essa unidade, ou ainda com a categoria do ser, mas sim com a diferença” (*Ibidem*).

O estudo do sistema a partir da ideia de diferença desloca o ponto de chegada da análise do arranjo cognitivo da estrutura e da função do sistema jurídico referenciado à ideia de hierarquia validadora, onde se consubstancia a unidade do sistema, para a identificação de uma operação básica, que se amolda a um código binário compositivo, e que permite fechar a operacionalidade sistêmica em um viés comunicativo, onde se identificam fontes, receptores e a possibilidade de o sistema, a partir do próprio sistema, manter coerência interna, conquanto coexista em sua própria estrutura contradições, possibilidades de decepções, uma certa gama de entropia controlada.

A visualização do fenômeno da diferença pode ser mais facilmente identificável, por exemplo, no desenvolvimento da semiologia pelo primeiro grande linguista da história, Ferdinand de Saussure. A relação entre linguagem e língua é algo que por muito restou obnubilada na história humana. Em geral, “a linguagem implica ao mesmo tempo um sistema estabelecido e uma evolução: a cada instante ela é uma instituição atual e um produto do passado” (SAUSSURE, 2012, p. 40). Como mecanismo de expressão humana, cujo grau de complexidade escapa dos objetivos do presente trabalho, tem-se que a linguagem, em sua evolução, assentou como um dos seus pilares a língua como fenômeno de sua manifestação. Isso leva em consideração que a língua⁴⁰ pode

⁴⁰ Indaga Saussure: “Mas o que é a língua”? Explica, no sentido de que “para nós, ela não se confunde com a linguagem; é somente uma parte determinada, essencial dela, indubitavelmente. É, ao mesmo tempo, um produto social da faculdade de linguagem e um conjunto de convenções necessárias, adotadas pelo corpo social para permitir o exercício dessa faculdade nos indivíduos. Tomada em seu todo, a linguagem é multiforme e heteróclita; o cavaleiro de diferentes domínios, ao mesmo tempo física, fisiológica e psíquica, ela pertence além disso ao domínio individual e ao domínio social; não se deixa classificar em nenhuma

ser colocada como uma das formas de revelação da linguagem (*Ibdem*, p. 41), cuja estruturação e autonomia nos permite raciocinar o fenômeno comunicativo com maior precisão e conforto no que se refere à inteligibilidade.

Dito isso, considera-se que o fenômeno linguístico, que encerra em si a linguagem e a língua, traz no seio do desenvolvimento da língua a capacidade de abstração conceitual própria à racionalidade. É a partir de fatos da consciência, que Saussure chama de conceitos (*Ibdem*, p. 43), que o homem se projeta no mundo e realiza a absorção do mundo pelos signos linguísticos, que possuem a tarefa de transmitir, numa relação de verossimilhança, a imagem de uma ideia, a realizar a cognição de forma a moldar o sentido do mundo e das coisas. Nesse caso, toda função da linguagem e da língua se transparece por meio do estabelecimento de sentido mediante a fixação da diferença. Como bem exemplifica Niklas Luhmann, baseado na teoria estruturalista de Saussure, pode-se observar que na linguagem

Já aparece estabelecida a diferença entre as palavras e as frases. Essa diferença não é o que a semiologia (ou semiótica, conforme o uso na França e nos Estados Unidos) emprega como diferença entre as palavras e as coisas. A linguagem se realiza na medida em que estabelece distinções: professor/aluno; que a distinção expresse algo que realmente ocorre na realidade é uma questão que, para a linguagem, não desempenha um papel determinante: a questão pode permanecer aberta. Podem existir, de fato, diferenças básicas na vestimenta, na idade, mas o que a linguagem na verdade traz é a própria diferença: graças a isso, a linguagem se desenvolve, e é a diferença que conduz toda a realidade do processo de comunicação (2009, p. 81-82).

Para o estabelecimento da diferença no que diz respeito à linguagem, há que se considerar uma dupla face: primeiramente que ao designar algo no mundo, de modo arbitrário, os signos – cuja composição interna é vista através das ideias de significante e significado – estabelecem previamente uma distinção, entre o coronel, o soldado, o cabo, etc., momento ao qual já podemos identificar de maneira explícita qual o posicionamento hierárquico de dado sujeito

categoria de fatos humanos, pois não se sabe como inferir sua unidade. A língua, ao contrário, é um todo por si e um princípio de classificação; desde que lhe demos o primeiro lugar entre os fatos da linguagem, introduzimos uma ordem natural num conjunto que não se presta a nenhuma outra classificação. A esse princípio de classificação poder-se-ia objetar que o exercício da linguagem repousa numa faculdade que nos é dada pela Natureza, ao passo que a língua constitui algo adquirido e convencional, que deveria subordinar-se ao instinto natural em vez de adiantar-se a ele” (*Ibdem*, p. 41). A língua, que possibilita a instrumentalização da linguagem por meio de signos arbitrários, e com alta capacidade comunicativa, é o suporte sobre o qual se erige a comunicação humana e a possibilidade de transmissão de informação, de identificação de operações. Essas informações, traduzem a complexidade do mundo, que contém todos os sistemas, e algo além.

numa corporação, por exemplo. Um segundo plano de evidência diz respeito à linguagem como transmissora de informação⁴¹: esta nada mais é que um estímulo que ao ser contraposto ao sistema perceptivo produz uma diferença, estabelece uma variação do sistema ao qual ela se direciona e é de alguma forma absorvida. De acordo com Niklas Luhmann, o aspecto fundamental deste posicionamento se dá tomando por exemplo a formulação tradicional feita por Gregory Bateson, qual seja de que uma informação é uma diferença que realiza uma diferença (*difference that makes a difference*) (2009, p. 83). Nesse sentido, a informação, que é carregada pela linguagem, realiza uma transformação no próprio estado do sistema que a capta, de maneira que a ação comunicativa, que leva a informação consigo, de algum jeito revela a fixação de uma posição no receptor (*Ibdem*).

O ponto mais relevante para considerações acerca da teoria da diferença é a de que qualquer demarcação previamente feita na realidade já aponta, de alguma maneira, para uma segmentação que se calca no estabelecimento de uma diferença. Um traço numa folha de papel nada mais é que a delimitação da

⁴¹ Na teoria geral dos sistemas, o conceito de informação é amplamente relacionado com o desenvolvimento dos meios de comunicação e experimentos da física. Bertalanffy, ao tratar da relação intrínseca existente entre informação e entropia, ensina que “a noção geral na teoria da comunicação é a de informação. Em muitos casos o fluxo de informação corresponde a um fluxo de energia, por exemplo se as ondas luminosas emitidas por alguns objetos atingem o olho ou uma célula fotoelétrica, produzem certa reação do organismo ou de um maquinismo, e transportam assim informação” (BERTALANFFY, p. 67-68). Apesar de se reconhecer que a informação, de modo amplo, não pode ser expressa exclusivamente em termos de energia, tem-se que outra maneira de se medir a informação é em termos de teoria da decisão, amplamente considerada pelo Direito, especialmente pelo Direito Internacional Público na área de estratégia e inteligência estatal. Para ilustrar a ideia de informação em termos de decisões, Bertalanffy coloca a ideia de considerarmos o Jogo das Vinte Perguntas, onde “se supõe que podemos descobrir um objeto simplesmente recebendo respostas “sim” ou “não” a nossas perguntas. A quantidade de informação transportada em uma resposta é uma decisão entre duas alternativas, tais como animal ou não animal. Com duas perguntas é possível decidir-se por uma em quatro possibilidades, por exemplo mamífero-não mamífero, ou planta com flores-planta sem flores. Com três respostas é uma decisão em oito, etc. Assim, o logaritmo de base 2 das possíveis decisões pode ser usado como medida da informação, sendo a unidade chamada de unidade binária ou bit. A informação contida em duas respostas é $\log_2 4 = 2$ bits, de três respostas é $\log_2 8 = 3$ bits, etc. acontece que essa medida da informação é semelhante à da entropia, ou antes à da entropia negativa, visto que também a entropia é definida como um logaritmo da probabilidade. Mas a entropia, conforme já nos foi dito, é a medida da desordem e por conseguinte a entropia negativa ou informação é a medida da ordem ou da organização, pois esta última, comparada com a distribuição ao acaso, é um estado improvável” (*Ibdem*, p. 68). Diante desses cenários, pode-se visualizar facilmente que um sistema é sempre estimulado com informações e, a partir da constatação de uma diferença, acaba por processá-las conforme seus próprios códigos. Tal acontece, inexoravelmente, no Direito Internacional Público, especialmente no que se refere ao aperfeiçoamento dos tratados internacionais comuns por meio de inúmeros mecanismos de negociação, que nada mais são do que a seleção, pela diferença, de várias possibilidades, estabelecidas em um meio de alta entropia positiva (política, economia, meio-ambiente, moral, poder, etc.) e que deve ser absorvida pelo sistema do direito a partir de uma lógica prospectiva estabilizadora, que concretiza o fenômeno da confiança.

diferença entre aquilo que está de um e de outro lado do traço, da forma⁴², de modo que as realizações operacionais, os fatos e as ações são meios que estabelecem uma diferença ao se manifestarem. Como coloca Luhmann, parafraseando Hegel, “o processo não ocorre a partir de uma unidade indeterminada, para abrir caminho em direção à unidade determinada (...), mas decorre da posição de uma diferença em direção à outra” (2009, p. 84). Com base na diferença, estabelecida numa distinção que se dá através da indicação de um ou outro lado da forma, pode-se identificar qual o código próprio do sistema que se quer referenciar e, de mais a mais, a operação constitutiva do encerramento operativo. A teoria da diferença, como se verá nos tópicos seguintes, assume especial valia ao apontar não somente para os limites sistêmicos do direito, da economia, da política, dos códigos de poder e da moral, como também pelo fato de possibilitar a delimitação do sistema como estrutura circular em razão da autopoiese que é garantida por meio da estrutura indicada através da distinção. Essas condições são de relevância substancial para a delimitação das expectativas normativas desenhadas pelos tratados internacionais comuns no âmbito do sistema jurídico brasileiro, que se vertem, na cotidianidade, em expectativa cognitiva, calcada no fenômeno na confiança.

Os aspectos teóricos citados no caminho de Spencer-Brown assumem fundamental importância no que diz respeito à simultaneidade e às diferenças temporais dos conceitos de indicar e distinguir. Para que se possa indicar, deve-se distinguir, e para que se possa distinguir, deve-se indicar. Contudo, como ilustra Luhmann, “no momento em que se inicia a operação da distinção, já se pressupõe uma distinção na distinção” (2009, p. 87). Isso expressa que há dois tipos de distinções a serem levadas em consideração; primeiro, distingue-se algo de todo o resto, sem se especificar o outro lado da distinção; segundo, leva-se em conta que na operação da distinção, “a diferenciação limita o que deve ser levado em conta no outro lado da forma”, tendo em vista que há um espaço

⁴² Muitas das referências em relação à teoria da diferença se dão em razão dos desenvolvimentos teóricos dados por George Spencer-Brown em sua famosa obra “Laws of Form”. Como coloca Luhmann, “Para Spencer-Brown, a forma (daí o título da obra, *Laws of Form*) é forma de uma distinção; portanto, de uma separação, de uma diferença. Opera-se uma distinção, traçando-se uma marca que separa duas partes, impossibilitando a passagem de uma à outra, sem atravessar essa marca. A forma é, portanto, uma linha fronteira que marca uma diferença, e leva a elucidar qual parte está indicada quando se diz estar em uma parte, e por onde deve começar ao se buscar proceder a novas operações” (2009, p. 86). Essa consideração sobre a teoria da diferença é importante mecanismo para se avaliar as profundas clivagens existentes entre os diversos sistemas e seus respectivos meios, bem como para identificar o código e a operação específica de cada sistema.

marcado, delimitado. Na primeira face não se necessita inarredavelmente da distinção, mas tão somente da indicação. O tratamento da diferença baseada na Teoria da Forma de Spencer-Brown torna-se um interessante mecanismo para se abstrair a ideia de sistema, de sua delimitação operativa, fato que pode ser observável a partir da indicação possibilitada pela operação de distinção, que por sua vez nada mais é que uma distinção na distinção. São operações concomitantes. E nesse caminho, admite-se que “um sistema é uma forma de dois lados, e que um desses lados (o do sistema) pode ser definido mediante um único tipo de operador (como Spencer-Brown o pretende, no cálculo matemático)” (2009, p. 88).

Dentro da argumentação construída no presente estudo, a identificação do operador do sistema (indicação-distinção) possibilita a averiguação da autonomia e da transformação contínua em processo-potência-ato dos fenômenos da autorreprodução e da autopoiese a partir das estruturas. Essa distinção estabelecida entre o sistema e o meio, demarcado pela distinção, é que proporciona ao observador de segunda ordem estabelecer os laços conceituais e próprios a cada sistema (tanto na perspectiva de auto-observação como no viés da hetero-observação). Como bem coloca Luhmann, tem-se que

Em geral, nas definições disponíveis sobre o conceito de sistema, não se considera essa unidade de operação. Fala-se, por exemplo, em *relacionamento entre os elementos*, ou na *relação entre estrutura e processo*, ou em um *autoproceto estrutural que se conduz a si mesmo*. Mas, em tudo isso – relação, limite, estrutura, processo – a pergunta fundamental consiste em qual é a unidade de operação que designa o sistema. Geralmente, é comum responder que o sistema é *indefinível*, *indeterminável*; e que, em última instância, nesse *in* encontra-se a substância do sistêmico. No entanto, pode-se ir mais além dessa carência de definição, na medida em que se tomam como orientação princípios de teoria fundados na operação. Ou seja, na base dessas considerações reside o princípio de que um único tipo de operação produz o sistema, sempre e quando medeie o fator tempo (uma operação sem tempo não constitui sistema, mas fica reduzida a um mero acontecimento). Na recursividade de um mesmo tipo de operação, temos como resultado um sistema. A operação deve ter a capacidade de concatenar no tempo outras operações do mesmo tipo, levando necessariamente a uma conexão seletiva das operações, na medida em que permite que, em outro lugar, ocorra outro tipo de operação distinta (2009, p. 89).

A partir dessas premissas teóricas básicas, tem-se que o sistema, numa perspectiva comparativa em relação aos seres vivos, por exemplo, é dotado de uma estrutura circular, o que lhe permite uma recursividade autopoietica vertida no tempo. Dessa forma, como teoriza Luhmann, “a diferença entre *sistema* e *meio* resulta do simples fato de que a operação se conecta a operações de seu

próprio tipo, e deixa de fora as demais” (*Ibidem*). Ao identificar o sistema como a diferença da diferença entre o sistema e o meio – o que possibilita a existência da observação da observação, que é o fato elementar do princípio da diferença sistêmica, cujo ponto de consubstanciação é o operador comum – a teoria dos sistemas acaba por apontar para novos aportes epistemológicos no que se refere à capacidade de identificação da autonomia e da unidade do sistema – que em verdade nada mais que dizer que uma dupla diferença, cujo ponto mínimo é a operação. O operador, que é indicado e diferenciado no tempo, possibilita a autorreferência do sistema, o fechamento operativo e a autopoiesis. Essa é a base do sistema de controle de constitucionalidade e de supralegalidade dos tratados internacionais comuns, uma vez que os observadores de primeira ordem – operadores jurídicos – nada mais fazem que aplicar a recursividade da operação comunicativa própria do sistema do direito como modo de avaliar se algo pertence ou não ao sistema. Ou seja, como se verá, retroação.

Dentro da lógica conceitual sobre a qual se assenta a teoria geral dos sistemas, Luhmann passa a procurar sobre necessidade de se identificar qual seria a operação única, que diferenciaria os sistemas sociais dos demais, ou seja, qual o tipo de operador que teria a função e a capacidade de amarrar as operações anteriores com as posteriores, cujo resultado não desnature a própria ideia de circularidade, autorreferência, fechamento operativo e autopoiesis. Assim, o sociológico destaca que a referência aos sistemas sociais não permite a identificação de uma “multiplicidade de alternativas” que poderiam selecionar formas viáveis para se identificar uma operação que defina o social. Para ele “a comunicação é o único fenômeno que cumpre com os requisitos: um sistema social surge quando a comunicação desenvolve mais comunicação, a partir da própria comunicação” (2009, p. 90). Essa percepção é fatal para a análise do Direito e seu operador, que é a comunicação. Toda a rede normativa está assentada, recursivamente, ao fato da linguagem. E é nesse corpo normativo que se permite, por meio do princípio da diferença, avançar sobre a evolução do quadro dos direitos, e sobre a influência do sistema do direito sobre os demais sistemas sociais, mormente a política, a economia, a moral e o meio-ambiente. É a comunicação que possibilita o enfeixe do sistema altamente complexo e que participa de um meio ainda mais complexo e com alta carga informacional-comunicativa. Chega-se, então, à ideia de que a comunicação se coloca como “uma operação genuinamente social (e a única enquanto tal), porque pressupõe

o concurso de um grande número de sistemas de consciência, mas que, exatamente por isso, como unidade, não pode ser atribuída a nenhuma consciência isolada” (2009, p. 91). Assim, essa compreensão acaba por considerar que a comunicação é essencialmente social, porquanto não há possibilidade de se chegar ao consenso promovido na forma de uma “consciência comum coletiva”, com o objetivo de se desaguar em um acordo total sobre um dado, mas, mesmo assim, “a comunicação funciona” (*Ibdem*). Nesse cenário, Luhmann sintetiza o princípio da diferença pela existência de um paradoxo:

Na sociologia, a Teoria dos Sistemas toma como ponto de partida um princípio de diferenciação: o sistema não é meramente uma unidade, mas uma diferença. a dificuldade desse preceito teórico reside em poder imaginar a unidade da referida diferença. Para poder ser situado, um sistema (unidade) precisa ser diferenciado. Portanto, trata-se de um paradoxo: o sistema consegue produzir sua própria unidade, na medida em que realiza uma diferença (2009, p. 101).

A tomar esses pontos fundamentais, tem-se que na teoria do encerramento operativo a diferença entre o sistema e o meio só se realiza e só é possível pelo próprio sistema. A especificidade do conceito de encerramento operativo reside no fato de que o sistema não pode empregar suas próprias operações para entrar em contato com o meio circundante, mas deve realizar a conversão dos códigos para que absorva a informação e realize *outputs* com o intuito de formatar um ambiente cuja característica seja a neguentropia. Assim, a tomar que o encerramento operativo é algo próprio aos sistemas abertos ao meio, tem-se que nesse caso estes estabelecem seus próprios limites, produzindo um tipo de operação exclusiva, diferenciada, e que somente pode operar do lado interno da forma (2009, p. 102-103). Assim, “cada observação sobre o meio deve ser realizada no próprio sistema, como atividade interna, mediante distinções próprias (para as quais não há nenhuma correspondência no meio)”. Nessa ordem de fatores é que se coloca que toda operação de observação pressupõe uma diferenciação conceitual entre heterorreferência e autorreferência (*Ibdem*), o que possibilita a formação, como se verá, de acoplamentos estruturais e, do ponto de vista interno, a realização de *feedbacks*⁴³.

⁴³ O encerramento operativo traz como consequência o fato de que o sistema passa a depender de sua própria organização. Conforme Luhmann: “as estruturas específicas podem ser

Seguindo o caminho traçado até aqui, tem-se agora a possibilidade de melhor visualizar as bases conceituais que possibilitam enxergar o fenômeno da autopoiese, que consiste num dos conceitos centrais da teoria dos sistemas. A partir dessa visão geral tem-se melhor noção acerca da imbricação existente entre os sistemas político, normativo, econômico, moral, etc., e como eles realizam trocas mediante *outputs* e *inputs* com algum grau de estabilidade, afastando, a partir de suas próprias estruturas, os movimentos de absorção do sistema pelo meio, ou seja, os mecanismos atratores anteriormente referenciados.

Além do mais, a definição de encerramento operativo também prepara para evidenciar como o Direito Internacional Público e o Direito Interno se inter-relacionam em uma única estrutura normativa, marcada por operações e códigos comuns. Essas considerações são de grande importância para avaliar o porquê da necessidade de se estabelecer um novo arranjo normativo ao ordenamento jurídico brasileiro em matéria de tratados internacionais comuns, a despeito de a teoria dos sistemas de base luhmanniana não levar em consideração o aspecto escalonado do ordenamento como algo próprio à análise da teoria dos sistemas. Esse fato não desautoriza o estudo e as argumentações construídas, pelo contrário, demonstra que a teoria dos sistemas funciona como importante instrumento de identificação de problemas estruturais no meio e no sistema e, a partir dessa visão, permite aos observadores realizar um movimento de modificação de pontos da estrutura, em contínuo processo de aperfeiçoamento e distensão dos conflitos, em que pese esses serem inerentes à realidade comunicativa enquanto forma de expressão humana em sociedade.

construídas e transformadas, unicamente mediante operações que surgem nele mesmo; por exemplo, a linguagem pode ser transformada somente mediante comunicações, e não imediatamente, com fogo ou fresas, ou com radiações especiais, ou em virtude de desempenhos perceptivos da consciência do indivíduo. O encerramento operativo faz com que o sistema se torne altamente compatível com a desordem do meio, ou mais precisamente com os meios ordenados fragmentariamente, em pedaços pequenos, em sistemas variados, mas sem formar uma unidade. Pode-se dizer que a evolução leva necessariamente ao encerramento dos sistemas, o qual, por sua vez, contribui para que se instaure um tipo de ordem geral em relação ao qual se confirma a eficácia do encerramento operativo” (2009, p. 111).

2.4 O direito como sistema autopoietico e auto-organizado⁴⁴: limites de desenvolvimento do Direito Internacional

A partir das premissas colocadas pela teoria do encerramento operativo, pôde-se melhor identificar a separação existente entre os sistemas fechados e os sistemas abertos, sendo os primeiros conectados, geralmente, com os sistemas técnicos – como exemplo clássico a Máquina de Carnot, uma máquina ideal no que se refere à conversão de energia em trabalho sem perda significativa de energia para o meio – e os segundos aqueles sistemas abertos ao sentido, que são os que se referem em alguma medida ao meio e podem reproduzi-lo “dentro de si mesmos (*re-entry*), sem que tenham de produzir efeitos causais⁴⁵” (2009, p. 106).

⁴⁴ Em primeiro plano já se coloca que a definição desses conceitos com base nos desenvolvimentos teóricos de Niklas Luhmann estão longe de encontrar uníssono na literatura especializada. Gunther Teubner, por exemplo, diz que Luhmann em alguma medida não precisou de maneira adequada o âmbito de incidência desses conceitos. Aliás, ao tomar o pensamento de ROTH, partindo “das categorias sucessivas da auto-organização, auto-produção, auto-subsistência e auto-referencialidade” coloca a necessidade de se alocar de maneira precisa os termos no âmbito de uma teoria dos sistemas e, especialmente, na análise dos sistemas sociais. Explicita Teubner, que “defende este autor [Roth] que os sistemas têm um carácter auto-organizado quando os seus elementos possuem uma natureza tal que lhes permite “espontaneamente” criar e assumir um determinado estado de ordem. A auto-produção sistémica resulta da articulação cíclica dos processos de auto-organização entre si. A auto-subsistência (enquanto preservação da identidade do sistema, manutenção dos seus limites e fonte energética) deve ser adicionada à auto-produção, de molde a que a autopoiesis de um sistema (no sentido de auto-reprodução dos elementos sistémicos usado por Maturana) se torne possível. Segundo Roth, um sistema tornar-se auto-referencial quando os seus elementos interagem entre si de uma forma cíclica, sem contudo serem auto-produzidos. É óbvia a proximidade das distinções feitas por este autor das conclusões dos estudos das reações químicas particulares (auto-organização), processos celulares (autopoiesis como auto-produção e auto-subsistência) e processos neurológicos (o cérebro humano como sistema auto-referencial embora não autopoietico), o que significa não poderem ser extensíveis sem mais a uma teoria geral dos sistemas. Não serão afinal esses “estados” de sistemas auto-referenciais puros elementos de um novo género de autopoiesis? Significará auto-organização apenas a produção de uma ordem particular (estrutura) ou antes a produção circular dos próprios elementos? É interessante notar aqui a clara separação entre auto-referência e autopoiesis, entre auto-produção e auto-subsistência, bem assim como a ideia de articulação cíclica dos processos circularmente organizados”. E a partir desse raciocínio analítico, Teubner critica diretamente Luhmann: “O próprio LUHMANN não parece possuir uma construção conceptual uniforme de toda esta problemática. As famílias de conceitos que elaborou não nos dão uma visão de conjunto consistente, verificando-se que um mesmo critério definidor de uma dada família conceptual pode não apenas não se aplicar a todos os conceitos particulares nela integrados, como vir mesmo a ser aplicado no contexto de outras famílias (TEUBNER, 1989, p. 36-38). Para a estruturação metodológica do presente trabalho, adota-se o sistema conceitual feito por Luhmann, mas sempre tendo em mente que há divergências teóricas entre os distintos autores que se debruçaram sobre o estudo da Teoria dos Sistemas aplicada à análise dos sistemas sociais, em especial do Direito.

⁴⁵ A distinção entre causalidade e teleologia é relevante para explicar o conceito de equifinalidade, que, como dito, é o mecanismo apto a explicar a interdisciplinaridade da Teoria Geral dos Sistemas. Como disserta Bertalanffy, tem-se que “na concepção do mundo chamado mecanicista, nascida da física clássica do século XIX, o jogo cego dos átomos, governado pelas leis inexoráveis da causalidade, produzia todos os fenómenos do mundo, inanimado, vivo e

Com o conceito de encerramento operativo, temos ainda um ganho epistemológico de grande importância quando complementado com a ideia de acoplamentos estruturais, que será abordado no “Capítulo 4”. Basicamente, conforme Luhmann,

O conceito de acoplamento estrutural define que no encerramento operativo a causalidade⁴⁶ é canalizada de maneira que exista uma relativa coordenação ou integração entre sistema e meio, sem que seja preciso renunciar à radicalidade da tese do encerramento operativo. Exatamente porque os sistemas estão encerrados em relação à sua operação, eles podem ser influenciados mediante acoplamentos estruturais, ao menos ao longo prazo (2009, p. 112).

Nessa perspectiva, tem-se um duplo desdobramento do encerramento operativo em relação àquilo que se converteu na mais pujante discussão na Teoria dos sistemas, quais sejam os conceitos de auto-organização e de

mental. Não havia lugar para a direção, a ordem ou a finalidade. O mundo dos organismos era visto como um produto do acaso, acumulado pelo jogo sem sentido de mutações ocasionais e da seleção, sendo o mundo mental um curioso e a bem dizer inconsequente epifenômeno dos acontecimentos materiais. A única finalidade da ciência parecia ser analítica, isto é, a divisão da realidade em unidades cada vez menores e o isolamento de cadeias causais individuais. (...) podemos declarar, com característica da ciência moderna, que este esquema de unidades isoláveis atuando segundo a causalidade em um único sentido mostrou-se insuficiente. Daí o aparecimento em todos os campos da ciência de noções, tais como totalidade, holístico, organísmico, Gestalt, etc., significando todas que, em última instância, temos de pensar em termos de sistemas de elementos em interação mútua. De modo semelhante, as noções de teleologia e finalidade pareciam estar fora do âmbito da ciência, sendo o local de recreio de entidades misteriosas, sobrenaturais ou antropomórficas. Essas noções eram por outro lado interpretadas como um pseudoproblema, intrinsecamente estranho à ciência, sendo meramente uma equivocada projeção do espírito do observador numa natureza governada por leis sem finalidade. Contudo, estes aspectos existem e não se pode conceber um organismo vivo, já não falando do comportamento e da sociedade humana, sem levar em conta aquilo que de maneira variada e um tanto imprecisa é chamado adaptação, finalidade, intencionalidade, etc. (BERTALANFFY, 2015, p. 71-72). O teórico explicita que esse tipo de concepção acaba por se mostrar como um legítimo problema para as ciências e se manifesta em alguns modelos teóricos para a análise dos fenômenos. Um deles é o conceito de equifinalidade que já foi referenciado no presente trabalho, cuja constatação é a de que em sistemas abertos pode ser observado um processo no qual os acontecimentos tendem para um estado final característico a partir de diferentes estados iniciais e, muitas das vezes, seguindo caminhos diferentes. Nesse caso de observação da equifinalidade, ganha relevo as divergências teóricas que se dão no âmbito da aplicação do direito, mormente se se considera as implicações advindas das inúmeras teorias da argumentação jurídicas e das teorias sobre a natureza das normas jurídicas – especialmente a diferenciação em voga entre regras e princípios, que ainda cria inúmeras divergências e dificuldades epistemológicas e gnosiológicas de enfrentamento. A equifinalidade ajuda a entender o porquê de no Direito haver tantas formas de se argumentar, tantos caminhos a percorrer, e cujos fatores desembocam em um mesmo resultado prático (ou não, a depender do grau de atração que os demais sistemas sociais desempenham sobre as estruturas do código jurídico e das operações comunicativas singulares ao Direito).

⁴⁶ Parece que do ponto de vista de sistemas abertos dotados de sentido, a melhor forma de abordagem seria em relação ao aspecto finalístico do sistema, e não meramente causal, como feito na distinção elaborada por Bertalanffy, anteriormente referenciada.

autopoiesis⁴⁷. Estes são dois conceitos apartados, e que marcam aspectos específicos do encerramento operativo. Ambos se assentam no princípio da diferença e na identificação da operação comum ao sistema. Assim, “dentro do sistema não existe outra coisa senão sua própria operação” (*Ibdem*). E é sobre essa operação que se consegue identificar os dois “acontecimentos fundamentais” dentro do sistema: a auto-organização e a autopoiesis. Auto-organização

Significa construção de estruturas próprias dentro do sistema. Como os sistemas estão enclausurados em sua operação, eles não podem conter estruturas. Eles mesmos devem construí-las: por exemplo, numa conversa, o que se disse por último é o ponto de apoio para dizer o que se deve continuar dizendo; assim como o que se percebe no último momento constitui o ponto de partida para o discernimento de outras percepções. A presença corporal em um espaço específico é o eixo fundamental para captar a normalidade da continuidade da percepção. Portanto, o conceito de auto-organização deverá ser entendido, primeiramente, como produção de estruturas próprias, mediante operações específicas (LUHMANN, 2009, p. 112-113 – grifo do autor).

Por outro lado, o conceito de autopoiesis⁴⁸ “significa, ao contrário, determinação do estado posterior do sistema, a partir da limitação anterior à qual a operação chegou” (LUHMANN, 2019, p. 113). Nesse caminho, o que a autopoiese proporciona é uma estruturação limitante do sistema, que permite ele sair de um certo ponto e se autorreproduzir, ou seja, produzir ainda mais operações, que se ligam a operações já previamente estabelecidas no sistema e providas de sentido para o sistema. Uma projeção que se dá no tempo presente, onde há redução do passado e prospecção do futuro próximo, mas basicamente referenciada ao momento em que se efetiva a operação. Dessa forma, “uma estrutura constitui a limitação das relações possível no sistema, mas não é o fator produtor, a origem da autopoiesis” (*Ibdem*) porque em verdade a

⁴⁷ Sobre a auto-referencialidade dos sistemas abertos, singularmente do Direito, Gunther Teubner aponta que “a teoria dos sistemas deve muito do seu sucesso ao facto de perspectivar os sistemas como realidades abertas e adaptáveis ao respectivo meio envolvente (“Umwelt”, “environment”). Deixando de conceber estes como realidades fechadas e como mónadas opacas, tornou-se possível analisar as formas de interação dos sistemas com o respectivo meio envolvente e, designadamente, as formas de dependência dos primeiros relativamente ao último. É esta envolvente sistémica que determina as condições operatórias dos sistemas “envolvidos”, os quais – numa visão partilhada pelas teorias evolucionistas neo-darwinistas e pelas teorias da contingência da sociologia das organizações – são forçados a adaptar-se para sobreviver” (TEUBNER, 1989, p. 27-28).

⁴⁸ Em uma ordem de análise ainda mais estrita, Teubner conceitua que “o Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistémicos e à articulação destes num hiperciclo (TEUBNER, 1989, p. 53).

estrutura somente passa a produzir esse tipo de efeito no momento em que se coloca em funcionamento a operação específica do sistema, ou seja, em sua constante dinamicidade.

O estudo da estrutura aponta para uma especial reviravolta no campo epistemológico da teoria dos sistemas. Essa não pode ser vista como algo estático, que prefigura de maneira anacrônica o processo de autorreprodução possibilitado pela autopoiese. Ao revés, como estabelece Luhmann, o conceito de estrutura deve ser entendido dentro do eixo de distinção estabelecido entre estrutura/processo, mas para além da visão clássica de que a estrutura traria em si a ideia de imobilidade, segurança, solidez, e que o processo necessariamente estaria configurado em torno da questão de se referenciar a ideia de mudança, transformação⁴⁹ (LUHMANN, 2019, p. 113). A tomar essas ideias, a teoria dos sistemas acaba por trazer para si o fato de que essas estruturas somente podem ser identificadas a partir do momento em que o sistema objeto de análise está em constante operação, em sua atuação viva, auto-organizada e autopoética, que possibilita a autorreprodução. Nesse ponto, Luhmann indaga:

Como é, então, possível explicar as retenções do passado e as antecipações do futuro realizadas mediante as estruturas? As estruturas só produzem efeitos no presente, mediante uma orientação para o estado alcançado imediatamente no sistema. As estruturas auxiliam o sistema a orientar suas próprias operações de acordo com um passado imediato. O sistema não pode mover-se para o futuro, embora seu movimento para o futuro se dê a partir do imediatamente anterior. (2009, p. 113-114).

O refinamento teórico para a compreensão das estruturas parte da verificação de constituição destas mediante acoplamentos estruturais do tempo, em que passado e futuro se unem no presente. Necessário, então, a distinção entre memória e expectativa. Assim, para o sociólogo

A memória não é um passado armazenado. O passado é simplesmente passado e não pode ser atual. A memória é, portanto, uma espécie de prova de consistência que não demanda a especificação de quando ocorreram os acontecimentos: fala-se alemão, e não é preciso recordar quando se aprendeu o idioma; assim como para um teórico de sistemas, não é

⁴⁹ Segundo o autor, “as estruturas são somente relevantes no presente, e só podem ser usadas pelo sistema colocado em operação. Tudo o que sucedeu ou sucederá está no passado ou no futuro, mas não pertence à atualidade. Todas as descrições temporais feitas sobre as estruturas são possíveis na operação (sempre atual) de um sistema: por exemplo, o fato de que esta conferência se realize no mesmo espaço e horário (com outros ouvintes), mas com o mesmo leitor, constitui uma estrutura que só pode ser observada quando o sistema da universidade está operando. A estrutura sempre fica relativizada em relação ao sistema que está em operação, e que só tem um tempo presente” (LUHMANN, 2009, p. 113).

necessário lembrar quando leu, pela primeira vez, a palavra *autopoiesis*. Assim, a memória é a prova de consistência da amplitude de utilização de estruturas. Recordar-se aquilo que no futuro se busca alcançar e, nesse contexto, a memória é pragmática, uma vez que maneja expectativas, antecipações, propõe metas, fins, colhe meios... (LUHMANN, 2009, p. 114).

Do ponto de vista do Direito a memória desempenha um importante papel. Ela estabelece as condições rumo a uma “orientação pragmática para o futuro”, de maneira que os sistemas sociais sobre os quais o Direito atua possam traçar expectativas palpáveis a partir de experiências pretéritas que já passaram por uma espécie de prova da consistência⁵⁰ (LUHMANN, 2009, p. 114). Essa prova de consistência, no caso do Direito brasileiro, está calcada diretamente na forma de autorreprodução do sistema de fontes, em especial no que se refere ao princípio da legalidade, ou do primado da lei. Em um sistema de matriz romano-germânica a retroalimentação das estruturas, em sua maior interseção dinâmica, certamente é realizada pelo Poder Legislativo, que tem a função de inovar o ordenamento infraconstitucional e, na perspectiva constitucional, também atua como constituinte derivado. Sob o viés do aperfeiçoamento dos tratados internacionais comuns, percebe-se que a estrutura do direito interno e do direito internacional, como se verá mais detidamente, está em total consonância com aquilo que um observador de segunda ordem poderia descrever: há conformação em movimento dessas espécies normativas em relação às estruturas presentes tanto no direito interno como no direito internacional, sendo que ambas se unem em razão de um código comum: lícito/ilícito. Esse cenário permite a regular manutenção dos mecanismos de autorreprodução do sistema e, em consequência disso, das operações comunicativas singulares ao Direito, com base na redução do tempo no presente: a memória traz a dinâmica que aponta para um marco de partida; o futuro dá oportunidade de estabilização mínima de expectativas, de confiança.

O exame da memória no âmbito das estruturas é que torna palpável a verificação do aspecto dinâmico do sistema do Direito relativo à estrutura que se forma no passado. Por outro lado, em referência ao futuro, salienta-se a função do conceito de expectativas. Para Luhmann, “as estruturas são, pois,

⁵⁰ Argumenta o autor que “a teoria da memória não se funda num princípio de armazenamento. A neurofisiologia moderna parece constatar tal princípio: no sistema nervoso, não se encontra nada relacionado ao passado, como se determinadas células o tivesse ali preservado; trata-se apenas de uma espécie de revisão de diferentes tipos de reações usuais, conduzidas pelo próprio sistema, e que se colocam novamente à prova em ocasiões determinadas e em tempos específicos (cross checking)” (LUHMANN, 2009, p. 114).

expectativas sobre a capacidade de conexão das operações, tanto da vivência como da ação; ou expectativas generalizadas do que deve ser comum, mas que não são subjetivas⁵¹” (2009, p. 114-115). Vê-se, então, que o ponto de chegada da ideia de expectativa tem a ver com uma qualidade do próprio sistema, que além de ter a capacidade de se auto-observar, tem em si instrumentos de prospecção daquilo que as operações comunicativas entrelaçam em seus processos de autorreprodução, o que possibilita ao sistema caminhar rumo a uma antecipação futura de sentido. Essa antecipação pode efetivamente ser utilizada pelos sistemas psíquicos e sociais⁵².

Essa pertinência conceitual viabiliza a referência ao conceito de auto-organização, visto que, segundo Luhmann, “o sistema só pode operar com estruturas autoconstruídas: não pode haver importação de estruturas” (2009, p. 116). Mas há situações em que um sistema necessita incorporar informações ou parte das estruturas de sistemas externos, quer dizer, do meio. Tentou-se refutar a afirmação de que o sistema autopoietico somente opera mediante estruturas autoconstruídas a partir da ideia de que o processo de aculturação e de aprendizagem da fala se basearia na absorção de estruturas do sistema linguístico pelo sistema cognitivo da criança⁵³. Para explicar essa questão, Luhmann lança mão da ideia de acoplamentos estruturais, que se localizariam na zona de irritação entre diferentes sistemas e que possibilita essa interrelação entre sistemas sem abrir mão do aspecto de auto-organização (2009, p. 117). Essa relação será enfrentada no Capítulo 4 do presente trabalho.

⁵¹ A questão das expectativas não se identificarem com estruturas subjetivas de percepção proporcionou um salto qualitativo na análise dos sistemas, especialmente dos sistemas sociais. Ressalta Luhmann que “muito se criticou a posição teórica que afirma que a expectativa é uma estrutura subjetiva – isto é, que depende exclusivamente do sujeito; embora a tradição que trabalhou com o conceito de expectativa exista há muitos anos e não se refira exclusivamente a estruturas psíquicas. Nos anos de 1930, na psicologia, o conceito de expectativa fragmentou o esquema ferrenho do modelo *input/output*, a partir do momento em que se introduziu a hipótese de que a relação estímulo/resposta deveria ser controlada pelas expectativas do sistema. Os estímulos podem ser identificados, quando são considerados como o terreno que as próprias expectativas buscam para se estimular (2009, p. 115).

⁵² Arremata Luhmann com um importante salto filosófico para a análise dos sistemas ao dizer que “os novos preceitos da Teoria dos Sistemas deixam de lado a distinção sujeito/objeto, substituindo-a pela diferenciação entre operação e observação: operação que um sistema de fato realiza, e observação que pode ser efetuada pelo próprio sistema, ou por outro (2009, p. 115).

⁵³ Aprofunda Luhmann dizendo que “a tese de que as estruturas de um sistema só podem ser autoconstruídas não entra em contradição com a teoria da aprendizagem da linguagem. O fato de se ensinar às crianças em uma determinada sequência – ou seja, mediante estímulos duradouros de um tipo específico – leva a desenvolvimentos de estruturas semelhantes, dado que os diferentes sistemas estão expostos a focos de irritação muito singulares, ocupando-se, assim, continuamente de problemas similares” (2009, p. 117).

Por fim, no que se refere ao desenvolvimento das estruturas do sistema propriamente ditas, o teórico disserta:

Sabe-se muito pouco sobre como ocorre o desenvolvimento das estruturas, de modo a se poder construir um elemento abstrato teórico sobre isso. Entretanto, o mínimo que se pode pensar é que uma estrutura não se constrói à imagem de uma coisa composta de elementos que possam ser reunidos. A especificidade das estruturas reside, antes, no fato de que elas constituem um processo de repetição, no sentido de que uma estrutura simula situações que entende como repetição. Do contrário, aquilo que é totalmente novo nunca poderia ser motivo de aprendizagem. Se o ponto de referência fosse a complexidade do concreto, nunca se poderia chegar à capacidade de comparação, pois não só se trata da complexidade incompreensível do concreto, como também de sua descontinuidade temporal: os alunos assistem a uma aula magisterial olham, escrevem e pensam de maneira diferente do que na exposição anterior (2009, p. 117-118).

Reside nesse ponto o desenvolvimento teórico da autopoiese. Finalmente, chega-se ao conceito chave de toda teoria dos sistemas aplicada aos sistemas sociais. O primeiro aspecto a ser destacado é o de que em relação a essa ideia, “aquilo que se diz para as estruturas também vale para as operações” (LUHMANN, 2009, p. 119). O primeiro passo em relação à definição foi dado por Maturana, para quem autopoiesis “significa que um sistema só pode produzir operações na rede de suas próprias operações, sendo que a rede na qual essas operações se realizam é produzida por essas mesmas operações⁵⁴” (LUHMANN, 2009, p. 119-120). Parte-se, dessa maneira, para a possibilidade de visualização da autonomia do sistema, sendo que esta, consoante a abordagem de Luhmann, se manifesta no nível das operações (2009, p. 120). Assim,

⁵⁴ Os referenciais teóricos a Maturana são de extrema importância para as questões aqui colocadas, pois geraram inúmeras divergências no meio dos estudiosos da Teoria dos Sistemas, como bem aponta Gunther Teubner (1989, p. 51 e s.). Luhmann explica o surgimento do conceito naquele autor “quando ele estava trabalhando com o termo de estruturas circulares para explicar a reprodução celular, embora não considerasse suficientemente apropriada a palavra circular. A partir do encontro com um amigo filósofo, surgiu na prática o tema da diferença entre *praxis* e *poiesis*, abordado em uma aula sobre Aristóteles ministrada pelo referido professor e amigo. *Praxis*, entendida no contexto aristotélico como a paixão da vida estética. A virtude de todo trabalho que não adquire sentido no efeito ou no êxito obtido, mas tão somente pelo fato de se realizar. No contexto de práxis já está contido o momento da autorreferência. Em contrapartida, a *poiesis* foi explicada como algo que se produz fora de si mesmo: faz-se isto ou aquilo, não para executar uma ação que tem sentido unicamente pelo fato de ser feita, mas porque se quer produzir algo. Com esses elementos, Maturana encontrou por si mesmo a ponte para sua expressão, com o acréscimo da palavra auto. Com isso, ele queria indicar que o conceito de autopoiesis se tratava de uma produção de um efeito expressamente perseguido, não de uma práxis. No conceito de autopoiesis a produção consiste em produzir-se a si mesmo – operação que não tem sentido quando se expressa como autopraxis, já que se trataria de uma reduplicação do que a práxis já faz por si mesma. (2009, p. 121-122).

A categorização da *autopoiesis* assume como ponto de partida a questão radical da autonomia, já que define o sistema a partir de seus próprios elementos. Autonomia significa que somente a partir da operação do sistema é possível determinar o que lhe é relevante e, principalmente, o que lhe é indiferente. Consequentemente, o sistema não está condicionado a responder a todo dado ou estímulo proveniente do meio ambiente. Os sistemas não podem importar nenhuma operação a partir do meio. No caso da consciência, não existe comunicação de consciência para consciência, somente uma consciência pode pensar (mas não pode pensar com pensamentos próprios dentro de outra consciência). E a título de ilustração do caso da comunicação, nenhum processo químico pode vir a fazer parte do sentido da comunicação: nenhuma tinta derramada sobre uma folha pode produzir um texto (LUHMANN, 2009, p. 120 – grifo do autor).

O conceito de autopoiese e de encerramento pressupõem uma espécie de “*continuum* de realidade”, porquanto já trazem em si condicionalmente alguns elementos pressupostos da realidade. O direito somente pode ser direito da sociedade, ou seja, não se tem que criar uma sociedade para que haja o direito e vice versa, a haver certas estruturas que já são pressupostas. Exemplo disso é que para se imprimir um documento, não se tem que criar uma dada condição atmosférica de umidade, pressão, temperatura, etc, pois isso já é um fato constatável, que existe pressuposto ao ambiente sobre o qual um dado sistema se operacionaliza, de maneira que o funcionamento da máquina se dá conforme mecanismos próprios, e conversores de energia em trabalho que se processam em modo autopoietico. Nesse aspecto, Luhmann conclui, com base nessas conjecturas de Maturana, que “o conceito de *poiesis*, tomado no sentido estrito, é a produção de uma obra; o acréscimo da palavra auto define que a obra constitui o próprio sistema⁵⁵” (2009, p. 122). Essa evolução conceitual permitiu avaliar o conceito de complexidade algumas vezes já observado, uma vez que se constata que no âmbito dos sistemas não há espaço para uma autorreprodução que esteja conectada com as operações próprias ao meio. As inúmeras possibilidades de conexão entre sistema e meio, que caracterizam a complexidade, são reduzidas pelo sistema a partir da seleção, daquilo que suas estruturas bancam como sendo incorporáveis ou exportáveis, não havendo que

⁵⁵ Ana Cristina Arantes Nasser, ao comentar uma divergência teórica entre Maturana e Luhmann em relação aos conceitos envolvendo a autopoiese, aponta que “cabe observar que Luhmann generaliza o conceito de autopoiesis e que outros sistemas como, por exemplo, os neuronais, podem ser definidos como sistemas autopoieticos. Maturana e Varela descrevem especificamente o sistema neuronal como sendo autorreferente, mas não autopoietico. Para Luhmann, os sistemas autopoieticos são autorreferenciais, e todos os sistemas autorreferenciais operam autopoieticamente. O conceito de autorreferência será, portanto, entendido por Luhmann completamente no sentido do conceito de autopoiesis. A autorreferência não é somente autorremissão, mas também autoprodução e automanutenção do sistema, mediante a permanente reprodução de seus componentes. (NASSER em LUHMANN, 2009, p. 123).

se falar na utilização de estruturas exógenas⁵⁶ para a auto-organização e autorreprodução, que é o fato que caracteriza a autopoiese sistêmica⁵⁷.

A distinção estabelecida entre sistema e meio é determinante para o estudo do sistema do Direito. A formação de acoplamentos estruturais entre direito e economia, entre direito e política (leia-se, especialmente, política internacional), entre direito e moral, entre direito e religião, entre direito e educação, entre direito e linguagem, entre direito e sujeito, dentre outros, somente é possível de ser visualizada em método epistemológico a partir da constatação de uma estrutura autorreferenciada, auto-organizada e autopoietica, que permite a conversão de informações, de códigos e de operações e determina a diferença a partir de si mesmo. Nesse aspecto, salienta Gunther Teubner que

“Todavia, a distinção crucial entre sistema e meio envolvente – que constitui a característica central dos sistemas abertos (e que encontra uma réplica, no seio destes mesmos, no fenômeno da auto-diferenciação sistêmica) – conduz-nos a centrar a atenção sobre conceitos tais como relação *input-output*, capacidade de adaptação sistêmica ao respectivo meio envolvente, reestabelecimento do equilíbrio sistêmico através da intervenção regulatória, e organização sistêmica “racional” e finalisticamente orientada. Racionalidade finalística, intervenção, organização, adaptação, manutenção do equilíbrio sistêmico constituem conceitos-chave de estratégias políticas intervencionistas, endereçadas a produzir alterações específicas em vários domínios sociais servindo-se do direito. Trata-se de uma concepção baseada na visão do direito como instrumento de intervenção social directa, comparável a concepção análoga de outros instrumentos de intervenção (como o poder, o dinheiro e a tecnologia) sobre sistemas abertos e adaptáveis (TEUBNER, 1989, p. 29-30).

Nesse ponto reside importante reflexão para o caminho seguido no presente estudo. A formatação de tratados internacionais comuns segue um

⁵⁶ A mesma conclusão é vista em Gunther Teubner, ao explicitar que “a ideia de auto-referência e autopoiesis pressupõe que os pilares ou bases do funcionamento dos sistemas residem, não nas condições exógenas impostas pelo meio envolvente às quais tenham de se adaptar da melhor forma possível (como era entendido pela teoria dos sistemas abertos), mas afinal no próprio seio sistêmico. Ou, dito de outro modo, os sistemas procuram essas bases num movimento de auto-descrição que, funcionando como um programa de orientação interno, organiza o sistema de forma que as respectivas operações correspondam a essa auto-descrição. A funcionalidade dos sistemas pressupõe esta interacção entre auto-descrição e operações sistêmicas, cujas bases moleculares e bioquímicas parece possível esclarecer nos sistemas vivos, mas cujos equivalentes nos sistemas noéticos, ou de “sentido”, de modo nenhum se apreendem com tal facilidade” (TEUBNER, 1989, p. 32).

⁵⁷ Em sentido verossímil, mas com sutis diferenciações teóricas, Teubner conclui que “se se tomarem estas características adicionais em conta, então sem dúvida que o conceito de autopoiesis se torna um conceito verdadeiramente complexo. Num esforço de síntese, poderíamos resumir da seguinte forma o elenco dos seus principais aspectos: 1) auto-produção de todos os componentes do sistema. 2) Auto-manutenção dos ciclos de auto-produção através de uma articulação hipercíclica, e 3) Auto-descrição como regulação da auto-reprodução” (*Ibidem*, p. 52).

diretriz finalística de grande complexidade, cujas bases encontra-se na possibilidade de criação de consensos em áreas que trazem em si posições antagônicas, extremamente dissonantes e que muitas das vezes instrumentaliza os códigos jurídicos para obtenção de fins não próprios ao Direito. Esse fenômeno é melhor visualizado a partir da ideia de que os tratados internacionais, em seu aspecto geral, funcionam como acoplamentos estruturais entre política internacional e Direito, a lidar com uma tensão comunicativa de grande enfiés. É no âmbito dos tratados internacionais comuns que o país tem a perspectiva de aumentar sua inserção internacional através de mecanismos de atuação que lançam mão das diretrizes teóricas do Direito como sistema autopoiético: há um mínimo de normatividade – em crescente construção – no âmbito do Direito Internacional Público – fontes cogentes de Direito das Gentes – que possibilita a mobilidade dos sujeitos de Direito Internacional no âmbito da política internacional com algum grau de prospecção (em que pese o arbítrio ainda ser a tônica de ação na sociedade internacional).

A partir dessas considerações gerais, é necessário expressar que a teoria do direito como sistema autopoiético de base luhmanniana aponta para a existência de dois pressupostos fundamentais. Primeiramente, “no conceito de autopoiesis, deve-se manter um ponto firme de explicação: um sistema é autopoiético, ou não o é (conforme o esquema: ou isto/ou aquilo). Um sistema não pode ser um-pouco-autopoiético⁵⁸” (LUHMANN, 2009, p. 126). Essa

⁵⁸ Nesse ponto se afastam Luhmann e Teubner em suas análises relativas à autopoiesis aplicada ao Direito. Ao falar sobre a ideia do direito como um sistema hipercíclico, que conecta a sociedade e à normatividade própria ao Direito, Teubner coloca que “uma última objeção é dirigida contra a própria ideia de hiperciclo, que é vista por alguns como uma construção rebuscada e de duvidosa necessidade na hora de se fundamentar o caráter autopoiético do direito. LUHMANN propõe uma solução sedutoramente mais simples: os subsistemas sociais perfazem a sua organização autopoética pela mera produção de elementos próprios. O sistema jurídico atinge a sua clausura ou autonomia auto-referencial com a “invenção” do acto jurídico, que se reproduz continuamente a si próprio gerando novos actos jurídicos. A constituição da autopoiesis jurídica é vista por Luhmann – que, na esteira de Varela e Maturana, considera o conceito de autopoiesis um conceito de uma “rigidez inflexível” – como um processo de “tudo ou nada”: o direito ou se reproduz ou não se reproduz a si próprio; não existe algo como uma autopoiesis parcial. Ao meu ver, autonomia e autopoiesis deveriam antes ser entendidas como conceitos gradativos. Quer se analise a evolução histórica do direito ou de um particular sistema jurídico-positivo, é sempre possível identificar graus de autonomia. Auto-referencia e autopoiesis podem então tornar-se, neste contexto, critérios precisos para a caracterização desses sucessivos graus ou etapas de autonomia – o que, no entanto, só é viável caso se opte por uma perspectiva algo mais elaborada e complexada autopoiesis jurídica do que a proposta por Luhmann, podendo, para tal efeito, servirmo-nos da noção de <<hiperciclo>> formulada por Eigen e Schuster, com algumas alterações. Podemos concluir dizendo que um sistema jurídico se torna autónomo na medida em que consiga constituir os seus elementos – ações, normas, processos, identidade – em ciclos auto-referenciais, só atingindo o termo perficiente da sua

demarcação tem como finalidade estabelecer que um sistema não se constitui autônoma e autopoieticamente a partir de uma gradual evolução de suas estruturas, começando com uma dependência inexorável do meio e partindo para uma evolução rumo a uma autonomia completa. Nesse ponto, razão assiste Luhmann ao afirmar que “a autopoiesis nada diz sobre a dependência ou não dependência em relação ao meio, já que esta é uma questão estritamente causal” (LUHMANN, 2009, p. 126).

Tomado por essa consideração acerca da impossibilidade de uma autonomia gradual, ou seja, raleada, dos sistemas em seu início, especialmente o sistema do Direito, é que se chega ao segundo ponto de grande envergadura para a teoria dos sistemas e que possibilita o salto cognitivo em relação a uma suposta evolução jurídica, como quer Teubner: a teoria do observador aplicada ao Direito como sistema autopoietico. O conceito de observador, como se verá no próximo capítulo, acaba por dar melhor trato à questão da complexidade, de maneira que nessa perspectiva os mecanismos autorreferenciais podem ser melhor vistos num modo epistemológico, ainda mais no que se refere à relação estabelecida entre sistema e meio. Conforme Luhmann:

Um observador poderia aplicar, por exemplo, um esquema de somas constantes para analisar a relação entre sistema e meio. O resultado, então, deveria ser o de que o sistema, estando mais relacionado com o meio, é mais dependente. Em contrapartida, a pesquisa atual chegou à conclusão de que os sistemas altamente complexos aumentam, simultaneamente, a autonomia (se é que se permite usar assim tal conceito) e a dependência. Só desse modo é possível explicar por que os sistemas político, econômico, do direito, são altamente dependentes e independentes em relação ao meio: sabe-se das dificuldades da política, quando a economia não floresce; dos problemas da economia, quando a política não pode oferecer, mediante regulações do direito, garantias...

Portanto, para voltar à teoria do encerramento operativo, deve-se distinguir, de um lado, o referente à causalidade (dependência/independência), e, de outro, as operações autoproduzidas (2009, p. 126-127).

Diante das relações apresentadas entre sistema, sociedade e Direito, a verificação do Direito como sistema aberto de natureza auto-organizada e autopoietica, pode-se então obter os pontos de partida para análise da confiança aplicada à análise dos tratados internacionais comuns no ordenamento jurídico brasileiro. Antes disso, deve-se ainda observar como o Direito assume sua categorização sistêmica a partir de uma perspectiva epistemológica calcada na

autonomia autopoietica quando os componentes do sistema, assim ciclicamente constituídos, se articularem entre si próprios por sua vez, formando um hiperciclo” (TEUBNER, 1989, p. 57-58).

teoria do observador, que oferece as bases para se avaliar a unidade do sistema e de seus códigos e operações. Tomado todo esse quadro, passa-se a verificar a ideia de acoplamentos estruturais e partir de uma perspectiva normativa e associada à legística como metodologia teórica para a formação da autorreprodução do sistema sob o viés da comunicação. Após, ver-se-á como a hierarquia dos tratados internacionais comuns é importante para a garantia da autopoiese do sistema do Direito em sua integridade, a ter como suporte a confiança.

3 DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO⁵⁹ E DIREITO INTERNO

Desde tempos remotos o direito internacional se desenvolveu – em que pese não haver uma plena concepção disso no plano da consciência histórica⁶⁰ – com base na manifestação de vontades dos atores estatais em suas relações recíprocas. Obviamente que o desenvolvimento do Direito Internacional moderno se afasta e muito de suas origens normativas primitivas, especialmente a ter em

⁵⁹ Quando no presente trabalho nos referimos ao Direito Internacional Público, nada mais estar-se querendo que se referir à sua vertente ocidental. Como brevemente distingue Adherbal Meira Mattos, “a concepção acima analisada – que, a despeito de uma multiplicidade de agentes, enfatiza o papel do Estado – é o que se pode denominar de concepção ocidental do DIP. É que a abordagem oriental (soviética) – em seu sentido teórico – o considera não como mera lei provisória interclassista. Lei, pois, inevitavelmente, regra jurídica. Provisória, porque só existiria enquanto também existissem as classes sociais antagônicas cogitadas por Marx. Com efeito, partindo filosoficamente, da dialética de Hegel e da alienação de Feuerbach, e passando, economicamente, pelas teses da exploração (valor-trabalho e mais-valia), chegou Marx, sociologicamente, à tese da evolução, explicada pelo materialismo histórico e pela luta de classes. No dia em que a grande revolução preconizada por ele – cujo momento específico não marcou – se concretizasse, as classes seriam iguais, o Estado desapareceria e a força coercitiva do Direito não mais seria necessária. Daí a explicação soviética – teórica – sobre a natureza do DIP, pois, na prática, a Rússia, um dos membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU e, isoladamente, como grande potência, segue aquele mesmo relacionamento, que caracteriza a concepção ocidental (geral) acima exposta. O esfacelamento da União Soviética enfraqueceu a concepção oriental do DIP (MEIRA MATTOS, 2002, p. 6-7).

⁶⁰ Foi Hans Georg Gadamer, em seu pequeno ensaio intitulado “O problema da consciência histórica”, quem melhor se debruçou sobre a efetivação de uma construção teórica acerca do problema encetado pela consciência histórica. Em sua visão “A consciência que hoje temos da história difere fundamentalmente do modo pelo qual anteriormente o passado se apresentava a um povo ou a uma época. Entendemos por consciência histórica o privilégio do homem moderno de ter plena consciência da historicidade de todo presente e da relatividade de toda opinião. Assim por exemplo, decerto a invasão do pensamento filosófico ou político por ideias que são designadas em alemão pelas palavras *Weltanschauung* e *Kampf der Weltanschauungen* é ao mesmo tempo uma consequência e um sintoma da consciência histórica. Ela se manifesta ainda na maneira pela qual as diferentes *Weltanschauungen* exprimem atualmente suas divergências. Com efeito, para que as partes em litígio, de seus respectivos pontos de vista, cheguem a um acordo – e isso acontece mais de uma vez – sobre o fato de que suas posições antagônicas formam um todo compreensivo e coerente (concessão em que se pressupõe manifestamente, de ambas as partes, que já não se recusa mais refletir sobre a relatividade de suas respectivas posições), é preciso que cada qual esteja plenamente consciente do caráter particular de suas perspectivas. Ninguém pode atualmente eximir-se da reflexividade que caracteriza o espírito moderno” (GADAMER, 2012, p. 17-18). Obviamente, a estrutura filosófica de Gadamer, de natureza fenomenológica, não se harmoniza com o marco teórico da Teoria dos Sistemas. Contudo, essa visão é capaz de nos dar uma ideia acerca dos problemas enfrentados pelo Direito Internacional Público no âmbito de sua afirmação imperativa, e no espaço de seus fundamentos epistemológicos e ontológicos (plano da validade, avaliando-se a correlação entre normas dentro de dado ordenamento jurídico). As ordens jurídicas são nada mais que o produto de uma cultura, e por isso relativas. Essa relatividade não afasta a possibilidade de que as visões de mundo positivadas sejam validadas conforme fórmulas de Direito Internacional Público. Pelo contrário, o Direito Internacional Público, por meio de suas normas de *jus cogens*, especialmente os tratados internacionais, leva em si, como principal ponto indutor da conduta dos agentes da sociedade internacional (policontextural, como já apontado) a possibilidade de formação de consensos em um oceano de dissensos. Uma das formas de se ver essa interatividade e a importância desse estudo certamente é mediante o estudo aprofundado dessa seara, em sua relação intrínseca com aquilo que a doutrina denomina de “direito interno” e sob os auspícios da consciência histórica: marca da imperfectibilidade, projeto de resistência da humanidade.

vista que o atual estágio possui como um de seus pressupostos básicos a existência de Estados-nação co-partícipes de uma “Comunidade Internacional” ou de uma “Sociedade Internacional”. Contudo, inúmeras fontes de Direito Internacional Público já podem ser identificadas desde as relações entre os povos antigos, verdadeiros impérios dominantes dos Orientes Próximo e Médio, bem como do norte da África e Península Balcânica.

Ao narrar a evolução do Direito Internacional Público a partir da noção de tratados internacionais, Francisco Rezek cita uma importante passagem histórica que faz compreender a importância de se aprofundar, cada vez mais, nos estudos relativos a essa área do Direito.

O primeiro registro seguro da celebração de um trata, naturalmente bilateral, é o que se refere à paz entre Hatusil III, rei dos hititas, e Ramsés II, faraó egípcio da XIX^a dinastia. Esse tratado, pondo fim à guerra nas terras sírias, num momento situado entre 1280 e 1272 a.C., dispôs sobre paz perpétua entre os dois reinos, aliança contra inimigos comuns, comércio, migrações e extradição. Relewa observar o bom augúrio que esse antiquíssimo pacto devera, quem sabe, ter projetado sobre a trilha do direito internacional convencional: as disposições do tratado egípto-hitita parecem haver-se cumprido à risca, marcando seguidas décadas de paz e efetiva cooperação entre os dois povos; e assinalando-se, na história do Egito, a partir desse ponto da XIX^a dinastia, certo refinamento de costumes, com projeção no próprio uso do idioma, à conta da influência hitita. As duas grandes civilizações entrariam, mais tarde, em processo de decadência, sem que haja notícia de uma quebra perceptível do compromisso (REZEK, 2011, p. 35).

Uma das marcas preponderantes do Direito Internacional Público, quando se adentra por sua formação histórica, certamente pode ser encontrada na regulação dos direitos de guerra e paz. Ao comentar sobre os rudimentos da teoria do direito internacional, John Kelly identifica que os romanos, já no período republicano, possuíam em seus quadros de oficiais os chamados *fetiales*, que tinham a competência de resguardar a fé pública dos atos estatais e os direitos de crédito em relação aos outros povos que mantinham relações com Roma. Além disso, também eram responsáveis por administrar “um sistema de regras sobre a declaração de guerra, a conclusão de tratados de paz e assim por diante” (KELLY, 2010, p. 100). O autor ainda desdobra essas questões abordando que o *jus fetiale* “parecia depender de convenções comuns a todos os povos da Itália (até os etruscos, que não eram de origem itálica)⁶¹” (*Ibidem*).

⁶¹ Kelly ainda demonstra que em Cícero já se encontra importante desenvolvimento teórico sobre o denominado *jus fetiale*. Em citação à obra *De officiis*, Cícero expõe que “há até um direito

As bases para se entender como o direito internacional se avoluma em torno da noção povo/estado⁶² é encontrada, conforme Kelly, em Cícero, onde este diferencia os juramentos feitos entre diferentes povos e uma promessa de regaste feita a piratas. Para o filósofo romano, o conceito de pirata não estaria dentro daquilo que se entenderia, pelo *jus fetiale*, como inimigo lícito, não havendo suporte concreto para que se possa estabelecer a fé ou juramentos (*Ibidem*, p. 101), ou seja, a confiança. Nesse aspecto, observa-se que para além da definição dos sujeitos que podem de alguma forma aperfeiçoar os códigos específicos de acordos internacionais, há também uma distinção qualitativa, que se origina do fenômeno da confiança, ou seja, da fé, da fidúcia⁶³, da credulidade de que aquilo que foi pactuado será estritamente seguido pelas partes. Nos primórdios da evolução do direito e, especificamente, do direito internacional – por meio de tratados bilaterais – o fenômeno da confiança já se fazia presente no âmbito das relações entre os Estados⁶⁴, para além da confiança intersubjetiva

de guerra [*ius bellicum*]; e é usual que os termos de um juramento sejam observados com um inimigo... Régulo não teria tido o direito de violar, por perjúrio, os termos do acordo feito com o inimigo estrangeiro: os romanos estavam lidando com um inimigo declarado e reconhecido, e é essa categoria que se aplica todo o *ius fetiale*, bem como muitas normas observadas em comum [*multa iura communia*] (CÍCERO *apud* KELLY, 2010, p. 100-101).

⁶² Outra importante distinção teórica a ser feita no estudo das influências do Direito Romano na evolução da noção de Direito Internacional Público se dá em relação aos termos *jus fetiale* e o *jus gentium*. Como explicam Carreau e Bichara, com base em Laghmani, “esta expressão [*jus gentium*] seria traduzida por “direito das gentes”, dando assim a entender que se tratava do direito internacional, embora a sua definição não seja consensual na doutrina. O direito romano comum aplicável aos cidadãos romanos era o *jus civile*. Na prática, na medida em que um país terceiro celebrava um tratado de amizade com Roma, um sistema específico de direito se aplicava, então, a esses estrangeiros privilegiados, o *jus gentium*. Este foi uma parte do direito interno romano aplicável a certos estrangeiros nas suas relações com os romanos. Não constituiu em nada um direito internacional, um *jus inter gentes* (CARREAU; BICHARA, 2015, p. 6). O termo “direito das gentes” acabou por se desenvolver em um aspecto mais vinculado com as correntes jusnaturalistas, que buscavam uma fundamentação em nível supraestatal para a existência do direito e, por conseguinte, por uma tese que em alguma medida fizesse jus a uma proteção especial da humanidade. Pode-se dizer, na mesma direção dos autores citados, que o direito das gentes, em verdade, revelava uma preocupação do povo romano com os estrangeiros, que de alguma forma deveriam ser salvaguardados pelas leis locais, o que traduz, em alguma medida, a existência de um pensamento que tem como base a necessidade de todos os seres humanos precisarem de algum tipo de proteção jurídica especial por parte dos entes coletivos [Estados, na acepção moderna], ou seja, raiz jusnaturalista.

⁶³ Finaliza John Kelly, nesse ponto, no sentido de que “em vez de pensar que Cícero está descrevendo uma espécie de direito comum internacional, que poderia ter sido exposto do mesmo modo em Cartago e em Roma, é melhor entender que está apresentando a doutrina romana pura. A sacralidade de um juramento feito para o inimigo – que em várias ocasiões os romanos mantiveram, contra seu próprio interesse – refletia o valor fundamental da *fides*, cuja qualidade imperativa, na conduta do Estado ou dos cidadãos, não dependia da reciprocidade. Está implícita, todavia, a proposição teórica de que essa doutrina deve ser respeitada como óbvia também pelos outros” (*Ibidem*, p. 101).

⁶⁴ Usa-se aqui o termo Estado em sentido genérico. Como disserta John Kelly, os romanos não possuíam um conceito sofisticado de Estado, ou seja, a expressão *res publica*, amplamente desenvolvida na teoria política romana, tinha mais a ver com a regência da vida social, de um interesse público intrínseco à convivência coletiva, do que à ideia abstrata de Estado como nasce

que calca a necessidade de normatização das arenas sociais, isto é, das relações indivíduo-indivíduo.

A evolução dos conceitos próprios à sistematização de uma espécie de teoria do direito das nações pôde ser vista durante o período medieval de maneira bastante rasa. Os principais representantes dessas correntes foram os filósofos da Igreja Santo Agostinho⁶⁵, Santo Isidoro de Sevilha, Santo Tomás de Aquino e Guilherme de Ockham, além dos juristas Bartolo de Saxoferrato e Baldo de Ubaldis. Em verdade, não há propriamente uma teoria do Estado ou do Direito Internacional com viés específico de abordagem, mas fórmulas de direito natural que, em alguma medida, se aplicam à concepção de direito dos povos, de igualdade na aplicação da legislação, na validade das normas jurídicas a partir de critérios metafísicos e divinos. Ou seja, a legitimidade das formas de poder terrenos tinha direta conexão com o poder onipotente, onisciente e onisciente de Deus, que em última instância era o motor e a fonte de todas as normas terrenas.

Bichara e Carreau defendem a tese, por exemplo, de que seria correto dizer que na época medieval a formatação das instituições e do Poder se traduziu em verdadeiro obstáculo para o desenvolvimento do Direito Internacional, especialmente no que tange à ideia de Direito Internacional nos moldes do Estado moderno que se estabeleceu no final do século XV (CARREAUX, BICHARA, 2015, p. 7). Esses autores indicam, ainda assim, que apesar de o sistema feudal se verter na própria “negação do Estado e de todo governo centralizado”, as relações de suserania e vassalagem amoldaram em

no final do período medieval. Assim, “o Estado, entendido como uma entidade distinta de seus componentes mais importantes (o Senado e o povo) e com um valor abstrato que não só a sociedade romana, mas também qualquer outra sociedade política deve possuir, está completamente ausente do pensamento romano; foi Cícero o único a tentar expressar a essência e o propósito do Estado. Somente no posterior império cristianizado – e, portanto, num cenário que pertencia mais ao mundo medieval vindouro – é que surgiu uma espécie de teoria do Estado como um ramo familiar da filosofia” (*Ibdem*, p. 117).

⁶⁵ Aborda John Kelly a relação conflituosa entre Santo Agostinho e a ideia de coletividade estatal projetada pelo Império Romano. Conforme o historiador do direito, para o filósofo de Hipona (em que pese ter nascido em Tagaste) “o Estado universal que Roma havia criado – e que ruía ao seu redor sob o ataque dos bárbaros, como ele escreveu – era perigoso. Fora construído por meio de guerras sangrentas e era constantemente sacudido por conflitos civis. Porém, ‘se a condição da raça humana fosse mais feliz, todos os reinos seriam pequenos, desfrutando de uma harmonia com os vizinhos, e assim haveria no mundo uma variedade de domínios, assim como numa cidade os cidadãos distribuem-se em várias casas’. Embora o pensamento não tenha sido explicitado, o paralelo com famílias, todas vivendo dentro da ordem jurídica de uma única cidade (Estado), sugere a concepção de uma ordem jurídica superior que abrange os vários Estados. Dentro de uma ordem assim, uma guerra só seria justificada (*bellum iustum*) quando o adversário tivesse feito o mal e precisasse ser compelido a observar a lei; a guerra justa, portanto, tem como finalidade essencial o estabelecimento da paz” (*Ibdem*, p. 143).

alguma medida as propriedades aristocráticas em uma “rede de lealdades pessoais” que, posteriormente, se transformaria na fonte de poder e legitimação temporal do poder do monarca absoluto, e de onde adviria a imperatividade das ordens do soberano em relação aos seus súditos e à ideia de Estado-nação (*Ibidem*). Além disso, foi um importante fator para as bases do direito internacional, a expansão comercial e marítima (sobre o Mediterrâneo, Báltico e Orientes Médio e Próximo) vivenciada pelos países da Europa Ocidental, como descreve John Kelly⁶⁶ (KELLY, 2010, p. 204). Esses fatores possibilitaram uma maior circulação de informações, riquezas e diálogos interculturais – para bem ou para mal – fato que levou a uma contínua necessidade de se agregar estruturas frouxas, pouco institucionalizadas, em torno de um agente catalisador de um fator essencial para a criação dos Estados-nação e, por conseguinte, a afirmação mais explícita do Direito Internacional: a homogeneização. Essa foi vista nos sistemas métrico, financeiro, linguístico, político, econômico, artístico, dentre outros, e possibilitou uma maior racionalização das dinâmicas sociais dentro da complexidade de entes coletivos em territórios de proporções cada vez maiores. Accioly, em uma breve e relevante análise da obra de Oppenheim-Lauterpacht, explicita sete fatores que prepararam o terreno para a construção

⁶⁶ Coloca em relevo o historiador, com base em NUSSBAUM, que “nenhuma doutrina de um direito das gentes existia na Baixa Idade Média. Não obstante, esse período trouxe desenvolvimentos práticos que, predispondo a mente europeia para a ideia de uma ordem jurídica que transcendesse os Estados individuais, contribuíram para o aparecimento do direito internacional numa época posterior. Por exemplo, o reavivamento do comércio internacional, que tinha começado mais cedo na Idade Média, prosseguiu na época das Cruzadas e favoreceu o desenvolvimento de normas de direito marítimo ocasionalmente reunidas em coletâneas. Os Registros de Oléron, decisões tomadas no século XII pelo tribunal marítimo em Oléron, na costa atlântica da França, eram amplamente reconhecidos no litoral da Europa Ocidental e do Báltico, e foram incorporados ao “Livro Negro de Direito do Mar” inglês, do qual algumas partes remontam aos séculos XII e XIII. Igualmente, o Consolato del Mare, coletânea feita em Barcelona no século XIV, tornou-se canônico no Mediterrâneo (e permaneceu em vigor até o século XIX). Outros exemplos são o aparecimento ocasional do papa ou de um rei como árbitro em litígios entre príncipes não sujeitos a uma jurisdição comum, a celebração de tratados, geralmente de caráter comercial, entre reis ou entre cidades, e o crescente costume, associado principalmente às cidades-estados italianas, de colocar representantes consulares permanentes em outras jurisdições” (KELLY, 2010, p. 204-205). Nesse ponto, já é possível observar a crescente complexificação social vivenciada no decorrer do longo período conhecido como Idade Média. Esse interstício histórico é marcado por uma diferenciação cada vez maior, em sua evolução institucional, entre o Poder, a Política, o Estado, a Sociedade, a Religião, a Moral, o Direito e, mormente, a vertente de Direito Internacional. É nesse plano de análise que a Teoria dos Sistemas acaba por se tornar um importante instrumento – para além de ser verdadeira teoria da totalidade das relações entre sistema/meio – de averiguação das diferenciações sistêmicas estabelecidas pelo próprio sistema do direito a partir de mecanismos de *input-output*, que com efeito foram responsáveis circunscrever e, cada vez mais, mitigar os atratores sistêmicos e o *feedback* negativo presente nas relações entre sistema e seu meio.

daquilo que posteriormente veio a ser mais bem definido dentro do conceito de direito das gentes:

1º) As lições dos civilistas, que consideravam o direito romano como o direito por excelência e, em seus comentários ao Corpus Juris Civilis, tocavam em várias questões do futuro direito internacional, discutindo-as à luz do direito romano. Ao lado dos civilistas, figuravam os canonistas, cuja influência foi igualmente grande.

2º) As coleções de leis marítimas de grande importância, aparecidas em consequência do desenvolvimento do comércio marítimo. Entre elas, as mais famosas foram, por ordem cronológica: as atiquíssimas *leis de Rodes*, que parecem ter sido colecionadas entre o séc. VII e o IX; a *Tabula amalfitana*, código marítimo oriundo da cidade de Amálfis e que data talvez do séc. X; as regras ou *leis de Oléron*, coleção de decisões do tribunal marítimo de Oléron, organizada no séc. XII; o *Consolato del Mare*, elaborado em Barcelona, segundo uns nas proximidades do ano 1300, segundo outros no meado do séc. XIV; as *Leges Wisbuenses*, coleção de leis marítimas do séc. XIV, originárias de Wisby, na ilha sueca de Gothland. O desenvolvimento do comércio marítimo, atestado pelo florescer desses diversos códigos marítimos, determinou mais tarde a controvérsia sobre a liberdade dos mares, que, indiretamente, favoreceu o desenvolvimento do direito internacional.

3º) A formação das ligas de cidades comerciais para a proteção de seu comércio e de seus cidadãos. A mais famosa dessas ligas foi a hanseática, constituída no século XIII.

4º) O desenvolvimento do costume de enviar e receber legações permanentes. Ao princípio, só os papas mantêm legações em países estrangeiros. O costume foi, depois, adotado pelas repúblicas italianas de Veneza e Florença; e no fim do século XV já era muito comum.

5º) O costume dos exércitos permanentes, o qual data do século XV e favoreceu o desenvolvimento de regras e práticas relativas à guerra.

6º) A renascença e a Reforma. A primeira reviveu o espírito do cristianismo, despertando a convicção de que os seus princípios deviam ser observados em matéria internacional, tanto quanto nas relações internas. A Reforma pôs fim à dominação espiritual do papa sobre todo o mundo civilizado e determinou as chamadas guerras de religião.

7º) Finalmente, os diferentes planos, que surgiram desde o começo do século XIV, para o estabelecimento da paz perpétua. O primeiro de que se tem conhecimento foi talvez o de Pierre Dubois, legista francês, que, em 1305, propôs uma aliança entre todas as potências cristãs, para o fim de manter a paz. Dubois previa, no seu plano, o estabelecimento de um tribunal permanente de arbitragem para a solução de controvérsias entre os membros da aliança sugerida. Os árbitros deviam ser inacessíveis “ao amor, ao ódio, ao temor e à cobiça” (OPPENHEIM-LAUTERPACHT *apud* ACCIOLY, 2009, p. 89-90).

A transição do século XV para o século XVI⁶⁷ foi marcada por uma grande transformação epistemológica, cultural e das noções de tempo e espaço do povo europeu. O marco temporal que se convencionou como o início da Idade Moderna é uma data simbólica por haver dois acontecimentos de grande impacto para a civilização ocidental: 1492. Nesse ano, dois fatores ocorridos na histórica hispânica, especificamente, se mostraram como terremotos em terras envoltas pelas trevas da Idade Média⁶⁸: a retomada de Granada com a consequente expulsão de Mouros e Sarracenos do solo mediterrâneo europeu e a chegada de Cristóvão Colombo ao continente americano.

O primeiro marco determinou o reposicionamento do Poder na Europa por meio de bases com força institucionalizante, tal qual a ideia de homogeneização cultural. O primado do Estado Nacional, como já indicado, e a crescente categorização de estruturas e nichos culturais do ponto de vista da igualização de códigos comunicativos e da sobreposição de culturas majoritárias sobre as minoritárias são os maiores sintomas disso. Nesse aspecto, o poder central dos Estados Nacionais europeus se firmou com base na lógica do crescente ganho de complexidade técnica e administrativa, em troca de uma absorção de vieses culturais que coabitavam os respectivos territórios, mas com a eliminação de suas autonomias e de suas idiosincrasias vivenciais para dar lugar à cultura

⁶⁷ Toda demarcação temporal constitui-se, invariavelmente, em simplificações. Obviamente que a ideia de consciência histórica do homem moderno foi erigida em todo o pensamento ocidental, especialmente nas bases das raízes filosóficas desenvolvidas em séculos próximos aos XV e XVI. Exemplo disso são as inúmeras teorias envoltas com a preocupação de garantir maior autonomização ao Direito. De acordo com John Kelly, “nos séculos XIV, XV e XVI, portanto, surgiram novas doutrinas que se afastavam da ideia medieval de que o consentimento dos governados era necessário para a elaboração de novas leis, e afirmavam, ao contrário, numa resposta consciente ou inconsciente às desordens provocadas pela agitação social e religiosa, as reivindicações da monarquia absoluta; nesse mesmo sentido, os teóricos abrandam ou negam completamente a doutrina de que o príncipe está vinculado à lei de seu país. Como de hábito, ainda dizem o quanto é om que o soberano se considere sujeito às leis, as quais o mundo medieval entendia principalmente como as leis consuetudinárias do povo; e afirmam que o Estado mais feliz é aquele em que essas condições prevalecem. Jean Gerson assinala que o rei não pode matar nenhum homem sem observar o devido processo legal (*iuris ordine*), isto é, não pode executar ninguém que não tenha sido acusado, citado e condenado; que o rei da França estava subordinado à jurisdição do parlamento que ele mesmo estabelecera; e que tanto o príncipe como o prelado, embora considerados livres da força compulsória da lei (“*solutus legibus*”), devem deixar-se reger pela lei que promulgaram, como exemplo para seus súditos e em reverência a Deus” (KELLY, 2010, p. 229-230).

⁶⁸ Embora o termo Idade das Trevas já tenha sido colocado em xeque por inúmeros historiadores, devido à pujança de fatores culturais ocorridos no período, assume-se aqui a postura de ver as matizes mais sombrias desse período histórico no que diz respeito à edificação das condições sociais, especialmente sob os auspícios da Igreja, que era o vetor principal de domínio sobre os inúmeros reinos europeus, e consequentemente responsável pelas configurações institucionais de duvidosa teleologia – em que pese a utilização de argumentos anacrônicos e destoantes do real significado obtido no exame da consciência histórica sempre nos levar a caminhos cegos, tortuosos e incompreendidos no âmbito das análises históricas.

cristã. Com esse ganho de complexidade nas estruturas sociais europeias, especialmente em razão do surgimento da ideia de Estado, passou-se a ter um novo patamar no cenário dos sujeitos e dos objetos de regulação diante do Direito Internacional Público, sendo marcante o processo de negação da alteridade com a crescente afirmação de códigos comuns para todos os povos que habitavam o respectivo território.

Em segundo lugar, como coloca Accioly, nesse período a Europa já conhecia tantos Estados independentes e com sofisticado grau de autonomia e organização territorial-administrativa que houve paulatino crescimento da necessidade de regular os dissensos que iriam cada vez mais surgindo devido à natural divergência de interesses entre cada um desses sujeitos do âmbito internacional. Assim, “os descobrimentos, resultantes da época das grandes navegações, e principalmente o da América; a questão da liberdade dos mares; o tráfico de escravos – suscitaram discussões e exigiram soluções de ordem internacional” (ACCIOLY, 2009, p. 90). Essas soluções, em verdade, desafiaram a inteligência europeia envolta em duplo conflito: expansão desenfreada dos mecanismos de reafirmação e sedimentação do poder soberano em seus territórios e nas respectivas colônias, bem como a defesa de ideais cristãos (e jusnaturalistas) que pregavam pela ideia de fraternidade, amor ao próximo, alteridade, ou seja, avesso à barbárie e à negação do outro.

Na primeira metade do século XVI, mais especificamente em 1517, um fator de grande relevo se apresentou como fatal para modificar permanentemente as estruturas do mundo ocidental: a Reforma Protestante. Com ela, vem importantes implicações para a fundamentação do poder e para a formatação do Direito: a laicização do Estado⁶⁹. Nesse ponto, surgiram os debates acerca da ideia de primado da lei sobre a vontade dos soberanos, de modo que atores históricos importantes, como o juiz inglês Fortescue, defendiam

⁶⁹ Claro que esse fenômeno não pode ser generalizado. Muitos teóricos, como Jean Bodin e o próprio Martinho Lutero advogavam pela existência de uma legitimação sagrada do poder dos reis, que os colocariam acima das leis do Estado. Porém, como bem aponta Carreau e Bichara, em superficial análise, o período vive um constante fortalecimento das bases de fundamentação moral da existência do Estado. “A laicização do Estado constitui o principal aporte da Reforma, que marcou a rebelião dos Estados contra a Igreja e o triunfo definitivo dos primeiros. O pensamento protestante, que predominaria numa boa porção da Europa, afirmava que a autoridade civil era suprema sobre o território do Estado, o que contribuiu para o fortalecimento e a unificação destes. Ademais, na outra metade da Europa, dominada pelo catolicismo, a Igreja ficou por demais enfraquecida para continuar seriamente com o Estado. Sendo assim, a supremacia do poder do Estado sobre o seu território, enquanto autoridade civil ficaria definitivamente consagrada a partir do século XVI. Ao se tornar laico, o poder do Estado ficaria profundamente fortalecido” (CARREAU; BICHARA, 2015, p. 10).

que “o rei não pode ignorar a lei, visto que os juízes devem decidir de acordo com ela mesmo que o rei exija que façam o oposto” (FORTESCUE *apud* KELLY, 2010, p. 230). São nessas bases que se erige uma nova relação entre Estado e sociedade (especialmente no que tange às relações existentes entre a nobreza e o rei e, ainda que incipiente, os pequenos burgueses e grandes empreendedores marítimos e comerciais dessa época), momento o qual a sociedade ocidental prepara o terreno para as profundas mudanças dos séculos posteriores.

Entretanto, consoante John Kelly, é ao final do século XVI que “surge um conceito perfeitamente claro de um sistema jurídico que governa as relações entre os Estados” (KELLY, 2010, p. 259). Surge nesse período, e no início do século XVII, um conjunto de teóricos que passam a especular sobre as características dos Estados soberanos e das relações em relação à uma ideia de “direito das nações⁷⁰”, sendo os mais proeminentes Francisco Vitória, Domingo de Soto (1494-1560), Fernando Vasquez Menchaca (1512-1569), Baltazar de Ayala (1648-1584) e Francisco Suárez⁷¹ (ACCIOLY, 2009, p. 92).

É no século XVII que o Direito Internacional assume ares de autonomia sistemática graças à obra de Hugo Grócio⁷². Em seu famoso escrito “de iure belli

⁷⁰ Nesse ponto, merece relevo a obra de Francisco de Vitoria. De acordo com John Kelly, “quando Vitoria escreveu sobre o direito (no caso, o direito dos espanhóis) de viajar, comerciar pacificamente e estabelecer-se, e justificou-o como parte do *ius gentium*, ele evidentemente quis dizer que essas atividades básicas eram lícitas aos olhos de toda a humanidade. Quando declarou que os índios do Novo Mundo eram os verdadeiros proprietários de sua terra, isto é, ela não estava à disposição nem do imperador, nem do papa, e que eles não podiam ser despojados dela, nem mesmo por sua incredulidade ou recusa em ouvir a mensagem cristã; que tinham príncipes legítimos tal como os cristãos tinham; que não podiam ser punidos por seus supostos pecados contra a natureza; e que travar uma guerra contra eles só seria permissível com uma causa justa, estava evidentemente declarando os direitos não de indivíduos, mas de *nações*, que outras nações deviam respeitar. Na medida em que atribuía essas conclusões ao *ius gentium*, ele expandiu as fronteiras dessa expressão para muito além de seus limites clássicos” (KELLY, 2010, p. 261).

⁷¹ Suárez também se destacou como um dos grandes precursores do Direito Internacional. Defendia aquilo que se poderia denominar como “direito que todos os povos e as diversas nações devem observar entre si”. Nesse ponto, Kelly nos oferece o seguinte trecho da obra do pensador: “por mais que sejam numerosos e diversos os povos e reinos em que a raça humana está dividida, ela sempre conserva uma certa unidade, não somente enquanto espécie, mas até um tipo de unidade política e moral indicada pelo preceito natural do amor recíproco e da clemência, que se estende aos estrangeiros de qualquer nação. Por mais que um Estado soberano, uma nação ou um reino sejam em si uma sociedade perfeita com seus próprios membros, cada um é também, em certo sentido, do ponto de vista da raça humana como um todo, um membro da comunidade universal; pois os Estados sozinhos não são tão autossuficientes a ponto de nunca precisar de alguma ajuda, associação ou relacionamento com outros... Eles, portanto, necessitam de alguma lei para dirigir e ordenar corretamente esse relacionamento e associação... e, assim, certas leis específicas puderam ser introduzidas pelo uso das nações” (SUÁREZ *apud* KELLY, 2010, p. 263).

⁷² Coloca em relevo Accioly que “apesar de que os verdadeiros fundadores do direito internacional, conforme vimos, o precederam de muitos anos, Grócio já tem sido cognominado o

ac pacis” (1625), o holandês narra o fundamento para a guerra justa e o direito à paz, após vivenciar os horrores trazidos pela Guerra dos Trinta Anos. Para ele, haveria uma espécie de direito das nações, que se fundamentaria em princípios fundamentais da lei natural, tais como a manutenção de promessas, a restituição de ganhos injustos e a reparação da injúria), que seria vinculante para os Estados através de um consentimento concomitante (KELLY, 2010, P. 318). Assim, haveria vantagens para os Estados que detivesse suas condutas conforme esses preceitos:

Assim como o nacional, quando viola a lei de seu país com o fim de obter uma vantagem imediata, destrói aquilo por que suas vantagens e as de sua posteridade são asseguradas por todo o tempo futuro, assim também o Estado que transgride as leis da natureza e das nações elimina os baluartes que defendem sua própria paz futura. Mesmo ponto isso de lado, seria um sinal de sabedoria, não de loucura, permitir sermos levados em direção àquilo para o que sentimos que nossa natureza nos conduz (GRÓCIO apud KELLY, 2010, p. 318).

É ao final da Guerra dos Trinta Anos que a obra de Grócio ganha especial destaque na história do Direito Internacional. Além da Guerra dos Oitenta anos, que envolveu o processo de emancipação dos Países Baixos em relação ao poderio espanhol, o teórico de Deft passou praticamente toda sua vida envolvido em inúmeros conflitos de índole internacional. Nesse cenário de grande animosidade, escreveu obras de destaque, sendo um dos grandes defensores dos tratados internacionais e do direito consuetudinário como legítimas e inarredáveis fontes de Direito Internacional (KELLY, 2010, p. 319). É nesse ponto que as relações entre Direito Interno e Direito Internacional⁷³ começam a pulular, e de onde se extraem as maiores consequências para a história desta seara de conhecimento. O legado de Grócio foi no sentido de dar às próximas gerações de publicistas um aparato teórico apto a explicar, de maneira satisfatória, sobre o como o Direito Internacional deve ganhar autonomia em

pai dessa disciplina, talvez porque a ele se deve o surto que, a partir de seu tempo, a mesma tomou, ou, mais provavelmente, porque a ele se deve a sua sistematização. Foi Grócio, com efeito, o coordenador de todos os princípios e doutrinas, nessa matéria, consagrados pelos séculos anteriores, e também o ponto de partida de seu desenvolvimento ulterior. ‘Todas as doutrinas de direito internacional’ – escreveu Basdevant – ‘tiveram nele a sua base’” (ACCIOLY, 2009, P. 94-95).

⁷³ Aliás, como bem explicita Kelly, o termo “internacional” foi criado por Jeremy Bentham, em sua obra “*An introduction to the principles of morals and legislation*”. “Sua teoria é simplesmente a aplicação do princípio geral da utilidade à conduta das nações: tal conduta deve ser regulada com o fim de se atingir o maior bem-estar possível de todas as nações do mundo” (KELLY, 2010, p. 394).

relação às demais áreas do Direito, além de servir como instrumento para a manutenção da paz, de mitigação do estado barbárie entre as nações, que seria um dos maiores fatores de instabilidade das instituições⁷⁴, teorizações que se refletiram por todo o século XVIII.

Por outro lado, o desenvolvimento do Direito Internacional no plano histórico contido no século XIX foi definidor para os seus atuais contornos. Salienta John Kelly que

No plano da prática, o direito internacional expandiu-se enormemente no século XIX; o direito da guerra, de modo geral, foi menos importante que certos desenvolvimentos antes pertinentes ao direito da paz. Houve, especialmente por volta da década de 1860, um grande crescimento do número e da extensão dos tratados internacionais, que agora tendiam a ser mais eficientes e técnicos, livres também dos floreios e precedências cerimoniais com que o uso diplomático das épocas anteriores os havia sobrecarregado. Esses tratados – outro desenvolvimento moderno – se tornaram tão frequentemente “abertos”, ou seja, disponíveis para a adesão de outros Estados além das potências que os haviam celebrado originalmente. Grandes áreas de vida econômica foram, desse modo, submetidas à regulamentação internacional: direitos autorais, patentes, direito marítimo e assim por diante; o melhor exemplo é a convenção mundial sobre o transporte e a entrega internacional de correios, realizada em 1874, que originou, numa forma que permanece a mesma desde então, a União Postal Universal, em 1878. Também os movimentos humanitários, para alcançar seus objetivos, muitas vezes visavam à estabilidade de um acordo internacional; o exemplo mais conhecido é a organização da Cruz Vermelha, inspirada pelo suíço Henri Dunant após ter testemunhado os terrores dos campos de batalha italianos na década de 1850; a primeira convenção de Genebra sobre a mitigação da guerra foi concluída em 1864. Houve também, nesse século, um enorme crescimento da resolução de disputas (sobre uma fronteira ou território contestados, por exemplo) por arbitragem internacional (KELLY, 2010, P. 454-455).

Contudo, não havia de fato uma unanimidade no trato da autonomia desse ramo do Direito, até porque muito se duvidava acerca de sua própria existência como Direito efetivo. Enquanto Immanuel Kant propunha, no século XVIII, a criação de uma “Liga das Nações” que teria a função de amainar os conflitos em nível internacional, onde todas as culturas pudessem, de alguma forma, conviver fora de um ambiente belicoso, Hegel partia do pressuposto de que o direito internacional não passaria de uma averiguação de natureza moral situada em uma prospecção sedimentada em proposições, “uma expectativa” (KELLY,

⁷⁴ Aborda John Kelly que “o século XVIII, adorador da razão, julgava repugnantes a própria ideia de guerra e as relações não regulamentadas entre os Estados que davam origem às guerras. A doutrina sistematizada do direito internacional, criada por Grócio, esse século acrescentou propostas para assegurar a paz e a estabilidade” (KELLY, 2010, p. 392-393).

2010, p. 455). A partir disso, situa-se a ideia de que a soberania do Estado seria ilimitada, e que, em última instância, toda a vontade provida deste somente seria condicionada por ele próprio, posição que mitiga toda a força normativa que a história delega ao brocardo “*pacta sunt servanda*”⁷⁵.

A evolução do Direito Internacional, especialmente depois dos inúmeros acontecimentos históricos do século XIX, passou a progressivamente se assentar sob a efetivação de acordos internacionais estampados em tratados internacionais. Esses documentos normativos se traduziram em efetivas ferramentas para dirimir os conflitos em nível internacional, para criar as balizas de uma maior institucionalização do direito internacional e, ao mesmo tempo, para creditar a este ramo do direito a legitimidade de se utilizar o termo “direito: constrói-se o núcleo daquilo que se poderia, analogicamente, identificar como a força normativa dos tratados internacionais.

É nesse cenário de profunda e lenta evolução do núcleo normativo dos tratados internacionais que se localiza a fonte de divergência sobre as relações existentes entre o Direito Internacional e o Direito Interno. A preponderância de uma normatividade, de um comando, sobre um ente dotado de soberania, um ente territorial munido de autodeterminação e que traz em seu bojo a rebuscada e controversa ideia de nação, é um dos temas que mais traz percalços aos teóricos do direito, aos internacionalistas e aos constitucionalistas. Essa conformação de vieses interpretativos e de visões de mundo (*Weltanschauungen*, conforme Gadamer, 2006), é que leva o pesquisador do Direito a se debruçar

⁷⁵ Austin também foi um dos que, de alguma maneira, relativizaram a imperatividade e vinculação do Direito Internacional em face do Direito Interno. Como explana John Kelly, “o papel atribuído ao direito internacional poucos anos mais tarde (1832) por John Austin não é diferente em sua substância, embora não se funde tanto numa teoria do Estado quanto numa definição exclusivamente imperativa do direito. Visto que o direito *stricto sensu* é para Austin o comando de um superior político, respaldado por uma ameaça de sanção em caso de desobediência, o direito internacional, como evidentemente não se enquadra nessa definição, não pode ser qualificado como direito em sentido estrito; Austin relega-o à categoria rotulada de “moral positivada”, ao lado de outros sistemas nos quais a palavra “lei” é usada mais ou menos por cortesia, como quando se fala das leis a honra ou das leis da moda. O direito internacional não é mais que as ‘opiniões e sentimentos comuns entre as nações de modo geral’; apesar de que, ao menos na Inglaterra, cujos tribunais consideram as regras estabelecidas do direito internacional como parte do direito do país, essas normas poderiam apropriadamente ser chamadas de ‘direito’ no contexto interno. Essa posição, baseada puramente numa definição, por certo privada o direito internacional do impacto psicológico normalmente produzido pelas palavras ‘lei’ e ‘direito’, e por isso deu origem a ressentimentos” (KELLY, 2010, p. 456). Esse posicionamento, de fato, ainda é absorvido por muitos líderes internacionais em nosso tempo. Demonstra-se, assim, que o Direito Internacional tem sua normatividade estabelecida em uma perene predisposição de vinculação, de imperatividade, que, aos poucos, muda a cultura jurídica mundial, aguentando, até mesmo, retrocessos em momentos de instabilidade, mas a não perder a capacidade de se reafirmar e continuar a marcha civilizatória.

sobre o Direito Internacional como algo que deve ser levado a sério. Levar o Direito Internacional a sério é buscar nos tratados internacionais, especialmente nos tratados internacionais comuns, a fonte de normatividade e legitimidade própria a operar a construção de uma sociedade internacional assentada na pacificação dos conflitos, na manutenção da policontexturização própria aos fenômenos sociais e na edificação de uma ordem internacional calcada na cooperação efetiva, não retórica. Esses problemas todos têm a ver, ao fim, com o problema da unidade do Direito.

3.1 As teses clássicas e suas insuficiências teóricas: monismo e dualismo

A essência da ordem jurídica está em ser universal. O direito não pode realizar uma regulação parcial sem que, pela escolha da parte a ser regulada nas relações humanas, não tome também uma posição quanto às partes não reguladas – justamente, pela exclusão dos efeitos jurídicos. Por isso, um “espaço juridicamente vazio” só o é em virtude da própria vontade da ordem jurídica, e de modo algum juridicamente vazio em sentido estrito; não é um âmbito juridicamente não-regulado, antes juridicamente regulado em sentido negativo pela negação de todo efeito jurídico próprio do mundo dos fatos regulados (RADBRUCH, 2010, p. 283).

A universalidade da ordem jurídica, como se verá no esboço da teoria do observador, reside em sua unidade epistemológica, quando se coloca sob a análise da ciência do direito, ou melhor, da teoria do direito. Essa unidade, por sua vez, se relaciona intimamente com a completude do ordenamento, cujo significado essencial está associado ao fato de que o direito tudo regula, de uma forma, ou de outra, até mesmo quando não estatui. Por possuir unidade epistemológica, o direito pode ser conhecido como uma coordenação comunicativa peculiar, identificável por meio de critérios bem definidos, que possui como principais manifestações o direcionamento das condutas humanas e a elaboração de expectativas cognitivas e normativas, com predominância dessa última.

Radbruch é um dos grandes filósofos do Direito que se preocupou, em sua fase intelectual mais tardia, sobre o estudo do direito internacional como vetor de estabelecimento da justiça em nível mundial. Não por menos, abre parte

de suas obras com citações ao idealismo kantiano⁷⁶, de natureza axiológica, liberal, e que emerge consigo uma carga de profunda esperança pela humanidade. Em uma de suas principais reflexões neokantistas, Radbruch explicita a questão da ideia de que a autovinculação individualista, dos Estados considerados em sua individualidade, nada mais é do que a tradução do fenômeno jurídico do Direito Internacional como um “direito anarquista”, na linha de Georg Jellinek. Isso se dá pois um direito de coordenação, como supostamente o é quando analisado sob a perspectiva do direito privado, se configura assim como uma ordem anárquica, a partir do momento em que não há uma vontade ou uma ordem superior que faça com que o agente concordante a cumpra. Sobre essa correlação entre o dogma da soberania e a formação da imperatividade do Direito Internacional, escreve o filósofo:

Nem sequer uma autovinculação parcial mediante um contrato concreto é concebível no terreno de uma coordenação anárquica. Se nenhuma norma superior une a minha vontade de hoje à de ontem, não se compreende a razão de permanecer sujeito a ela. Por conseguinte, assim como o anarquismo em sua forma mais aguda – em Max Stirner – nega até mesmo a obrigatoriedade dos contratos, do mesmo modo o dogma da soberania pelo reconhecimento da cláusula *rebus sic standibus*, conduz, ao menos, a um extraordinário afrouxamento da obrigatoriedade contratual do direito internacional. Do dogma da soberania deriva-se, portanto, de um modo conseqüente, a negação da natureza jurídica do direito internacional e da força obrigatória dos pactos internacionais (*Ibidem*, p. 287-288).

É nessa ordem de ideias que se localiza a questão relativa à intersecção, ou sobreposição, ou conflito entre o Direito Interno e o Direito Internacional, quer dizer sobre a unidade do direito como campo que normatiza e normaliza os sistemas sociais. Essas relações, por muito tempo, foram relegadas a um viés

⁷⁶ Exemplo disso é a citação contida na obra “Filosofia do Direito”, que, citando Kant, diz que “a comunidade dentre os povos da Terra, uma vez desenvolvida de modo extraordinário e geral, chegou tão longe que a violação dos direitos cometida em um lugar da Terra é sentida em todos os demais; por isso, a ideia de um direito universal do cidadão não é uma espécie de representação fantástica e extravagante do Direito, mas uma complementação necessária do não-escrito Código jurídico-estatal e internacional, dos direitos públicos dos homens em geral e da paz eterna” (RADBRUCH, 2010, p. 283). O germe do direito internacional está na identificação de um denominador comum de natureza ética, está na necessidade de se estabelecer os horizontes de perene construção de uma coordenação dos povos para a mitigação do arbítrio no nível das relações dos Estados entre si. Assim, Radbruch expressa que “a pretensão de vigência de toda ordem jurídica singular abarca a totalidade do globo terrestre – o fato de que o ‘direito internacional e privado’ seja uma parte integrante da ordem jurídica nacional, mostra claramente que o direito nacional reivindica também dispor sobre todas as situações de fato estrangeiras, embora normalmente de modo negativo, por meio da negação de efeitos jurídicos nacionais. Toda ordem jurídica tem a pretensão de ser direito universal, em toda ordem jurídica está contido o postulado da “universalidade do sistema normativo” (Kelsen) (*Ibidem*, p. 284).

de pura figuração na teoria do direito e na filosofia, sendo localizadas, geralmente, no âmbito da sugestão, da admoestação, do direito de guerra, da recomendação de ordem moral e, em poucos casos, da jurisprudência⁷⁷. Trata-se, então, de analisar um tema recorrente no Direito Internacional e estritamente enlaçado pela concepção de soberania dos Estados nacionais: o instituto da recepção. Como bem ressalta Pedro Dallari, a questão tem que ser analisada em duplo viés, quais sejam primeiramente avaliar a recepção do Direito Internacional pelo Direito interno e, secundamente, em específico a recepção de tratados internacionais pelo ordenamento jurídico interno do Estado (DALLARI, 2003, p. 7). Em relação à avaliação da recepção do Direito Internacional pelo direito interno, em trabalho anterior, foi esquematizado, com base em Pedro Dallari e Marotta Rangel que

Muitas cartas Constitucionais consagram diversos tipos de imbricação dessas ordens normativas, de maneira que encontramos exemplos em três grandes correntes: a) os países que estipulam cláusulas de adoção do direito internacional pelo direito interno, conquanto não estabelecer uma relação de superioridade entre um e outro; b) países que estabelecem normas de integração do direito internacional pelo direito interno, com primazia do primeiro; e, finalmente, c) os países que nada estipulam acerca dessa interligação no bojo de seus ordenamentos⁷⁸ (COSTA GONTIJO, 2016, p. 120).

Em análise epistemológica, pode-se identificar que a primeira postura assumida no âmbito do Direito Internacional foi aquilo que convencionalmente a doutrina passou a denominar de teoria dualista⁷⁹. Seu principal precursor, Carl

⁷⁷ Pedro Dallari disserta que “VICENTE MAROTTA RANGEL situa historicamente o tema da integração observando que, ‘na segunda metade do século XIX, graças à intensificação dos entendimentos entre governos, de que resultou número crescente de convenções, inclusive coletivas, o problema das relações entre normas de Direito interno e de Direito internacional passou a reclamar atenção especial. Todavia, bem mais antiga é a preocupação com esse problema que remonta ao menos há quatro séculos, desde quando, aliás, o aforismo *International law is part of the law of the land* passou a informar a jurisprudência dos tribunais’, isso na Inglaterra” (*Ibidem*, p. 7).

⁷⁸ As questões relativas à explicitação do Direito Internacional no âmbito das Constituições encerram pontos negativos e positivos. Pedro Dallari aponta que “em seu favor, pode-se alegar que o fenômeno convencional, como observado por MAROTTA RANGEL, não alcança todas as expressões normativas presentes na esfera jurídica internacional, muitas delas de efetividade plena no âmbito do direito brasileiro, sendo desejável assegurar-se uma cobertura mais abrangente. Como principal argumento contrário, pode-se exibir a advertência de que apenas os tratados internacionais se subordinam a procedimento regulado constitucionalmente pelo direito interno, por meio do qual podem manifestar-se de forma inequívoca a respeito dos conteúdos respectivos os dois Poderes políticos da União: o Presidente da República e o Congresso Nacional” (*Ibidem*, p. 132).

⁷⁹ Também conhecida como teoria pluralista ou do paralelismo. (MAROTTA RANGEL, 1967, p. 84).

Heinrich Triepel, na Alemanha – e, posteriormente, Anzilotti, na Itália⁸⁰ – defendia a tese relativa à intangibilidade entre as ordens normativas nacionais e internacionais. Celso D. de Albuquerque Mello narra que para essa corrente o Direito Interno e o Direito Internacional são duas vivências do direito que se colocam em diferentes perspectivas, não sendo secantes, ou seja, são independentes, não havendo ponto em comum entre elas. Nesse aspecto, com base na obra “*Volkerrecht und Landesrecht*”, de Tripel, o autor explicita que esse raciocínio é embasado em três premissas básicas. A primeira premissa se dá na distinção entre o que a ordem jurídica de cada uma dessas esferas admitiria como sujeitos. Na ordem internacional seria somente o Estado, enquanto que na ordem interna o homem também apareceria como sujeito de Direito. A segunda premissa reside no estudo das fontes dessas ordens jurídicas, tendo em vista que o Direito Interno seria visto como uma resultante unidirecional, ou seja, dependeria somente da vontade de um Estado específico, sendo que, de outro lado, o Direito Internacional subsistiria na correlação entre forças de vários Estados, que pode ser estudada por fontes diretas, como os tratados-leis, e indiretas (ou tácitas), como os costumes de Direito Internacional⁸¹. Por fim, tem-se que a terceira premissa diz respeito à estrutura da formação das vontades diretivas em ambas as ordens, sendo que a ordem interna estaria estabelecida em um sistema de subordinação e a ordem internacional em um sistema de coordenação. Isso pois “é a comunidade internacional uma sociedade paritária⁸²” (ALBUQUERQUE DE MELLO, 2004, p. 121-122).

⁸⁰ Outros grandes representantes dessa corrente, citados por Mirtô Fraga, são os internacionalistas Strup, Walz, Oppenheim, Diena, Perassi, Balladore Palieri e Liszt (FRAGA, 2006, p. 5).

⁸¹ Nesse ponto, salienta o internacionalista que “Triepel, neste aspecto, se baseara em trabalhos de Bergbohm e Binding, sendo que este último já utilizara a expressão “*Vereinbarung*” (convenção, ato-união) em trabalho publicado um decênio antes. A “*Vereinbarung*” é, na definição de Binding, “a fusão de vontades diferentes com um mesmo conteúdo”. Ela se manifestaria nas decisões do Congresso, etc. É esta “*Vereinbarung*” que, para Triepel, cria as normas internacionais. A “*Vereinbarung*” se diferencia do “*Vertrag*” (contrato), em que as vontades têm conteúdo diferente” (*Ibidem*, p. 121-122). Mariangela Ariosi, em aprofundado estudo sobre o tema, ensina que “nesta discussão, fala-se do *Vereinbarung*, termo utilizado pela doutrina alemã para designar essa vontade coletiva, resultado de um acordo tácito ou expresso dos Estados. Vale ressaltar, a esse respeito, que não é o número de signatários acordantes que determina uma maior ou menor relevância desse ato para a formação de DI; é, sim, a capacidade de empreender obrigações. Simplesmente, *Vereinbarung* é encontrada: ‘(...) dans les traités par lesquels plusieurs États adoptent une règle qui doit régir leur conduite d’une façon permanente’. Enfim, *Vereinbarung* designa a vontade geral, que é superior aos interesses dos particulares, como a fonte de todo direito. Esta vontade é a única capaz de criar um direito objetivo” (ARIOSI, 2000, p. 68).

⁸² Vicente Marotta Rangel, em seu marcante estudo sobre o tema, explicita que as principais afirmações do dualismo se dão no sentido de “cisão rigorosa entre a ordem jurídica interna e a internacional, a tal ponto que se nega a possibilidade de conflito entre ambas. Vontade

Diante da dualidade existente entre essas ordens jurídicas, haveria a necessidade, segundo Triepel, de que o Direito Internacional fosse integralmente transformado em direito interno para poder ter eficácia. Essa é a chamada teoria da incorporação de Triepel, que tinha como elemento básico a necessidade de absorção das normas acordadas em nível internacional pelo Estado para que o tratado passasse a vincular. Citado por Albuquerque de Mello, “para Triepel o tratado ‘não é um meio em si de criação do direito interno’. Ele é ‘um convite ao Estado para um ato particular de vontade do Estado distinto de sua participação no desenvolvimento jurídico internacional⁸³” (*Ibidem*, p. 122.).

A doutrina de Triepel teve grande aceitação no meio acadêmico italiano e alemão, sendo que sua forma de observar as relações entre essas duas esferas jurídicas acabou por sofrer inúmeras modificações quando abordada por outros teóricos, de onde se distingue, então, o dualismo radical (*à la* Triepel), e o dualismo moderado, como o defendido por Anzilotti. Mariangela Ariosi aponta precisamente para essas refinadas e importantes distinções internas vivenciadas no caminho dos autores que defendem a tese dualista, ao colocar que apesar das divergências, ambos os autores não se distanciam da essência do dualismo,

de um só ou de vários Estados como fundamento respectivo dessas ordens: relação de subordinação na primeira e coordenação na segunda. Distinguem-se outrossim relações, sujeitos, fontes e estruturas diversas. Constituem-se como ‘duas esferas, quando muito tangentes’, mas jamais secantes’. Como consequência da separação das duas ordens: validade de normas internas contrárias ao Direito das gentes; impossibilidade de que uma ordem jurídica possa determinar a validade das normas de outra ordem; inadmissibilidade e de obrigatoriedade da norma internacional no Direito interno; necessidade de transformação da norma internacional para integrar-se no Direito Interno; incoerência de primazia de uma ordem sobre a outra, por constituírem ‘dois círculos que estão em contacto íntimo, mas que não se sobrepõem jamais’. Separam-se nitidamente, pois, o Estado e a ordem jurídica internacional. É o Estado – assinalam ainda os adeptos do paralelismo – o *prius* lógico do Direito Internacional, de modo que aquele não está para este, senão, ao contrário, ‘o Direito Internacional está para o Estado’” (MAROTTA RANGEL, 1967, P. 84-85).

⁸³ Citando Triepel, Mariangela Ariosi ilustra que “Considerando-se, destarte, que as duas ordem jurídicas, a interna e a internacional, apresentam conteúdos e fontes próprios, autônomos e independentes, pode-se começar a verificar a questão da hierarquia entre as fontes internas e internacionais. Para Triepel, esse conflito entre fontes, que acaba tendo por soluções a supressão de uma fonte por outra fonte – superposição de eficácia imediata ou de delegação total –, não ocorre nas relações entre o DI e o D. interno. Vale observar como o próprio Triepel se coloca diante dessa questão: ‘*Ce n’est qu’un seul aspect des rapports entre le droit international et le droit interne qui nous interesse ici actuellement: la source du droit interne etc, dans une large mesure, obligée par le droit international à créer ou à ne pas créer du droit*’. Trata-se de entender como o DI é recepcionado na esfera jurídica doméstica dos Estados. Para Triepel, havendo duas ordens independentes, estas não poderiam se chocar, já que a recepção do DI é realizada, se for o caso, pela transformação do DI em D. interno. Triepel aponta, ainda, um método de classificação para a questão da relação entre o DI e D. interno segundo o qual: ‘(...) *la source superposée imposerait as volonté à la source subornée tout en stipulant que cette dernière em garantit l’exécution, sans que la source superposée puisse influencer immédiatement la situation juridique de l’ordre suborné*’ (ARIOSI, 2000, p. 68-69).

Que é a consideração da existência de dois sistemas jurídicos independentes, mas cada autor contribui com novos conceitos e postulados dentro da mesma estrutura teórica do dualismo jurídico. Foi o caso, por excelência de Anzilotti:

Anzilotti adopts a different approach; he distinguishes international law and State law according to the fundamental principles by which each system is conditioned. In his opinion, State law is conditioned by the fundamental principle or norm that State legislation is to be obeyed, while international law is conditioned by the principle *pacta sunt servanda*.

A diferença substancial com relação a Triepel é que Anzilotti admite a aplicação imediata do DI pelos tribunais internos. Como destaca Walz: “*Chez Triepel, nous avons affaire à une médiatisation totale, que se trouve modifié par Anzilotti pour le cas en cause*” (ARIOSI, 2000, p. 70).

Os elementos definidores da relação entre o Direito interno e o Direito Internacional na acepção dualista, em verdade, encerra a frequente discussão acerca da unidade normativa do fenômeno jurídico, ou seja, o ponto de chegada do sistema jurídico a partir da ideia de sua vinculação total, em uma mesma matriz comunicativa, qual seja a normativa. A comunicação normativa possui determinadas peculiaridades, tais como a imperatividade de seus preceitos, justamente por se figurar como norma heterônoma. A possibilidade de cooperação no âmbito internacional é nada mais que a manifestação da autonomia dos sujeitos de Direito Internacional Público que é conferida por estes pelo próprio ordenamento jurídico internacional, especialmente pelos costumes de direito das gentes amplamente reconhecidos. Essa cooperação tem como indicativo de que a ordem internacional possibilita a coexistência pacífica, a autodeterminação das nações e dos povos – em que pese o fenômeno político muitas das vezes aniquilar, questionar e colocar em irredutível dúvida esses preceitos –, e não diz respeito à possibilidade ou não, na atual configuração internacional, de que cada país realize uma dada conduta no espaço internacional ao seu bem querer.

Nessa ordem de argumentos, há que se relevar que a imbricação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, que a bem da verdade são modos de visualizações do mesmo sistema comunicativo de natureza normativa, está cada vez mais estreita e imperativa. Prova disso é o instituto da responsabilidade internacional: não há mais como se passar incólume em face do descumprimento de compromissos internacionais. Accioly argumenta, certamente, que “a consciência jurídica – não se pode negar – é uma só: não há uma aplicável

unicamente ao direito interno e outra que sirva apenas ao direito externo” (ACCIOLY, 2009, p. 77). Nesse esquema, o autor, citando Walz, ilustra:

Alguns tratados de arbitragem, conforme observou Walz, encaram francamente a validade eventual de atos jurídicos nacionais contrários ao direito internacional. Neste sentido, citou ele o tratado germano-suíço, de arbitragem e conciliação, de 10 de setembro e 1923. Poderíamos citar também o tratado análogo, entre o Brasil e o Uruguai, firmado no Rio de Janeiro a 5 de setembro de 1948, cujo artigo 3º, alínea terceira, assim dispõe: “Se a questão for submetida à Corte Internacional de Justiça ou a um tribunal arbitral e a sentença ou laudo daquela ou deste declarar que a decisão adotada pela jurisdição doméstica da parte contratante em causa se acha, inteira ou parcialmente, em oposição com o direito internacional e se o direito constitucional da dita parte não permitir ou só imperfeitamente permitir que desapareçam as consequências de tal decisão, a sentença ou laudo da Corte ou do tribunal deverá conceder reparação equitativa à parte lesada⁸⁴” (*Ibidem*, p. 78).

Inúmeras críticas foram realizadas em face da posição dualista, especialmente por aqueles que defendem o monismo⁸⁵. Esta corrente, por sua

⁸⁴ Continua, dizendo que “isso vem apenas confirmar o reconhecimento do princípio da responsabilidade internacional do Estado em casos dessa natureza e a necessidade da aceitação eventual de um compromisso especial, para atender à conveniência da manutenção de certos aspectos da ordem estatal” (*Ibidem*, p. 78). E em mais um exemplo da questão da responsabilidade internacional relacionada à necessidade de se observar a unidade do sistema jurídico, o autor disserta que “a Corte Permanente de Justiça Internacional, decidindo, em 25 de maio de 1926, a questão relativa a certos interesses alemães na Alta Silésia Polonesa, disse que, “do ponto de vista do direito internacional e da Corte, que é seu órgão, as leis nacionais são meros fatos, manifestações da vontade e da atividade dos Estados, do mesmo modo que as decisões judiciais ou medidas administrativas”. E acrescentou que a Corte não era decerto chamada a interpretar a lei polonesa como tal, mas a nada se opunha se ela se pronunciasse “sobre a questão de saber se, aplicando a dita lei, a Polônia age, ou não, de conformidade com as obrigações que a Convenção de Genebra lhe impõe, em relação à Alemanha” (*Ibidem*, p. 79).

⁸⁵ Em breve resumo sobre essas principais críticas, Celso D. Albuquerque de Mello expõe que “é o dualismo passível de uma série de críticas: a) o homem é também sujeito internacional, uma vez que tem direitos e deveres outorgados diretamente pela ordem internacional; b) o direito não é produto da vontade bem de um Estado, nem de vários Estados. O voluntarismo é insuficiente para explicar a obrigatoriedade do costume internacional; c) Kelsen observa que coordenar é subordinar a uma terceira ordem; assim sendo, a diferença entre as duas ordenas não é de natureza, mas de estrutura, isto é, uma simples “diferença de grau”; d) o DI consuetudinário é normalmente aplicado pelos tribunais internos sem que haja qualquer transformação ou incorporação; e) quanto à escola italiana, que sustenta que o DI se dirige apenas ao Estado e não ao seu direito interno, podemos endossar a opinião de Rolando Quadri, que observa não ser “possível dissociar o Estado do seu ordenamento”; f) pode-se acrescentar a observação de P. Paone de que o dualismo no DI está sempre ligado à sua concepção como sistema privatístico” (ALBUQUERQUE DE MELLO, 2004, p. 122-123). Em trabalho anterior, foi defendido, em sentido semelhante, que “um dos aspectos que fazem com que a teoria dualista seja insuficiente para explicar o fenômeno em comento é o fato de que há normas costumeiras em Direito Internacional que possuem aplicabilidade em certos Estados independentemente da sua incorporação pelo ordenamento jurídico interno destes. A espontaneidade no cumprimento do preceito contido nessas normas costumeiras é fator que traz descrédito à doutrina do dualismo, uma vez que além de os Estados reconhecerem a aplicabilidade de tais normas sem a intervenção legislativa para incorporar e transformar a norma internacional em norma de direito interno, estes atores internacionais se sujeitam a diversos tipos de consequências jurídicas as quais não dependem de incorporação pelos seus direitos caseiros. Nesse sentido, a imbricação

vez, argumenta sobre a existência de uma única ordem jurídica, cujo fundamento de validade é comum, não havendo que se falar em segmentação normativa. A razão é simples: não há divisão ontológica do Direito. Não há possibilidade de se criar um sistema mais normativo e outro menos normativo (que se aproxime da moral, ou que se confunda com ela). Toda ordem normativa emana comandos que devem ser seguidos, que possuem obrigatoriedade de índole imperativa, seja ela de caráter heterônomo ou autônomo. A inexistência de cumprimento dessa forma de expressão comunicativa de natureza normativa implica em consequências jurídicas, que podem, ou não, ser uma sanção, ou seja, o uso autorizado da força.

Há que se referir à clássica diferenciação existente entre os inúmeros teóricos que advogam pela tese do monismo, ou seja, o direito como sistema único. Parte-se, então, para a segmentação dessa corrente em duas vertentes principais, quais sejam o monismo nacionalista e o monismo internacionalista.

Celso D. Albuquerque de Mello ensina que o monismo que defende a primazia do direito interno tem como inspiração as teorias hegelianas que partem da ordem de ideias de que o Estado detém em si uma soberania absoluta, “não estando, em consequência, sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade” (ALBUQUERQUE DE MELLO, 2004, p. 123). Nesse ponto, o autor, citando Jellinek, diz que essa teoria tem como fundamentação a argumentação de que o Direito Internacional nada mais consistiria do que em uma autolimitação feita pelo Estado. Por esse viés, o Direito Internacional extrai sua imperatividade, obrigatoriedade, do próprio Direito interno, sendo identificado como apenas uma espécie de “direito estatal externo” (*Ibidem*). Assim, Mirtô Fraga cita Charles Rousseau, que embasa as ideias do monismo nacionalista em dois pontos principais: o primeiro seria a inexistência de uma autoridade acima dos Estados, “pelo que cada Estado compete determinar, livremente, suas obrigações internacionais, sendo, em princípio, juiz único da forma de executá-las. Em segundo, parte-se da argumentação de que as competências para o aperfeiçoamento de normas de Direito Internacional, especificamente as relativas à negociação, conclusão e ratificação de tratados internacionais (FRAGA, 2006, p. 7). O monismo com

entre o Direito Internacional e o Direito Interno existe de maneira inequívoca, o que demonstra, por determinado viés, que paradoxalmente o Direito Internacional é autônomo e interdependente em face do Direito Interno de cada Estado” (COSTA GONTIJO, 2016, Monografia, p. 14).

primazia do direito interno sofreu inúmeras críticas, sendo a principal delas de ser um pseudo-monismo, vez que acaba por mitigar a vinculação normativa do Direito Internacional sobre os Estados e, por consequência, a própria autonomia deste⁸⁶.

Por outro lado, o monismo com preponderância do direito internacional tem como principal expoente o jusfilósofo de Praga, Hans Kelsen. Em contraposição à tese dualista, Kelsen afirma que é importante “observar que o reconhecimento do Direito internacional pelo Estado não é um pressuposto estatuído pelo próprio Direito Internacional do qual ele faça depender a sua própria validade em relação a cada Estado” (KELSEN, 2009, p. 371). Assim,

Uma norma vigente do Direito internacional não pode estatuir um tal pressuposto, pois a própria vigência desta norma não pode estar na dependência desse pressuposto. Mas nada obsta a que os tribunais e outros órgãos aplicadores do Direito apenas considerem o Direito internacional como vinculante em relação ao respectivo Estado quando ele seja reconhecido por este como vinculante em relação a si. A consequência de uma tal concepção é que, quando um Estado não reconheça o Direito internacional como vinculante em relação a si próprio, aquele não vale (não é vigente) para ele. A ideia de que o Direito internacional não vale em relação a um Estado, de que as relações deste com outros Estados não estão subordinadas ao Direito internacional, não é inviável (KELSEN, 2009, p. 371).

As preocupações salientadas pelo monismo com primazia do direito internacional encontram ressonância no fenômeno de profundo descrédito com a humanidade após, especialmente, a Segunda Guerra Mundial. Necessitava-se, de alguma forma, de sair desse ambiente sombrio que a mais sangüinária guerra da história deixou na marca das relações entre os povos, na oportunidade que se teve de aniquilação da própria humanidade⁸⁷ (se bem que, em verdade,

⁸⁶ Nesse ponto se destacam as críticas empreendidas por Marotta Rangel, que escreve no sentido de que “a opção em favor do Direito interno (Wenzel, Felipe e Alberto Zorn, Decendière-Ferrandière), importou, contudo, em falso monismo, já que deu margem ao reconhecimento da pluralidade de ordenamentos jurídicos internos em função dos quais o Direito internacional se dispersa e se esfacela. E atribuir a esse Direito fundamento meramente constitucional significa desconhecer, por outro lado, o princípio da continuidade das obrigações internacionais e a eficácia de fontes (costumes, princípios gerais de direito) que não dependem da vontade governamental. São essas razões suficientes que explicam não mais possuir representantes a versão do monismo fundado no Direito interno. Duas acabam sendo, na verdade, as teses doutrinárias sobre o problema das relações entre as ordens jurídicas interna e internacional: o dualismo e o monismo fundado no Direito internacional (ou monismo propriamente dito). Outras soluções que se acenam com o caráter autônomo não significa senão esforços de aprimoramento dessas teses, às quais acabam a rigor se reduzindo. Esses esforços são, aliás, meritórios e necessários e importam em significativo progresso da ciência do Direito internacional (MAROTTA RANGEL, 1967, p. 87).

⁸⁷ Walz, citado por Mariângela Ariosi, ensina que “*toujours, dans les périodes de perturbation et de tension internationales, la tendance de trouver un ordre commun à l’humanité*

essa aniquilação se deu em nível ontológico). Para levar a efeito esse surgimento da ordem internacional respaldada em critérios mínimos de coexistência, era preciso criar condições normativas que sustentassem a ideia de um denominador comum existencial que fosse responsável por dirimir as tensões em nível internacional, resguardando a humanidade sob a proteção do Direito. Foi a partir dessa experiência fatal que se deu maior acuidade para o fortalecimento e criação de inúmeros organismos internacionais, e também o momento em que se empreendeu os maiores estudos já vistos na história sobre o direito convencional em âmbito internacional, que culminou com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. Nesse cenário, Hans Kelsen erigiu sua teoria baseado na ideia de que uma ordem jurídica somente pode encontrar sua ordem de validade, do ponto de vista estático, a tomar como ponto de partida a ideia de que o Direito Internacional está acima da ordem jurídica nacional⁸⁸.

Disserta o autor:

Se se parte da validade do Direito internacional, surge a questão de saber como, deste ponto de partida, se poderá fundamentar a validade da ordem jurídica estadual; e, nesta hipótese, esse fundamento de validade tem de ser encontrado na ordem jurídica internacional. Isto é possível porque, como já notamos a outro propósito, o princípio da efetividade, que é uma norma do Direito internacional positivo, determina, tanto o fundamento de validade, como o domínio territorial, pessoal e temporal de validade das ordens jurídicas estaduais e estas, por conseguinte, podem ser concebidas como delegadas pelo Direito internacional, como subordinadas a este, portanto, e como ordens jurídicas parciais incluídas nele como numa ordem universal, sendo a coexistência no espaço e a sucessão no tempo de tais ordens parcelares tornadas juridicamente possíveis através do Direito

tout entière a préoccupé les esprits. Tous les grandes penseurs ont eu à coeur de formuler une explication à la fois valable pour la nature et l'ordre du monde politique. Aussi est-il naturel que la période d'après guerre, avec ses perturbations d'ordre politique, culturel et économique touchant l'humanité tout entière, a vu ressusciter cette tendance" (WALZ apud ARIOSI, 2000, p. 77).

⁸⁸ Em reportes feitos à obra "*Les rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public*", de Hans Kelsen, Mariângela Ariosi expõe que "existem alguns pontos da argumentação de Kelsen que merecem destaque, principalmente os referentes à argumentação a favor da primazia do DI sobre o D. interno. Para tanto, Kelsen discorre sobre o status de igualdade jurídica entre os Estados e sua fonte formal. No que tange à questão da igualdade jurídica entre Estados e sua fonte formal. No que tange à questão da igualdade jurídica dos Estados, parte-se do consenso de que o DI se fundamenta sobre uma sociedade de Estados iguais em status. Com efeito, esse caráter de igualdade jurídica entre os Estados é quem garante a existência de uma ordem internacional organizada segundo os ditames do DI. Para o DI, um Estado exíguo é tão Estado quanto uma potência, pois sob essa igualdade repousa a própria noção de democracia internacional e, com ela, teorias como, por exemplo, da justiça distributiva, as teses cepalinas, teorias da interdependência econômica etc. Ademais, como observa Kelsen, a existência de um DI é possível porque a sociedade internacional se baseia em um sistema de Estados iguais juridicamente: *Admet-on la primauté du droit international, na notion de droit se parfait également du point de vue moral: le droit devient l'organisation de l'humanité et s'identifie ainsi à l'idée moralesuprême*" (ARIOSI, 2000, p. 84).

Internacional e só através dele. Isso significa o primado da ordem jurídica internacional (2009, p. 374).

Nessa linha de raciocínio, Kelsen coloca que mesmo que a Constituição do Estado contenha em si preceito relativo à validade do Direito Internacional como parte integrante do Direito interno, isso não torna fraco o argumento relativo à primazia do Direito Internacional sobre o Direito estadual. O que ocorre é que, caso o Estado não tenha por conduta a incorporação do Direito Internacional no sentido de autorizar seus tribunais a dar plena eficácia a estes tipos normativos no âmbito interno, o Direito internacional passa a ser violado, de maneira que o Estado é exposto “à sanção que o Direito internacional estatui como consequência de tal conduta” (KELSEN, 2009, p. 374-375). Conclui Kelsen, peremptoriamente:

Assim, o Estado aparece como determinado pelo Direito internacional na sua existência jurídica em todas as direções, quer dizer, como uma ordem jurídica delegada pelo Direito internacional, tanto na sua validade como na sua esfera de validade. Somente a ordem jurídica internacional, e não qualquer ordem jurídica estadual, é soberana. Se as ordens jurídicas estaduais ou as comunidades jurídicas por elas constituídas, os estados, são designadas como “soberanas”, isso significa simplesmente que elas apenas se encontram subordinadas à ordem jurídica internacional, que elas são jurídico-internacionalmente imediatas (2009, p. 377).

O monismo internacionalista avoca em si a mais profunda forma de deferência ao Direito internacional entre as teorias brevemente estudadas. Seu raciocínio básico é a assunção de que a conduta dos Estados se funda e está detidamente vinculada aos imperativos emanados pela ordem internacional⁸⁹. Dessa maneira, toda forma de desvinculação daquilo que as fontes de Direito internacional determinam, por parte do Estado, nada mais se traveste do que uma conduta ilícita, cujas consequências pelo descumprimento estão previstas no âmbito do Direito internacional⁹⁰. Todavia, a rigidez desse posicionamento

⁸⁹ Kelsen é categórico ao afirmar que “visto dessa posição, ele é uma ordem jurídica parcial, imediata em face do Direito internacional, relativamente centralizada, com um domínio de validade territorial e temporal jurídico-internacionalmente limitado e, relativamente à esfera de validade material, com uma pretensão à totalidade (Totalitätsanspruch) apenas limitada pela reserva do Direito internacional” (2009, p. 377).

⁹⁰ Se afastando da rigidez do raciocínio kelseniano, mas ao mesmo tempo chegando a conclusões que apontam para um viés de primado do Direito Internacional sobre o Direito interno, assim argumenta Hildebrando Accioly: “Em sua manifestação positiva, o direito pode divergir, de fato, de sua fonte profunda, ou seja, do direito objetivo ou racional. Neste sentido, o dualismo é possível, embora não se justifique. Depois, não se deve confundir a superioridade do direito das gentes em relação ao direito interno, com uma espécie de subordinação deste àquele, ou de

também sofreu inúmeras críticas. Autores internacionalistas geralmente simpáticos à ideia de primazia do Direito internacional tentaram dar um maior grau de aceitabilidade às teses kelsenianas, adotando aquilo que se poderia chamar de “monismo de compatibilização⁹¹”. Vicente Marotta Rangel se destaca na defesa dessa configuração da teoria monista, conforme se observa no seguinte excerto:

Reparos procedentes se fizeram à doutrina kelseniana, pelo menos tal qual foi inicialmente formulada, a de que ela importava na absorção da ordem estatal pela ordem internacional. E mesmo quando se procurou superar o unilateralismo da concepção normativista e se foi buscar no fato social uma nova dimensão do Direito, continuaram a ter pertinência esses mesmos reparos na medida em que, tal como ocorre na concepção de SCHELLE, se entendia a ordem interna como proveniente de delegação da ordem internacional e se negavam ao Estado atributos de existência ou de personalidade. Ora, nem a ordem internacional se dilui na ordem jurídica interna; nem esta naquela se dissolve. Igualmente equivocada se mostrou a afirmação de TRIEPEL, a de que essas ordens permanecem reciprocamente indiferentes. Elas, ao contrário, se condicionam e se influenciam mutuamente⁹² (MAROTTA RANGEL, 1967, p. 89).

uma verdadeira delegação de normas ou preceitos do primeiro ao segundo. O que ocorre é, antes, uma relação de coordenação – “um equilíbrio harmônico”, como diz Truyol –, entre a ordem jurídica da comunidade de Estados e a estatal, com o reconhecimento, em vista do bem comum e sob a égide do direito objetivo, da primazia da primeira. Sem dúvida, não se pode ignorar a existência, frequente, de normas do direito interno contrárias às do direito internacional. Isto, porém, não acarreta o reconhecimento de uma distinção fundamental entre aquele e este. E é sabido que do eventual conflito surge, então, como consequência lógica, a espécie de sanção constituída pelo reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado que, na ordem interna, tenha adotado alguma regra de direito contrária a qualquer norma do direito das gentes ou tenha deixado de cumprir suas obrigações internacionais. Esse princípio de responsabilidade, em tais casos, é hoje geralmente admitido” (ACCIOLY, 2009, p. 77-78).

⁹¹ Assim como defende Pedro Dallari, ao dizer que “parece ser mais adequada, portanto, pra se lograr escorar o propósito do presente estudo de formulação de um sistema articulado e coerente de recepção dos tratados no direito brasileiro, a opção por um monismo de compatibilização. Este deve implicar a integração das normas de Direito Internacional Público com o direito interno do Estado, mas, também, acarretar a substituição do enfoque baseado em torno da primazia de uma ou de outra ordem por uma perspectiva de articulação entre ambas, superando-se, assim, a polarização entre monismo internacionalista e monismo nacionalista” (2003, p. 13).

⁹² Em trabalho anterior, também se defendeu essa espécie de relativização do monismo com primazia do Direito Internacional, sem contudo haver um ideal aprofundamento da questão central: “em que pese a propriedade da corrente teórica do Monismo com primazia do Direito Internacional, deve-se operar uma crítica de ordem pragmática e teórica que acaba por impossibilitar a sua adoção *in totum*. Essa sistematização acaba por reivindicar única e exclusivamente ao direito internacional a fonte de validade das normas jurídicas e o arranjo de parametricidade entre normas de direito interno em face das normas de direito das gentes. Nesse quadro, é valioso destacar que, em especial no que ocorre em matéria de tratados internacionais comuns, a primazia do Direito Internacional esbarra em questões de índole interna que são de importância inarredável para os Estados. Em primeiro plano, a consecução de um acordo internacional esbarra em contingências político-econômico-sociais que devem ser analisadas em cada caso (COSTA GONTIJO, 2016, p. 18).

Essa compreensão encontra algum eco na doutrina, mas, em verdade, não resolve o problema normológico apresentado por Kelsen, vez que lança mão de argumento paralógico – constata-se a imbricação entre a normatividade e a realidade, mas fundamentando a validade e a possibilidade de afastamento do Direito Internacional em alguns casos (não especificados, ou seja, em aberto) tendo em vista questões fáticas, forma de raciocínio afastada de coerência epistemológica – para dar ares de novidade à fundamentação teórica. Com efeito, trata-se mais de um argumento retórico, que se baseia na possibilidade de sincretismo metodológico, do que de argumento teórico de natureza persuasiva e que demonstre a verdadeira complexidade do fenômeno normativo como um todo. Não parece ser o melhor caminho para se absorver a compreensão do Direito internacional do ponto de vista de uma dogmática comprometida com seu objeto de estudo, especialmente pelo fato de que indica uma obviedade (a influência de fatores atados à circunscrição da incidência das normas, ou seja, de contingências advindas de sistemas externos ao direito, tais como a economia, a política e a moral⁹³), e não produz qualquer forma de solução do conflito ainda permanente na ordem jurídica brasileira no que se refere à aplicação e ao choque entre disposições de direito interno e disposições normativas de natureza internacional.

Aliás, as argumentações seguintes vão ao encontro do pensamento de José Carlos de Magalhães, para quem não há mais sentido centrar-se na polêmica sobre monismo e dualismo em nosso atual estágio de desenvolvimento:

É por isso que se perdeu sentido a antiga polêmica sobre dualismo e monismo, que opunha, de um lado, seguidores de Triepel e Anzilotti – que apregoavam a existência de duas ordens jurídicas não

⁹³ Já se explicitou essa relação em estudo pretérito, no sentido de que “obviamente que a escusa de natureza política, em sua grande maioria, somente tem o escopo de desarticular o sistema internacional e causar instabilidade no espectro normativo internacional. Aqui e acolá, são usados artimanhas e esquemas políticos que têm como finalidade desobrigar o Estado em relação a compromissos internacionais contraídos por outros governos, em especial no que diz respeito às tratativas internacionais que possuem conteúdo ideológico adverso ao governo imperante naquele momento. Lançar mão do véu da soberania do Estado para impelir à Ordem Internacional o propósito de desarticular e obscurecer a força normativa do Direito internacional é conduta a ser rechaçada e que deve ter responsabilização imediata e eficaz. Exemplos dessas condutas que aqui se colocam como deletérias para o arranjo normativo internacional podem ser observados no cenário político latino-americano, onde grandes estruturas de Direito internacional e ensaios de criação de organismos e órgãos de Direito Comunitário tem seu desenvolvimento praticamente rendido ao alvedrio das forças políticas que comandam as nações partícipes dos processos de integração regional, tais como a UNASUL, ALBA, Mercosul, Cepal, etc (COSTA GONTIJO, 2016, p. 18).

concêntricas, a internacional e a nacional, devendo esta, mediante norma interna, recepcionar a internacional – e, de outro, os que adotavam as ideias de Kelsen e Verdross – que sustentavam serem ambas as ordens integradas em uma só, não necessitando dessa recepção. Tal polêmica, na verdade, pode-se considerar ultrapassada, uma vez que a questão se cinge ao exame da Constituição do país e dos mecanismos por ela adotados para a celebração e ratificação dos tratados. Trata-se, assim, de matéria constitucional, mais do que internacional, devendo-se sempre examinar a Constituição para se verificar a constitucionalidade de um tratado e, assim, sua regularidade perante a ordem interna (MAGALHÃES, 2000, p. 18).

Justamente por não haver uma solução satisfatória para a resolução dessas questões nos âmbitos teóricos, e em razão de os Tribunais brasileiros⁹⁴ adotarem uma interpretação míope do fenômeno convencional, é que se considera insuficientes as formas de resolução da unidade do direito postas sob as vertentes do monismo e do dualismo. Para dar melhor visualização do problema, e enfrenta-lo de forma mais equilibrada e alinhavada, propõe-se a utilização da teoria do observador a partir da ideia de que a unidade do ordenamento jurídico é encontrada, conforme Luhmann, na identificação de sua operação básica, qual seja a comunicação normativa, que se manifesta mediante o código binário lícito/ilícito. É o que se passa a verificar.

3.2 A teoria do observador e a redefinição da relação entre Direito Internacional Público e Direito Interno

⁹⁴ Exemplo disso se reflete na doutrina elaborada por importantes membros do Poder Judiciário brasileiro. A exemplo, tem-se o posicionamento de forte viés monista nacionalista, com traços dualistas (tendo em vista colocar a necessidade de incorporação do Direito internacional para a vinculação da República Federativa do Brasil) de Luís Roberto Barroso, que conclui: “em síntese apertada de tudo que se vem de expor, é possível assentar que, no conflito de fontes interna e internacional, o estágio atual do direito brasileiro, consoante a jurisprudência constitucional e a melhor doutrina, é no sentido de que: a) os tratados internacionais, em geral, são incorporados ao direito interno em nível de igualdade com a legislação ordinária. Inexistindo entre o tratado e a lei relação de hierarquia, sujeitam-se eles à regra geral de que a norma posterior prevalece sobre a anterior. A derrogação do tratado pela lei não exclui eventual responsabilidade internacional do Estado, se este não se valer do meio institucional próprio de extinção de um tratado, que é a denúncia. B) o tratado celebrado na vigência de uma Constituição e que seja com ela incompatível, do ponto de vista formal (extrínseco) ou material (intrínseco), é inválido e sujeita-se à declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, por qualquer órgão judicial competente, sendo tal decisão passível de revisão pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário. O tratado que se encontrar em vigor quando do advento de um novo texto constitucional, seja este fruto do poder constituinte originário ou derivado, será tido como ineficaz, se for com ele incompatível (BARROSO, 2009, p. 33-34). A questão repercute, por exemplo, na decisão do Supremo Tribunal Federal tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480/MC, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, que será especificamente analisada nos capítulos seguintes.

Como foi visto, a relação entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno é fonte de inúmeros dissensos doutrinários e jurisprudenciais, especialmente no que diz respeito à ideia de sua fundamentalidade, de sua unidade enquanto fenômeno a ser conhecido. As teorias dualistas, monistas, pluralistas, e suas mais variadas gamas tendem a verificar a sistematicidade do direito a partir de métodos de conhecimento do mundo assentados na racionalidade do sujeito cognoscente. Há uma exata representação daquilo que ficou conhecido como dualidade sujeito/objeto, que cinge a epistemologia moderna em inúmeras segmentações teóricas, depreendendo formalizações conceituais de natureza metafísica e transcendental.

O transcendentalismo, e suas mais variadas gamas de manifestação, traz como ponto unitário a ideia de que todos os indivíduos (ou sujeitos, a depender do enfoque que se quer dar à manifestação do ser humano em sua singularidade) possuem estruturas universais, que podem ser constatadas em cada um deles, e que servem de suporte para o processo de gnose, de conhecimento do mundo como ele nos é dado pelos sentidos. Uma das bases desse pensamento na modernidade foi fortemente potencializado por Immanuel Kant, que em sua “Crítica da Razão Pura” traçou as linhas fundamentais da epistemologia, sendo que sua teoria do conhecimento é marcada – aqui se fazendo uma análise extremamente simplificada – não somente pela consideração do sujeito como dotado de estruturas *a priori* da intuição – ou seja, daquilo que compõe a razão humana como estruturas prévias necessárias para o processo de conhecimento –, como também pela afirmação da impossibilidade de conhecer *a coisa em si (numeno)* quando se analisa o processo de entendimento do mundo fenomênico.

Grande parte do aparato teórico da epistemologia moderna se baseou, em alguma medida, na questão do sujeito como centro do processo de conhecimento (quando muito, teve-se a especificação do objeto amoldando a percepção do sujeito). O mesmo movimento se vê nas raízes das abordagens monistas e dualistas, que necessitam da figura de um sujeito para que a unidade do sistema possa ser descrita mediante a observação da realidade jurídica, especialmente quando se considera essa realidade a partir do direito positivo. O “cientista do Direito” ou o “teórico do Direito” traduz por método lógico-sistêmico a unidade de algo que não está em si, que não faz parte de suas operações enquanto consciência singular, mas enquanto consciência heterorreferencial e,

por isso mesmo, parcial, incompleta, incapaz de aceder à unidade enquanto operação.

É no interior desses grandes impasses do estudo da teoria do conhecimento que Niklas Luhmann defende a necessidade de se incorporar a teoria do observador para ampliar o rol de mecanismos que estabelecem as condições de verificação da possibilidade de autopoiese e autorreprodução do sistema e, além disso, demarcar quais seriam os nortes para se verificar a unidade do sistema sem que para isso tenha que se levar em consideração a existência de uma consciência cognoscente. Afasta-se o solipsismo teórico, lastreado nessa pretensão de o sujeito estabelecer uma relação de preponderância com a realidade, com o mundo fenomênico, de forma a constatar que o próprio sistema é dotado de mecanismos de observação a partir do estabelecimento da diferença. A constância dessa maneira de experienciar o mundo e seus respectivos meios abre mão da artificial separação entre o mundo do ser e do dever ser – que, em última análise, leva ao absurdismo de se considerar a ordem jurídica em sua fundamentação seminal como mera ficção, como algo que deva ser considerado como existente sem que haja correspondente na realidade, como se existisse de per si – e passa a observar aquilo que há de singular nas inúmeras formas autônomas, autopoieticas e autorreprodutivas que compõem o mundo: o sistema e seu respectivo meio.

Como visto, a unidade do sistema se dá pela identificação da operação que lhe é própria, operação essa que se estabelece entre um diferença existente em relação a isso ou aquilo, em relação ao que é bom ou ao que é mau, na realização da contraposição entre o justo e o injusto, ou seja, demarcado por um código específico, de natureza binária, dada pela diferença entre um e o outro lado da forma. É essa configuração da realidade lastrada na diferença entre o meio e o sistema que possibilita enxergar a necessidade e a utilidade de se lançar mão da teoria do observador como ponto de encontro da unidade e da manutenção da coerência argumentativa em nível epistemológico.

O primeiro passo para compreender a inserção da teoria do observador é abandonar a dicotomia sujeito/objeto no fenômeno na observação. Isso quer dizer que o observador, para a teoria dos sistemas tomada em seus postulados gerais, não se identifica exclusivamente com a presença de uma consciência, ou de um sistema nervoso cognitivo (cérebro), ou por alguma espécie de sujeito transcendental. Nesse caminho o primeiro postulado que aparece é aquele o

qual se distingue e o qual se indica a diferença existente entre observar/observador, ou seja, entre a operação que o sistema utiliza, e o próprio observador. Isso motiva tomar o observador como um sistema, “que utiliza as operações de observação de maneira recursiva, como sequência para obter uma diferença em relação ao meio” (LUHMANN, 2009, p. 154).

Há que se levar em consideração, na abordagem do observador, que para a descrição deste é necessário dar importância a todos os conceitos até o momento referenciados nos tópicos anteriores. As operações do observador, ou seja, o ato de observar, deve ser identificado nessa miríade de conceitos como fenômeno fugaz, rápido, abrupto, “e que carece de tempo para poder conectar operações de observação, com o objetivo de obter a diferença em relação ao meio” (LUHMANN, 2009, p. 154). Esse modo de defrontar o observador leva à conclusão de que o sistema (o observador) nunca paira sobre a realidade, não observa de uma realidade adversa de si, do pedestal. Assim, o observador não é idealizado como “sujeito situado fora do mundo dos objetos; ele é, ao contrário, um deles⁹⁵” (*Ibidem*). A fugacidade está localizada a partir do momento em que o observador de primeiro grau se guia pelo constante estabelecimento da diferença entre o sistema e o meio, a partir da lógica diferença/indicação estabelecida pelo próprio sistema. Para isso, lança mão de sua própria estrutura, de natureza autopoietica, que lhe permite verificar os parâmetros para a realização de *inputs* e *outputs* concomitante à averiguação da existência de *feedbacks* e controle da entropia/neguentropia do sistema. Essas operações não demandam tempo demasiado por parte do sistema, sendo em sua maioria carregadas de automatismos, ou seja, pronta resposta que é encontrada na auto-observação dada a autorreferência.

Luhmann coloca que “a primeira diferenciação é a própria observação, diferenciada por outra observação que constitui, por sua vez, a primeira diferenciação para outra observação” (2009, p. 155). Tomada essa feição podem ser constatadas inúmeras distinções realizadas por um observador, que por seu turno pode ser analisada por um observador do observador, de jeito que este

⁹⁵ Conclui Luhmann, sobre essa questão, que “ao falar em *observar* e *observador*, referimo-nos a operações, em dois sentidos: para que o observador possa observar as operações, ele próprio tem de ser uma operação. O observador está, assim, dentro do mundo que ele busca observar ou descrever. Então, temos: a) que o observador observa operações; b) que ele próprio é uma operação, pois, do contrário, não poderia observar: ele mesmo se constrói no momento em que constrói as conexões da operação (2009, p. 154-155).

primeiro tem a capacidade de lançar mão de distinções em cadeia e conectar logicamente as indicações realizadas pelo observador de primeira ordem e encontrar os mesmos resultados finalísticos (não causais). Com isso,

Se qualquer observação está possibilitada pela operação do observar em geral, onde é possível encontrar a unidade da observação? Ao invés da resposta tradicional, que postula a exigência de um observador externo e o ideal de um sujeito extramundano, a teoria da observação deve encontrar outra forma de solução. Isso acontece quando se aceita que a **distinção entre observação/operação se dá sempre por um sistema**, e que, com todas as suas consequências, esta observação é e continua sendo um êxito do sistema (2009, p. 156 – grifos do autor).

Essa sistemática colocada pela teoria do observador revela a existência de uma antítese – quer dizer, de uma contraposição interna, própria à teoria, em que os opostos ao invés de se anularem do ponto de vista de sua verificação em nível de auto-observação do sistema, coexistem, sendo um a razão de ser do outro, em que pese aparentemente se anularem – calcada no raciocínio de que para que haja a revelação da unidade do sistema, deve haver o estabelecimento de uma diferença. Quer isso significar o sistema que tem capacidade de auto-observação somente faz isso a partir do momento em que possui aptidão, a partir de recursos operativos à sua própria estrutura, de delimitar suas idiosincrasias e códigos próprios se diferenciando de seu meio, e não a partir de uma unidade previamente pensada ou erigida em um ponto comum artificialmente raciocinado por um sujeito. Cai-se, então, em uma das grandes dificuldades para a teoria dos sistemas que é localizar o *ponto cego* existente entre a observação e a observação específica do ato de observar realizado pelo sistema, ou seja, onde se localiza e o momento exato o qual se pode indiscutivelmente verificar a unidade do sistema⁹⁶ (LUHMANN, 2009, p. 156). Nesse quadro, expõe Luhmann que:

No contexto da teoria das operações (sociais) de comunicação, facilita-se a compreensão do observador como um sistema que se possibilita

⁹⁶ Luhmann delimita que “se tomarmos por base fundamentos gerais de uma teoria do conhecimento, veremos que toda observação e descrição têm de se apoiar numa diferença. Para poder delinear (ter a intenção de, tematiza) alguma coisa, é preciso primeiramente distinguir. E quando se distingue algo de outra coisa, descrevem-se *objetos*. Se, ao contrário, distingue-se algo de um contraconceito determinado (e não de outro), são descritos *conceitos*. Só se chega à formação de um conceito quando se podem distinguir distinções. Um entendimento teórico do direito pressupõe um mínimo desse sentido (...). Se se passar em revista mais uma vez princípios já elucidados sobre uma teoria do direito, fica evidente que eles se valem de diferentes distinções e, portanto, também constroem “formas” diferentes, bem como distintos objetos (2016, p. 35).

a si mesmo, sem pressupor outras condições para a operação (recordemos que se está falando em operações, e não em objetos). Quando se pretende garantir uma continuidade da observação, o observador tem de ser um sistema estruturado, que se diferencia (a si mesmo) do meio. O sistema necessita de um limite através do qual se possa observar algo, sendo que **toda observação pressupõe a instituição das diferenças internas correspondentes** (um sistema não diferenciado não pode observar a si mesmo). Isso significa também que o observador sempre tem de ser um sistema único, já que nenhum outro sistema pode diferenciá-lo daquilo que imediatamente será o seu meio, e nenhum outro sistema pode traçar da mesma forma o limite divisório entre ele mesmo e o meio. Os observadores são idênticos unicamente a si mesmos, porque observam através de um limite que eles próprios traçaram, enquanto outros sistemas podem de qualquer forma observar os observadores, observando, sem poder participar de sua observação (2009, p. 157 – grifos do autor).

Lançando mão da abordagem feita por Spencer-Brown – anteriormente explorada –, observa-se que a operação de diferenciar é realizada a partir da ideia de que em uma forma existem dois lados, sendo que o sistema indica qual desses lados pertencem à sua própria constituição, como reflexo de sua estrutura e da funcionalidade de seu código e de sua operação. O ponto de partida é que a primeira operação de diferenciação “somente pode ser introduzida operativamente, e não pode ser observada, por sua parte”. Isso porque a operação de observação de primeiro grau se dá de modo instantâneo a tomar a estrutura do sistema que possibilita a autopoiese e, por via de consequência, a autorreprodução. Assim, as diferenciações de diferenciações, que são um outro momento do observador, já em segundo grau, somente ocorrem no tempo – dilata-se a operação a partir da verificação entre uma grande variação de possibilidades e a escolha do sistema por eleger somente uma delas para dar continuidade à reprodução de seu código, o que só é possível em sistemas autopoieticos –, fenômeno que possibilita a verificação do ponto cego do sistema, a partir da lógica de que não é possível estar ao mesmo tempo nos dois lados da forma⁹⁷.

⁹⁷ Luhmann, então, parte do raciocínio de que “para tanto, é preciso cruzar o limite (Spencer-Brown fala em crossing), e isto demanda tempo. De certa forma, o tempo é um esquema mediante o qual a diferenciação (o observador) pode “desparadoxizar” seu próprio paradoxo: primeiramente, o lado esquerdo; depois, o direito” (2009, p. 157-158). Continua, narrando que “na terminologia igualmente empregada por Spencer-Brown, pode-se dizer que a diferença é o ponto cego da unidade de operação do observar. Para observar, deve-se fixar um ponto: a universidade, e não outro lado. A concentração se dá na universidade e todo o resto não desempenha um papel decisivo. Isto significa que a diferença torna invisível a unidade da distinção. Ao se pretender tornar visível tal unidade, chegar-se-ia ao paradoxo da unidade de uma diferença; ou, na formulação de um tema de conferência de Ranulph Glanville: *the same is diferente*” (Ibdem, p. 158-159).

Além desses aspectos, a teoria dos sistemas aponta que a efetivação de distinções, a partir da constatação de que tudo pode ser de alguma forma observado, leva a uma conclusão no sentido de que todo o mundo pode ser de alguma forma observado. Esse fato revela a ocorrência específica das ciências sociais, que é a verificação pelos sistemas sociais de sua policontextualidade, ou seja, a existência de inúmeros emissores e códigos comunicativos que se afirmam como sistemas autopoieticos integrados numa cadeia de comunicação que, ao final, não tem qualquer possibilidade de preponderância sobre as outras operações ou sobre aquilo que ficou do lado de força da forma com base na distinção. Assim,

Para a observação, não existe – como algo que outorgue uma hierarquia – uma natureza, ou um cosmos ordenado segundo as leis da criação. A observação é possível, portanto, sem nenhuma intenção temática, ou hierarquização e, sobretudo, sem nenhuma finalidade prático-teológica do mundo – o que não implica que não se possam fazer descrições do mundo ordenadas hierarquicamente (LUHMANN, 2009, p. 160).

Pode-se dizer, então, que na concepção da sociedade moderna, cujos códigos são cada vez mais relativizados, opera-se sempre em um ambiente que não possui uma homogeneização e, o mais importante, assentado sob um esquema binário no que tange ao outro lado da forma: isto ou aquilo, bem ou mal, comunicação e não-comunicação, justo e injusto, etc.

Por muito tempo se defendeu a tese de que a distinção estabelecida entre sujeito e objeto seria responsável pela formação de toda informação no que diz respeito ao conhecimento do mundo. Mas, conforme Luhmann, do ponto de vista de uma teoria social, essa dicotomia não é adequada, uma vez que há constatações que não podem ser interpretadas unicamente em razão dessa diferença. Para o sociólogo, “o social nunca pode ser reduzido completamente à consciência individual, e nem pode ser captado como adição aos conteúdos de consciência de vários indivíduos, muito menos em redução dos conteúdos de consciência a áreas de consenso” (2009, p. 162). Afasta-se, então, a pretensão de Habermas em realizar uma ressignificação do social com base numa teoria do agir comunicativo, que seria responsável por amoldar zonas de consenso na esfera social, especialmente em sua manifestação política⁹⁸. A experimentação

⁹⁸ Como bem introduz António Manuel Hespanha, “Jürgen Habermas assume que a coesão social se constrói pela racionalização das ações dos indivíduos em sociedade, embora essa

social é calcada em um código binário, que poderia ser traduzido no âmbito do presente estudo com a fórmula confiança/desconfiança. Não há sempre a possibilidade de que as consciências individuais se proponham a incorporar atos de sedimentação do consenso, uma vez que nem todos tendem a ações de confiança. Pelo contrário, é justamente na inexistência de uma expectativa precisa do futuro, e sua conseqüente redução no presente, que reside o fenômeno das comunicações individuais no plano social e, por fim, a desconfiança. Há sempre que se levar o acaso, a intemperança, a irracionalidade, a falta de visão de si mesmo diante dos outros, como fator interpretativo do agir em sociedade. E é aí que reside a importância da figura do observador, que será responsável por constatar, em alguma medida, como as operações do sistema se comportam em dado momento, especialmente no caso das operações comunicativas, que são emanadas em perspectiva de comunicação social e comunicação individual⁹⁹.

É nessa óptica que desponta a necessidade de se conceber o observador como sistema e que, por sua vez, possui “capacidade de localização flexível” (LUHMANN, 2009, p. 163). Isso significa que o sistema pode tanto observar suas próprias operações (a si mesmo, ou auto-observação), como também pode observar as operações de outros sistemas (hetero-observação). Nesse ponto, a

racionalização se manifeste sob duas formas. Uma racionalização de tipo instrumental, que assegura melhor adequação (a maior eficiência) das ações humanas em relação aos seus objetivos (técnicos, políticos); e uma racionalização convivial ou comunicacional, que se orienta para a formação de consensos entre os membros de uma sociedade, de forma a harmonizar as suas visões do mundo e a permitir uma convivência livre e pacífica. Ou seja, a sociedade forma-se e reforça-se quer pela prestação eficaz de serviços aos seus membros, quer pela criação, entre estes, de laços de entendimento” (HESPANHA, 2009, p. 181). Nesse viés, tem-se que a prática argumentativa, envolvida pela linguagem, teria para Habermas a função de proporcionar a formação de consensos sociais, a partir do livre embate de ideias na arena dos sistemas sociais. Contudo, a crítica de Luhmann a essa questão perpassa pela ideia de que esses consensos não se operam em mera adição, mas, se em alguma medida alcançáveis, se dão sob uma perspectiva sistêmica de alta complexidade estrutural, que somente pode ser constatada por meio de uma observação de segunda ordem. A harmonização das práticas sociais, nesse sentido, não adviria unicamente de uma prática de argumentação cabeça a cabeça, mas à uma interatividade dos sistemas sociais e seus subsistemas no sentido de reduzir a complexidade do meio, com base em estruturas prévias estabelecidas pelo próprio sistema, autopoietico.

⁹⁹ Nesse aspecto, destaca Luhmann: “pelo que foi dito, torna-se imperioso tomar uma decisão pragmática e renunciar ao termo sujeito, ainda que com isso haja necessidade de tomar decisões de maior densidade. Para observar, o observador utiliza uma forma de dois lados, e toda relação de observação se realiza em um mundo que já tem a delimitação dessas formas. No mundo só existem essas formas que manifestam dois lados, e não uma terceira, por exemplo. A Teoria dos Sistemas não é senão um correlato desse fato fundamental do mundo: é uma forma de designar que há sistema e há meio. O mundo está cindido, delimitado, dividido entre sistema e meio. O ponto de partida dessa teoria consiste em que o mundo, como infinidade inobservável, é cortado por uma linha divisória: de um lado, está o sistema, e de outro, o meio (2009, p. 163).

teoria do sujeito¹⁰⁰ possui grandes entraves para demonstrar em qual lado deve estar o observador, se no meio ou se no sistema, o que a leva a formular um ponto transcendental de análise para observar a divisão do mundo entre sistemas e meio. Assim, como coloca Luhmann, “a hipótese teórica do observador pretende, por um lado, situar-se em uma posição distinta em relação à prevalência da consciência e, por outro lado, à teoria do sujeito” (2009, p. 167).

Após constatar-se a presença do observador como sistema autopoietico, autorreferencial e auto-reprodutivo e sua observação como operação própria ao sistema, passa-se para um segundo estágio do desenvolvimento teórico conhecido como observação de segunda ordem. Como bem coloca Luhmann, em verdade “se trata de uma observação que se realiza sobre um observador” (2009, p. 168), ou seja, observa-se a forma como o observador observa. Realiza-se, dessa maneira, a focalização acerca das distinções utilizadas por um observador. Mas como não poderia deixar de ser, a própria observação de segunda ordem é também uma observação de primeira ordem, dado que se realiza a partir de um sistema com operação própria. Dessa maneira, para Luhmann,

Essa duplicação busca enfatizar que na observação de segunda ordem é necessário seriamente efetuar processos concretos de distinção, com o objetivo de não perder o posicionamento. A observação de segunda ordem não constitui o emprego de uma lógica formal abstrata, mas a tentativa de observar aquilo que o observador não pode ver, devido à localização. A observação de segunda ordem deve fixar exatamente o ponto a partir do qual se observa como o outro observa o mundo. Ou, dito mais precisamente: qual esquema de diferença é utilizado por aquele a quem se observa. Imediatamente, surgem, então, diferentes planos de observação: **o observador de segunda ordem distingue a observação (observada) de outras observações**. E isto de maneira muito distinta da do observador de

¹⁰⁰ Além disso, a teoria do sujeito enquanto observador traz entraves de ordem estrutural no que se refere às interrelações estabelecidas em sociedade, ou seja, o fenômeno da intersubjetividade. Se todas as coisas devem ficar subordinadas ao sujeito (sub-iectum), já que nele acontece a reflexão, então é difícil explicar o inter da intersubjetividade. Como é possível a interação de muitos sujeitos? A resposta só pode ser obtida mediante as teorias da analogia (empatia, simpatia, que pressupõem outros sujeitos, ainda que não se saiba claramente como devam se relacionar. Até hoje, não há uma teoria satisfatória da intersubjetividade, e o objetivo de Husserl (na 5ª meditação cartesiana) de radicalizar na direção de um eu puro levou, por fim, a conceitos negativos, fazendo com que a sociologia desistisse de seguir por esse caminho e optasse pela escolha empírica. O que parecia como indiscutível era que algo social deveria existir entre os sujeitos, mas este algo se transferiu, sem maior especificação, para a teoria da linguagem, não se cumprindo da finalidade de dar um passo decisivo na fenomenologia da intersubjetividade. Falou-se em sociedade no sentido de Durkheim, mas nunca se esclarecer qual era a relação entre sujeito e sociedade. Todas as limitações que começaram a surgir no campo dos problemas ecológicos e da tecnologia do risco não encontraram maior explicação do que a de um consenso adequado entre indivíduos e uma exigência de política de distribuição justa (LUHMANN, 2009, p. 167).

primeira ordem, que tenha aplicado um esquema de observação, por exemplo, moral/amoral, próximo/distante, pessoal/impessoal. A **pergunta fundamental** seria: por que surge essa diversidade de planos? Como o observador de segunda ordem pode explicar o que o observador de primeira ordem diferencia dessa maneira, e não de outra? (2009, p. 168-169 – grifos do autor).

Dentro dessas premissas, há que se reconhecer que a possibilidade da observação de segunda ordem traz como principal consequência a redução da complexidade a partir do momento em que o observador passa a poder focalizar, a se especializar em observar a observação do outro, de maneira a abstrair a totalidade do mundo (2009, p. 169). No caso do fenômeno normativo, a questão se traduz de forma sólida. Como um observador de segunda ordem pode identificar que uma dada norma é jurídica ou não? Haveria a possibilidade de justificar o porquê de o sistema do direito ter escolhido uma, e não outra, forma de estabelecer a normatividade (ao escolher dados valores interpretativos da realidade), de vincular as condutas por meio de imperativos de natureza globalmente coercitiva?

As distinções aplicadas pelo observador de segunda ordem, nesse caso, se dão justamente no intuito de rememorar os esquemas de distinções aplicados por dado sistema. No particular do Direito, as seleções, como será aprofundado no próximo capítulo, se dão conforme uma ampla rede de aplicadores que estabelecem aquilo que se poderia chamar de comunicação autêntica do Direito, ou seja, a comunicação normativa que cria o Direito. Essa comunicação, por se performatizar em uma cadeia autopoiética, somente encontra lugar caso siga parâmetros pretéritos de índole formal e material, previamente estipulados pelo sistema e utilizados pelo observador de primeira ordem, que determina a seleção, que estabelece a diferença. Nesse movimento, há que se reconhecer que ao operar uma seleção, a partir da demarcação da diferença, o observador de primeira ordem está realizando simultaneamente os parâmetros de observação conforme aquilo que sua própria estrutura avalia como algo que, através dos *inputs* sistêmicos, seja válido de ser incorporado e introjetado ao sistema. O momento de conversão do sistema, onde há a seleção, é que se torna propriamente o objeto de verificação do observador de segunda ordem, porquanto passa a ter condições de contemplar quais operações o primeiro observador lançou mão em sua seleção, e quais ficaram de fora.

Nesse viés, o observador de segunda ordem pode constatar a unidade do sistema a partir de sua operação e de seus mecanismos autoreferenciais, a verificar o fenômeno autopoietico normativo em razão de premissas colocadas pelo próprio sistema em sua estrutura (que estabelece um código e é calcada em uma operação), não tendo que recorrer, para garantir a unidade, a uma norma extrassistêmica, ou a algum tipo de conteúdo essencial dessa ordem jurídica do ponto de vista axiológico. O observador de segunda ordem acaba por aumentar a complexidade de seu sistema ao verificar um mundo de possibilidades, ao poder enxergar o ponto cego¹⁰¹ da distinção realizada pelo observador de primeira ordem, em saber quais distinções ficaram de fora e quais foram incorporadas à forma do Direito. Ao mesmo tempo, o sistema do observador diminui a complexidade em relação ao seu meio, ao selecionar uma das opções colocadas em jogo, geralmente aquela que melhor se amolda à sua formatação estrutural, que garanta a potencialidade da funcionalidade de seus códigos e de suas operações. Assim, “este aumento de complexidade se efetua na medida em que se renuncia à confirmação final de validade das garantias ontológicas, e na medida em que já não se pode apelar para as formas essenciais dos conteúdos do mundo (LUHMANN, 2009, p. 169-170).

A partir dessa análise teórica, pode-se redefinir a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno em uma abordagem própria à teoria dos sistemas. Não importa para esta a definição ontológica do fenômeno estudado a partir de um critério superior, de um escalonamento necessário para garantir a unidade em um ponto último. É mais útil para a verificação do atar do sistema o seu fechamento operacional, uma vez que se identifica prontamente o código que permeia a sua operação, ou seja, a maneira como o sistema seleciona informações advindas das zonas de *input*, e dá uma adequada e mais verossímil resposta ao meio por meio de *outputs* com maior estabilidade.

Assim, a unidade do sistema advém da sua própria operação, que conduz um maior incremento do *feedback negativo*, a tomar que a interação entre o sistema do Direito e o sistema da sociedade se dá conforme uma lógica de

¹⁰¹ Sobre o tema, Luhmann disserta que “o tema do ponto cego é abordado no livro *Observing Systems*, de Heinz von Foerster, e traz a conclusão reveladora – que faz lembrar Kant – de que não só não se vê o que não se vê, como o não ver é condição de possibilidade do ver. As metáforas relacionadas com o ver derivam de uma tradição muito antiga, na qual se afirma que o olho não pode ver a si mesmo. Apenas Fichte pensa em termos de uma tradição diferente, já que ele supõe que o indivíduo pode ver a totalidade (inclusive a si mesmo) na claridade do sujeito (2009, p. 171).

contínua troca e a partir de uma definição precisa de cada uma das operações comunicacionais. Não que não existam conflitos, não que não se constate desapontamentos: a desconfiança é intrínseca ao sistema, é o que determina um ganho de complexidade do ponto de vista de sua prospecção operacional e da possibilidade de seu código. Mas mesmo com a existência dessas zonas contingenciais, o observador de segunda ordem permite aferir, sem recurso a um regresso *ad infinitum* de natureza ontológico-axiológica – ou, até mesmo, ficcional – aquilo que caracteriza o sistema do ponto de vista de seu fechamento intrínseco. O direito interno e o direito internacional estão localizados em uma zona comum operativa: a comunicação normativa. Ambos são apenas segmentações de um mesmo fenômeno sistêmico, que lança mão de uma mesma estrutura e de uma mesma forma de transmitir informações, quais sejam as normas jurídicas – sejam elas de caráter positivo, convencional, costumeiro ou jurisprudencial.

3.3 A semântica do Direito e o Tempo na teoria do observador

Antes de adentrar no fenômeno linguístico próprio ao direito e à formação de sua estrutura comunicacional no tempo, necessário torna-se trazer algumas noções acerca do termo complexidade, já referenciado ao longo do presente trabalho.

A primeira forma de se tratar o conceito de complexidade foi tido como a identificação de uma medida comparativa entre a complexidade do meio e a complexidade do sistema, sendo que a do primeiro era considerada bem maior. Nesse ponto, tentou-se estudar como que o sistema, menos complexo, interagia com seu meio¹⁰² (LUHMANN, 2009, p. 178-179). Dessa maneira, Luhmann esclarece que esses desenvolvimentos teóricos não deram conta de demonstrar como se dava de forma real a interação entre essas duas expressões do mundo, de maneira que o conceito de complexidade não foi suficientemente definido.

¹⁰² Assim, do ponto de vista geral, tem-se que “o sistema não tem uma capacidade de apresentar uma variedade suficiente (*requisite variety*: Ashby) para responder, ponto por ponto, à imensa possibilidade de estímulos provenientes do meio. Assim, o sistema requer o desenvolvimento de uma disposição especial para a complexidade, no sentido de ignorar, rechaçar, criar indiferenças, enclausurar-se em si mesmo. Por isso, surgiu a expressão redução de complexidade, no que se refere à relação do sistema com o meio, mas também consigo mesmo, principalmente quando se tratava de compreender as instâncias de racionalidades, as agências de planejamento localizadas dentro do próprio sistema (LUHMANN, 2009, p. 179).

Tomado isso, coloca que a evolução dessa forma básica abstração do conceito de complexidade envolveria desenhar uma representação de um gradiente de complexidade entre sistema e meio, de modo a se constatar que o sistema opera seletivamente,

tanto no plano das estruturas, como no dos processos: sempre há outras possibilidades que podem ser selecionadas quando se trata de atingir uma ordem. Precisamente porque o sistema seleciona uma ordem, ele se torna complexo, já que se obriga a fazer uma seleção da relação entre seus elementos. Do ponto de vista formal, o conceito de complexidade se define, então, mediante os termos *elemento e relação*. A questão da complexidade fica, assim, caracterizada como aumento quantitativo dos elementos: com o aumento do número de elementos que devem permanecer unidos no sistema, cresce em proporção geométrica o número das possíveis relações, determinando, assim, que o sistema se veja obrigado a selecionar a forma como deve relacionar tais elementos. Por complexo se designa, então, aquela soma de elementos, que em razão de uma limitação imanente de capacidade de conexão do sistema, já não possibilita que cada elemento permaneça sempre vinculado. Como as relações possíveis entre os elementos aumentam quando o sistema cresce, apresentam-se limites drásticos na capacidade de relação dos elementos, principalmente quando se consideram os diversos tipos de sistema: células, cérebros, comunicação; ou quando se parte, por exemplo, dos possíveis contatos que os indivíduos possam estabelecer em uma época determinada¹⁰³ (LUHMANN, 2009, p. 184 – grifos do autor).

Nesse caso, considera-se uma distinção entre elemento e relação como primordial para entender a complexidade do sistema do direito. O elemento nuclear do Direito – mormente nos países de tradição continental – é a norma jurídica. Esta pode ser considerada em seus mais amplos aspectos, como referenciado. A partir da estrutura normativa, que emana imperativos, entende-se que as operações jurídicas se dão por meio de estruturas simbólicas que possuem funções linguísticas extremamente sofisticadas e calcadas em uma tríade de relações de natureza relacional: sintática, semântica e pragmática¹⁰⁴.

¹⁰³ Luhmann elucida a questão de maneira didática: “a consequência é que para ordens quantitativamente grandes os elementos podem se conectar somente sob a condição de que este acoplamento se realize de maneira seletiva. Tal seletividade pode ser nitidamente observada no fluxo da comunicação habitual, nos círculos de vizinhos: não é possível comunicar-se com todos, mas somente com determinadas pessoas, que, por sua vez, dão continuidade à comunicação; ou, então, nas hierarquias institucionais, nas quais se formam níveis, e só é possível de membros de um nível se comuniquem muito seletivamente com membros que estão situados em outros planos. Um secretário de Estado não pode falar diretamente com o pessoal de gabinete de outra Secretaria; isto não é permitido, e nem seria bem visto. Portanto, percebe-se aqui, claramente, que a comunicação também estabelece uma rede que seleciona suas possibilidades de relação. (LUHMANN, 2009, p. 184-185).

¹⁰⁴ Uma das grandes referências teóricas acerca da distinção linguística da “linguagem normativa” certamente nos é dada por Riccardo Guastini. Em sua obra, “das fontes às normas”, o jusfilósofo italiano distingue a linguagem normativa própria das fontes do direito (prescritiva, diretiva, preceptiva e imperativa) da linguagem jurídica própria aos discursos das obras

No aspecto sintático, em que se observa a relação das normas entre si, pode-se, por exemplo, visualizar essa importante diferenciação dada por Luhmann no campo da complexidade, a partir do momento em que os elementos normativos somente passam a ser verificados por um observador (de primeira e de segunda ordem) a tomar a ideia de autorreferência, de complexidade estruturada e de auto-poiese do sistema. Quer dizer que numa visão geral o sistema é sempre dinâmico e relacional, uma vez que as partes, os elementos, sempre estão em contínua transição no tempo – obviamente que não toda a estrutura sofre modificações de grande porte a todo momento, mas há incidência de inovações no ordenamento e de reformas pontuais que oxigenam essa forma de relacionamento entre a parte e o todo.

A considerar essa forma constitutiva entre estrutura e funcionalidade das interrelações estabelecidas entre os elementos normativos, parte-se para a averiguação de que a forma de seleção dos *inputs* recebidos pelo sistema se dá não somente por um exame de critérios estreitamente normativos, mas também sob o influxo de vontades externas ao fenômeno jurídico, naquilo em que o Direito, a partir de sua estrutura, permite acoplar-se. Esse nível de complexidade

acadêmicas (que não seriam criadoras do Direito, mas simplesmente descritivas do direito). Nesse sentido, propõe-se na análise exclusiva do fenômeno da linguagem normativa ligada às fontes, ou seja, avaliar a se a função prescritiva do enunciado normativo se extrai de aspecto sintático, semântico ou pragmático. Em linha genérica, afasta a função prescritiva dos aspectos sintático e semântico, tendo em vista que, ao seu ver, os enunciados descritivos e prescritivos, analisados sob essas duas ópticas, não necessariamente vinculariam a conduta de outrem. Liga, então, a característica prescritiva do fenômeno jurídico ao seu aspecto pragmático, a partir do momento em que adverte: “mas, a rigor, não devemos sequer falar de ‘enunciados prescritivos’”. Nenhum enunciado é, enquanto tal, prescritivo (ou descritivo) somente em virtude de sua sintaxe e/ou de sua semântica. A prescritividade é uma propriedade não tanto dos enunciados, mas antes de enunciações concretas de enunciados. Prescritivo exatamente não é o enunciado (se não, talvez, por metonímia), mas antes o modo de o usar, ou o ato da linguagem executado mediante o seu proferimento (GUASTINI, 2005, p. 45-56). Por outro lado, vê-se em Tércio Sampaio Ferraz Júnior uma forma diferenciada de tratar os aspectos sintático, semântico e pragmático do fenômeno normativo, a partir da abstração possibilitada pela semiótica. Seguindo os critérios do referido jusfilósofo, tem-se que a análise normativa pode ser desenhada a partir da verificação das interrelações estabelecidas pelas normas entre si (aspecto sintático, que tem a ver com a relevância das normas, com a subordinação das normas e com a estrutura das normas propriamente ditas em dado ordenamento jurídico), a partir das interrelações estabelecidas pelas normas em relação aos objetos “normados” (aspecto semântico, sendo que, nesse ponto, aborda-se os destinatários das normas, a matéria, o espaço e o tempo) e a partir das interrelações estabelecidas pelas normas em relação aos seus usuários (aspecto pragmático, ou seja, a força de incidência, a finalidade e o funtor ou modal sobre o qual a norma opera suas prescrições) (FERRAZ JR., 2011, p. 96-104). Assim, observa-se que o sistema do Direito é calcado em uma intrincada e complexa rede comunicacional, que se resvala em formas representativas de grande envergadura teórica e que necessitam ser levadas em consideração para explicitar os elementos e as relações do sistema. Apesar das divergências teóricas entre os autores, pode-se verificar que a natureza linguística da normatividade propicia múltiplas abordagens, mormente no que tange à constatação da comunicação normativa em seus variados vieses de manifestação.

é tratado pelo Direito Internacional de forma muito sutil, melindrosa e espinhosa, uma vez que a formação de normas de origem convencional exige uma gama infinita de possibilidades de seleção sobre quais elementos que passarão a se relacionar com o Direito. É após essa seleção que se torna indiscutível a utilização do fenômeno da observação de segunda ordem para poder separar o porquê de um sistema ter escolhido dessa e não de outra forma. Mais além disso, a observação de segunda ordem, que traz em si uma complexidade extremada, também permite visualizar que a formação desse novo código normativo, desses novos imperativos, possuem a mesma natureza do Direito interno, não podendo se falar em submissão da ordem internacional em face da ordem interna, porquanto o código normativo se conforma, se amolda, se constitui e floresce com a mesma natureza. Considerar o aspecto relacional da formação das normas convencionais como algo menos jurídico, ou que de alguma forma possa ser mitigado a depender de contingências, é abrir caminhos para que essa complexidade existente entre o sistema e o meio chegue a determinado nível que leve ao fenômeno de concretização dos atratores, fatores que inevitavelmente causam o colapso do sistema por meio da alopoiese, a diminuir a confiança, o que será aprofundado nos próximos capítulos.

Como se pode suspeitar, a manifestação da complexidade se dá em níveis diversos, a depender do grau de estruturação da complexidade interna (número de elementos e relações internas) de um dado sistema. Nesse sentido, Luhmann aponta para o fato de que se pode chegar a uma fase em que se diferenciaria uma “complexidade simples” – expressão antitética, que revelaria a possibilidade de o sistema conectar todos os seus elementos de forma relacional com o ambiente – e a “complexidade complexa”, que indiscutivelmente necessita lançar mão dos mecanismos de seleção para que o sistema possa operar de maneira salutar. Para o teórico, este tipo de complexidade traria em si a característica de aumento progressivo de suas próprias exigências intrínsecas, sendo, desse modo, seletivo, imprevisível e baseado em uma maior capacidade de variação (2009, p. 185).

A partir de um aspecto normativo, pode-se perceber que o desenho do sistema do Direito se dá a partir de um nível de complexidade superior, uma complexidade complexa cuja principal representação se dá conforme a ideia de Constituição. A relação entre os elementos jurídicos intermediada entre a Constituição e o restante do ordenamento, sob a perspectiva sistêmica, nunca é

no sentido de apresentar uma relação direta com todos os elementos. A Constituição traz em si a forma da contingência, uma vez que se assenta sob a ideia de perene perfazer de suas normas mais abertas, tidas como programáticas. Nesse aspecto, parte da normatividade inquestionável da Constituição se aflora nesse nível de complexidade em que ela, em que pese se direcionar para a manutenção da neguentropia do sistema, a fim de consolidar *feedbacks* estáveis em seu contato intrínseco com a realidade para a qual aponta, não possui condições de abarcar todos os vieses axiológicos e fáticos da realidade, devendo operar uma seleção – que também é realizada por seus operadores no momento de aplicação (elementos do sistema), a partir da tomada da Constituição como norte interpretativo para a inovação (autorreprodução) do sistema.

Para além disso, a Constituição leva a dado nível de complexidade de cunho semântico onde se passa a avaliar a sua relação intrínseca com o Direito Internacional Público. A Constituição, ao mesmo tempo em que condiciona a atividade performativa dos plenipotenciários e representantes do Estado brasileiro no momento da elaboração das cláusulas convencionais (em específico em relação ao conteúdo), também realiza o reforço e a proteção da normatividade dos tratados internacionais comuns. Isso porquanto participam de um mesmo código – comunicação normativa –, razão pela qual a Constituição como garantidora das bases do Estado de Direito tem a capacidade de emanar uma salvaguarda especial para as espécies normativas convencionais dessa seara jurídica. Aliás, não tem somente a capacidade, como também se traduz como a *condição per quam* de tal raciocínio, visto que tem função estruturante perante o ordenamento.

Se a Constituição funciona como elemento agregador, que reduz a complexidade do sistema em relação ao meio ao estabelecer ganho de complexidade em razão da seleção previamente realizada e incorporada à estrutura sistêmica para servir de parâmetro para a autopoiese, como não considera-la como o meio necessário e intransponível para regulamentar questões relativas à inserção sistêmica dos tratados internacionais comuns com base na confiança? Nesse aspecto, como já defendido em outra oportunidade, há que se considerar a presença daquilo que se poderia considerar como uma omissão inconstitucional imprópria, ou seja, uma omissão do poder legislativo que leva ao aumento de complexidade indiscriminado do sistema jurídico visto a

partir do observador de segunda ordem e que obsta uma integração sistêmica do fenômeno jurídico. Explica-se.

Já se expôs que, conforme Luhmann, a sociedade hodierna é indiscutivelmente uma sociedade mundial (2016, p. 488). Nesse nível de sociedade mundial pós-moderna – cuja marca é a inexpressão de um código comum, que paire sobre todos os demais –, pode ser visto que apesar de a tessitura social estar baseada em interações sociais, há um espaço de tão profunda discordância e variedade de códigos que essas interações passaram a ter, em alguma medida, caráter de inacessível, intangível, não imbricáveis. Essa questão revela que o aspecto policontextual da sociedade moderna ao mesmo tempo que permite a manifestação da pluralidade como fator de agregação qualitativa ao debate, ao estabelecimento da comunicação, leva também à formação de zonas inaudíveis, onde a interpenetração semântica dos códigos não se configura, em razão de obstáculos de naturezas diversas – etnias rivais, ideologias contrastantes, religiões intolerantes, estratificações sociais irracionais, códigos de conduta morais homogeneizantes e, ao mesmo tempo, negadores da diversidade, etc. Localiza-se, então, a Constituição como o ponto de inflexão finalístico, que traça programa normativo de natureza imperativa e que possui a função de reduzir a complexidade, mesmo com a presença de um meio altamente instável e com gradientes consideráveis de entalpia no próprio sistema do Direito, vez que funciona como verdadeiro acoplamento estrutural entre política e Direito, o que será aprofundado no próximo capítulo.

Pois bem. Ao traçar esse programa normativo e, ao mesmo tempo, caminhar em direção à redução de complexidade por meio da formação de acoplamentos com a pretensão de configurar maior estabilidade (confiança), a Constituição também pode ser concebida como a norma estruturante do ordenamento, responsável pelo arranjo básico, que garante a vinculatividade e a eficácia dos códigos derivados pelo Direito do ponto de vista interno e externo das análises constitucionalistas¹⁰⁵. Nesse ponto, enxerga-se a necessidade de

¹⁰⁵ Segundo o desenvolvido anteriormente, observa-se que “em um conceito contemporâneo de constitucionalismo, deve-se ter por pressuposto lógico que o fenômeno da globalização e a interligação dos diversos países em uma sociedade multipolarizada trazem como consequência a necessária absorção dessa realidade pelas inúmeras constituições nacionais. Fala-se, corriqueiramente, que a análise do fenômeno constitucional perpassa pela perspectiva dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos que vivem sobre aquela circunscrição territorial, de maneira a sempre se voltar para a concepção de que a constitucionalização serve, tão somente, para demarcar os limites do querer estatal. Isso é o que pode ser interpretado como o ponto de partida interno do constitucionalismo. Para além dessa

se realizar uma estruturação do ordenamento que possua plena capacidade para reduzir ainda mais a complexidade, ampliar a confiança e garantir a previsibilidade. É aí que se localiza a figura da omissão inconstitucional imprópria, que nada mais é que o fenômeno do silêncio do Direito (Constituição e legislação infraconstitucional que tenha por vez regulamentar disposições não contidas na Constituição, mas que podem ser concebidas como essenciais para a garantia da segurança jurídica, da confirmação da soberania estatal em sua visão contemporânea e da confiança no sistema do direito) no que diz respeito à questões estruturais (de ordem ontológica) e que possuem direta influência sobre o desenho e a garantia da integridade operacional e de código do sistema. A omissão inconstitucional imprópria está sustentada na ideia de “força normativa da Constituição”, que opera no campo da identificação dos aplicadores do Direito com o texto constitucional, em que a vontade destes seja nada mais que o meio de manifestação da vontade da Constituição, ao ter vontade de Constituição¹⁰⁶. Os capítulos seguintes demonstrarão a questão mais a fundo e trarão, na medida do possível, propostas e sugestões para uma nova reconfiguração do sistema jurídico brasileiro como forma de aperfeiçoar o fenômeno autopoietico.

Dada a exemplificação da relação entre estrutura, complexidade e seletividade do Direito com base na ideia de omissão inconstitucional imprópria,

concepção clássica, a efervescência dos constitucionalismos contemporâneos tem que lidar com outro ponto de análise da Constituição: a perspectiva externa. A fundação do Estado Constitucional Contemporâneo não se assenta somente da delimitação do Poder do Estado em face da sociedade civil. Detém-se, também, no que se refere ao erigimento do supedâneo de princípios e práticas institucionais do Estado sob a perspectiva de outros Estados, ou seja, o plano internacional (COSTA GONTIJO, 2016, p. 63).

¹⁰⁶ O raciocínio da omissão inconstitucional imprópria como forma de ampliação da complexidade do sistema pode ser abordado no sentido de que “inevitavelmente, a estruturação do ordenamento jurídico perpassa pela configuração imanente da Constituição. Somente esse sistema normativo – que traduz a vontade soberana da nação – pode estabelecer quais as condições e conjecturas são hábeis a conformar a posição hierárquica das normas de determinado ordenamento, podendo, até mesmo, determinar que alguns tipos específicos de normas ocupem posição acima de sua própria forma ontológica. Surgiria, assim, o delineamento de uma omissão legislativa inconstitucional imprópria. A inconstitucionalidade fere à Constituição enquanto núcleo do sistema jurídico, a partir do momento em que abala a credibilidade da força do ordenamento – em sua totalidade – e, via de consequência, estabelece um verdadeiro estado de instabilidade e imprevisibilidade do quadro normativo. De maneira efetiva, o alvedrio legislativo no âmbito infraconstitucional é salutar para as ordens democráticas a partir do momento em que a atividade legislativa se move sob o influxo de uma gama de contingências políticas e sociais. Todavia, no que se refere aos pressupostos de sustentação e soerguimento do ordenamento jurídico, a atividade legislativa não somente é necessária como também indispensável, sob pena de se relativizar o próprio ordenamento em vista de sua inoperabilidade causada pela instabilidade advinda da falta de diretrizes normativas que sejam precisas e exaustivas sobre pontos constitutivos da regra do jogo jurídico (COSTA GONTIJO, 2016, p. 72-73).

passa-se a verificar que, no caminho de Luhmann, a complexidade deve ser vista, ao fim, como uma “necessidade de manter uma relação apenas seletiva entre elementos” (2009, p. 185). Nesse aspecto, ao não prever norma essencial à especificação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 acaba por ser considerada manca, sem base de sustentação própria à sua função sistêmica. Isso significa, ao fim, que os mecanismos de seleção do sistema são deficitários e altamente instáveis, o que causa depreciação do fenômeno jurídico e aumenta a complexidade (desconfiança) em razão da indeterminação, da presença de zonas inaudíveis.

É a tomar a temporalização da complexidade que se pode observar a agudeza do problema abordado. A abordagem luhmanniana coloca em relevo o fato de que o sistema traz em seu bojo o permanente e incessante elo entre os conceitos de elemento/relação, que em uma primeira medida são identificados mediante uma definição estática: “entre A e B pode existir uma relação de acoplamento, que tem como base um conceito de tempo abstrato” (2009, p. 187). Assim, a temporalização da complexidade se dá em momento posterior, na medida em que o fator tempo passa a ser parâmetro para avaliar como os elementos se ligam relacionalmente e se conectam de maneira seletiva, formando uma ordem, uma dada sequência (*Ibidem*). Dessa maneira, Luhmann passa a trabalhar com a visualização de um conceito multidimensional de complexidade que acaba por levar em consideração três variáveis básicas: 1) o número de relações de um sistema; 2) o número de elementos de um sistema; 3) a possibilidade de mudança na relação entre os elementos (contingência, tempo). A incorporação das contingências à própria forma de se enxergar a complexidade, no tempo, é um dos maiores ganhos teóricos para a teoria dos sistemas. Quando se verifica a configuração dos *feedbacks*, nota-se que as relações estabelecidas entre o sistema e o meio, que se perfazem através de acoplamentos estruturais, acabam por depender dessa carga de imprevisibilidade, daquilo que há de mais casual e incerto no sentido de que o sistema, em alguma medida, sempre tenta estabelecer pontos de estabilidade momentâneos a partir da instabilidade intrínseca de sua relação com o ambiente. Essa questão é ainda mais patente no momento em que entra em cena a figura do observador, que atesta para o fato de que dado sistema não possui, como pressuposto lógico de existência, “a capacidade de reproduzir em si mesmo a complexidade do outro e, portanto, nenhum dos dois sistemas teria a suficiente

variedade requerida para inserir a complexidade de outro sistema em si mesmo” (LUHMANN, 2009, p. 188). Por esse caminho, chega-se à abordagem do fenômeno da hipercomplexidade, que para Luhmann se dá conforme o seguinte raciocínio:

Na atual literatura especializada sobre a Teoria dos Sistemas encontra-se a indicação de que um sistema pode diferenciar vários planos que têm a função de observação (reflexão, descrição). Conseqüentemente, os sistemas podem conter diversas descrições de si mesmos: pode-se traçar um modelo com o qual se planejará o sistema; e, depois, outro que se encarregue de ver como as pessoas reagirão a este planejamento, sem que ele mesmo tenha a referida função. Temos, assim, o surgimento da **hipercomplexidade** no sistema, quando todas essas instâncias buscam introduzir um elemento de otimização a partir de cada uma de suas perspectivas, o qual, na totalidade, não leva diretamente à racionalização, mas à confusão – um assunto que, além disso, não foi pensado pela atual teoria da organização. Portanto, o conceito de complexidade não pressupõe nem mesmo que um estado *de fato* complexo o seja somente de uma maneira; podem existir diferentes descrições, dependendo de quanto o observador esteja em condições de decompor a unidade de uma multiplicidade em elementos e relações. Um sistema pode descrever a si mesmo como complexo, de diversas maneiras. Isso decorre da natureza paradoxal do conceito, bem como do fato de que um observador possa descrever as descrições da complexidade de outro observador, de tal modo que cheguem a se constituir sistemas hipercomplexos que também contenham uma pluralidade de descrições da complexidade (2009, p. 191 – grifo do autor).

A grande questão em torno do conceito de hipercomplexidade gira em torno dos vieses de análise que aparecem com a incorporação da teoria do observador à teoria dos sistemas. Isso se dá a partir da verificação de que uma parte do sistema pode ter a capacidade maior que todo o sistema de enxergar a si próprio, o que faz com que o observador (sistema), em que pese ser ao mesmo tempo uma observação de primeira e de segunda ordem, traga em si uma grande carga de complexidade (elemento/relação). Mostra-se, nesse ponto, a razão de que o conceito de hipercomplexidade arrasta consigo as contingências, as inúmeras probabilidades de seleção e de cenários prospectivos, o que é próprio ao fenômeno do sistema do Direito. A hipercomplexidade do Direito pode ser vista, por exemplo, nas inúmeras searas jurídicas, que apesar de participarem de um mesmo fenômeno (o normativo), desencadeiam uma ordem específica de subsistemas autônomos e embasados em princípios estruturantes próprios, como o caso do Direito Constitucional, Direito Penal, Tributário, Internacional, etc., que nada mais são que formas de manifestação do Direito por meio de critérios epistemológicos com pretensão de autonomia dentro do próprio Direito.

Essa verificação do Direito para dentro de si pode, em alguma medida, ser lançada a partir do observador de primeira ordem, que realiza a seleção, tomado o código operacional – e no caso da hipercomplexidade, acoplado com o predicativo intrínseco a cada um dos subsistemas em viés de bases principiológicas, ou subestrutura autopoietica – como supedâneo para a realização da unidade por meio do estabelecimento da diferença interna.

Nesse espectro de abordagem, observa-se que o ambiente de hipercomplexidade acaba por arrastar a própria estrutura do sistema aberto do direito para uma relação paradoxal no sentido de que parte dessa estrutura, elevada pelo observador de primeira ordem, possui maior capacidade de averiguação da forma como a seleção deve ser realizada do que as demais partes. Quando o Direito, em alguma medida, não possui os parâmetros, as partes, que possibilitam ao observador filtrar de forma precisa e exata qual o modo de seleção para uma dada situação fática, cai-se para a relativização da estrutura, o aumento expressivo da complexidade e, por conseguinte, da desconfiança. Em outras palavras, a hipercomplexidade do dado jurídico exige que, para garantir sua autonomia, deva haver uma correta e eficaz construção de suas estruturas, de forma que os mecanismos de autorreferenciamento (que possibilitam a autopoiese e autorreprodução) tenham condições de garantir a confiança. Resvala-se, então, na questão relativa à omissão inconstitucional imprópria em seu duplo viés: falta de parâmetro constitucional e falta de parâmetro infraconstitucional. Barra-se o aspecto de perene processualização da constituição normativa, que se dá no tempo, inserida numa lógica de complexidade relacional.

Eleva-se esse desenho do sistema do Direito para um plano um pouco mais além da garantia de justa expectativa, para o plano de como o sistema incorpora em si uma complexidade traduzida em perene exame da contingência. Como coloca Luhmann, “a discussão sobre a complexidade leva diretamente à questão da representação de como é possível a ordem, o cálculo, a racionalidade, sob condições extremas de contingência (que são reais) introduzidas precisamente pela complexidade” (2009, P. 192). Essa complexidade numa perspectiva externa ao sistema se dá naquele exato viés da relação do sistema com seu meio, ou complexidade complexa. Ora, as indicações feitas pelo sistema por meio de seu código operacional ao selecionar aponta para a diminuição da complexidade por meio da seleção dos *inputs* e

envio de *outputs* relativamente estáveis. A questão a se pensar, nesse sentido, é como o sistema do Direito lida em suas zonas de grande contingência quando posto o fenômeno dos acoplamentos estruturais, que exigem constante atenção e ação do sistema no sentido de converter fórmulas comunicacionais do seu meio e que, em alguma medida, podem vir a acender a luz amarela no que diz respeito à corrupção do código do Direito e mitigação de sua respectiva operação comunicacional de natureza deontica. Como pode o Direito estabelecer essas balizas de imbricações entre partes do sistema que lidam com a constante troca com um meio altamente instável, especialmente pulverizado pelos fatores políticos e econômicos? Obviamente que fortalecendo seu código binário por meio da especificação e complexificação de sua estrutura. É o que o presente trabalho propõe a demonstrar no que diz respeito à análise da incorporação do Direito Internacional Público e, mais precisamente, dos tratados internacionais comuns, ao ordenamento jurídico brasileiro.

A análise da hipercomplexidade está, por essa forma de abordagem, concretamente ligada ao risco. Cada uma das seleções e conversões realizadas pelo sistema apontam para a momentânea adequação do elemento à estrutura, que foi elegida em relação a uma gama de possibilidades. Ao calcar-se em apenas uma dessas possibilidades, o sistema atrai para si a posição de gerenciar o risco, uma vez que pode haver influências ou fatores posteriores que apresentem um cenário onde haja a certeza que outra seleção seria, de modo pleno, mais eficaz, mais adequada, do que a operacionalizada pelo sistema naquele momento da seleção. O gerenciamento do risco nada mais é do que o ganho em complexidade e concomitante redução da complexidade, vez que as escolhas contingenciais podem ser completamente ou parcialmente retificadas pelo sistema, em que pese seus efeitos insertos no tempo poderem deixar marcas muitas vezes indeléveis. O sistema ao trazer o inesperado revela o campo inóspito da impossibilidade de acesso à totalidade, à limitação da observação, o ponto cego e a necessidade de descrições de um observador de segunda ordem (que tem a possibilidade de comunicar ao sistema do Direito a necessidade de adequações nos esquemas de seleção feitos na borda do sistema) para garantir uma performance com maior envergadura autopoietica, que afaste configurações de alotropia interna de alta densidade e, em última instância, a alopoiese.

Os desenvolvimentos teóricos acerca do risco estão inseridos na lógica da pós-modernidade, onde a relativização dos códigos operativos dos subsistemas sociais é colocado em xeque pelo afastamento de uma pretensão de resgate da consciência histórica, como abordado no início do capítulo. A ideia de que o sistema se forma a partir dessa percepção de correlação temporal – que mesmo uma informação que não mais se traduza em operação cumpre papel importante para a compreensão do atual estágio evolutivo do sistema e de suas possibilidades frente ao futuro – e que esse fenômeno está ligado à tradição, geralmente é visto com ressalvas, com críticas pela necessidade de uma pretensa renovação da consciência embutido no raciocínio do conhecimento da verdade ou da verossimilhança. Faltando estacas referenciais, percorre a ação humana pela busca da confiança onde o acaso serve como esteio para a ação humana. É nessa fermentação de relativismos e de imprevistos que a figura da confiança, especialmente no sistema do Direito, tenta conter a formação do raciocínio do descrédito, do ceticismo autofágico. Nesse sentido, coloca Luhmann:

Mas, em princípio, na problemática do risco, volta a se fazer presente o fugidio da unidade do conceito de racionalidade, a partir do momento em que o conceito de risco estabelece uma forma de tempo futuro que não pode ser de antemão conhecido. O conceito de tempo contém a possibilidade de se arrepender da decisão tomada, mesmo que tenha calculado todos os custos do risco, já que o tempo introduz uma modalidade do inesperado, que, quando acontece, modifica radicalmente o contexto da decisão em que a ação foi tomada (2009, p 198).

A base mais relevante de estudo para entender a complexidade da contingência certamente é enxergar sua delimitação referida pelo conceito de racionalidade. No caminho proposto por Luhmann, essa espécie de racionalidade não deve ser concebida por viés ontológico, mas racionalidade intrínseca ao sistema. No desenvolvimento de sua relação com o meio, que é dada pela diferença contornada pelo próprio meio a partir do encerramento operativo, o sistema não se performatiza indiferentemente. Pelo contrário, sua operação, que filtra os *inputs* e possibilita a determinação de correlação entre o *feedback positivo* e *negativo*, acaba por calcar-se em mecanismos de retroação, que controlam a estabilidade dos *outputs* para os demais sistemas presentes no meio, especialmente para aqueles sistemas imbricados através de

acoplamentos¹⁰⁷. A epistemologia proposta por Luhmann aponta para a ideia de que aqueles sistemas que possuem orientações internas que sejam especializadas em operar a seletividade têm maiores condições de localizar os campos de irritação entre os sistemas, de forma a processar a racionalidade intrínseca ao sistema mais precisamente (2009, p. 200). Vê-se a questão, por exemplo, quando se lança mão da observação de segunda ordem, que revela a racionalidade do sistema a partir do ponto cego, a partir do momento em que descreve qual foi a seleção feita – em vista de várias possíveis – e quais foram os efeitos precípuos sobre a estrutura e sobre as dinâmicas de autorreprodução e autopoiese.

A irritação dos sistemas se torna assim algo recorrente e quase que permanente tomada a ideia de que os acoplamentos e as trocas entre o sistema e o meio estão embebidos por uma agitação, uma energia, de extrema fluidez. Bem exemplifica Luhmann no sentido de que a política é irritada pela economia não só pelo fato de que o planejamento econômico quase nunca é efetuado, “como também pelo fato de que a política desenvolve uma especial sensibilidade para os dados econômicos altamente agregados, embora sua origem nunca seja clara e somente os institutos de pesquisas econômicas apareçam como fiadores” (2009, P. 200). Essas irritações estão presentes em todos os sistemas e, conforme Luhmann, devem ser reforçadas. Isso porque a irritabilidade determina, em um só momento, a manutenção dos códigos operativos do sistema na verificação da diferença por sua auto-observação e, também, pelo fato de que as trocas estabelecidas pelo meio proporcionam ganho de maior racionalidade para o sistema, incremento de sua forma de poder ler o meio e dar

¹⁰⁷ O cenário teórico da relação entre sistemas é pertinentemente descrito por Luhmann no sentido de que “com a ajuda dos modelos de complexidade (que são modelos de seletividade), os sistemas se tornam mais capacitados para processar as irritações provenientes do meio – o que proporciona a possibilidade de aproximar-se da racionalidade. Um sistema pode construir a própria complexidade e, portanto, sua irritabilidade. Ele pode inserir a distinção sistema/meio de ambas as partes, mediante ulteriores distinções e, dessa forma, ampliar suas possibilidades de observação. Ele também pode voltar a utilizar indicações e, com isso, condensar referências; ou, então, não fazê-lo, deixando assim que uma das possibilidades caiam no esquecimento. Ele pode recordar e esquecer e, portanto, reagir à frequência das irritações. Conseqüentemente, tudo o que pode significar reingresso de distinções do meio, no distinguido pelo sistema, pode ser enriquecido e abastecido de maiores possibilidades complexas de acoplamento. Diferentemente das concepções próprias da tradição, não se trata aqui de aproximar-se de um ideal, nem de uma justiça maior, ou de uma construção superior, e tampouco da autorrealização de um espírito objetivo ou subjetivo. Também não se trata de atingir a unidade (pois, como já foi dito, isso seria voltar ao paradoxo ou a seu substituto: a impossibilidade). Racionalidade do sistema significa expor-se à realidade, colocando-lhe à prova uma distinção: entre sistema e meio” (2009, p. 200).

uma resposta (*output*) mais adequada. Ao tomar esse posicionamento, o teórico defende que “o fato de que a teoria concentre sua atenção na diferença leva a dirigir o olhar para problemas que evocamos de uma forma que elimina qualquer esperança de solução total e definitiva” (2009, p. 202). Isso quer dizer que a teoria dos sistemas não tem pretensão de dar respostas certas para problemas complexos, mas intenta analisar a complexidade a partir de sua própria estrutura, o que passa a ser útil para uma ideia de planejamento do sistema, de criação de pontos estruturais que acolham o avanço da verossimilhança no que diz respeito à indicação entre elemento e relação¹⁰⁸.

No esquema da complexidade, avalia-se como a diferença entre um e outro lado da forma se dá no tempo. A atividade de distinguir e indicar, sob a óptica do observador de primeira ordem, se dá simultaneamente, funcionando verdadeiramente como operação intrínseca ao sistema. Todavia, sob o viés de um observador de segunda ordem, o fenômeno comunicativo se dá inserto em uma dinâmica de tempo dilatada, que se constitui em verdadeiro sistema de observação. Com efeito, a diferença entre um e outro lado da forma, no caso da comunicação social e, em específico, da comunicação jurídica, somente pode ser avaliada a partir da sedimentação semântica no tempo. Como bem elucida Luhmann:

É claro que operações sociais demandam tempo. Ainda que a comunicação individual dure apenas um breve instante, ou até menos que isso, esvanecendo-se no momento em que é invocada, ela tem de ser definida no tempo mediante rede recursiva, isto é, referir-se por comunicação já transcorrida e para possibilidades de conexão futuras. Nessa medida, toda comunicação vincula tempo, já que ela determina de que estado de sistema tem que partir a comunicação seguinte. Deve-se distinguir aí a fixação de sentido para o uso repetido, por exemplo, a atribuição de sentido a palavras, conceitos e enunciados verdadeiros. A essas autodeterminações de um sistema de comunicação chamamos semântica. Somente o depósito de uma semântica para uso repetido conduz às vinculações temporais em sentido próprio (...) (LUHMANN, 2016, p. 168-169 – grifo do autor).

¹⁰⁸ Conclui Luhmann sobre a complexidade e a teoria dos sistemas que “todas essas reflexões referentes a uma introdução geral da Teoria dos Sistemas induzem que os estudantes experimentem uma forte carga de ceticismo, hoje manifesto sob a forma de uma queixa de que o instrumental dessa teoria é demasiado abstrato e não pode ser constatado empiricamente; bem como que os paradoxos próprios da teoria não permitem o uso da lógica e que, por isso, a teoria se converte em algo super vazio (*super vacuum*). De fato, a semântica da Teoria dos Sistemas não proporciona por si mesmo nenhuma informação, mas sim uma técnica teórica ou uma estratégia que oferece a oportunidade de colocar à prova conceitos como os de encerramento operativo, auto-organização, autopoeisis, paradoxos” (2009, p.202-203).

A sedimentação da semântica do Direito somente pode se dar no espectro do tempo. A eficácia das normas jurídicas advém da ideia de legitimidade de dada ordem normativa, do reconhecimento de que aquela ordem é vinculante de conduta, caso se observe a questão pelo espectro da verificação ontológica do ordenamento. Pelo viés da comunicação normativa, a eficácia das normas pode ser verificada mediante a constatação pelo observador de segunda ordem de que o encerramento operativo do sistema efetivamente se desdobra em um código binário autorreferencial que lança mão de sua operação para direcionar uma conduta, estabilizando expectativas. Aliás, a semântica do direito se dá como efeito redutor do tempo no presente, no ponto cego da observação, a partir do momento em que a norma jurídica, para Luhmann, é “entendida como expectativa de conduta que se estabiliza ainda que de maneira contrafactual¹⁰⁹”, sob o viés funcionalista. A função do sistema do Direito é mitigar a complexidade do meio social, desenvolvendo seleções intrínsecas à sua própria estrutura como *conditio per quam* para a manutenção da diferença e para a preservação de sua coerência estrutural dentro da ideia da confiança.

Sob o viés da semântica jurídica, ou seja, do tratamento comunicativo do fenômeno do Direito a partir de seu aparato simbólico autodeterminante, há que se identificar a presença de uma estrutura baseada na ideia de incorporação da informação normativa no tempo a partir da ideia de repetição do sentido do sistema. Explica-se. A ordem jurídica, em seu aspecto substancial, está lastreada no fenômeno social a partir de um sistema comunicativo previamente compartilhado pelos agentes sociais, que comunicam. Esse sistema comunicativo, por sua vez, se origina de uma prática social coletiva, que torna

¹⁰⁹ O sociólogo considera que no conceito funcional de norma “não há uma tomada de decisão prévia quanto às motivações pelas quais alguém cumpre (ou não cumpre) as normas. Ao contrário: é bem a isso que se deve renunciar se a norma deve cumprir com sua função. A norma ou se cumpre, ou, por desconhecida, não se cumpre. (Dar-se a conhecê-la poderia despertar motivos para se opor a ela ou para se esquivar dela). Ela se cumpre porque oferece informação: por exemplo, sobre os riscos próprios a determinadas situações descritas nas leis de trânsito ou pela lei ambiental; e não se cumpre quando se confia mais em sua própria informação do que naquela que é transmitida pela norma. Ainda que seja muito raro, pode ter alguma importância o fato de alguém considerar que a norma é (ou não é) legítima; ou, então, quando se considera que a norma está em consonância com seus valores morais, ou quando nessa perspectiva ela é julgada neutra ou contrária à moral. (...) Atualmente, existe um consenso quanto ao conceito de norma não poder ser definido mediante a ameaça de sanção, muito menos mediante a imposição de sanções. Ao mesmo tempo, no entanto, a possibilidade de sanções pertence aos instrumentos simbólicos pelos quais se pode reconhecer se a expectativa está no sentido do direito (ou não); e, pelo mesmo motivo, a ausência de sanção, ainda quando se tenha o direito de esperá-la, pode ter consequências drásticas, que vão além do caso particular. Essas consequências se fazem presentes quando há ruptura com os símbolos do que é impossível ver – aqui, nesse caso, o futuro” (2016, p. 178-179).

concreto, no tempo, os caracteres de significância e significado da comunicação jurídica que serve da linguagem como meio para sua manifestação. Por ser prática social recursiva, a sedimentação da comunicação normativa se dá conforme um dado contexto comunicativo, que intrinsecamente é contingente. Contudo, para que haja a condensação da normatividade, a comunicação deve em alguma medida se manter num dado rumo, se efetivar de forma a garantir os parâmetros mínimos de identificação de sua formação e de sua utilização em dado contexto comunicativo. Todo esse fenômeno, contido no tempo, dá base para se entender a função do direito dentro da ideia do sentido do sistema, como se abordará no próximo tópico. O importante, nesse momento, é observar que essa atividade recursiva de agentes e de operações no âmbito dos sistemas sociais é uma das bases de sustentação da própria normatividade, e que leva à lógica da autorreferência sistêmica do direito. A lógica da semântica jurídica, a tomar a ideia do direito como sistema, somente pode ser revelada em razão do compartilhamento de um condensar e de um confirmar a operação, de modo que o agente “poderá tomar parte da comunicação linguística e acoplar a consciência nas operações sociais” (2016, p. 169).

Esse contexto de condensação do código jurídico no tempo se apresenta como a própria função do direito no sentido de garantir aquilo que se pode convencionar como expectativa normativa. Há uma redução temporal do fenômeno jurídico, especialmente nos sistemas de base continental, a partir da ideia de que a norma produzida no passado, e experimentada no ponto cego do presente, cria condições de expectativa do futuro, de confiança. Como bem coloca Luhmann, “a vinculação temporal não se dá sem consequências sociais” (2016, p. 170). E essa vinculação temporal da semântica do Direito, em um contexto de hipercomplexidade, é o que traz um dos pontos mais paradoxais da interseção entre o direito interno e o direito internacional, como se passa a argumentar.

3.3.1 O paradoxo do tempo na formação do Direito Interno e do Direito Internacional

O fechamento operacional do sistema do direito se dá pela identificação das operações jurídicas que se baseiam na autorreferência do sistema a partir da simultaneidade das operações de indicação e distinção realizadas por aquele.

Nesse aspecto, a teoria dos sistemas considera que a noção dilatada do tempo, assimetriação ou dessimultaneização do tempo, somente pode se dar a partir da perspectiva do observador de segunda ordem. A tomar esse raciocínio, passa-se a enfrentar a questão da semântica do direito a partir dos vieses de complexidade e formação do sentido intrínseco a partir de distinções constatadas pelo sistema corporificado na visão do observador de segunda ordem.

O primeiro ponto fundamental, seguindo o argumento de Niklas Luhmann, se dá na direção de que a noção de tempo para a teoria dos sistemas surge a partir do momento em que o observador estabelece uma distinção¹¹⁰ (o tempo!) (2009, p. 213), ou seja, “o tempo é um mero constructo do observador” (*Ibidem*, p. 211). Desse jeito, não se traduz como uma dimensão *a priori*, que existe intrinsecamente e substancialmente ao observador, mas somente aparece “no momento em que se efetua uma observação”. Disso, pode-se concluir, que o tempo “a) é uma operação que se realiza de maneira concreta; e b) por ser uma observação, consiste na utilização de uma distinção” (*Ibidem*, p. 211).

Como colocado, a observação é fenômeno intrínseco ao sistema para realizar a distinção entre um e outro lado da forma, noção relacionada à observação de primeira ordem. Essa espécie de observação nada mais é que uma operação efetuada pelo observador (sistema), que não estabelece uma descrição, mas realiza uma diferença em operação que se dá na simultaneidade (distinção e indicação). Reflete-se que “tudo o que acontece, sucede ao mesmo tempo; o que acontece neste instante é somente agora, não antes e nem depois” (LUHMANN, 2009, p.212). Com a teoria da forma elaborada por Spencer-Brown, e já enfrentada nos argumentos estabelecidos no presente estudo, pôde-se atentar para o acontecimento de que em que pese a operação do sistema se dê de maneira simultânea no viés de distinção e indicação daquilo que se incorpora ou desacopla autopoieticamente ao sistema, a passagem de um para o outro lado da forma – quer dizer, a visibilidade de porquê um, e não outro, elemento foi absorvido como informação pelo sistema comunicativo do sistema social –

¹¹⁰ Nesse argumento, a teoria dos sistemas afasta as concepções tradicionais de tempo vistas na filosofia ocidental. Como coloca Luhmann, “três eixos de discussão podem servir de marco de referência para orientar a compreensão da noção de tempo: 1) a tradição ontológica do Ocidente; 2) a discussão semântica sobre a formação social do tempo; 3) as teorias que estabelecem a dependência entre consciência do tempo e estruturas da linguagem” (2009, p. 206).

somente pode ser averiguada no viés de uma observação de segunda ordem, de carácter descritivo. É nessa operação efetuada pelo observador de segunda ordem que o sistema ganha complexidade temporal, uma vez que este observador passa a pautar sua operação em código binário: antes/depois, seu constructo. O antes da distinção e o depois. A indicação de qual lado da forma foi escolhido, que tinha possibilidade de aumentar a complexidade do sistema pelo ganho de informação e reduzir a complexidade em relação ao meio porquanto da fixação de parâmetro de operacionalização em primeira ordem¹¹¹. Dentro dessa rota de ideias aparece o fenômeno da dessimultaneização, tão bem descrito por Luhmann como um dos aspectos de êxito evolutivo dos sistemas:

Considerando-se atentamente a simultaneidade operativa dos sistemas que observam, já se pode imaginar o êxito evolutivo tão radical do significado de ser possível experimentar o mundo de forma “dessimultaneizada”. Quando se empregam os esquemas temporais, por exemplo, passado e futuro, renuncia-se ao pressuposto de que tudo o que é, é simultâneo, e abre-se a possibilidade de imaginar outras possibilidades, em vista do temporalmente inatual; conseqüentemente, que o mundo se perceba sob a dupla forma do simultâneo (o atual, o presente) e o inatual, isto é, passado e futuro. E é exatamente esse paradoxo do atual/inatual que se desenvolve mediante a diferença entre passado e futuro, mas no qual o atual permanece como ponto cego da observação (2009, p. 213).

O ponto cego da observação, zona a qual o observador de primeira ordem não consegue dar o salto qualitativo em relação à sua visão acerca do próprio sistema, é superado, como dito, com a identificação da presença do observador de segunda ordem. O nível de complexidade ganho pela teoria dos sistemas é importante para que a diferença constatada por este possa servir, na observação de um e do outro lado da forma, como ponte interpretativa da relação entre sistema e meio, a conseguir realizar a formulação de um encadeamento estratégico para o planejamento do sistema. Essa percepção do planejamento somente pode se dar no tempo, dentro da concepção de que ao selecionar,

¹¹¹ É esse o sentido colocado por Luhmann ao explicar essa densa formulação teórica: “A lei sem exceção da simultaneidade é válida, também, para a operação da diferenciação, em um sentido muito particular. Assinalar uma forma pressupõe a diferenciação de ambas as partes que estão dadas simultaneamente – o que também é válido para a diferença entre simultaneidade e não simultaneidade, com a qual já operamos implicitamente. A par da simultaneidade da diferenciação de ambas as partes, a diferenciação exige que se indique qual de suas partes é a apontada, para que se possa iniciar com outras operações. Não se pode afirmar que ambas, pois isto suprimiria o sentido da diferenciação. Por isso, a *distinção* e a *indicação* são uma só operação, mas uma operação com uma estrutura temporal complexa, já que para poder ir de uma parte (a indicada) a outra, necessita-se de uma operação, portanto, de *tempo* (2009, p. 213).

indicar, o sistema realizou uma operação que tem a pretensão de se projetar para o futuro, em que pese as contingências. A verificação em segunda ordem permite a marcação do antes e do depois e a comparação dos ganhos e perdas em relação à complexidade e em relação ao raciocínio confiança/desconfiança. Alcança-se, assim, uma filmagem do sistema a ter como sustentação a ideia de movimento, dinamicidade, correlação entre elemento e relação que se processualiza.

Segundo explica Luhmann, “a distinção elementar antes/depois permite ordenar as situações sob esquemas causais e de processos¹¹²” (2009, p. 214). A causalidade do sistema do Direito pode ser verificada na concatenação lógica e sucessiva entre as comunicações normativas realizadas na simultaneidade das diferenciações e na conseqüente desdiferenciação operacionalizada pela ação de tornar assimétrico o fenômeno temporal. Caso haja uma entrelinha não adequada ou incontornável em relação ao código e à operação do sistema do Direito, deve ela ser extirpada a partir de mecanismos colocados pelo próprio sistema, o que reforça a autopoiese e a mitigação da entropia. Nesse caso, observa-se que a causalidade somente pode ser vista nesse viés de dilatação do fenômeno sistêmico pelo observador, que pode comparar o antes/depois e constatar a diferença¹¹³. Tomando esse raciocínio, chega-se ao ponto alto da teoria, que Luhmann coloca nos seguintes termos:

Passado e futuro só existem graças ao presente. O tempo se *contraí* – para usar uma expressão de Nicolau de Cusa – no presente, para poder se diferenciar de *passado* e *futuro* (2009, p. 218).

¹¹² Conseqüentemente “que o tempo, no sentido mais elementar, seja uma conquista evolutiva, que possibilita que os acontecimentos do mundo não permaneçam localizados na pura simultaneidade, mas fiquem “assimetrizados” (“dessimultaneizados”). A diferenciação atual/não atual, ou presente/não presente, é indispensável para o surgimento de uma observação esquematizada como tempo. Todos os conceitos temporais necessitam de diferenciações, ainda que seja a diferenciação primária entre *antes* e *depois*. Unicamente por este fato, o tempo já está pressuposto, embora seja somente sob a forma paradoxal da simultaneidade/não simultaneidade. Daí que todas as semânticas temporais partam do paradoxo do tempo e só se distingam pela forma como resolvem esse paradoxo elementar, seja mediante a assimetria irreversível *antes/depois*, seja por meio de uma metáfora espacial como a de linha/círculo, ou movimento; ou através das diferenciações temporais do tipo duração/efemeridade, resultado/virtualidade, ou, finalmente, como passado/futuro” (LUHMANN, 2009, p. 214-215).

¹¹³ Assim, suscita Luhmann que “o tempo é somente um esquema que serve para a sincronização. Daí que o tempo seja somente um, independentemente de processos de aceleração ou retardamento, bem como da relevância da escassez ou da profundidade do horizonte temporal nos diferentes sistemas. É exatamente esse tempo monocrômico que garante toda a diversidade do tempo pontual, e pressupõe, ao mesmo tempo, a simultaneidade do mundo” (2009, p. 218).

A assimetriação do tempo permite a visualização da dinâmica relação/elemento e a causalidade (ou equifinalidade, como coloca Bertalanffy). Essa forma peculiar de apresentar o tempo, de maneira expandida, é para Luhmann um retrato da própria sociedade moderna, que vê suas bases relacionais cada vez mais instáveis, corroídas (2009, p. 219). Não há mais, na sociedade moderna, aquele centro de estabilidade, onde algum grau de sedimentação de valores, condutas, do Poder enquanto tal, pode ser verificado e analisado como fonte de sustentação para as demais ações, para a comunicação, a expandir genericamente comandos. O incremento dessa forma de raciocinar o sistema se dá a partir da incorporação da desconfiança como forma de expectativa do sistema, que não se pauta somente pelo planejamento linear, mas também sobre os escombros da incerteza, do desamparo. Assim, delimita Luhmann que “a sociedade moderna expressa o tempo sob a forma de passado/futuro, porque as estabilidades diminuíram a tal ponto, que só permanece um futuro concebido como instável” (2009, p. 219). É nesse ponto que reside a forma de desparadoxização que o trabalho se propõe: a verificação de uma autorreferência basal (discutida no próximo capítulo) tem a importante tarefa de demonstrar que a programação do sistema, seu prolongamento para o futuro incerto pode ser mediatizada pela comunicação normativa a partir da confiança. Isso somente se os elementos relacionados se constituírem claramente, precisamente, oportunidade a qual se restringe ao máximo a amplitude semântica dos elementos e diminui-se, por consequência, a complexidade.

Diante dessa abertura paradoxal do tempo, o observador de segunda ordem passa a ter condições de decidir. Diz Luhmann que “graças a essa representação do tempo, passa a vigorar uma ideia do temporal marcada pela função de tomar decisões. O tempo obriga a saltar de um evento fundamental a outro, dentro de um espectro de possibilidades: agora se pode fazer isto; e, depois, aquilo outro” (2009, p. 221). A divisão passado/futuro, que é observada no presente, no ponto cego, tem uma dupla utilidade. A primeira de aprendizado. Ao olhar para o passado, imutável – mas extremamente aberto no campo das interpretações –, o observador tem a capacidade de observar as diferenciações sistêmicas e afastar aquelas formas de seleção que, em alguma medida, resultaram em um quase (ou total) colapso do sistema comunicativo. Isso pode ser visto, por exemplo, na própria relativização da condição humana a partir dos

movimentos nacionalistas e ideológicos que desembocaram nos totalitarismos. Onde a barbárie incrementa seus códigos é onde reina a estupidez, a irracionalidade, a pequenez humana. E a sociedade de massa, a depender de contingências, atua dentro de um efeito esponja da irracionalidade, reproduzindo conteúdos que possuem a força de anular o processo comunicativo em sua própria estrutura: o silenciamento. Para tentar conter esse movimento de repetição do passado, a possibilidade de decisão proporcionada pela abertura temporal possibilita

A importância do paradoxo temporal reside no fato de ele apreender um modelo de tomada de decisão. Isso porquanto o observador de segunda ordem passa a ter condições de concatenar os fatos do passado, no presente, e de identificar o estado da arte de um dado ponto de análise. Nessa situação reside o fato de que não há possibilidade de volta, de reparos. Mas, ao mesmo tempo, o futuro se abre por meio da incerteza, da possibilidade, do lugar-não-existente-que-está-por-vir, e que a partir de sua imprevisibilidade, de sua contingência, possibilita ao observador reduzir paulatinamente a complexidade pela ideia de planejamento na tomada de decisão. Nesse ponto, Luhmann elucida de forma impressionante:

As decisões, no entanto, revertem esse modelo: buscam encontrar alternativas no presente – como se o passado não tivesse produzido apenas estados, mas também contingências e, portanto, possibilidades de escolha. Além disso, as decisões buscam dar estrutura ao futuro. Elas não podem determinar o estado do futuro no sistema do mundo, mas podem projetar uma diferença dentro de horizontes abertos. A terminologia usual para designar esse fato é a de fim, meta, objetivo; mas poderia ser mais revelador enfatizar a diferença entre estados pelos quais mostramos preferências, e aquele que não é objeto de nenhuma intervenção. As metas precisam de motivos, avaliações, justificativas, que busquem o consenso. As diferenças, em contrapartida, provocam a observação de segunda ordem e a curiosidade pelos marcos de referências e distinções (2009, p. 221).

É dentro dessa óptica que deságua a possibilidade de o sistema do direito normatizar e normalizar o futuro, prospectar um cenário e possibilitar a confiança. Ao realizar essa intervenção temporal, o sistema do Direito cria as bases estruturais para que a ação humana prossiga, para que a ação humana tenha limites dentro do viés comunicativo social. A decisão se baseia numa espécie de memória funcional, que pode recorrer ao próprio sistema ou ao acoplamento estrutural. É nesse lugar que se desdobra o paradoxo do tempo para a

construção normativa do direito em duas perspectivas: a de Direito interno e a de Direito Internacional.

A primeira passagem de grande relevância a ser concatenada é que a formação normativa do Direito interno se dá em um viés temporal extremamente diferenciado quando contraposto à formação normativa do Direito internacional. Explica-se. Ao realizar a diferença sistêmica e possibilitar a autorreprodução a partir de sua própria operação, o sistema do Direito pelo viés interno recorre ao ordenamento construído a partir de sua própria institucionalidade, lançando mão de uma rede recursiva comunicacional que encontra basicamente no seu fenômeno interno a composição para a ligação das informações e dos atos de sentido. A Constituição, maior exemplo de acoplamento estrutural entre política e direito, traça as diretrizes básicas em relação à formalidade e materialidade da reprodução da comunicação do direito. Nesse sentido, o observador de segunda ordem consegue separar as diferenciações, as escolhas realizadas pelo observador de primeira ordem em seu processo de diferenciação e indicação para, através disso, lançar mão da memória sistêmica e apontar para uma estratégia mais consoante com a lógica comunicacional do direito naquele sistema visto do ponto de vista interno.

A partir disso, tem-se que a temporalidade da formação normativa em nível interno é marcada por uma forte dinamicidade, em que os atores políticos lançam mão de suas comunicações em nível político, a partir da delegação de competências normativas dadas pela Constituição e, através desse movimento de troca informacional (ampliação e redução de *feedback*, pela lógica do *input/output*) inovam no sistema, trazendo nova informação, que é incorporada ou não (a depender, por exemplo, do exame da constitucionalidade de uma dada lei ou de uma dada emenda constitucional pelos Tribunais).

Por outro lado, a lógica de performatividade no âmbito da criação de normas em perspectiva de Direito Internacional é permeada por uma maior dilação do tempo se o fenômeno é visto a partir do observador de segunda ordem. Isso porquanto a rede de comunicação normativa nessa seara se constitua com maior complexidade, a partir da imbricação, entrelaçamento, de inúmeros ordenamentos jurídicos que passam a ter a necessidade de responder a uma demanda de índole internacional a ter como parâmetro suas competências internas e a circunscrição material de seus próprios ordenamentos. A formação de um tratado internacional, especialmente de um

tratado internacional comum, leva muito mais tempo – em tese – do que a formação de uma legislação interna.

O fenômeno é ainda mais complexo quando se analisa o movimento posterior, de retroação, em que o sistema observa que a comunicação estabelecida pela inovação já se encontra inadequada, ineficiente ou imprestável para aquele dado momento de aplicação. É nesse ponto que surge um nível de complexidade temporal ainda maior, a partir do momento em que o sistema deve operar a desconstituição de sua estrutura no intuito de reformar sua autorreferência basal (elemento/relação), a fim de estabelecer um maior grau de neguentropia e conseqüente refinamento do processo comunicacional de índole normativa. Para que o Estado – sujeito de Direito Internacional Público *per naturam* – possa se desvencilhar de um acordo internacional (que produz efeitos nas órbitas internas e externas de si próprio) deve percorrer uma gama processual muito mais intrincada, morosa e conflituosa do que quando realiza revogação de sua legislação interna. Necessita, então, de estratégia, que é possibilitada pela imersão das operações no tempo, às vistas do observador de segunda ordem.

É nesse caminho de diferenciação temporal que se coloca, por exemplo, a impossibilidade de o Estado invocar normativas de Direito interno para se imiscuir do cumprimento de uma obrigação de nível internacional. Não há essa possibilidade justamente em consequência da diacronia existente entre os processos de formação dessas duas perspectivas normativas¹¹⁴. A tomar essa diferenciação entre os campos de formação relacional entre Direito interno e Direito internacional (novamente, diferenciação somente feita para fins de segmentação cognitiva), coloca-se em relevo a necessidade de que o Estado – por meio da Constituição – visualize como observador de segunda ordem (heterorreferência) a diferenciação realizada pela observação de primeira ordem realizada pelo Direito em sua autorreferência, contida em unidade, autônoma

¹¹⁴ Mesmo havendo essa dupla perspectiva do ponto de vista da observação empírica (ontológica), para efeitos da teoria dos sistemas, não há que se falar em dois direitos distintos, porquanto ambos têm a mesma natureza normativa e participam de uma mesma estrutura. O que se nota, com efeito, é que dentro da estrutura comunicativa do sistema do direito, o fator tempo se apresenta, na visão do observador de segunda ordem, de maneira diferente ao percorrer cada uma das suas segmentações estruturais. É como se ao passar a análise da estrutura, pudesse se constatar a presença de compartimentos estruturais especializados que possuem dinâmicas próprias, apesar de fazerem parte da mesma operação. Essa questão não desarticula a unidade do Direito, que é verdadeiro sistema aberto, operacionalmente fechado e cognitivamente aberto.

comunicativamente. A diferenciação e a indicação feita de modo simultâneo no mundo jurídico permeia integralmente sua estrutura, não havendo contraste entre normatividade “interna” e “internacional”, por se tratar do mesmo sistema. Nesse pressuposto, a desvinculação da prospecção comunicativa (expectativa no tempo) realizada por normas de Direito internacional somente pode se dar a partir das regras comunicacionais presentes no próprio sistema¹¹⁵, em uma ação comunicativa de autorreferência. Ao estabelecer a quebra do código básico pela infiltração da comunicação política/econômica sem a devida conversão, o sistema cinde sua unidade básica constitutiva em operação, de maneira a colapsar parte considerável de sua estrutura e, em derivação, aumentar a desconfiança em níveis alarmantes.

A abertura do tempo no sistema, como dito, possibilita que haja tomada de decisão. Como forma específica de estratégia sistêmica, a tomada de decisão tem como finalidade operacional a diminuição da complexidade no sentido de animar um caminho de perene construção. Como coloca Luhmann, “a decisão constrói o futuro, mas não pode determinar seu futuro, pois este se afasta quando se procura aproximar-se dele¹¹⁶” (2009, p. 222). Nessa ordem de referência, a expectativa normativa sempre realiza uma tentativa de redução da complexidade de possibilidades do futuro no presente. É algo sempre virtual. E isso se mostra de maneira mais fatal quando se compara, para efeitos práticos, o tempo do Direito interno e o tempo do Direito Internacional: para o primeiro, a atualização do momento, no presente, é sempre mais dinâmica, e envolve mecanismos comunicativos que possuem uma vasta gama de atualização e retroalimentação de seu nicho reflexivo. Para o segundo, o tempo é mais

¹¹⁵ Tema que será aprofundado na análise dos institutos da denúncias e, em sinal trocado correlato, das reservas aos tratados internacionais.

¹¹⁶ Aponta-se, então, para o resgate de um dos famosos paradoxos de Zenão, qual seja a história da tartaruga e Aquiles. Aquiles, semideus grego conhecido por sua força e rapidez, decide apostar uma corrida com uma tartaruga. Tendo em vista a diferença brutal entre ambos, é dada uma pequena vantagem à tartaruga, que larga na frente. Segundo Zenão, Aquiles nunca ultrapassaria a tartaruga, pois quando chegasse ao ponto A, a tartaruga estaria no ponto B, quando chegasse ao ponto B, a tartaruga estaria na posição C, e assim sucessivamente, *ad infinitum*. Nessa questão, apesar de que com a física clássica a questão pareça esdrúxula, tendo em vista a constatação empírica de que Aquiles alcança a tartaruga, o paradoxo se dá em relação ao tempo. Nos cálculos matemáticos, haverá sempre um espaço tendente a zero no que se refere à distância entre ambos, até que Aquiles ultrapasse-a. Em relação ao tempo, por mais que Aquiles se aproxime, a tartaruga estará um pouco mais a frente dele. Esse é o paradoxo da redução do futuro no presente, qual seja a de que por mais que nos planejemos e tentemos de alguma forma reduzir o futuro ao presente, ele sempre estará um ponto à frente de nós, como referencial. Nossas aproximações no presente são sempre incertas, abertas ao futuro, mesmo com o planejamento possibilitado pela comunicação normativa.

dilatado, dependendo da intersecção de maior densidade entre política e economia e direito, ou seja, acoplamentos estruturais especificamente encartados nos tratados internacionais comuns.

A tomar essas reflexões, finalmente chegamos ao raciocínio especificado por Luhmann de que:

O tempo é uma dimensão do sentido: a dimensão temporal do sentido. O fato de a temporalidade ser uma diferenciação tão avançada, capaz de permear muitos dos preceitos da vida social, indica que o tempo pertence à realidade no sentido da sociedade contemporânea, como uma espécie de consciência de base. Além disso, o fato de o tempo exigir, por princípio, uma capacidade de mudança levou à dissolução de muitos ideais de perfeição da ordem social, e ao surgimento, em seu lugar, de uma consciência da contingência (2009 p. 227).

A partir dessas reflexões, passa-se a ter condições de observar como o sentido é realizado dentro do sistema do direito, a partir do momento em que os elementos e relações se colocam em disposição de equifinalidade, o que corrobora a autopoiese e possibilita a autorreprodução sem extravasamento do sistema para o meio, em que pese ser aberto. É a partir daí que a compreensão do Direito Internacional Público a partir do Direito interno se dissolve em termos ontológicos e ganha unidade em sua verificação básica: a comunicação normativa, que se dá, se transforma e se sedimenta no tempo.

4 OS ACOPLAMENTOS ESTRUTURAIS E A FORMAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

A construção teórica até aqui visitada pautou-se pela ideia de que o sistema do Direito para além de servir como uma das bases comunicativas sobre as quais se assentam os sistemas sociais, é constituído, em algum grau, pelo seu ambiente, ou seja, pelo meio com o qual comunica. Quer dizer, o sistema do Direito mantém relação com os demais sistemas presentes no meio.

Essa relação não é diferente no Direito Internacional Público, uma das faces comunicativas do sistema do Direito que se adere ao campo da comunicação normativa a partir da alta especialização de seus códigos. Colocar em relevo essa alta especialização leva ao raciocínio, não muito trivial, de que o Direito Internacional Público tem como operação basilar a comunicação normativa, mas se liga estreitamente com o meio circundante, especialmente com o sistema da política nos níveis nacional e internacional. A pergunta específica, nesse primeiro momento, é: como se dá a relação entre o Direito Internacional Público e seu ambiente? Para além disso: o ambiente tem algum grau de definição na formação de suas estruturas e de sua operação, ou a autopoiese não admitiria essa circulação informativa?

O sistema do direito, como exhaustivamente dito, é um sistema aberto operativamente fechado¹¹⁷. Significa dizer que a constituição dos sistemas sociais e, especificamente, do sistema do Direito, perpassa pela troca de informações com o meio. Pôde-se observar que é justamente a diferença entre o sistema e o meio que torna perceptível a existência do próprio sistema (a partir da perspectiva da dupla diferença). Nesse caminho, observa-se que o fenômeno jurídico se relaciona com seu meio a partir de sua operação básica, qual seja,

¹¹⁷ Didaticamente resume Luhmann, antes de adentrar à formação dos acoplamentos estruturais próprios ao Direito: “quanto maior a ênfase da teoria dos sistemas no fechamento operativo de sistemas autopoieticos, é de modo mais urgente que se coloca a questão de como as relações entre o sistema e o seu ambiente se formam sob essa condição, pois nem a realidade, nem a relevância causal do ambiente são negados (se assim não fosse, não se poderia falar em diferença, diferenciação etc.). Fechamento operativo significa tão somente que a autopoiese do sistema pode ser executada unicamente com suas próprias operações e que a unidade do sistema pode ser reproduzida somente com as operações do próprio sistema, e, no sentido inverso, o sistema não pode operar em seu ambiente; portanto, não pode se ligar a seu ambiente usando as próprias operações do sistema. A vantagem teórica desse ponto de partida é que ele demanda um montante de precisão tão atípico quanto não desenvolvido em proposições acerca das “relações entre sistema e ambiente”. A resposta a essa demanda encontra no conceito de ‘acoplamento estrutural’” (2016, p. 589-590).

comunicação¹¹⁸. Para Luhmann, a comunicação é vista como a operação principal dos sistemas sociais, sendo um sistema autopoietico encerrado em sua operação. A comunicação não se dá somente pelo aspecto da transmissão (abordagem superada pela teoria dos sistemas), vez que se forma a partir de um grande complexo. A comunicação opera seleções entre um e outro lado da forma. Para isso, deve-se levar em consideração que o sistema da comunicação é composto por uma tríade de fatores, quais sejam, a *informação*, o *ato de comunicar* e o *ato de entender* (2009, p. 300). A atividade comunicativa presente nos sistemas sociais, como se passa a ver, é incrementada pela presença dos acoplamentos estruturais, que possibilitam a integração entre diferentes sistemas de maneira a controlar a entalpia (rumo à efetivação de sintropia momentânea, dada a contingência no tempo) do sistema a partir de heterorreferência e conversão, sem que se verifique a presença de atratores que levem à alopoiese. Assim, passa-se, primeiramente, a observar os aspectos essenciais do fenômeno comunicativo na teoria dos sistemas para, então, verificar a formação dos acoplamentos estruturais, especialmente no âmbito do Direito Internacional Público.

O primeiro ponto de relevo do sistema comunicativo é a presença da informação. Para Luhmann, informação "não é a exteriorização de uma unidade, mas a seleção de uma diferença que faz com que o sistema mude de estado e, conseqüentemente, nele se opere outra diferença" (2009, p. 300). Passa-se, assim, a entender a informação como uma espécie de seleção de dado repertório de possibilidades, que pode ser conhecido ou não previamente pelo sistema (2016a, p. 164). Somente com essa seletividade operada pela comunicação em relação à informação, essa diferenciação, é que o processo comunicativo se

¹¹⁸ Afastando a abordagem teórica que considera a informação como mera transmissão de mensagens ou informações do emissor para o receptor, Luhmann adensa sua abordagem ao aduzir que "se partirmos do conceito de sentido, fica primeiramente claro que comunicação é sempre um acontecimento seletivo. Sentido não deixa outra escolha senão escolher. A comunicação opta por *algo* do atual horizonte referencial constituído por ela mesma, e deixa *outra* coisa de lado. Comunicação é processamento de seleção. É claro que ela não seleciona assim como se opta por uma ou outra coisa de um estoque. Essa perspectiva nos levaria de volta à Teoria das Substâncias e ao metaforismo da transmissão. A seleção atualizada na comunicação constitui seu próprio horizonte; ela constitui aquilo que ela escolhe já como seleção, isto é, como informação. Aquilo que ela participa não é apenas selecionado, mas já é propriamente seleção e, por isso, é participado. Por isso, a comunicação não deve ser vista como processo seletivo de duas, mas de três posições. Não se trata apenas de emissão e recepção com respectiva atenção seletiva; ocorre, antes, que a própria seletividade da informação é um aspecto do processo comunicativo, porque apenas em relação a ela a atenção seletiva pode ser ativada (2016a, p. 164).

torna possível¹¹⁹. A comunicação como seleção de uma dentre outras informação em um universo de possibilidades torna viável o entendimento, a inteligibilidade (caso contrário, observa-se a não codificação, que gera interferências, não processamento da informação). Por se dar dentro da diferenciação realizada pelo sistema de comunicação, a informação causa espanto, surpresa. Expressa Luhmann que

Dizer que a informação é seleção em uma escala de possibilidades constitui um argumento muito forte para garantir a tese de que a informação só pode acontecer no sistema de comunicação. Somente aí se cria o contexto das expectativas, e é onde a informação constitui uma surpresa. A informação como tal é o que exatamente antecede e sucede a irritação, e ela só é obtida no contexto de um sistema¹²⁰ (2009, p. 300).

Além do fato dinâmico informação, a comunicação também está embebida pelo ato de comunicar (participação), que significa ato de partilhar a comunicação de maneira intencional, cuja diferenciação previamente estabelecida pelo sistema de comunicação permite formação de ato de compreensão (sentido). Essa diferenciação realizada por quem participa (comunica uma informação a outrem) em face do participante, ou seja, do ato de compreensão, torna-se o cerne para observar a relação estabelecida entre sistemas diferentes. Nesse aspecto da seleção, Luhmann considera relevante apoiar-se “na distinção entre a informação e sua participação” (2016a, p. 164). A partir disso, o autor designa “aquele a quem se participa (*Adressat*) de ego e aquele que participa de algo a alguém de alter” (*Ibdem*). Vê-se, assim, que

A diferença entre informação e o ato da participação de algo já abre amplas possibilidades de análise. Como em ambos são requeridas interpretações dotadas de sentido, o comunicador alter entra assim num dilema. Duas conexões incompatíveis se oferecem à sua

¹¹⁹ Estabelece Luhmann que “cada sistema produz a informação, em dois sentidos já expostos: a) o caráter de surpresa da informação; e b) a seleção das possibilidades que a informação efetua: o fato de alguém expressar uma proposição já constitui uma seleção, num horizonte imenso de possibilidades de expressão” (2009, p. 300).

¹²⁰ No particular dos sistemas comunicativos, conclui Luhmann no sentido de que “o sistema de comunicação é um sistema absolutamente encerrado em sua operação, já que cria os elementos mediante os quais ele mesmo se reproduz. Nesse sentido, a comunicação é um sistema autopoiético, que, ao reproduzir tudo o que serve de unidade de operação ao sistema, reproduz-se a si mesmo. Evidentemente, isso só pode ocorrer em relação a um meio e com as restrições por ele impostas. Ou, em outras palavras, isso significa que o sistema de comunicação determina não só seus elementos – que são, em última instância, comunicação –, como também suas próprias estruturas. O que não pode ser comunicado não pode influir no sistema. Somente a comunicação pode influenciar a comunicação; apenas ela pode controlar e tornar a reforçar a comunicação” (2009, p. 301 – grifo do autor).

autocompreensão. No que se refere à informação, ele tem de entender a si próprio como parte do mundo dos sentidos, no qual a informação é: correta ou falsa, é relevante, vale a pena ser participada, pode ser entendida. Como alguém que participa a informação a outro, ele tem de atribuir a si mesmo a liberdade de executar ou não essa participação. Por um lado ele tem de compreender a si mesmo como parte do mundo conhecível do saber, pois a informação se reporta de volta a ele (de outro modo, ele nem poderia aplicá-la). Por outro, ele dispõe de si como sistema autorreferencial. Dieter Henrich chama isso de "distância entre sua posição de sujeito e seu pertencimento ao mundo" e vê justificada nessa distância a necessidade de interpretações unificadas de vida (LUHMANN, 2016a, p. 164-165).

A autorreferencialidade do ato de comunicar a partir do *alter* nos leva à necessidade de seleção da informação pelo próprio sistema de comunicação para que o ato de entendimento possa se atualizar, possa acontecer, por meio da relação de sentido entre as partes e sua reverberação funcional-estrutural ao trazer inovação ao sistema. O ato de entender, por sua vez, encerra um grau maior de complexidade que deve ser absorvido para se enfrentar o fenômeno dos acoplamentos estruturais em nível de composição e constituição dos tratados internacionais comuns e, em critério mais amplo, do Direito Internacional Público como a constância comunicativa entre política e direito. Para Luhmann, esse ato de entendimento "não deve ser compreendido como um estado substancialmente psíquico, mas somente como condição para que uma comunicação possa seguir adiante. Portanto, entender pressupõe e traz implícita a possibilidade do entender e do não entender" (2009, p. 302). Dessa forma, se há alguma incoerência na formação e concatenação da informação, ou se há um hiato comunicativo de deficiência de prévias estruturas de absorção, constata-se um quadro em que a comunicação não pode seguir adiante, levando o sujeito, por exemplo, a "recorrer a bases muito elementares de troca de gestos, ou introduzir palavras em outro idioma, para sair da inércia" (*Ibidem*). É nesse momento que se coloca em relevo a necessidade de se avaliar como o fenômeno da codificação auxilia na reprodução comunicativa e, por conseguinte, possibilita ato de entendimento.

Para Luhmann, "a concatenação entre informação, participação e expectativa de êxito em um ato de atenção pressupõe 'codificação'" (2016a, p. 166). O significado disso é que ao realizar o ato de comunicar (participar), o *alter* necessita realizar uma dupla diferenciação, entre aquilo que fica de fora da possibilidade de comunicação e aquilo que se harmoniza com ela, que possibilita um *continuum*. As ocorrências comunicativas, dentro desse argumento, devem

ser diferenciadas em codificadas e não codificadas, sendo que as primeiras entram no processo comunicativo como informação, e as segundas como perturbação (ruído, *noise*)¹²¹ (*Ibdem*). A comunicação, então, depende de uma codificação prévia, que permite uma zona de congruência daquilo que se leva no processo comunicativo como informação. Sem essa codificação, não há possibilidade de realizar antecipações e examinar as relações e os elementos na formação do sentido no tempo, perdendo-se toda a possibilidade de estabelecimento da comunicação. Por esse viés, tem-se que a comunicação é processo estritamente autorreferencial, a partir do momento em que se retroalimenta de suas estruturas para poder participar e ser participada.

No caso do sistema do Direito, tem-se que a estrutura codificada deve trazer em si os parâmetros para que a comunicação se estabeleça de forma amarrada, com sentido. Ou seja, informação prévia localizada autorreferencialmente¹²² é imprescindível para que o processo comunicativo de

¹²¹ O sociólogo especifica ainda mais a questão, dizendo que “a codificação tem de ser tratada por *alter* e *ego*, de modo igual, como unificação operativa de informação e participação, o que demanda uma standardização que seja para isso suficiente – também aí uma distinção em relação ao entorno, a qual se sobressai e chama atenção para si. (Um discurso articulado perturba aquele que não é o endereçado mais que simples ruídos.) Pressuposição mínima para a realização (ainda que mal codificada) da comunicação é naturalmente que atue como *ego* um sistema que não seja plenamente determinado pelo próprio passado, ou seja, que possa, em geral, reagir à informação. Ao contrário da simples percepção de ocorrências informativas, a comunicação só se realiza porque *ego* pode distinguir duas seleções e, por seu lado, pode manejar essa diferença. É somente com a incorporação dessa diferença que a comunicação se torna comunicação como tal, como um caso especial de processamento de informação. A diferença consiste, primeiramente, na observação de *alter* por *ego*. *Ego* está em condições de distinguir o ato de participar a informação daquilo que é participado. Quando *alter*, por seu lado, sabe-se observado, pode ele próprio assumir essa diferença e apropriá-la para si, desenvolvê-la, explorá-la e empregá-la (com mais ou menos êxito) para a condução do processo comunicativo. A comunicação se torna possível, por assim dizer, por detrás, contrariamente ao decorrer temporal do processo. O desenvolvimento das chances de complexidade assim proporcionadas tem, por isso, de servir da antecipação e da antecipação de antecipações. Isso confere ao conceito de expectativa lugar central em todas as análises sociológicas” (2016a, p. 166-167).

¹²² Aborda nesse momento, Luhmann, a presença de uma espécie de autorreferência basal, “ou seja, de que o processo tenha de se constituir de elementos (ocorrências) que se referem a si mesmos mediante inclusão de sua conexão com outros elementos do mesmo processo” (2016a, p. 167). Para aprofundar esse conceito, de intrínseca importância para entender a necessidade de modificação estrutural de nosso ordenamento por uma lógica de teoria dos sistemas, Luhmann disserta: “nós gostaríamos de falar de autorreferência basal, quando a diferenciação entre *elemento* e *relação* se encontra à base. No caso de uma autorreferência basal, portanto, o si mesmo, que se refere, é um elemento, por exemplo, uma ocorrência, enquanto no caso de um sistema social se trata de uma comunicação. Autorreferência basal é a forma mínima de autorreferência, sem a qual uma reprodução autopoietica de sistemas temporalizados não seria possível. Partindo do conceito de Whitehead de ocorrência, foi isso que tínhamos mostrado acima. Autorreferência basal é, com isso, em verdade, uma exigência constitutiva da formação de sistemas autorreferenciais, mas não é nenhuma referência sistêmica, uma vez que o si mesmo designado aí é visado enquanto elemento, mas não enquanto sistema, e uma vez que a diferenciação diretriz é elemento/relação e não sistema/ambiente. Com isso, não se está naturalmente negando que o conceito de elemento pressupõe um sistema e

natureza normativa seja levado a cabo. Onde não há a presença dessas antecipações, a comunicação é falha, ambígua, obnubilada, dependendo de outros sistemas (aumentando-se, por via de consequência, extremamente a complexidade para o estabelecimento da comunicação) para se concretizar. Só que, muitas das vezes, por não conter em sua estrutura os elementos necessários para a relação entre o ato de comunicação e o ato de entendimento, o sistema do Direito acaba por incorporar em si, pela omissão, a desconfiança como forma de perturbação que pode, em alguma medida, ser potencializada por atratores que ao final acabam por minar o processo comunicativo e, conseqüentemente, abrir espaço para o arbítrio, para a irracionalidade. O conceito de autorreferência basal, explicitado na nota 122, abre cognitivamente o contexto da abordagem realizada no presente trabalho, a partir do momento em que a estrutura do sistema, para corresponder (positiva ou negativamente) a dada informação, necessita de ter em si elementos integrados que possibilitem a experiência da comunicação normativa na forma de *input* e *output*. O silêncio, a omissão do sistema em relação a um dado estrutural causa desestabilização ou oferece, minimamente, uma zona de inaudibilidade do código lícito/ilícito, ficando à cargo do poder institucionalmente constituído para fazer a integração do sistema ter a última palavra em relação ao *output* do sistema do Direito. Ao final, raciocina-se que a autorreferência basal dependente intrinsecamente da relação entre elementos para que a comunicação se faça de forma a prestigiar a confiança. No vácuo, reina a incerteza, a desconfiança, a inexistência de relação explícita, transparente, segura.

Essa breve análise sobre o sistema comunicacional permite ganho teórico substancial para compreender como o sistema do Direito se relaciona com demais sistemas sociais, formando os acoplamentos estruturais¹²³. Conforme Luhmann,

vice-versa; mas isso não suspende a diferenciação das formas diversas de autorreferência, mas fundamenta apenas a expectativa de que elas estejam em correlação umas com as outras (2016a, p. 502-503). É nesse sentido, de operação autorreferencial basal, que se explicita a existência da omissão legislativa inconstitucional imprópria e, por conseguinte, a necessidade de reestruturação do sistema jurídico brasileiro.

¹²³ Conforme a nota da tradutora do livro "Introdução à teoria dos sistemas", "Maturana utiliza o conceito de acoplamento estrutural para designar a relação entre sistema e meio; Luhmann, em contrapartida, modifica o conceito, com a finalidade de expressar a interrelação entre diferentes sistemas autopoieticos, conseqüentemente, autônomos (LUHMANN, 2009, p. 128).

Fala-se de acoplamentos estruturais quando um sistema supõe determinadas características de seu ambiente, nele confiando estruturalmente – por exemplo, que o dinheiro seja de modo geral aceito ou que se possa esperar que as pessoas sejam capazes de dizer que horas são. Conseqüentemente, também o acoplamento estrutural é uma forma, ou seja, uma forma constituída de dois lados – em outra palavras, uma distinção. O que inclui (o que é acoplado) é tão importante quanto o que exclui. As formas de acoplamento estrutural são, portanto, *restritivas* e assim *facilitam* a influência do ambiente sobre o sistema (2016, p. 590-591).

A ideia básica para abordar o fenômeno dos acoplamentos estruturais é o de que o sistema, de algum jeito, já contém o meio ao estabelecer a diferença. Isso quer significar, também, que nenhum sistema surge no vácuo e passa a evoluir a partir de si mesmo. Há uma dependência relativa em face do meio. Nesse sentido, a autorreprodução do sistema está calcada essencialmente sobre a autopoiese, mas também sofre influxo das informações (*inputs*) e do ato de entender (autorreferência). A operacionalidade fechada do sistema do direito permite a constante troca de informação com o meio a tomar a abertura cognitiva, configurando o estabelecimento da comunicação entre sistemas. Entretanto, há um limite distintivo entre sistema e o ambiente (demais sistemas) aos quais ele se liga: ao formar acoplamentos estruturais, o sistema se programa para não haver configuração de atratores e, conseqüentemente, que haja alopoiese, ou colapso do sistema em razão de seu contato com o meio – absorção do sistema pelo ambiente. O acoplamento estrutural, assim, para se formar, deve permitir integral manutenção dos processos autopoieticos específicos dos sistemas autônomos que se imbricam.

É nesse sentido que se fala na presença de irritabilidade nos sistemas, ou seja, o contato entre eles acaba por causar uma espécie de perturbação, de surpresa em relação à estrutura do sistema, especialmente nos sistemas sociais. Ao comunicar, a codificação estrutural dos sistemas se irritam, de forma que o sistema sempre se mantém em caráter dinâmico no que tange à configuração dos *feedbacks*, especialmente na correlação retroativa entre *inputs* e *outputs*¹²⁴.

¹²⁴ Importante aperfeiçoamento teórico é feito por Luhmann em sua obra “o Direito da sociedade” acerca da relação entre *inputs* e acoplamentos estruturais. Diz o autor que “uma vez que o sistema encontra determinado por suas próprias estruturas e que só pode ser digitalizado (especializado) por suas próprias operações, os eventos do ambiente não podem intervir como *inputs*, independentemente de seu pertencimento ao sistema, nem mesmo no âmbito dos acoplamentos estruturais. Em outras palavras: o sistema não é uma função de transformação que transforma sempre da mesma maneira *inputs* em *outputs*, nem mesmo no caso de o sistema estruturar a si mesmo por meio de programas condicionais. Desse modo, no próprio sistema, os acoplamentos estruturais só podem suscitar irritações, surpresas e perturbações (2016, p. 592). Continua, na nota de rodapé: “Corrijo aqui minhas opiniões anteriores a esse respeito. Como

Dessa maneira, “os conceitos de ‘acoplamento estrutural’ e ‘irritação’ encontram-se condicionados entre si de maneira recíproca” (2016, p. 593). O sistema, em si, não é irritado pelo ambiente. O que se pode constatar, em verdade, é que o sistema *pode ser* irritado pelo ambiente, o que somente pode ser enunciado por um observador¹²⁵ (*Ibidem*). A capacidade do sistema se irritar, ou seja, ser estimulado a partir da conversão de informações apresentadas pelo ambiente, se dá de forma peculiar no caso do Direito. A operação normativa, como expectativa comunicacional acerca de um dado comportamento, contém em si o gérmen da desconfiança, ou seja, está preparada para decepções, para surpresas, para eventualidades que possam surgir em razão do tangenciamento do sistema do Direito com seu meio. Por ser cognitivamente aberto, o sistema do Direito, especialmente em suas bordas, como se verá, possui grande carga de irritabilidade, e com seus mecanismos autorreferenciais ligados à operação base, que é assentada em seu código, tende a controlar os níveis de entalpia sistêmica que são constantemente modificados em razão dos acoplamentos estruturais¹²⁶.

Nesse vertente de aprofundamento, os acoplamentos estruturais permitem que haja uma seleção de fatos, de questões, ocorridos no ambiente e que são capazes, por meio da diferenciação e conversão sistêmica (seletiva e autoirritável), estabelecer a adição da informação. Nesse ponto, reduz-se a complexidade do meio, com sua codificação, para, posteriormente, se ampliar a própria complexidade do sistema, por meio do processo de incorporação da informação. Essa função, em nível das relações entre Estados, e da relação

antes, não se deve pôr em dúvida que um observador pode, para dar conta dos fatos, empregar o modelo *input/output* como modelo causal altamente simplificado. Aqui, no entanto, optamos por uma teoria mais complexa” (*Ibidem*).

¹²⁵ Para Luhmann, a irritação sistêmica é sempre autoirritação, e nunca uma irritação direta do ambiente sobre o sistema. Nesse caso, disserta: “o sistema pode reagir a irritações e estímulos (perturbações, na linguagem de Maturana), não quando tudo pode influir no sistema, mas somente quando existem padrões altamente seletivos. Ou seja, o sistema reage apenas quando pode processar informação e transformá-la em estrutura. As irritações surgem como uma confrontação interna (não especificada, num primeiro momento) entre eventos do sistema e possibilidades próprias, que consistem, antes de tudo, em estruturas estabilizadas, expectativas. Portanto, não existe nenhuma irritação do meio no sistema, assim como não existe *transfer* de irritação do meio ao sistema. Trata-se sempre uma construção do próprio sistema; é sempre uma autoirritação (naturalmente posterior a influxos provenientes do meio) (2009, p. 132).

¹²⁶ Especifica Luhmann que essa forma normativa da expectativa, “dispõe também, na forma do direito, de estruturas de captação que impedem que essa constante frustração conduza à anulação das estruturas. Assim, repetirmos e confirmamos o que acima foi dito sobre a função do direito: a conformação do direito é uma função do sistema da sociedade, referida a um problema que resulta do acoplamento estrutural desse sistema com seu ambiente” (2016, p. 595).

entre Estados e estruturas supranacionais, é rotineiramente desempenhada pelos tratados internacionais, fonte elementar do Direito Internacional Público, que nada mais são que acoplamentos estruturais que permitem a evolução de inúmeros aspectos da seara internacional, como se verá no próximo tópico.

4.1 O Direito Internacional Público como indutor de acoplamentos entre a Política e o Direito

A tese defendida no presente trabalho é a de que os tratados internacionais comuns são acoplamentos estruturais entre Direito e Política Internacional. Como uma das manifestações mais importantes da teoria das fontes do Direito Internacional Público, os tratados internacionais são a mais importante forma encontrada até hoje para o aperfeiçoamento de acordos e da volição dos sujeitos de Direito internacional entre si. Nesse cenário, vê-se que o Direito Internacional Público, em sentido amplo, encampa inúmeras fontes¹²⁷ que, ao final, resultam na formação de um duplo acoplamento do Direito com outros dois sistemas sociais de grande relevo: a política e a economia. Nos deteremos, no presente trabalho, ao acoplamento entre Direito e Política, tendo em vista a complexidade do objeto de estudo.

A doutrina enfrenta o fenômeno do Direito Internacional Público diante de vários vieses epistemológicos que merecem ser pincelados no presente texto. Em que pese refletirem conformações teóricas de ordem ontológica, trazem importantes reportes de natureza informacional que permitem compreender a estruturação do sistema do Direito e do acoplamento estrutural encampado pelos tratados internacionais, especialmente os tratados internacionais comuns.

¹²⁷ As fontes do Direito Internacional Público foram consubstanciadas do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em Haia, anexo à Carta das Nações Unidas, e que foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945, cujo art. 38 estatui:

Artigo 38. 1. A Côrte, cuja função é decidir de acôrdo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciárias e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. 2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Côrte de decidir uma questão *ex aequo et bano*, se as partes com isto concordarem (BRASIL, 1945).

A visão clássica do Direito Internacional Público nos foi dada pelo famoso internacionalista Emmerich de Vattel, que em sua obra “O direito das gentes” definia essa seara como um ramo da “ciência do direito que tem lugar entre as Nações ou Estados, assim como das obrigações correspondentes a esse direito” (Vattel *apud* CARREAU e BICHARA, 2015, p. 31). Nesse ponto, conforme Carreau e Bichara, o direito internacional seria avaliado como uma plêiade normativa que tinha como finalidade a regulamentação das relações entre os Estados tendo em vista o aperfeiçoamento de um pacto, momento o qual nasceria uma relação obrigacional. Essa relação, ao final, nada mais faria do que proteger os interesses comuns, bem como a garantia de direito, especialmente os direitos ultramarinos, territoriais e de guerra (CARREAU e BICHARA, 2015, p. 31-32).

Avalia Francisco Rezek, ao analisar a autonomia do sistema jurídico de Direito Internacional Público, que este nada mais é que uma forma de ordenação das relações entre Estados soberanos na órbita da sociedade internacional, e que tem como teleologia a busca pelo consenso em matérias sensíveis. Essa busca pelo consenso pode ser instrumentalizada a partir da utilização de sua autodeterminação, mediante a subordinação do Estado à sua própria vontade em face dos demais Estados, formando acordos¹²⁸. É nesse âmbito que se cristalizam valores de índole jurídica, os quais os Estados acabam por se definirem em um vínculo cujo aperfeiçoamento afasta a possibilidade de utilização do mero arbítrio e da imprudência para a desvinculação da vontade. Nasceria, então, a base da autonomia do sistema jurídica de Direito Internacional Público, qual seja a norma *pacta sunt servanda*¹²⁹.

Para Alain Pellet *et al*, o conceito de Direito Internacional está diretamente ligado com a ideia de sociedade internacional. Nesse ponto, “o direito internacional define-se como direito aplicável à sociedade internacional” (1992,

¹²⁸ Salienta o autor que “o consentimento, com efeito, não é necessariamente criativo (como quando se trata de estabelecer uma norma sobre a exata extensão do mar territorial, ou de especificar o aspecto fiscal dos privilégios diplomáticos). Ele pode ser apenas perceptivo, qual se dá quando os estados consentem em torno de normas que fluem inevitavelmente da pura razão humana, ou que se apoiam, em maior ou menos medida, num imperativo ético, parecendo imunes à prerrogativa estatal de manipulação” (REZEK, 2011, p. 27).

¹²⁹ Segundo Rezek, esta seria um “princípio segundo o qual o que foi pactuado deve ser cumprido – é um modelo de norma fundada no consentimento perceptivo. Regras resultantes do consentimento criativo são aquelas das quais a comunidade internacional poderia prescindir. São aquelas que evoluíram em determinado sentido, quando perfeitamente poderiam ter assumido sentido diverso. Ou mesmo contrário. E é impossível, em definitivo, conceber que a mais rudimentar das comunidades sobreviva sem que seus integrantes reconheçam, quando menos, o dever de honrar as obrigações livremente assumidas (*Ibidem*).

p. 29). Abarca-se, então um conceito sociológico, mediado pela ideia, compartilhada por Luhmann, de que não há sociedade sem direito, ou seja, o direito é o direito da sociedade¹³⁰.

Em outra medida, Hildebrando Accioly avalia que o Direito Internacional Público poderia ser distinguido em dois vieses, quais sejam um teórico e outro prático. Numa perspectiva teórica, essa seara jurídica seria analisada num enfoque do Direito Internacional racional ou objetivo que serviria de espeque inspirador, um grau de fundamentalidade, do Direito Internacional positivo, a compreender “os princípios de justiça que devem governar as relações entre os povos” (2009, p. 28). Por outro lado, haveria também que se destacar o aspecto prático, que se traduz pela consubstanciação de acordos entre Estados ou de “fatos jurídicos consagrados por uma prática constante¹³¹” (*Ibidem*).

Ao realizar a distinção entre Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional público em geral, Flávia Piovesan aponta que este “busca tradicionalmente disciplinar relações de reciprocidade e equilíbrio entre Estados, por meio de negociações e concessões recíprocas que visam ao interesse dos próprios Estados pactuantes” (2012, p. 71). Esse conceito, um pouco mais restritivo, visa segmentar o Direito Internacional Público “geral” a um âmbito de eficácia normativa própria do fenômeno dos tratados internacionais comuns, como delineado no presente estudo. Foca-se, então, nas relações interestatais como forma de garantir a consonância de interesses em escala global, sendo os instrumentos convencionais o meio mais seguro e democrático (legítimo) para aperfeiçoar a volição desses agentes.

Em definição mais direta do fenômeno, Adherbal Meira Mattos define que “o Direito Internacional Público (DIP) é o ramo do Direito Público que estuda os princípios, normas ou regras que regem as relações (direitos e deveres) dos sujeitos (agentes ou atores) da sociedade internacional” (2002, p. 3). Ao expandir

¹³⁰ Nessa perspectiva, ao considerar essa relação necessária entre Direito Internacional e Sociedade Internacional, Alain Pellet *et al* teorizam no sentido de que “esta fórmula, com poucas diferenças nos termos, encontra-se hoje em dia em todos os autores: é a mais simples se bem que não seja a pura constatação de uma evidência. Implica a existência de uma sociedade internacional distinta da sociedade nacional ou sociedade interna, ou ainda estatal. Ela delimita, ao mesmo tempo, os campos de aplicação respectivos do Direito internacional e do direito interno. Confirma por último o vínculo sociológico, portanto necessário, entre direito e sociedade. Qualquer sociedade tem necessidade do direito e todo direito é um produto social. *Ubi societas, ibi jus* é uma máxima que se tem verificado no tempo e no espaço” (*Ibidem*).

¹³¹ Assim, Accioly define que “o Direito Internacional Positivo subdivide-se, pois, em convencional (ou escrito) e costumeiro (ou não escrito): aquele decorre das estipulações dos tratados ou convenções; este resulta do costume.

o conteúdo da definição, diz que o Direito Internacional Público pode ser concebido como verdadeira resultante da sociedade internacional, sendo que esta “exige normas para sua regulamentação, condicionando-a e, às vezes, modificando-a da mesma forma como ocorre com o Direito, como um todo, e à sociedade¹³², vista sob um ângulo global¹³³” (*Ibidem*).

A expandir esse conceito, importante trazer os ensinamentos de Carreau e Bichara, que defendem a não adequação das concepções clássicas sobre o Direito Internacional Público como sendo ramo do Direito que regulamentaria simplesmente as relações entre os Estados. Para esses internacionalistas, a complexidade da atual ordem internacional, especialmente pela amplificação dos atores em nível internacional, acaba por englobar, até mesmo, relações de natureza privada nesse âmbito de estudo do direito¹³⁴. Uma visão

¹³² O presente trabalho se calca na ideia de sociedade internacional, deixando de lado o conceito de comunidade internacional, em razão de uma distinção de ordem sociológica realizada, pela primeira vez, por Ferdinand Tonnies, como bem aponta Celso D. de Albuquerque Mello: “A distinção entre sociedade e comunidade nos é dada pela Sociologia e Ferdinand Tonnies a fez na obra ‘Comunidade e Sociedade’ publicada no século passado. Este sociólogo, levando em consideração a ‘intensidade do vínculo psicológico’ nos grupos sociais, os classificou em comunidade e sociedade. A comunidade apresentaria as seguintes características: formação natural; vontade orgânica (energia própria ao organismo, manifestando-se no prazer, no hábito e na memória); e os indivíduos participariam de maneira mais profunda na vida comum. A comunidade é uma criação de cooperação natural “anterior a uma escolha consciente de seus membros” (Harry Liebersohn – “Fate and Utopia in German Sociology, 1870-1923”, 1988). A sociedade já possuiria caracteres diferentes: formação voluntária, vontade refletida (seria produto do pensamento, dominada pela ideia de finalidade e tendo como fim supremo a felicidade); e os indivíduos participariam de maneira menos profunda na vida em comum. A comunidade estaria regida pelo direito natural, enquanto a sociedade se encontraria sob o contrato (ALBUQUERQUE DE MELLO, 2004, p. 55). No mesmo sentido, Roberto Luiz Silva disserta no sentido de considerar que “verifica-se que o Direito internacional insere-se em uma “sociedade internacional” e não em uma comunidade internacional, por causa da constante tensão de domínio. A comunidade somente existiria nas sociedades primitivas. Ao primeiro conflito, tornar-se-ia uma sociedade internacional lato sensu” (SILVA, 2010, p. 40).

¹³³ Aponta ainda, um importante enfoque para os objetivos do trabalho, a partir do momento em que considera que “essa interação Direito-sociedade e Direito Internacional-sociedade internacional obedece a uma funcionalidade. Logo, numa era de intensas relações internacionais, como a presente, deve o DIP estar em perfeita adequação com os fatos novos que surgem e com os interesses vitais das grandes potências, tendo sempre por pressuposto e escopo a sociedade internacional” (*Ibidem*). A visão é restrita e demonstra uma característica fundamental da ordem internacional que é a assimetria entre os seus agentes – do ponto de vista do poder político, econômico e de mobilização de estruturas jurídicas. É a partir dessas constatações que se pode readequar a órbita de fundamentação da existência do Direito Internacional Público, especificamente no que diz respeito à significância dos tratados internacionais comuns para esta área do Direito e para a própria fundamentalidade do Estado e seus interesses, porquanto os tratados constroem, paulatinamente, as bases estruturais de normatividade, de vinculatividade, de imperatividade, de prescritividade e de preceptividade do Direito Internacional sobre seus agentes.

¹³⁴ Nesse caminho, “considerando as necessidades de uma ordem internacional em constante evolução, observa-se que o direito internacional persegue fins inerentes a uma vida harmoniosa entre seus membros. De sorte que, suas normas, numa abordagem estritamente naturalista, visam a garantir a efetividade de valores universalmente reconhecidos e fundamentais para perpetuar a humanidade. O direito internacional consiste, assim, e essencialmente, num conjunto de regras escritas e não escritas que regem as relações entre os

contemporânea do fenômeno do Direito Internacional Público nos é dada com base no conceito de direito ‘transnacional’, destacada pelo grande jurista estadunidense Phillip Jessup. Como descreve Carreau e Bichara:

Na nossa época, a expressão “direito internacional público” parece inteiramente imprópria, na medida em que não permite dar conta da diversidade dos atores da sociedade internacional contemporânea. O direito internacional tem como objeto a ordenação das relações entre todos os atores da sociedade internacional contemporânea. O Direito internacional tem como objeto a ordenação das relações entre todos os atores da sociedade internacional, de sorte que qualificamos esse direito de “transnacional”. Por isso, adotaremos a concepção do professor e ex-juiz americano da CIJ, Philip Caryl Jessup, que caracteriza o direito internacional contemporâneo como sendo o “direito transnacional”. Ele define, com efeito, esse “direito transnacional” como “todo o direito que regulamenta as ações ou os acontecimentos que transcendem as fronteiras nacionais” (*all law which regulates actions or events that transcend national frontiers*)¹³⁵ (CARREAU e BICHARA, 2015, p. 32).

Há nessa concepção moderna a correlação entre o Direito Internacional Público e a ampliação do rol de sujeitos aptos a terem suas condutas regulamentadas por normas estampadas em documentos normativos de natureza internacional. Observa-se, nesse sentido, que há uma consequente evolução sobre o núcleo material da normatividade desse ramo do Direito, de maneira que a incorporação das organizações internacionais e do homem como sujeitos de tutela, lançam o Direito Internacional Público em uma nova perspectiva de abordagem. Isso se deve, essencialmente, pelo grau de complexificação das estruturas estatais advindas da constituição das próprias sociedades que se encontram nos diversos países e povos. A contemporaneidade tem como marca essencial a policontexturização complexa dos lugares de fala, ou seja, a ideia de que a pluralidade de agentes, microcosmos culturais e inúmeros pontos emanadores de informações, acabam

membros da sociedade internacional no intuito de assegurar a justiça internacional, a segurança internacional, a proteção dos direitos humanos e o desenvolvimento econômico” (*Ibidem*, p. 32).

¹³⁵ Assim, os autores dizem que “sobre esse último ponto, uma sentença arbitral importante pronunciada entre o Estado do Kwait e uma companhia petrolífera estrangeira – Aminoil – oficializa a terminologia proposta por Philip Jessup, que reconhece, formalmente, o caráter “transnacional” do vínculo jurídico existente, depois de um contrato celebrando entre o Estado e uma empresa estrangeira. Mais recentemente, sob os auspícios da CIRDI, os árbitros consultados fizeram claramente referência à existência de uma “ordem pública transnacional” que se impunha a todos. Essa definição tem o grande mérito da simplicidade, ao menos formal e do realismo. Todavia, se deve reconhecer que a esfera do direito internacional é também consideravelmente ampliada de um ponto de vista material. Ela vai abarcar campos que, de um ponto de vista do direito nacional, dependem do direito interacional “privado”, como, por exemplo, os “contratos internacionais” ou relações entre Estados e pessoas privadas” (*Ibidem*).

por moldar a realidade circundante, por dar maior densidade para o fenômeno dos sistemas sociais e, por consequência, requerer uma atitude de reconhecimento dessas fontes de comunicação altamente multifacetadas e agudamente dinâmicas. A partir disso, o sistema jurídico internacional (para efeitos de recorte epistemológico) absorve em sua estrutura, na forma de acoplamentos estruturais, as informações advindas do contato com outros sistemas, especialmente sistemas comunicativos intrinsecamente sociais. Conseqüentemente, têm-se a ampliação do número de sujeitos¹³⁶ de Direito Internacional Público.

É nesse caminho que evolui a visão sobre qual seria função do Direito Internacional Público no atual estágio de evolução da sociedade internacional. A partir dessa perspectiva, passa-se a relacionar a formação dos tratados internacionais comuns como acoplamentos estruturais que permitem, em alguma medida, a verificação dessa importante intersecção entre a normatividade imanente a essas espécies convencionais e a volição do principal sujeito de Direito Internacional que confere realidade para essas normas: o Estado. Vê-se, então, que a relação entre Estados nada mais é que uma relação política, arena onde interesses são colocados em jogo e, a partir da perspectiva convencional, podem ser balizados e refreados nos moldes dos princípios gerais

¹³⁶ Didaticamente, Roberto Luiz Silva nos ensina sobre quais seriam os sujeitos da Sociedade Internacional no atual estágio do Direito Internacional Público: “A Sociedade Internacional é formada pelos destinatários diretos do Direito Internacional, isto é, pelas entidades as quais as normas jurídicas internacionais atribuem direitos e impõem obrigações. Tais sujeitos são: *Estado* – seu membro originário e principal sujeito, para a maior parte dos autores, o criador dos demais sujeitos, apesar de para alguns, como Touscoz, tal ente, que de resto atravessa uma manifesta crise de identidade, não é – nem numa foi – o único nem principal sujeito de Direito Internacional. *Organização Internacional* – associação voluntária de sujeitos de Direito Internacional, criada para desenvolver da melhor maneira possível as relações entre os Estados, permitindo-lhes cumprir em conjunto funções que não poderiam realizar separadamente, uma vez que existem certos problemas que só podem ser resolvidos com a colaboração dos demais membros da Sociedade Internacional. *Pessoa Humana* – na Sociedade Internacional, a pessoa humana tem o exercício de seus direitos limitado, somente tem acesso livre às Cortes de Direitos Humanos. Fora isso, as pessoas devem recorrer à proteção do seu Estado de origem por meio diplomático ou da Organização Internacional onde estejam prestando serviço, a chamada proteção funcional. Não há acesso livre a todos os tribunais. Assim, a pessoa humana não se equipara em atributos e obrigações aos demais entes, apesar de alguns autores, como Touscoz, entenderem que as pessoas sempre desempenham um papel importante na Sociedade Internacional, que ajam por conta de uma entidade pública ou privada (como governo, dirigente ou agente), quer ajam em nome próprio (no plano das ideias ou das realizações concretas) (SILVA, 2010, p. 42). O autor ainda aponta que as empresas transnacionais “apesar de estarem presentes na Sociedade Internacional, não possuem personalidade jurídica de Direito Internacional. (...) “o mesmo acontece com as Organizações Não Governamentais – ONG que, mesmo participando de conferências interacionais, não têm capacidade internacionais, uma vez que não possuem poder de voto” (*Ibidem*).

de Direito Internacional e da estrutura comunicacional normativa, que tem como base de sustentação a ideia da confiança, condição *per quam* da autopoiese.

4.2 A vontade dos sujeitos de Direito Internacional e as irritações no sistema do Direito

Para compreender os tratados internacionais comuns como acoplamento estrutural entre Direito Internacional e Política Internacional, dotado de autorreferencialidade e condutor da seletividade em relação ao ambiente, necessário se torna perscrutar sua formação a partir da identificação de um fato básico: a vontade¹³⁷.

Nos sistemas sociais a vontade somente pode ser manifestada por meio da operação básica comunicativa, uma vez que depende da estrutura já referenciada entre *alter*, *ego* e informação. Nesse ponto, a vontade se apresenta como uma faculdade lançada pelo sistema de querer alcançar uma finalidade, ou seja, retroalimentar sua própria estrutura por meio da dotação de sentido que ao final agregue informação como fórmula elemento/relação: aumenta-se a complexidade do sistema para, concomitantemente, reduzir a complexidade em face do meio. A finalidade do sistema não está ligada com um valor específico, retirado da reta razão humana ou de princípios extrassistêmicos. Como já dito, não se trata de pensar o sistema como incorporado à consciência, mas o sistema possui autonomia e vontade própria (desvinculado de um sujeito) e que visa a uma finalidade encontrada na formação de sentido que lhe é dada previamente por suas estruturas, num movimento de diferenciação e conversão.

De forma geral, pode-se ver que a formação dos acoplamentos estruturais entre Direito e Política tem como fator volitivo preponderante o viés político, que atua na borda do acoplamento, servindo de marco para a seleção de elementos dentro de um rol quase ilimitado de possibilidades. A política, ao realizar sua operação (poder/não poder) estabelece o parâmetro de absorção dessa

¹³⁷ Ensina Accioly que “sendo o tratado um acordo de vontades, é necessário, para sua validade, o consentimento mútuo das partes contratantes. Esse consentimento, ou concordância de vontades (*consensus*), deve ser expresso e inequívoco. Entre as partes que contratam, estabelece-se uma relação, cujos termos elementares são a oferta ou a promessa e a aceitação: uma delas oferece ou promete, e a outra aceita. Por isto, pode dizer-se que “a correspondência exata entre o *quid promissum* e o *quid acceptum* constitui o concurso de vontades ou consentimento”. Nestas condições, meras propostas, não aceitas, não têm força obrigatória para nenhuma das partes” (ACCIOLY, 2009, p. 664-665).

formulação dentro de um sentido previamente dado por sua própria estrutura, inculcada nos sistemas sociais. A vontade, nesse ponto, pode ser descrita como a potência interior ao sistema da política, que a leva a escolher livremente (a partir da abertura cognitiva e o preceito da diferenciação) qual das informações contidas no meio são mais adequadas para serem reproduzidas em seu código e em sua operação. Esse ajustamento somente é possível a partir da necessária correlação entre sistema e meio e na justa medida em que os *inputs* recebidos pelo acoplamento não leve à sua alopoiese. A explicar: na formação do acoplamento acaba se verificando uma correlação entre dois códigos e operações distintas que estabelecem autoirritações recíprocas. Essa autoirritação é necessária para a manutenção de um intercâmbio informacional necessário para o ganho de complexidade das estruturas comunicacionais de um e de outro sistema acoplado. É no acoplamento que se verifica a situação de deferência de um sistema sobre o outro, em que pese haver a possibilidade de contingências e decepções momentâneas, mas que a todo ver são absorvíveis contrafaticamente um pelo outro e estabilizadas por mecanismos de retroação que possibilitam uma margem de segurança para a expansão ou retração do *feedback* comunicacional.

A vontade é observada pelo acoplamento em viés de primeira ordem no que tange à seleção entre um e outro lado da forma, diferenciação. No tempo, vê-se que a estrutura do sistema e do acoplamento é essencialmente processual, a partir do momento em que se move na concatenação lógica entre algo que precede e algo que prospecta, a garantir a formação do sentido. Nesse momento, em que os níveis de autorreferência dos elementos se encontram em alinhamento na busca pelo sentido, por aquilo que o sistema migra na consonância da equifinalidade, pode-se verificar a *reflexividade*, ou, nos dizeres de Luhmann, a autorreferência processual. A reflexividade pode ser identificada

Quando a diferenciação entre *antes* e *depois* de ocorrências elementares se encontra na base. Nesse caso, o si mesmo, que se refere, não é um momento da diferenciação, mas o próprio *processo* constituído por ela. Um processo surge com o auxílio da diferença entre antes e depois, quando a condição de aditamento do fortalecimento da seletividade é cumprida. Assim, a comunicação é normalmente um processo, a saber, um processo determinado em suas ocorrências elementares por meio da expectativa de reação e por meio da reação à expectativa. Deve-se falar de reflexividade sempre que um processo funcionar como o si mesmo, ao qual a operação de referência que lhe é pertinente se refere. Assim, na realização de um processo de comunicação pode-se dar uma comunicação por intermédio do

processo de comunicação. Reflexividade, portanto, levanta uma pretensão de formação de uma unidade, que sintetiza uma pluralidade de elementos (com frequência inumeráveis) e que imputa a si mesma a autorreferência. Isso significa antes de tudo que a operação autorreferencial, por sua vez, precisa preencher as características da pertinência ao processo, ou seja, precisa ser no caso de um processo de comunicação ela mesma comunicação (comunicação sobre comunicação), no caso de um processo de observação ela mesma observação (observação da observação) no caso de um processo de emprego de poder ela mesma o emprego do poder (emprego do poder sobre os detentores do poder). Nesse sentido, a reflexividade fortalece e adensa as características processuais típicas (LUHMANN, 2016a, p. 503).

Essa reflexividade é essencial para a manutenção do acoplamento em base de garantir a unidade dos sistemas autônomos que se encontram em contato e imprimem autoirritações recíprocas. O poder, no caso da política internacional, é limitado pelo próprio poder no viés intuitivo (e artificial) de que os Estados possuem soberania equivalente, de maneira que ao trazerem em si sua autodeterminação são agentes da sociedade internacional que avançam sua comunicação com base na capacidade de escolher e de decidir apoiados em alternativas possíveis, através da seleção. Ao mesmo tempo, no seio do acoplamento estrutural possibilitado pelos tratados internacionais comuns, vê-se que a reflexividade se dá como mecanismo heterorreferencial advindo da limitação da comunicação política pela comunicação normativa, qual seja, a idealização operacionalizada por um dever ser. Ao intuir esse duplo aspecto de reflexividade do fenômeno político – alcançado em sua autopoiese e, também, pela formação de acoplamento que tem por base irritar seu limite de autorreprodução basal – constata-se que o acoplamento estrutural funciona como zona de garantia da estabilidade contingencial, da mitigação das dissonâncias comunicativas envolvendo sistemas autônomos interpenetrados e os próprios sistemas em seu fechamento operacional, fato que circunscreve o alcance da vontade do sistema nesse duplo efeito.

Nesse mundo de ideias sobleva-se uma questão de grande importância para a teoria dos sistemas sociais, que é o fato de o Direito e a Política estabelecerem influências recíprocas em seus respectivos processos de autonomização¹³⁸. Exemplo disso é a ideia de Estado de Direito. Como coloca Luhmann,

¹³⁸ Como já dito, nenhum sistema nasce autônomo, espontaneamente, operacionalmente fechado e diferenciado. Essa autonomia se dá no tempo, e o momento em que ela aflora é uma das grandes questões sem unanimidade na teoria dos sistemas.

Para o sistema político, que a si mesmo define como Estado, a fórmula do Estado do direito expressa uma condição adicional para o aumento de complexidade. O direito, como âmbito político de ação, só se encontra disponível se e à medida que o sistema político permitir ao direito realizar-se como direito; ou seja, quando o sistema político deixa de aplicar a força pública ilegalmente. Consequentemente, a fórmula do Estado do direito significa diferentes coisas, a depender de qual sistema a estiver usando. Todavia, ela expressa esses diferentes aspectos em uma fórmula ou – como então se pode dizer – em um esquema e, desse modo, possibilita sua definição. Portanto, é possível afirmar que os sistemas político e jurídico não seriam o que são sem o outro correspondente¹³⁹ (LUHMANN, 2016, p. 570-571)

Classicamente, a vontade é identificada de forma relativa em razão da emanção de soberania do sujeito de Direito Internacional. Em nosso atual estágio, a soberania não é mais vista conforme as linhas escritas por Jean Bodin¹⁴⁰, Thomas Hobbes, e tantos outros teóricos do Estado, como atributo absoluto e impenável do Estado. Vê-se, cada vez mais, os Estados reformulando esse conceito clássico num sentido mais moderno, qual seja, a capacidade de delegar parcela de sua soberania na órbita internacional¹⁴¹, o que se dá através de tratados.

A vontade se manifesta por meio da comunicação. É, então, não somente uma operação dos sistemas em recíproca interpenetração, como também um

¹³⁹ Conclui o teórico, dizendo que “a fórmula do Estado do direito expressa uma relação recíproca e parasitária entre política e direito. O sistema político se beneficia da situação de alheios se codificar e administrar segundo licitude e ilicitude, que é o que se dá no sistema do direito. Inversamente, o sistema do direito, que se beneficia com o fato de a paz, diferentemente de poderes claramente estabelecidos, e as decisões poderem se impor pela força, está assegurado em outra parte: no sistema político. O termo “parasitário” aqui não expressa mais do que a possibilidade de crescer graças a uma diferença externa” (LUHMANN, 2016, P. 571).

¹⁴⁰ Como bem ensinar Dalmo de Abreu Dallari, a primeira grande obra a desenvolver o conceito de soberania foram os “Seis livros sobre a República” de Jean Bodin. “Tendo afirmado que a soberania é um poder absoluto e perpétuo, cuida Bodin de tornar mais claro o sentido dessas duas características, estendendo-se mais na explicação da primeira. Sendo um poder absoluto, a soberania não é limitada nem em poder, nem pelo cargo, nem por tempo certo. Nenhuma lei humana, nem as do próprio príncipe, nem as dos predecessores, podem limitar o poder soberano. Quando às leis divinas e naturais, todos os príncipes da Terra lhes estão sujeitos e não está em seu poder contrariá-las, se não quiserem ser culpados de lesar a majestade divina, fazendo guerra a Deus, sob a grandeza de quem todos os monarcas do mundo devem dobrar-se e baixar a cabeça com temor e reverência. São essas, portanto, as únicas limitações ao poder soberano (...)” (DALLARI, 2010, p. 76-77).

¹⁴¹ Exemplo disso nos é dado por Pedro Dallari, que narra que “o sistema constitucional austríaco é pleno de regras que referem a temática das relações internacionais ao regulamentar a integração do país a sistemas comunitários, em particular, o europeu. Exemplo, no qual há referência expressa a tratado internacional, também se encontra no art. 9º, cujo item 2 assinala que “a Federação pode transferir por via legislativa ou por um tratado, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 50, alguns de seus direitos de soberania a instituições internacionais e a seus órgãos, e submeter às disposições de direito internacional público à atividade dos órgãos de Estados estrangeiros sobre o território federal, assim como a atividade dos órgãos austríacos no estrangeiro” (DALLARI, 2003, p. 28).

dos requisitos de validade dos tratados internacionais. Como coloca Alain Pellet et al,

De acordo com os princípios gerais de direito, as condições requeridas para a validade de um acto jurídico são: um sujeito capaz, um objeto lícito, uma vontade livre (o que, no caso de um acto bilateral ou multilateral, significa um consentimento regular, isento de vícios) e formas convenientes. A validade do tratado bilateral ou multilateral está sujeita a essas mesmas condições (PELLET et al, 1992, p. 171).

A partir desse breve ponto de partida, pode-se observar que o acoplamento estrutural entre política e direito, mais especificamente entre política internacional e Direito Internacional, está intimamente interligado com a ideia de vontade experimentada na órbita da comunicação política e vice-versa. Cada uma dessas volições se manifestam de maneira a resguardarem a autonomia de seus códigos, operando irritações perenes em ambos os sistemas e que necessitam de seleção para que o estado de entropia não seja tal que transforme a influência recíproca de informação em atratores. A vontade, como se verá, deve ser pautada na confiança, na boa-fé, na honestidade das partes em realizar a consubstanciação de normas que irão regê-las concomitantemente. A atividade de aperfeiçoamento dos tratados se consubstancia na conjugação de vontades, na transmissão de uma informação calcada em uma finalidade específica, que projeta um dado cenário quesível pelas partes. Por ter natureza normativa, o tratado internacional traz em si a desconfiança, a possibilidade de que o acordo realizado possa ser quebrado. Nesse caso, cabe sanções. A quebra da confiança, a traição da vontade originária, é um dos mais tormentosos e prejudiciais fatores para a sedimentação do Direito Internacional Público. Em verdade, é o fator responsável pela mitigação da força normativa dos tratados, em sua mais alta acepção.

4.3 A formação dos Tratados Internacionais e a necessidade de uma leitura estratégica

A formação dos Tratados Internacionais se dá conforme o sistema do Direito, a partir da lógica de que o sistema traz em si seus pressupostos de autorreprodução e, logicamente, de autopoiese. Nesse nível de operação autorreferencial, uma norma jurídica, os tratados em específico, somente pode

se formar e ser legitimada a partir de uma percepção processual, a inscrição da conjunção de vontades no tempo (LUHMANN, 1995, p. 129-135). É no âmbito da processualização que o programa estabelecido na norma jurídica passa a servir de elemento comunicativo que, ao emanar informação – como se verá, na estrutura da legística formal, intrinsecamente comunicacional e linguística – acaba por servir como parâmetro para a tomada de decisão. É nesse interstício temporal de aperfeiçoamento da norma que o observador de primeira ordem opera a diferenciação entre o sistema e o meio e, a partir de sua operação autorreferencial, seleciona uma das possibilidades como *input* adequado para a formação de *outputs* estáveis. Sobressai, nesse particular, que a estrutura do programa decisional faz emergir a responsabilidade em dupla via: dos legisladores e do aplicador do Direito em seu perfazer jurisdicional.

Falar de responsabilidade dos legisladores é remontar às bases de formação da legística no quadro de desenvolvimento teórico da produção legislativa no âmbito da União Europeia, que originou o famoso Relatório Mendelkern (MENDELKERN, 2000, p. 25-30). Mediante as pesquisas desenvolvidas pelo grupo de estudos de legística deste organismo internacional, chegou-se à conclusão de que um dos princípios informadores da atividade legislativa no âmbito dos parlamentos é aquilo que veio a ser conhecido como *accountability*. *Accountability* nada mais é do que o senso de responsabilidade que deve ter o gestor e o legislador ao desenvolver um dado projeto de lei, uma vez que os impactos para a ordem das liberdades e da fruição de direitos (especialmente os Direitos Fundamentais) podem ser tais que se revelem em verdadeira obstrução. Por esse viés, é na procedimentalização da formação do fenômeno comunicativo de base normativa é que se pode verificar quais são os agentes que estão participando da sedimentação de uma zona de consenso (contingencial, desde logo demarcada), e, assim, para eventuais e futuras averiguações, poder-se-á constatar se este agente agiu com responsabilidade, senso de planejamento, boa-fé, confiança e tecnicidade ao participar da elaboração da norma. As sanções para o agente que vá para além de sua margem de discricionariedade e que revele a mitigação da boa-fé objetiva pode ser de várias espécies, desde admoestação verbal, até ação por improbidade, passando por vias difusas de sanção – mais especificamente a não recondução ao cargo para o qual havia sido eleito.

A responsabilidade do aplicador do Direito, aqui orientado para uma análise da função jurisdicional, sobressai na garantia de que a atividade interpretativa dos tribunais deve se dar por meio da proteção da confiança em seu duplo aspecto, quando orientado para a verificação de aplicabilidade dos tratados internacionais comuns: confiança consolidada no âmbito internacional, a partir da norma *jus cogens pacta sunt servanda* e do princípio da boa-fé objetiva; confiança consolidada em face dos particulares que lançam mão dos conteúdos normativos contidos em tratados internacionais para poderem se planejar quanto a possíveis efeitos jurídicos emanados de suas ações cotidianas, econômicas, políticas, de liberdades civis, etc. A questão será devidamente aprofundada no capítulo 6.

Nesse sentido, vê-se que a atividade de formação dos tratados internacionais envolve uma complexa rede de atos que somente podem ser visualizados pelo prisma processual¹⁴². Nesse viés, como será abordado no tópico 5.2.2, pode-se identificar que a conclusão de um tratado internacional envolve uma densa rede de conjugação de normas de competência, normas de controle de conteúdo, normas de controle da forma e, especialmente, a sobreposição parcial da comunicação política na atividade seminal de criação.

A perspectiva aqui trazida leva em razão as contribuições teóricas da legística para que os tratados internacionais comuns possam ser desenvolvidos conforme as mais primorosas e específicas técnicas de legiferação e que, no contexto de estabelecimento de comunicação normativa no âmbito de um acoplamento estrutural, desempenham papel chave para a sedimentação da confiança em mecanismos de cooperação com alta qualidade redacional e cujo conteúdo aquiesça interesses antagônicos em uma zona de consensualidade, mesmo que seja contingente. A legística, nesse ponto, tem a potencialidade e o vigor metodológico para atuar em todas as fases do procedimento, a servir como parâmetro para a negociação das cláusulas convencionais, para a verificação de

¹⁴² Para Alain Pellet et al, “conclui um tratado é, antes de mais, um *atributo da soberania*, ao mesmo tempo que o seu *exercício*. Ora quem pode levar a cabo essa importante tarefa em nome do Estado? Em virtude da autonomia constitucional dos Estados, são as respectivas constituições que, na repartição geral de competências entre as diversas autoridades estatais, respondem a esta questão. Por outras palavras, se a conclusão dos tratados é, por natureza, uma matéria regulada pelo direito internacional, depende também, necessariamente do direito interno. Esta dualidade é frequentemente fonte de complicações e dificuldades. No que respeita, por exemplo, à terminologia, sucede que um mesmo termo não tem o mesmo sentido na ordem internacional e na ordem interna. Além disso na prática o caminho está muitas vezes aberto a controvérsias sobre as relações entre direito interno e direito internacional (1992, p. 115).

checagem na oportunidade da aposição de assinatura, para os procedimentos de conjugação de vontades na fase de ratificação e, inclusive, na própria fase de promulgação e publicação na ordem interna, como é de praxe no Brasil.

Para efeitos gerais, a formação dos tratados internacionais no interior da sistemática constitucional brasileira pode ser estudada por meio da noção de *treaty-making power*. Este nada mais é do que o processo de formação da vontade do Estado ao se vincular a uma obrigação de natureza internacional, estruturada em comunicação normativa. Francisco Rezek aponta para a diferença entre a competência negocial¹⁴³ e o conceito de *treaty-making power*, e define este como sendo “aquela competência que a ordem jurídica de cada Estado costuma partilhar entre o governo e o parlamento. Não é uma competência negocial: é o poder de determinar, em definitivo, a disposição do Estado em relação ao compromisso¹⁴⁴” (2011, p. 58).

A avaliação do *treaty-making power* tem uma importante consequência para o estudo aqui realizado: ao estabelecer os marcos iniciais para o aperfeiçoamento dos tratados internacionais comuns – que, como já dito, funcionam como acoplamento estrutural entre Política e Direito – vê-se que a conjugação de vontades do Poder Executivo e do Poder Legislativo é a *conditio*

¹⁴³ Nesse particular, Rezek defende que “tanto quanto possível convém evitar o uso da expressão inglesa *treaty-making power*, que não oferece segurança conceitual à altura de sua popularidade, visto que experimentada, às vezes em doutrina, e frequentemente em linguagem diplomática, para significar três coisas diversas. Num primeiro extremo, cuida-se da capacidade que têm os Estados, e outras personalidades jurídicas de direito das gentes, para convencionar sob o pálio desse mesmo direito: a república do Peru e a UNESCO ostentam o *treaty-making power*, não possuído pelas unidades federadas do Arizona ou da Bahia, nem pela Ordem de Malta, pela United Fruit Corporation; e ficando casos como o de Taiwan, a outra república da China, a critério de cada copactante potencial. No extremo oposto, trata-se da competência que pode revestir certo servidor do Estado para falar externamente em seu nome, comprometendo-o: neste sentido, diz-se, por exemplo, que o primeiro-ministro detém o *treaty-making power*, independentemente da apresentação de uma carta de plenos poderes. O emprego correto da expressão há de corresponder, todavia, a um plano intermediário, primordialmente afeto à ordem jurídica interna do Estado. A pesquisa lógica do *treaty-making power* não consiste, sob esse prisma exato, em saber se o objeto de análise é ou não uma personalidade jurídica internacional, hábil para concluir tratados; e menos ainda em determinar quais as pessoas que falam em seu nome nos foros exteriores. Consiste, sim, m investigar o processo de formação da vontade do Estado quanto ao comprometimento externo, e tem por domínio, em razão disso, o seu direito constitucional” (REZEK, 2011, p. 57-58).

¹⁴⁴ Para Roberto Luiz Silva há três formas de manifestação do *treaty-making power*: a) sistema da competência exclusiva do Poder Executivo: comum nos Estados absolutistas, na Alemanha Nazista e na Itália Fascista; b) sistema de competência exclusiva do Poder Legislativo: trata-se do modelo britânico, que necessita de um ato do parlamento para que o tratado tenha eficácia interna. É o que ocorre também nos EUA, onde há necessidade do consentimento expresso de 2/3 do Senado e, ainda, na Suíça, em que, se o tratado tiver prazo de validade superior a 15 anos, terá de ser, ainda, referendado pela população, como ocorreu no caso da adesão da Suíça à União Europeia, que não foi aceita pela população; c) sistema misto: nele, há participação tanto do Poder Executivo quando do Legislativo na ratificação (SILVA, 2010, p. 97-98).

per quam pela qual se pode falar em submissão à ordem jurídica internacional, que passa a fazer parte de um mesmo fenômeno: comunicação jurídica. Assim, a criação dessas obrigações, como ensina Alain Pellet *et al*, é fonte legítima e inexorável de restrição das competências do próprio Estado, ou seja, do âmbito de sua ação comunicativa nos vieses político, econômico, ecológico, social, etc.

Por outro lado, ao criar obrigações a cargo do Estado, qualquer tratado é uma fonte de limitação das suas competências. Deve ser concluído sem pressa e com pleno conhecimento de causa. Tanto mais que a autoridade estatal competente para concluir tratados, que beneficia do *treaty-making power*, segundo a terminologia anglo-saxônica – a qual, pela força das coisas e salvo raras exceções, não participa pessoalmente pessoalmente na conclusão –, precisa de verificar se os seus representantes seguiram correctamente as suas instruções. Para responder a estas exigências, a conclusão dos tratados, enquanto processo, subdivide-se em várias fases. Apresenta-se, assim, desde a época do absolutismo real, no decurso da qual se constituiu progressivamente, como um mecanismo complexo (PELLET *et al*, 1994, p. 115-116).

Processo deve ser visto, em nossa lógica, por meio da ideia de correlação entre elementos no tempo, que se adequam na estrutura sistêmica a partir de inúmeros mecanismos que permitem a abertura cognitiva do sistema do Direito se conectar com o meio. Essa ideia é transcrita pelo conceito de sentido, que nada mais é que uma representação da complexidade no tempo¹⁴⁵: a formação do sistema se amarra à estrutura previamente existente, e os elementos que venham porventura a se encaixar a essa estrutura, por meio de um processo de seleção, que estabelece conexão da autorreferência basal na autorreferência sistêmica. É na busca pelo sentido que se possibilita reduzir a complexidade do futuro no presente e, ao mesmo tempo, planejar. No curso do processo legislativo, concomitante à atuação do Poder Executivo, vê-se que a projeção na produção da comunicação normativa própria aos tratados internacionais comuns aponta para a referência a marcos de confiança que não podem ser negligenciados. O código da política influi, certamente, na constituição do código normativo, mas essa relação, em um acoplamento estrutural, se dá conforme preceitos de organicidade, de alteridade sistêmica e de preservação de suas respectivas autopoieses.

¹⁴⁵ Luhmann é peremptório ao dizer que “o sentido é uma representação da complexidade. Não é uma imagem ou um modelo de complexidade usado pelos sistemas de consciência, ou pelos sistemas de comunicação. É simplesmente uma nova e poderosa forma de enfrentar a complexidade na inevitável condição de estarmos propensos a realizar permanentemente uma seleção (2009, p. 241).

A verificação desse arranjo estabelecido no acoplamento estrutural é amarrada pela figura do observador. Em primeira ordem, sofre o influxo da seleção (diferencia e indica). Em segunda ordem, parte-se para a constatação da unidade, cujos níveis de entalpia são estritamente controlados no âmbito do sistema observado, em que pese as contingências, ou dupla contingências¹⁴⁶. A base para a formulação do código normativo é a ideia de expectativa, que traz consigo a possibilidade de decepção. É nessa ordem de ideias que a legística se acopla como teoria propensa a mitigar ao máximo a dupla contingência em seu aspecto global, a partir de pressupostos teóricos que se amoldam à garantia de efetividade, eficácia, legitimidade e validade do código normativo sob os auspícios da confiança.

Assim, vê-se que a formação dos tratados internacionais comuns deve levar em consideração que estes funcionam como verdadeiros órgãos comunicativos de planejamento estratégico em nível de interpenetração recíproca do Direito e da Política em suas matizes internacionais. Somente a partir de uma formatação normativa clara, inteligível e calcada nos aspectos de simplicidade comunicativa, transparência da informação e boa-fé do conteúdo, é que a confiança pode se manifestar e fazer valer a vez de todos os códigos que permeiam os sistemas sociais conforme o preceito da coerência e da

¹⁴⁶ O conceito de dupla contingência permeia toda a análise até aqui realizada. Segundo Luhmann, a comunicação social está embebida pelo fenômeno do risco, pela possibilidade de descrédito, de desconfiança. Nesse sentido, diferencia uma contingência simples, que basicamente é a prospecção de uma expectativa sobre a ação/comunicação do outro, e uma dupla contingência, que envolve, além disso, a expectativa sobre a expectativa que o outro tem sobre as próprias expectativas do primeiro. Coloca que “frente à contingência simples erigem-se estruturas estabilizadas de expectativas, mais ou menos imunes a desapontamentos – colocando as perspectivas de que à noite segue-se o dia, que amanhã a casa ainda estará de pé, que a colheita está garantida, que as crianças crescerão... Frente à dupla contingência, necessita-se outras estruturas de expectativas, de construção muito mais complicada e condicionada: as expectativas. A vista da liberdade de comportamento dos outros homens são maiores os riscos e também a complexidade do âmbito das expectativas. Consequentemente, as estruturas de expectativas têm de ser construídas de forma mais complexa e variável. O comportamento do outro não pode ser tomado como fato determinado, ele tem que ser expectável em sua seletividade, como seleção entre outras possibilidades do outro. Essa seletividade, porém, é comandada pelas estruturas de expectativas do outro. Para encontrar soluções bem integráveis e confiáveis, é necessário que se possa ter expectativas não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro. Para o controle de uma complexão de interações sociais não é apenas necessário que cada um *experimente*, mas também que cada um possa *ter uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele*. Sob as condições da dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro. Na área de integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função do normativo – e assim também do direito (LUHMANN, 1983, p. 47-48).

estabilidade dinâmica (que agrega, em si, a dupla contingência). Esse planejamento estratégico, então, exige a consonância, no caso brasileiro, da volição de dois atores institucionais com funções fundamentais: o Poder Executivo e o Poder Legislativo. A estratégia comunicacional é plural, crivada pelos mais variados modos de policontextualidade, razão pela qual a ratificação de um tratado internacional, ao fim e ao cabo, leva à mitigação do alcance da competência do próprio Estado, por ter limitado seu espectro comunicativo de ação em nível internacional.

4.3.1 Tratados Internacionais comuns como arena de formação de consensos contingenciais

Os tratados internacionais, em sentido amplo, possuem a mesma natureza e normogênese das demais normas presentes num dado sistema do Direito: são constituídos a partir de uma cadeia processual, cujos atos agregam, em cada uma das fases, informações e, ao mesmo tempo, ao estabelecer diferenciações, deixam outras oportunidades ou possibilidades do outro lado da forma. O processo, no sistema do Direito, traz em si a marca de legitimação de seu fim no que diz respeito à seara legislativa, qual seja a produção de uma norma. Essa legitimação ocorre em razão de haver a congregação de inúmeras vontades, muitas das vezes policêntricas, na formulação do resultado final do diploma normativo produzido.

A partir dessa ordem de argumentação, torna-se evidente que nas sociedades modernas (de matriz ocidental), os tratados internacionais, especialmente os comuns, somente podem se formar em ambiente democrático. Isso diz respeito ao fato de que a legitimidade com a qual os tratados encontram respaldo sociológico-normativo para existirem como direito positivado – programação jurídica – acaba por lhes assegurar a característica de elementos comunicativos de natureza normativa responsáveis por servirem à ordem jurídica como fatores de segurança, como elementos de estabilidade em torno da vontade e mediante a redução do futuro no presente por ato produzido no passado¹⁴⁷. Tomando esse raciocínio prático, pode-se observar que da

¹⁴⁷ Sobre a questão da legitimidade em ambiente democrático, António Manuel Hespanha teoriza que “por muito longínquas que as questões possam parecer, a legitimação democrática do direito relaciona-se também com a segurança que ele garante à vida social, com a

conjugação de vontades em ambiente policontextural, a resultante de forças nunca tenderá a zero e sempre apontará para um lado: o de quem detém certo poder¹⁴⁸. Para evitar a deturpação, a intensificação de atratores – e respectiva configuração de alopoiese –, o fenómeno democrático se apresenta deontologicamente no sentido de determinar que a expressão comunicativa própria ao direito é verificada e condicionada à prática consensual, possibilitada pelo procedimento, que desvela o sentido dos elementos e da estrutura no tempo.

Contudo, o sistema do Direito é cognitivamente aberto, razão pela qual sua estrutura geral está sempre suscetível à mudança, à contingência em nível basal. Esse aspecto que se traduz em reflexividade possibilita que o sistema não se engesse e tenha sempre uma constante troca em nível de observação de primeira ordem, que equaliza os *feedbacks* sistêmicos na garantia da mudança na constância da operação básica e na manutenção do código, com respectiva preservação da autonomia. É na ordem democrática que essa abertura cognitiva ganha maior potencialidade na efetivação de trocas e na formação de acoplamentos estáveis, minimamente irritáveis e que garantam a constância da confiança¹⁴⁹.

A formação de consensos em nossa sociedade tem a ver com a prevenção do risco e a facilitação da ação comunicativa. Do ponto de vista do

previsibilidade que ele empresta aos acontecimentos sociais futuros. Por um lado, só podemos estar de acordo com uma norma se soubermos que resultados práticos vai ela produzir. Por outro lado, essa capacidade da norma para criar previsibilidade, para estabilizar expectativas, reforça, desde logo, a adesão comunitária aos seus comandos e depende da consonância destes com os sentimentos de justiça e de ordem mais generalizados na comunidade. Neste último sentido, o sentimento de segurança gerado pelo direito e a expectabilidade das suas soluções constituem uma outra fase da democracia, neste caso menos ligada ao acordo comunitário de que as normas surgiram (i.e. à democraticidade da constituição e das leis) e mais relacionada com o consenso que o direito e as soluções jurídicas podem possibilitar, de forma geral e continuada” (HESPANHA, 2009, p. 202-203).

¹⁴⁸ Vê-se então a importância do elemento democrático, que normativamente limita o poder político e econômico. É nesse aspecto, de autolimitação nas zonas de acoplamento estrutural, que cambia-se a constante formação de consensos contingenciais.

¹⁴⁹ Assim, Hespanha argumenta que “uma democracia que depende, certamente de uma vontade originária do povo ou de seus representantes quanto ao direito; mas que depende não menos de um consenso estável e comunitariamente partilhado acerca dos resultados proporcionados pelo direito. Assim, à legitimidade *ex ante*, relativa ao pacto instituidor celebrado pelo povo, junta-se uma legitimidade *ex post*, que decorre da consensualidade dos resultados do direito. Esta combinação de legitimidades é importante, pois – dadas as imperfeições das instituições democráticas – evita que todo o peso da questão da legitimidade do direito recaia sobre elas, o seu modo de funcionamento, as suas eventuais perversões; agregando às razões de validade do direito um aspecto que desde há séculos os juristas e a sensibilidade comum têm vindo a valorizar – a habitualidade do direito, o facto de ele ser aceite, se enraizar na prática, não irritar a vida comunitária (...) (2009, p. 203-204).

risco¹⁵⁰, a questão é cingida pela indeterminação do futuro, que traz infinitas possibilidades que muitas das vezes passam a não serem processadas pelo próprio sistema em razão de não se adequarem ao seu código ou de em alguma medida revelar a necessidade de reação em cadeia dos elementos para reestabelecer níveis harmônicos de sintropia, ou baixa entalpia. Como bem coloca Hespanha,

O apreço pela segurança prende-se com a informação deficiente que nós temos sobre o futuro. Esta pode decorrer do facto de que o futuro depende de ocorrências incertas (acaso) – que, sendo susceptíveis de causar danos, se chamam “riscos” – ou da multiplicidade de escolhas existente para a nossa acção e para a reacção dos outros (HESPANHA, 2009, p. 204).

É nesse aspecto de reconhecimento da presença da informação deficiente sobre o futuro que a confiança e a positivação das regras jurídicas desempenham papel estruturante e fundamental para a Teoria dos Sistemas Sociais em sua vertente de análise no âmbito do sistema do Direito. Não se pode esquecer que o fato de o acaso estar incorporado à manifestação do jurídico leva à própria estrutura aumentar seu grau de complexidade no que tange à necessidade de resposta aos estímulos externos, como forme de manter a autopoiese em um fluxo verdadeiramente satisfatório e coeso (dotado de sentido). Mas como o sistema lida com essa carga de contingência e sempre atua com seus mecanismos internos no sentido de manter uma dada estabilidade das relações estabelecidas pelos seus elementos? Como já dito,

¹⁵⁰ Anota Hespanha que “o tema do risco – e a definição da sociedade contemporânea como uma ‘sociedade de risco’ (*Risikogesellschaft, risk society*) – foi posto em voga por textos de Anthony Giddens e, sobretudo de Ulrich Beck. A novidade dos riscos sociais actuais não está na sua nova magnitude, nem no facto de serem provados, em larga medida, por factos do homem, mas na circunstância de serem consequências necessárias de uma certa forma de “modernização” da organização económica – industrialização massiva, uso intensivo de recursos naturais finitos, manipulação da natureza, uso intensivo de substâncias sintetizadas e de produtos transgênicos, recurso a formas perigosas de energia, uso da engenharia genética, carácter invisível e virtual das mais importantes formas actuais de ‘fortuna’ (valores mobiliários, participação em fundos, ‘derivados financeiros’, ‘futuros’, etc.). Por outro lado, ao contrário do que aconteceu noutras épocas, estes meios de produção são conscientemente utilizados como resultado de uma certa reflexão sobre os seus custos-benefícios (que o autor acima citado acusa de imprudente, cega para os efeitos, riscos e perigos já conhecidos dos processos antes referidos), como, por exemplo, o primado de uma economia de especulação bolsista (ou com o preço das matérias-primas, ou do petróleo) sobre uma economia de satisfação das necessidades; o sacrifício do ambiente à produtividade e rentabilidade imediata; o sacrifício do bem-estar geral à acumulação de lucros desmesurados e imprudentes; o sacrifício da segurança à eficiência” (HESPANHA, 2009, p. 206-207).

sistema do Direito tem como base operacional a comunicação, e somente por meio da ação comunicativa essas percepções são suscetível de lograr êxito.

É propriamente nesse ponto que reside a questão tratada no presente tópico: os tratados internacionais comuns, como arena comunicativa, possuem a função estrutural de amarrar, pelo viés de acoplamentos estruturais, a formação do sentido deontológico próprio ao Direito, e isso se dá pela comunicação normativa. Essa comunicação, contudo, é contingencial, vez que está parcialmente condicionada – guardadas as devidas formulações em torno da manutenção da autonomia do sistema – ao próprio ambiente pelo qual o sistema se autorreproduz. Afasta-se, então, a visão colocada por alguns filósofos, especialmente Habermas, de que a comunicação persegue algum grau de consenso com caráter legitimador e em alguma medida que garanta a estabilidade da própria comunicação. Como bem coloca Luhmann:

Em muitos casos, assume-se implicitamente que a comunicação persegue o consenso, busca a aquiescência, a aprovação. A teoria da racionalidade e da ação comunicacional desenvolvida por Habermas, está construída sobre a referida premissa, mas é, de fato, empiricamente falsa. A comunicação pode ser empregada para manifestar a divergência. O conflito pode ser propositalmente perseguido, e não há nenhuma razão para supor que a busca do consenso seja mais racional do que a do dissenso, pois isso depende inteiramente dos termos da comunicação e dos participantes. É evidente que a comunicação é impossível sem algum tipo de consenso, mas também é impossível descartar nela o dissenso (LUHMANN, 2009, p. 303).

No curso dos critérios aqui insinuados, há que se levar em consideração que a programação jurídica, em sua orientação processual, acaba por trazer algum grau de segurança quanto à perspectiva de redução da complexidade do sistema enquanto expectativa do futuro. A par disso, em que pese a redução da complexidade, pelo fato de o sistema ser cognitivamente aberto, vê-se a presença de algum grau de instabilidade levantada pelo acaso, em razão das constantes trocas realizadas entre o sistema e seu entorno. Dentro desse grau de instabilidade, a questão está reduzida, no caso do Direito, também, à abertura interpretativa causada pelo fenômeno linguístico, fato que nos leva à questão da discricionariedade. Por outro lado, também se pode abordar os casos em que a programação não existe para fazer face a um dado fato que é contraposto ao sistema pelo sistema social e sua dinâmica. Nesse caso, de inaudibilidade da comunicação, verifica-se verdadeiro desafio para estabelecer a linha de

confiança entre sociedade e Direito, entre Sociedade Internacional e Direito Internacional, porquanto não há a prévia fixação dos parâmetros de partida. A partir desse quadro geral, vê-se que a formação de consenso comunicativo no sentido de sua prospecção duradoura é algo que sempre desafia a lógica da racionalidade jurídica. O consenso leva em si a necessidade de ver o outro lado da forma, ou seja, a possibilidade de que a comunicação esteja lastreada pelo dissenso. Para além de Habermas – que não é o enfoque da presente pesquisa – vê-se que no viés de Luhmann, a comunicação “leva à decisão de que tanto a *informação* como o *ato de comunicar* podem ser aceitos ou recusados” (LUHMANN, 2009, p. 303).

A comunicação normativa é possível em razão da programação inscrita em uma norma, que Luhmann toma como “expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos¹⁵¹” (1983, p. 57). A formulação da norma jurídica de natureza internacional envolve, como já dito, a consubstanciação de vontades que, muitas das vezes, se mostram antagônicas¹⁵². É nessa justa medida que se fala que os tratados internacionais, especialmente os comuns, servem como arenas para a formação de consensos contingenciais, vez que não há situação de sobreposição de vontades, mas de coordenação na óptica internacional. Tem-se que verificar a presença de mecanismos que possibilitam a formulação de expectativas normativas realmente vinculantes, e isso somente pode ser concretizado a partir da especificação de que a confiança seja o elemento agregador, mesmo na base da contingência nos níveis estruturais basais. A confiança é responsável, na seara internacional, pela constante construção de algum grau de institucionalização, que geralmente o sistema do

¹⁵¹ Importante referendar que nessa zona argumentativa sobre a formulação de um conceito de norma jurídica, Luhmann rebate a concepção clássica efetuada por Kelsen, ao dizer que “seu sentido implica na incondicionalidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto também institucionalidade, independente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo do ‘dever ser’ expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do ‘dever ser’ (1983, p. 57).

¹⁵² Assim coloca Luhmann em sua argumentação: “A Teoria dos Sistemas substitui a compreensão direta do consenso com outro argumento: a comunicação leva à decisão de que tanto a informação como o ato de comunicar podem ser aceitos ou recusados. Uma mensagem é aceita, ou não. Esta é a primeira alternativa criada pela comunicação e com ela emerge o risco da não aceitação, obrigando a tomar uma decisão que só se torna possível devido à própria comunicação. Nesse sentido, toda comunicação traz implicitamente o risco; ele está na base da comunicação e é um fator morfogenético de elevada relevância, pois, conseqüentemente, depois surgirão instituições que garantirão a aceitação, mesmo no caso de que uma comunicação seja muito improvável” (LUHMANN, 2009, p. 303).

Direito identifica com muito mais fragor na estrutura de um direito nacional, ou direito interno.

Portanto, vê-se que os consensos no sistema comunicativo do Direito, mais agudamente em se falando de tratados internacionais comuns, são sempre contingenciais pelo fato de que a racionalidade do sistema não é capaz de absorver toda a realidade circundante – caso contrário se diluiria e perderia sua própria autonomia operativa – fato que obriga aos sujeitos de Direito Internacional a cambiarem informações no sentido de garantir um mínimo comunicativo baseado na sinceridade e na autenticidade da informação e das pontas: alter e ego performam a comunicação como expectativa cognitiva e normativa simultaneamente.

4.3.2 A legística como conversores em matéria de acoplamentos estruturais na conformação dos tratados internacionais comuns

A inserção da legística dentro da abordagem própria à teoria dos sistemas encontra sua razão de ser em seu próprio desenvolvimento epistemológico: trata-se, em verdade, do conjunto de princípios e estruturas teóricas aptas a estudar o fenômeno legiferante a partir da perspectiva de sua comunicação – seja esta quando se refere à formação semântica dos códigos comunicacionais de natureza normativa, seja enquanto estabelecimento de verdadeira dinâmica comunicacional cujo ponto efetivo se encontra nas ideias de informação e sua dinâmica. A informação somente é transmitida pela comunicação numa relação de três fatores, como já dito: a informação propriamente dita, o ato de comunicar (por meio de alter) e o ato de compreensão. Para que esse processo ocorra da maneira mais qualificada possível, há que se ter pontos de partida minimamente seguros para a efetivação de uma interlocução sistêmica genuinamente baseada na verossimilhança da informação que carrega.

Nesse ponto, a legística desempenha o papel fundamental de estruturar em duas medidas o processo de constituição da comunicação normativa: com efeito, primeiramente, no que diz respeito à qualidade da redação das normas, preocupando-se com a inteligibilidade (no grau de efetividade, especialmente) e com a utilização de técnica gramatical que reduza ao máximo a abertura semântica que é natural à comunicação; em segundo lugar, logra aumentar o grau de satisfação da norma a partir do viés estratégico de avaliação da

necessidade de inovação de dado sistema (em nível basal) que é dado segundo a contraposição da volição do legislador (seja em nível parlamentar, administrativo ou, no estudo específico, dos plenipotenciários e toda a cadeia processualística de formação dos tratados internacionais) à facticidade dentro da qual está inserido.

Como aporte teórico próprio a pensar a formação da comunicação normativa, a legística se acopla na borda do sistema do direito, a especificar, por exemplo, as condições de *input* e *output* do sistema e, para além disso, controlar os níveis de *feedback* e entalpia deste. Esse controle é estritamente necessário a partir da lógica de que o Direito, numa perspectiva da legística, é originado da própria política¹⁵³, mas com ela não se confundindo em seus aspectos estruturais, funcionais e de demarcação de suas operações. Essa questão pode ser bem vista na teoria do legista Luc Wintgens, que, conforme Santos, critica a separação feita ao longo da história da filosofia do Direito e da Ciência Política entre a política e o Direito. Conforme esta autora, em seu trabalho Wintgens

critica a separação epistemológica entre direito e política, pois, segundo ele, embora o direito tenha sua origem na política, a separação entre os dois campos deriva de uma opção que encobre escolhas políticas feitas no processo de criação do direito (WINTGENS, 2006). Essa separação resultou na desconexão entre o direito como fenômeno resultante de um processo político-jurídico de decisões de cunho pragmático, não encampado pelos estudos jurídicos e, como ciência dogmática, desvinculado de sua origem, por encarar seu objeto como algo dado (SANTOS, 2011, p. 16).

Após o fenômeno da codificação vivenciado desde a segunda metade do século XVIII e com mais pujança no século XIX, vê-se que a ciência do Direito migrou sua abordagem teórica para o fenômeno jurídico em uma perspectiva ontológica, baseada numa visão que a doutrina chama de legalista. Na perspectiva legalista¹⁵⁴, toda a teoria do direito migrou para a análise da norma

¹⁵³ Apesar de observar que o sistema jurídico é dotado de plena autonomia em razão de se configurar como verdadeiro sistema autopoietico, operativamente fechado, vez que “pressupõe esse sistema como capaz de esboçar uma distinção entre si mesmo e os outros sistemas em funcionamento na sociedade” (2016, p. 545), pode-se observar ao longo da história do Direito que a separação entre direito e política não se dava de maneira clara, como após o fenômeno da codificação vivenciado nos séculos XVIII e XIX da história ocidental. No período anterior, a ideia de contrato, de soberano e o próprio conceito de propriedade realizava uma espécie de confusão entre todas as camadas de separação do jurídico com o político, fato que levou, de alguma maneira, a uma tardia autonomização do jurídico em nossa era.

¹⁵⁴ Sobre essa questão, esclarece, com base em Wintgens, Santos: “Segundo Wintgens (2006), o legalismo considera o comportamento normativo como uma questão de obediência às regras, sem se importar com a sua origem – o que impõe a crença na desnecessidade de reflexão sobre o processo de criação das leis. Para além disso, o autor apresenta cinco características

jurídica já posta, positivada e, a partir disso, foram desenvolvidas inúmeras abordagens no sentido de identificar qual seria o método mais adequado (ou correto, para alguns) para a interpretação do Direito. Nesse momento, não houve uma preocupação fidedigna acerca da formação material da norma como elemento comunicativo que deve conter em si predicados importantes para a manutenção orgânica da autorreprodução do sistema, mas somente com uma análise de lógica formal aplicada à redação, no intuito de trazer maior racionalidade para a criação dos preceitos.

Nessa ordem de ideias, as técnicas de produção legislativa serviam muito mais para limitar a autoridade estatal (poder político) e estabelecer paradigmas de direitos fundamentais de índole formal (prontamente preocupados em proteger os interesses dos grupos econômica e socialmente hegemônicos)¹⁵⁵, pouco se preocupando com uma ideia de planejamento e de real consubstanciação de um controle do *feedback* em nível de interpenetração de sistemas, como se pode identificar no fenômeno constitucional, que encerra, a sua maneira, o acoplamento entre política e direito, como visto.

Centramo-nos aqui na questão acerca dos tratados internacionais comuns funcionarem como arena para a formação de acoplamentos estruturais entre Política Internacional e Direito Internacional. A toda evidência, que a considerar que o Direito tem sua fonte substancial no fenômeno político, há que se delimitar porque não se confunde com essa. Mais uma vez, a autonomia se dá por meio da identificação da operação própria a cada sistema e do código binário respectivo. Na política, opera-se o código poder/não poder. No direito,

que conformam o raciocínio legalista: representacionalismo (*representationalism*), que entende o direito como representação da realidade; eternidade (*timelessness*), que se expressa na consideração de que, se as proposições jurídicas são verdadeiras, elas devem ser eternas, assim como a verdade; instrumentalismo oculto (*concealed instrumentalism*), que resulta na percepção de que, se as proposições jurídicas são verdadeiras, não pode haver discussão sobre o seu conteúdo; estatismo (*etatism*), que estabelece o direito como decorrência do contrato social e implica que qualquer proposição normativa criada pelo soberano se sobrepõe às formuladas pelos sujeitos; e, por fim, método científico do estudo do direito (*scientific method of study of law*), que considera o direito como um fato, um dado existente, “e não como um valor a realizar” (PALOMBELLA, 2005, p. 121). Como qualquer outro objeto natural, aplica-se ao direito o paradigma metodológico das ciências da natureza, o qual levará à qualificação do seu estudo como Ciência do Direito. Concebe-se, assim, que o sistema jurídico é um “conjunto fechado de proposições logicamente conectadas” (WINTGENS, 2006, p. 4, tradução nossa) (SANTOS, 2011, p. 17-18).

¹⁵⁵ Como bem anota Luhmann, “Por conseguinte, o indivíduo deve sua individualidade civil à unidade entre direito e política, e essa unidade encontra-se indissolivelmente ligada ao ser indivíduo do indivíduo. Ao final desse movimento semântico, que organizou e integrou a política e o direito, encontram-se as grandes codificações dos séculos XVIII e XIX e, finalmente, a ideia de que a função do Estado consistia na garantia de uma liberdade conforme ao direito, isto é, nos limites deste (LUHMANN, 2016, p. 550).

lícito/ilícito. Ambos os sistemas estão calcados em comunicação, uma de ordem política e outra de ordem normativa. A comunicação jurídica ganha conteúdo por meio de sua autorreprodução e, para além disso, pela absorção seletiva que realiza da dinâmica comunicacional própria à política. Para que possa haver esse câmbio, o sistema do Direito não pode incorporar diretamente o input do sistema da Política. Há necessidade de realizar estrita conversão, e é nessa seara que a legística desempenha papel fundamental. Para aclarar o argumento, Marcelo Neves indica o ganho do conceito de acoplamento estrutural à racionalidade dos sistemas, na perspectiva de Luhmann, a partir do momento em que

Esse acoplamento serviria à promoção e filtragem de influências e investigações recíprocas entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada, vinculando-os no plano de suas respectivas estruturas, sem que nenhum desses sistemas perca a sua respectiva autonomia. Os acoplamentos estruturais são filtros que excluem certas influências e facilitam outras. Há uma relação simultânea de independência e de dependência entre os sistemas acoplados estruturalmente. As estruturas de um sistema passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais, relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa (NEVES, 2009, p. 35).

Os filtros estabelecidos pelos acoplamentos estruturais somente podem atuar a partir da incorporação de um elevado mecanismo de conversão, que tenha a capacidade de controlar as informações em nível de inputs, nos níveis de outputs e na perspectiva de reentrada da informação dada ao ambiente pelo aspecto de *re-entry*. A partir dessa perspectiva, a legística se impõe como elemento que permite a adequada interpenetração dos sistemas contidos no meio com o sistema do direito sem que, nesse caso, se verifique condições alopoiéticas, ou seja, aquelas condições em que o ambiente (outros sistemas) acaba por tomar o próprio sistema do direito, corrompendo-o. A composição do círculo normativo do acoplamento propiciado entre política internacional e direito internacional na base dos tratados internacionais comuns é a base de sustentação da abordagem evidenciada no presente tópico.

Fabiana de Menezes Soares ilustra os aportes teóricos e pragmáticos da legística na composição jurídica pré-normativa argumentando que

O círculo normativo se abre com a justificativa do impulso para legislar. Evidenciado na avaliação de impacto da futura legislação, atua no reordenamento do sistema jurídico em nome da manutenção da coerência (criação de barreiras às antinomias) e da consistência (densificação de comandos contidos em fontes legais por meio de

atividade regulamentar para garantir a eficácia técnica), otimizando estratégias para o incremento do conhecimento real do Direito (SOARES, 2007, p. 9).

Transposto para a realidade dos tratados internacionais, o círculo normativo de Direito Internacional é dada em condição coordenada (não subordinada) em que sujeitos amoldam a formação dessas espécies normativas conforme suas vontades e finalidades específicas. Para servir como verdadeiro órgão normativo de garantia da confiança, ou seja, de planejamento e expectativa, o tratado internacional deve ser formulado em seu impulso a partir de uma cadeia comunicativa de base política que tenha como ponto fundamental a garantia da sinceridade. Evoca-se, então, a lealdade como pedra de torque da formação dessas estruturas normativas, e a legística, como ponte de formulação dos conversores entre esses dois sistemas, desempenha o importante papel de apontar um rol de cenários a ser considerados por esses atores. Diz-se, então, que a legística estabelece a complexidade em seu nível de extrema possibilidade no meio, dispondo para o sistema do Direito um conjunto de possibilidade de seleção no nível de observação de primeira ordem.

O observador de primeira ordem poderá planejar a maneira mais eficaz, dentro de sua perspectiva autopoietica, de fazer com que o sistema do Direito preserve e potencialize sua autonomia concomitante ao ganho de confiança no acoplamento entre Direito e Política (confiança recíproca). Isso se dá, a todo exemplo, em razão dos vieses de manifestação da legística formal e material, descritas nos próximos tópicos. O aparato teórico, então, terá como fonte de preocupação a formulação dos pontos de partida para que o futuro tratado internacional traga clareza e verossimilhança em seus programas comunicativos que geram expectativas e, para além disso, em viés de conteúdo, adense as matérias estratégicas em nível de cooperação de acordo com a facticidade e com um diálogo de fontes¹⁵⁶ que permita o estabelecimento de pontes de transição eficazes e com resultados finalísticos satisfatórios entre os acordantes.

A tomar essa argumentação, constata-se que a legística atua na borda do sistema do direito, a possibilitar uma melhor descrição do meio circundante e,

¹⁵⁶ Assim, Soares argumenta que “É sob o ponto de vista da percepção do ordenamento como sistema, do diálogo entre as várias fontes do Direito, da consideração da realidade no processo de interpretação e tomada de decisão, seja para solucionar o conflito ou evitá-lo, que a discricionariedade do legislador deve ser pensada de modo a ensejar críticas e propostas direcionadas a uma atividade legislativa responsável, em termos jurídicos” (SOARES, 2007, p. 10).

concomitantemente, verificar, por meio de procedimentos científicos, qual a mais adequada forma de seleção para garantir a autonomia do sistema naquele momento (em vista de os tratados internacionais encamparem a consecução de consensos contingenciais, em que pese a finalidade seja sempre garantir a máxima estruturação da confiança, da redução da complexidade do futuro). Em uma sociedade de risco, policontextural, em que as possibilidades de acontecimento são infinitas e quase que incontroláveis à racionalidade dos sistemas que compõem os sistemas sociais, a legística passa a ser não só uma necessidade, mas uma essencialidade. Pensar a lei é pensar a liberdade em nível de subordinação. Pensar os tratados internacionais é pensar a liberdade em nível de coordenação, cuja manifestação de vontade acaba por vincular e limitar a zona de competência, alcance da volição e da própria expectativa dos Sujeitos de Direito Internacional.

Portanto, pode-se concluir que a legística é a epistemologia própria ao observador de primeira ordem, que o auxilia na borda do sistema do Direito a realizar as conversões necessárias para a manutenção da natural interpenetração dos sistemas sem que haja a configuração de alopoiese, por potencialização de eventuais mecanismos atratores. Funciona então como ferramenta teórica de grande especialidade e envergadura, cuja autonomia deve ser reforçada a partir de sua concepção como conquista evolutiva para a garantia da autopoiese do sistema do Direito e, conseqüentemente, do Direito Internacional Público.

4.3.3 O Princípio da coerência como ponto de estabilidade da formação de acoplamentos estruturais no Direito Internacional Público

Antes de adentrar nos pormenores acerca da influência da epistemologia da legística na borda do sistema do Direito, mormente na produção de tratados internacionais comuns, importante trazer a ideia central, que encaminha a zona de atuação da legística no marco de uma teoria que tem como preocupação o estudo da formação da comunicação normativa na tripla perspectiva semiológica sintática, semântica e pragmática, qual seja a ideia de coerência.

Kaitel, ao demonstrar as ideias de Luc Wintgens, disserta no sentido de apontar que

A racionalidade da legislação é ligada à ideia de que a legislação implica em tomar decisões e que decisões incluem escolhas. O legislador tem que demonstrar que sua decisão reflete uma escolha informada (WINTGENS, 2002, p. 33). Esta escolha tem que ser racional. O legislador deve justificar suas decisões (WINTGENS, 2012, p. 140). O legislador não pode estar desconectado da realidade social, a legitimação deve ser feita com base em um processo democrático, onde o próprio destinatário deve participar da discussão sobre como, quanto e em que medida a liberdade será limitada. A legisprudência pode contribuir para que o sujeito consiga entrar no processo de legitimação de forma ativa e ainda analisando criticamente suas consequências. Este potencial se deve porque a Legisprudência tem como ponto principal a liberdade como *principium* (KAITEL, 2016, p. 37).

Do excerto duas ideias basilares podem ser extraídas. A primeira é que a formulação de uma legislação, a formulação do aspecto final de uma norma jurídica, leva em consideração a tomada de decisão e a escolha. No âmbito da teoria dos sistemas, esse papel é desempenhado pela seletividade – dentro da dupla contingência e da dupla seletividade – com o qual o observador de primeira ordem realiza a operação do sistema. Ao distinguir, ao diferenciar, ao selecionar isto, e não aquilo, o observador de primeira ordem reduz a complexidade do meio e aumenta a complexidade do sistema em seu viés funcional-estrutural. O processo de escolha envolve a dinâmica de autorreprodução e autopoiese, a partir do momento em que a observação de primeira ordem se move dentro do espectro de autorreferência geral do sistema, no nível da autorreferência basal, no campo da reflexividade e, agora, também no campo da reflexão. Este último desdobramento da autorreferência do sistema é assim colocado por Luhmann:

Gostaríamos de falar de *reflexão*, quando a diferenciação entre *sistema* e *mundo circundante* se encontra na base. Só no caso da reflexão é que a autorreferência preenche as características da referência sistêmica, só aqui se entrecruzam esses dois conceitos. Nesse caso, o si mesmo é o sistema, ao qual a operação autorreferencial se imputa. Ela se realiza como a operação, com a qual o sistema designa a si mesmo na diferença em relação ao seu ambiente. Isso acontece, por exemplo, em todas as formas de autoapresentação, à base das quais se encontra a suposição de que o ambiente não aceita sem mais o modo como ele gostaria de se saber compreendido (LUHMANN, 2016a, p. 503).

Assim, o legislador, considerado como operação do sistema – não tomado no nível de sistema psicológico, mas de integrante da cadeia que operacionaliza o sistema do Direito em sua dinâmica legiferante – atua no sentido de selecionar, de garantir que a relação entre o sistema e seu ambiente se dá na manutenção

da diferença calcada na ideia de que a autorreferência¹⁵⁷ nada mais é que referência sistêmica – recurso ao próprio sistema para possibilitar a autorreprodução e manter a coerência, a autonomia.

O segundo ponto de grande importância apontado por Kaitel, com base em Wintgens, é tomar a liberdade como principium e, em consequência, agregar o sujeito destinatário da norma em seu processo de construção, a aumentar o grau de legitimação. Interessa para o presente estudo tomar a liberdade como principium não do ponto de vista do indivíduo, mas na perspectiva do exercício de soberania enquanto potestas de delegar soberania. Ao delegar parte de sua soberania perante o Direito Internacional, o Estado nada mais está a fazer do que exercendo sua liberdade num aspecto de autorrestrição. Nesse caso, a autolimitação nos níveis de comunicação normativa e de comunicação política legitima a vinculação intrínseca dos tratados em matéria de mitigação da zona de competências em nível interno – a depender do conteúdo do tratado internacional – e da diminuição da margem de atuação do sujeito de Direito Internacional na órbita de suas relações internacionais (coordenação) e na órbita de sua relação com os sujeitos que estão vinculados à sua vontade (subordinação). Aplica-se aqui, mais uma vez, uma redução da complexidade pelo exercício da liberdade, o que somente pode ser propiciado pela escolha, pela volição manifestada em verdadeira operação autopoietica.

A partir dessas premissas genéricas, vê-se a importância que a coerência e, por consequência, o sentido assumem na base de autorreprodução do sistema e, para além deste, dos próprios acoplamentos estruturais em suas especificidades estruturais e funcionais. O sentido é a própria manifestação da autopoiese (LUHMANN, 2009, p. 238). Nessa ordem de ideias, o sentido se

¹⁵⁷ Nesse ponto, para fins de maior refinamento da abordagem da coerência e do sentido no âmbito da autorreprodução e da autopoiese do sistema do Direito – momento ao qual a legística aponta como aparato epistemológico essencial para a garantia da efetivação do sentido no tempo – importante se torna verificar a conclusão de Luhmann sobre a autorreferência no nível aqui colocado. Para o sociólogo, “autorreferência é o correlato da pressão da complexidade do mundo. Em parte alguma a complexidade do mundo tem como ser adequadamente copiada, elaborada, controlada, porque isso elevaria de imediato e de maneira correspondente essa complexidade. Ao invés disso, forma-se a autorreferência que, então, pode ser novamente especificada para a lida com a complexidade. Nunca se chega, assim, em sistemas a uma repetição, a uma imagem especular da complexidade mundana. Também não há nenhuma cópia do “ambiente” em sistemas. O Ambiente é o *fundamento* do sistema, e o fundamento é sempre *sem forma*. Só é possível o erigir no sistema de diferenças (p. ex.: ligado/desligado em termostatos, verdadeiro/falso na lógica) que reagem a diferenças no ambiente e, por meio daí, geram informação para o sistema. A fim de poder aplicar esse procedimento e convertê-lo em informações, o sistema precisa poder restringir a sua autorreferência aberta para estados mundanos quaisquer, ele precisa poder destautologizá-la” (LUHMANN, 2016a, p. 503-504).

mostra como uma ordenação existente, condicionada pela estrutura do sistema, a significar que a comunicação anterior vincula a comunicação posterior. Não há como manter uma atitude comunicativa coerente, com evidente agregação semântica, sem que haja essa prévia vinculação daquilo que se põe *ex ante*. É o sentido que permite ao sistema o seu planejamento¹⁵⁸ operacional, com suporte no aspecto semântico¹⁵⁹ da comunicação. No caso do sistema do Direito inserido nos sistemas sociais de base comunicativa, Luhmann disserta a dizer que

O uso repetido de sentido comunicativo satisfaz a uma dupla exigência, uma vez que seus resultados em última instância residem num sentido fixado por meio da linguagem e em comunicação socialmente diferenciada. Por um lado, esses usos repetidos têm de condensar a compreensão de uso definida e, assim, garantir que ela se mantenha mesmo em um contexto reconhecível como sendo o mesmo. Desse modo, surgem as invariâncias reidentificáveis. Por outro lado, tais usos precisam confirmar o sentido reutilizado, aplicando de maneira apropriada também em outro contexto. Assim surgem os excedentes de referências, que tornam indefinível toda fixação de sentido concreta, e todo uso futuro dessas referências sofre a pressão de ser selecionada para a devida aplicação. Assim descrevemos, em forma extremamente abstrata, a gênese de sentido. Somente quem compartilhar essa lógica do condensar e do confirmar poderá tomar parte na comunicação linguística e acoplar a consciência nas operações sociais (LUHMANN, 2016, p. 169).

Ao tomar a ideia de sentido, sobressai a questão de como a legística preza, em seu suporte teórico, pela garantia da coerência, ou seja, pela possibilidade de fechamento do sistema em sua operação e para a manutenção de sua abertura cognitiva sem sacrificar sua autorreferência. Conforme Kaitel, Wintgens aborda o princípio da coerência em quatro vertentes específicas.

Em primeiro lugar, Wintgens considera que coerente¹⁶⁰ é aquele sistema jurídico “que faz sentido como um todo – o todo do sistema normativo

¹⁵⁸ Nessa ponta, Luhmann explica que “para os teóricos do planejamento (técnicos), o problema também se apresenta como sendo de complexidade. O planejamento é concebido em relação à complexidade, pelo fato de que toda instância de planejamento se situa fora do objeto de planejamento, não dispondo, assim, da variedade requerida (*requisite variety*), para poder enfrentar todas as situações que possam vir a afetar o sistema. O planejamento é voltado, então, a reduzir complexidade. Assim, para conseguir conduzir o sistema, é preciso encontrar soluções elegantes para problemas difíceis, mediante simplificação, abstração, tecnificação e construção de modelos” (LUHMANN, 2009, p.241).

¹⁵⁹ Dessa maneira, as autodeterminações do sistema de comunicação é chamada por Luhmann de semântica. Para ele, “somente o depósito de uma semântica para uso repetido conduz às vinculações temporais em sentido próprio” (LUHMANN, 2016, p. 168). É por meio da semântica que se observa a sedimentação do sentido apto a possibilitar a autorreferência em seus mais variados níveis de aparição no bojo dos sistemas.

¹⁶⁰ Kaitel ainda aponta para uma importante diferenciação feita por Wintgens no que se refere aos termos coerência e consistência. Para ele, esta última é “um tipo especial da primeira.

(WINTGENS, 2012, p. 235-257; WINTGENS, OLIVER-LALANA, 2013, p. 49). É uma questão relacional que determina, para Wintgens, diferentes níveis de coerência” (KAITEL, 2016, p. 40). Assim, aborda-se, o primeiro nível de coerência denominado coerência sincrônica, que traz como condição de aperfeiçoamento em um sistema a simples ocorrência de que as normas “não sejam contraditórias em si mesmas”. A partir disso, a coerência sincrônica está preocupada, numa perspectiva semiótica, com as manifestações sintáticas e semânticas das respectivas proposições normativas, bem como com sua inteligibilidade (*Ibidem*, p. 41).

A coerência sincrônica, no estudo, se dá pela verificação de que as antinomias e conflitos existentes e já confrontados pelo Supremo Tribunal Federal no que se refere ao choque entre normas de Direito interno e tratados internacionais não é satisfatoriamente dirimida pelo sistema jurídico brasileiro. Dessa maneira, verifica-se que este não traz em si coerência sincrônica no nível de estabelecimento de balizas concretas, específicas e de natureza constitucional para solucionar as antinomias aparentes que essa manifestação normativa do sistema traduz hodiernamente.

O segundo nível de coerência apontado por Wintgens, segundo Kaitel, é a coerência diacrônica. Nesse nível, averigua-se que as normas não devem possuir contradições em si mesmas e que a atividade hermenêutica, em seu momento de aplicação simultânea de normas presentes no sistema, não terá como resultante a existência de contradições. Explica a autora que nesse nível incoerência, pode-se resolvê-la lançando mão dos mecanismos clássicos de resolução de antinomias aparentes, quais sejam especialidade, hierarquia e tempo, bem como a interpretação conforme a Constituição (KAITEL, 2016, p. 41).

O terceiro nível de coerência é a coerência sistêmica é teorizado nos seguintes termos:

Para que um sistema tenha coerência sistêmica, é suficiente que as normas não sejam contraditórias em si mesmas, que a aplicação simultânea das normas não tenha como consequência contradições e que as normas não anulem o efeito umas das outras, ou seja, quando

A consistência representa o aspecto lógico em que um conjunto de proposições está livre de contradições. Assim, um sistema consistente está livre de contradições. Já a coerência trata do aspecto sob o qual um conjunto de proposições faz sentido. A coerência demanda consistência quando tratamos de um nível mais avançado de coerência. A última é uma condição da primeira. Normas contraditórias dificilmente são coerentes” (KAITEL, 2016, p. 40).

se age em conformidade com as normas o efeito geral, tomado em conjunto, não pode ser anulado. Dessa forma, sua co-existência seria impossível (*Ibdem*).

No nível de coerência sistêmica, aplicada à teoria dos sistemas, vê-se que a operação comunicativa não pode se dar no sentido de resultar na inaudibilidade do Direito, ou seja, de formar verdadeira zona onde a comunicação normativa não se faz presente, não se faz ouvir, em razão de deficiências gerais do sistema. A legística aponta, então, para o saneamento do sistema, seja no nível de suas estruturas, seja no nível de seus vazios que emanam um silêncio gritante.

Por fim, o quarto nível de coerência é denominado de coerência intrínseca. Expõe Kaitel que

Para que um sistema tenha coerência intrínseca, é suficiente que as normas não sejam contraditórias em si mesmas, que a aplicação simultânea das normas não tenha como consequência contradições, que as normas não anulem o efeito umas das outras e que as soluções encontradas sejam uma reconstrução racional baseada em uma teoria – neste caso, a liberdade como *principium* (*Ibdem*).

A reconstrução racional do sistema somente pode se dar no nível da observação de primeiro grau que realiza a operação básica do sistema normativo no sentido de operar uma diferenciação e selecionar. A seleção imprecisa, inadequada e equivocada por parte do observador, causa, no mais das vezes, inúmeros problemas cíclicos e que geram alta carga de instabilidade no sistema – a efetivar a verificação de mecanismos atratores que migram para o colapso paulatino do sistema. Essa seleção imprecisa, no caso dos tratados internacionais comuns, foi realizada pelo Poder Judiciário, Supremo Tribunal Federal, que, no uso de uma argumentação integrativa do sistema, acabou por optar por uma preferência que, além de aumentar ainda mais a complexidade, potencializou a incoerência e a instabilidade da comunicação normativa no que se refere à produção de sentido. Apesar de atuar no centro do sistema do Direito, o Poder Judiciário assumiu o papel de inovar o sistema em razão de a sua periferia não se mover no sentido de realizar o ideal amoldamento das estruturas basais em operação autorreferencial. É a partir dessa ideia, de que paira sobre o sistema normativo brasileiro verdadeiro caso de incoerência intrínseca, que o presente trabalho se dispõe, lançando mão da legística como teoria apta a informar uma epistemologia sobre a dinâmica das bordas do sistema do Direito,

e seus respectivos acoplamentos, a pronunciar profundas mudanças legislativas que devem ser realizadas em nível constitucional e infraconstitucional para que a coerência intrínseca seja garantida e elevada à condição de fundamentalidade do sistema, com base na confiança.

4.3.4 A legística formal como condição para a efetivação da comunicação normativa e da formação de acoplamentos estruturais

Se se pode identificar na legística formal o tratamento de um aspecto do direito de modo singular, certamente esse aspecto é a comunicação. A qualidade da mensagem emitida por um dado emissor para os pontos receptores do sistema depende, inexoravelmente, da avaliação de pertinência comunicativa que é possibilitada pela aderência da informação advinda dos *inputs* para sistema e sua permanente conversão em operação básica que se adapta à estrutura autopoietica. Trocando em miúdos: a atividade legiferante trabalha, essencialmente, com a abstrativização do mundo por meio da normatividade, processo este marcado por uma alta carga de arbitrariedade (volição que pode se tornar incontrolada, a depender da conformação política no tempo espaço, cujo código binário se assenta na lógica poder/não poder), para então um dos valores elegidos tornar-se parâmetro de conduta, comunicação normativa.

Esse movimento de formação da operação comunicativa própria ao direito é embebido por forte conteúdo linguístico, cuja análise estruturalista de Saussure serve como primeiro exemplo para que se possa enxergar aquilo que se veio a designar como semiótica pragmática¹⁶¹. Sobre a natureza dos signos linguísticos, especifica o linguista que estes, especialmente, estão de alguma forma juntados em nosso cérebro, “por um vínculo de associação” (SAUSSURE, 2012, p. 106). Dessa forma, o signo linguístico não seria responsável por unir um dado existente no mundo e uma palavra, de *per si*, mas em verdade consiste

¹⁶¹ A corrente de análise das normas jurídicas por meio da semiótica influenciou vários filósofos do direito no estudo da estrutura do sistema jurídico a partir de uma perspectiva ontológica. Um dos mais reputados nessa área certamente é Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que a partir de critérios do estudo dos signos aplicado ao direito colocou a necessidade de se classificar as normas jurídicas em três grandes eixos de interrelação: sintático, semântico e pragmático. O critério sintático avalia a relação dos signos entre si. O critério semântico, por sua vez, avalia a relação dos signos com seu objeto. Por fim, o critério pragmático avalia a relação dos signos com seus destinatários (FERRAZ JR., 2001, p. 96). Nesse espectro de análise, o critério pragmático leva em consideração “os efeitos sobre os sujeitos, sua função junto aos sujeitos normativos. Assim, distinguimos as normas pela força de incidência, pela finalidade e pelo funtor” (*Ibidem*, p. 101).

na união de um conceito e uma imagem acústica¹⁶². A imagem acústica, por sua vez, não pode ser vista como um som material, ou elemento puramente físico do fenômeno linguístico-comunicativo, mas em verdade é uma “impressão (*empreinte*) psíquica desse som, a representação que dele nos dá o testemunho de nossos sentidos” (*Ibdem*). Nesse aspecto, a imagem transposta pelos signos linguísticos é sensorial, e somente pode ser levada em consideração por uma abordagem “material” se tivermos conscientes de que ela se opõe “ao outro termo da associação, o conceito, geralmente mais abstrato” (*Ibdem*). Sob o viés teórico, Saussure chega a uma tríade conceitual que marcou todo o estruturalismo linguístico e que, de alguma maneira, serviu de modelo para críticas e aprimoramentos de todos aqueles que o seguiram e se propuseram a se debruçar sobre o fenômeno linguístico. Ao final de suas teorizações, conclui o linguista que

Propomo-nos a conservar o termo signo para designar o total, e substituir o conceito e imagem acústica respectivamente por significado e significante; esses dois termos têm a vantagem de assinalar a oposição, que os separa, quer entre si, quer do total de que fazem parte. Quanto a signo, se nos contentamos com ele, é porque não sabemos por que substituí-lo, visto não nos sugerir a língua usual nenhum outro (*Ibdem*, p. 107).

Dentro dessa noção básica de linguística geral, podemos nos envolver em importantes consequências desses primeiros passos no estudo da estrutura dos mecanismos linguísticos e a sua relação com o direito, especialmente os instrumentos normativos de base eminentemente linguística como é o caso dos tratados internacionais comuns. O esquema de interpretação do direito é visualizado por meio de um recurso linguístico denominado proposição, que possibilita a averiguação de pertinência, ou validade, de uma norma a dado ordenamento, seja por meio de seu conteúdo, seja por meio de sua forma. Em todo caso, o fenômeno jurídico somente pode existir em razão de lançar mão dos signos linguísticos como meio para seu extravasamento diante do ambiente.

¹⁶² Os organizadores do compêndio “Curso de Linguística Geral” elaboraram uma interessante nota de rodapé sobre o conceito. Segundo eles, “o termo de imagem acústica parecerá, talvez, muito estreito, pois, ao lado da representação dos sons de uma palavra, existe também a de sua articulação, a imagem muscular do ato fonatório. Para F. de Saussure, porém, a língua é essencialmente um depósito, uma coisa recebida de fora. A imagem acústica é, por excelência, a representação natural da palavra enquanto fato de língua virtual, fora de toda realização pela fala. O aspecto motor pode, então, ficar subentendido, ou, em todo o caso, não ocupar mais que um lugar subordinado em relação à imagem acústica” (SAUSSURE, 2012, p. 106).

Esse modelo interpretativo funciona como instrumento intelectual para avaliar o objeto essencial ao direito, norma jurídica, a partir de sua estrutura, a esmiuçar, sob um ponto de partida pragmático, sua manifestação por meio dos funtores proibitivo, permissivo e deôntico.

Nesse contexto de aplicação da semiologia, sobressai o fato de que os signos linguísticos são intrinsecamente arbitrários¹⁶³, ou seja, os significantes não possuem lógica imanente, ligada àquilo que referencia de forma que em qualquer outra medida o conceito contingencialmente cristalizado no signo, a relação entre significante e significado, se esvairia. Mas o que tem a legística formal, inserida num contexto de teoria dos sistemas, a ver com a discussão acerca da formação dos signos linguísticos?

Em primeiro lugar, reconhece-se que todo o Direito está envolto pela linguagem, logo, pelos signos linguísticos. Nesse aspecto, a legística formal aponta para a ideia de que a conceituação deve ser precisa, inteligível, para que entre a codificação e a decodificação no espectro esquemático de comunicação normativa não haja um hiato com grande perda informacional e, por conseguinte, de sentido. O que a legística formal busca estudar é justamente a interação dinâmica entre os mecanismos emissores e os mecanismos receptores de um dado processo comunicativo, - cuja natureza, no caso, é deontológica – e, a partir disso, de qual forma a produção normativa pode enfrentar o problema da complexidade do meio, sem que o próprio sistema do direito rompa com seu processo autopoietico.

Em segundo lugar, o processo de abstração realizado pelo direito aponta para um duplo perigo: excesso de formalismo e erudição e, concomitantemente,

¹⁶³ Para fins de esclarecimento teórico, há que se entender que “a palavra arbitrário requer também uma observação. Não deve dar a ideia de que o significado dependa da livre escolha do que fala (ver-se-á, mais adiante, que não está ao alcance do indivíduo trocar coisa alguma num signo, uma vez esteja ele estabelecido num grupo linguístico); queremos dizer que o significante é imotivado, isto é, arbitrário em relação ao significado, com o qual não tem nenhum laço natural na realidade” (*Ibidem*, p. 109). Castelar de Carvalho corrobora a argumentação do mestre de Genebra, na medida em que aponta ser “muito importante lembrar que, para Saussure, a arbitrariedade do signo, e nisso insistimos, repousa no fato de que o falante não pode mudar aquilo que o seu grupo linguístico já consagrou. Nenhum de nós poderia jamais chamar mesa de livro e vice-versa “Ele sentou-se ao livro para jantar”; “Ele está lendo uma mesa”) sem correr o risco de passarmos por insano. Nesse particular, aliás, a coerência da argumentação saussuriana torna-se mesmo incomum (CLG, 97/88): Uma língua constitui um sistema. Se [...] esse é o lado pelo qual a língua não é completamente arbitrária e onde impera uma razão relativa, é também o ponto onde avulta a incompetência da massa para transformá-la. [...] Dizemos ‘homem’ e ‘cachorro’, porque antes de nós se disse ‘homem’ e ‘cachorro’. E concluindo (p. 88): Justamente porque o signo é arbitrário, não conhece outra lei senão a da tradição, e é por basear-se na tradição que pode ser arbitrário” (CASTELAR DE CARVALHO, 2013, p. 36).

perca do rigor e parcialidade da informação. Nesse aspecto, coloca-se que os conceitos jurídicos que servem como instrumento para a transmissão de informação e, por conseguinte, possibilitam a comunicação, devendo ser produzidos com o máximo de rigor, com o objetivo de trazerem em seu centro o reflexo da estrutura do sistema jurídico e, ao mesmo tempo, alcancem a função estabilizadora do direito, por meio de segurança jurídica e implementação das zonas de confiança. Esse rigor deve prezar, em dois modos, pela inteligibilidade da mensagem e pela coerência sistêmica sob um viés reflexivo em relação à estrutura e em relação ao discurso de valores arbitrariamente positivados no ordenamento.

Em terceiro lugar, assim como os signos linguísticos, as normas jurídicas – compostas por esses signos – são mecanismos comunicativos de natureza contingencial e arbitrária. Assim, estão inseridas em um dado tempo e espaço, e seus conceitos elementares sofrem modificações, corrosões, sedimentações, ablações, etc. Isso nos traz a necessidade de enfrentar o modo como o emissor irá gestar o código comunicativo, uma vez que este deve estar consoante com as boas técnicas redacionais, com o sistema do direito (especialmente focado em autorreferência, auto-observação e autopoeise) e com o contexto de produção (tanto do emissor, como dos órgãos ou sujeitos receptores da mensagem). O direcionamento analítico da estrutura sintática, semântica e pragmática da norma em sua visão semiológica é essencial para que se possa chegar à uma boa legislação e à verossímil efetivação de consensos em torno de acoplamentos estruturais estabelecidos entre política e direito, política e economia, que reverberam de maneira definitiva e, muitas das vezes, avassaladora sobre a constituição de tratados internacionais comuns.

O código do direito, como apontado, é marcado pelo binômio lícito/ilícito, parte do pressuposto da diferenciação estabelecida pelos mecanismos autopoiéticos e operacionais em relação ao meio por um viés comunicativo. Isso quer dizer que os *inputs* recebidos pelo sistema, e assimilados pelos conversores, somente podem ser reproduzidos se se adequem, de alguma forma, à operação própria ao sistema do direito. Como já apontado, o princípio da diferença entre o sistema e o meio aponta para a ideia de que toda operação dentro do sistema necessariamente se conecta a operações de seu próprio tipo e deixa do outro lado da forma, ou seja, de fora, as demais operações.

Numa abordagem relativa à Legística Formal e a sua capacidade de absorver parcialmente o meio pelo viés de análise da qualidade da mensagem a ser decodificada pelo receptor, o primordial é orientar-se pela correlação existente entre a informação, o ato de comunicar e o ato de compreender, o que permite sanear o hiato genericamente constatável entre o que o Direito preceitua e sua forma de aplicação (ou, em muitas das vezes, a sua inobservância – desconfiança). É nessa articulação que reside, de forma inexorável, a prospecção cognitiva possibilitada pela confiança como fato constituinte da estrutura dos sistemas sociais. Sobre o fenômeno comunicativo, observa-se a distinção:

Na comunicação deve-se falar sobre algo; um tema deve ser abordado. Porém, aquele que fala pode se converter, ele mesmo, em tema: dizer que, na realidade, queria dizer outra coisa, quando disse aquilo; ou exteriorizar um estado de ânimo... Como se vê, a comunicação tem a especificidade de poder articular-se, indistintamente, ao ato de comunicar, ou à informação. Daí que na própria operação da comunicação esteja incorporada a autorreferência (referência à informação), bem como a heterorreferência (referência ao ato de comunicar)¹⁶⁴. (LUHMANN, 2009, p. 93).

A necessidade de aprofundamento e reflexão no campo da legística formal pode ser observada, por exemplo, nos mecanismos de *retroação*. A retroação, no caminho de Bertalanffy, é o segundo conceito central da teoria da informação e do controle sistêmico. Segundo o autor:

O sistema compreende primeiramente um receptor ou “órgão sensorial”, quer seja uma célula fotoelétrica, uma tela de radar, um termômetro ou um órgão dos sentidos no significado biológico. A mensagem pode ser, nos dispositivos tecnológicos, uma corrente fraca ou num organismo vivo pode ser representada pela condução nervosa, etc. Em seguida há um centro que recombina as mensagens recebidas e as transmite a um efector, que consiste em uma máquina como um motor elétrico, uma bonina de aquecimento ou um solenoide, ou ainda um músculo, que responde à mensagem recebida de tal maneira que há saída de alta energia. Finalmente, o funcionamento do efector é enviado de volta ao receptor e controlado por ele, o que torna o

¹⁶⁴ A comunicação, com efeito, a partir dos preceitos da auto-observação e autorregulação, parte a formar um sistema próprio. Nesse espectro de análise, Luhmann considera que “o sistema (a comunicação) pode se distinguir em relação ao seu meio: a operação realizada pelo sistema (operação de comunicação) efetua uma diferença, na medida em que uma operação se articula e se prende à outra de seu mesmo tipo, e vai excluindo todo o resto. Fora do sistema, no meio, acontecem outras coisas, simultaneamente; e elas sucedem em um mundo que só tem significado para o sistema no momento em que ele possa conectar esses acontecimentos à comunicação. Por ter que se decidir se articula uma comunicação à outra, o sistema deve necessariamente dispor de capacidade de observar e perceber aquilo que se ajusta, ou não, a ele. Portanto, um sistema que pode controlar suas possibilidades de conexão deve dispor de auto-observação; ou, em outras palavras, a comunicação tem a capacidade de se observar, principalmente quando já existe uma linguagem para a comunicação e um repertório de signos padronizados” (2009, p. 92-93).

sistema autorregulador, isto é, garante a estabilização ou a direção da ação (BERTALANFFY, 2015, p. 69).

O esquema de retroação simples pode ser representado pela seguinte figura:



165

A partir do esquema de retroação, pode-se identificar importantes mecanismos sistêmicos para o controle da autopoeise e da autorreprodução do sistema. Isso porque o sistema do Direito lança mão, indissolivelmente, da comunicação como operação básica¹⁶⁶. Esta, por sua vez, é dotada de auto-

¹⁶⁵ BERTALANFFY, 2015, p. 69.

¹⁶⁶ A comunicação como operação própria aos sistemas sociais não se dá somente como forma de apresentação de uma informação colocada por um emissor e processada pelo receptor. O refinamento teórico, de grande complexidade, do processo comunicacional, nos foi dado pela primeira vez por Niklas Luhmann em sua famosa obra “Sistemas sociais”. O autor defende que “a comunicação é uma realidade emergente, um estado de coisas sui generis. Obtém-se a comunicação mediante uma síntese de três diferentes seleções: a) a seleção da *informação*; b) a seleção do *ato de comunicar*; e c) a seleção realizada no *ato de entender* (ou *não entender*) a *informação* e o *ato de comunicar*. Nenhum desses componentes, isoladamente, pode constituir a comunicação, esta só se realiza quando essas três sínteses se efetuam. Portanto, a comunicação acontece exclusivamente no momento em que se compreende a diferença entre informação e ato de comunicar. Isso distingue a comunicação da percepção em si que temos do outro, ou dos outros” (2009, p. 297). Continua, concluindo que “os três componentes sintéticos que produzem a comunicação – *informação*, *ato de comunicar* e *ato de entender* – não devem ser interpretados enquanto atos, ou funções, ou horizontes de aspirações de validade (embora tudo isso possa ser utilizado na comunicação). Não existem elementos concretos de comunicação que tenham uma existência independente, e só demandem que alguém os reúna. Em vez disso, a comunicação deverá ser entendida como uma questão de distintas seleções, cuja seletividade se constitui pela própria comunicação. Fora do marco de referência da comunicação não existe *informação*, nem *ato de comunicar*, e tampouco *ato de entender*” (*Ibidem*, p. 300). Luhmann, afasta, dessa maneira, a explicação parcial dada pelas teorias ontológicas, transcendentais, da ação e da semiologia para o fenômeno comunicacional. Em sistemas sociais o autor coloca que “não temos de decidir aqui entre teorias filosóficas, entre Teoria Transcendental e semiologia. As sensibilidades conceituais por elas produzidas têm somente de ser examinadas, antes de serem aceitas nas ciências empíricas, as quais podem sim aprender dos esforços teóricos da filosofia. Importante para a construção teórica sociológica é sobretudo que ambas as posições são inicialmente deixadas para trás. Por isso, não retornamos à posição básica da Teoria do Sujeito (Teoria da Ação), nem da Teoria dos Signos (linguística, estruturalista), mas temos, sim, de verificar, conforme o caso dado, quais dos

observação, o que possibilita ao sistema utilizar-se de mecanismos de *inputs* e *outputs*, bem como estabelecer um parâmetro para a expansão ou retração das atividades de *feedback*¹⁶⁷. Nesse sentido, pode-se lançar mão do esquema de retroação acima exposto a partir de três formas básicas de conformação dos sistemas sociais em uma lógica estatal.

Primeiramente, vê-se que a figura do receptor é precipuamente desempenhada pelo Poder Legislativo, que se localiza na periferia do sistema (razão pela qual a legística se torna aparato epistemológico comunicacional apto a aperfeiçoar as zonas de troca do sistema, inclusive no âmbito dos acoplamentos estruturais). É nessa região que se localiza o ponto nevrálgico da legística formal, onde são gestados os códigos e signos linguísticos que permitem a estruturação comunicativa de matriz normativa e, a partir disso, estabelecem os parâmetros de condutas dos agentes, da confiança. O receptor (Poder Legislativo – de matriz híbrida político-normativa, com preponderância da comunicação política) é fonte natural de recepção de estímulos advindos do meio (economia, direito, política, sociedade organizada, meio-ambiente, relações internacionais, etc.) e processa esses *inputs* por meio da decodificação permitida

conhecimentos adquiridos nessas perspectivas teóricas se mostram como aceitáveis” (2016a, p. 170). Nesse contexto, ao referir-se aos processos comunicativos e de formação da informação ordenada no estruturalismo semiótico, não se quer tornar tão abstrato o raciocínio. Mas leva-se em consideração, como pano de fundo, a existência dessa correlação entre os três fatores comunicacionais e, a par disso, que toda estrutura comunicativa está baseada na diferença e na seleção.

¹⁶⁷ Em uma perspectiva mais aprofundada, pode-se identificar o modelo de retroação como uma explicitação de grande importância para a análise de sistemas finalísticos, e não meramente causais. Como já explicitado no tópico 2.4 do presente trabalho, a diferença entre esquemas de interpretação causais e finalísticos é fatal para o desenvolvimento das ciências modernas. O mecanismo de retroação ajuda a complementar o conceito de equifinalidade visto nos sistemas abertos, uma vez que também se preocupa com a permanente tendência dos sistemas em alcançar um estado estável (em que pese, pela sua própria dinamicidade, essa estabilidade ser sempre provisória e imbricada com inúmeros fatores que geram instabilidade, ou seja, os sistemas abertos lidam, em sua própria forma de ser, com a estabilidade na instabilidade). Como bem aponta Bertalanffy, na expressão do modelo de retroação “a conservação homeostática de um estado característico ou a procura de uma meta baseada em cadeias causais circulares e mecanismos que enviam retroativamente a informação sobre os desvios do estado a ser mantido ou da meta a ser atingida” (BERTALANFFY, 2015, p. 73). No caso da autoprodução do direito, tem-se que o mecanismo de retroação pode ser enxergado nas respostas dadas pelos órgãos estatais aos problemas jurídicos que lhe são postos. A exemplo, pode-se visualizar a mensagem emitida pelos órgãos legislativos, que de alguma forma são absorvidas pelos mecanismos receptores do direito (especialmente no âmbito de efetividade das normas). Caso não haja uma ideal correspondência entre essa mensagem inicial e o sistema, ou seja, uma dissonância entre a legislação e a constituição, por exemplo, o sistema do direito acaba por criar mecanismos de retroação, para que dentro de si haja uma nova reformulação dos códigos comunicativos produzidos no âmbito do legislativo, como é o caso do controle de legalidade e de constitucionalidade realizado pelos Tribunais. Esse controle nada mais é que o mecanismo de retroação do sistema, onde se avalia, em uma perspectiva finalística, se os preceitos normativos produzidos no âmbito dos órgãos de poder possuem condições formais e materiais de existência no mundo normativo, ou seja, possui os pré-requisitos de validade.

pelos conversores, o que resulta, após um longo e complexo processo, a emissão de mensagem ao aparelho de controle do sistema do direito. Em menor medida, mas também com grande relevo para a composição da auto-observação e consecutiva autorregulação do sistema, desempenha o papel de receptor também o Poder Executivo (uma vez que participa ativamente na formação de leis, emendas constitucionais e, especialmente no caso do presente trabalho, dos tratados internacionais comuns).

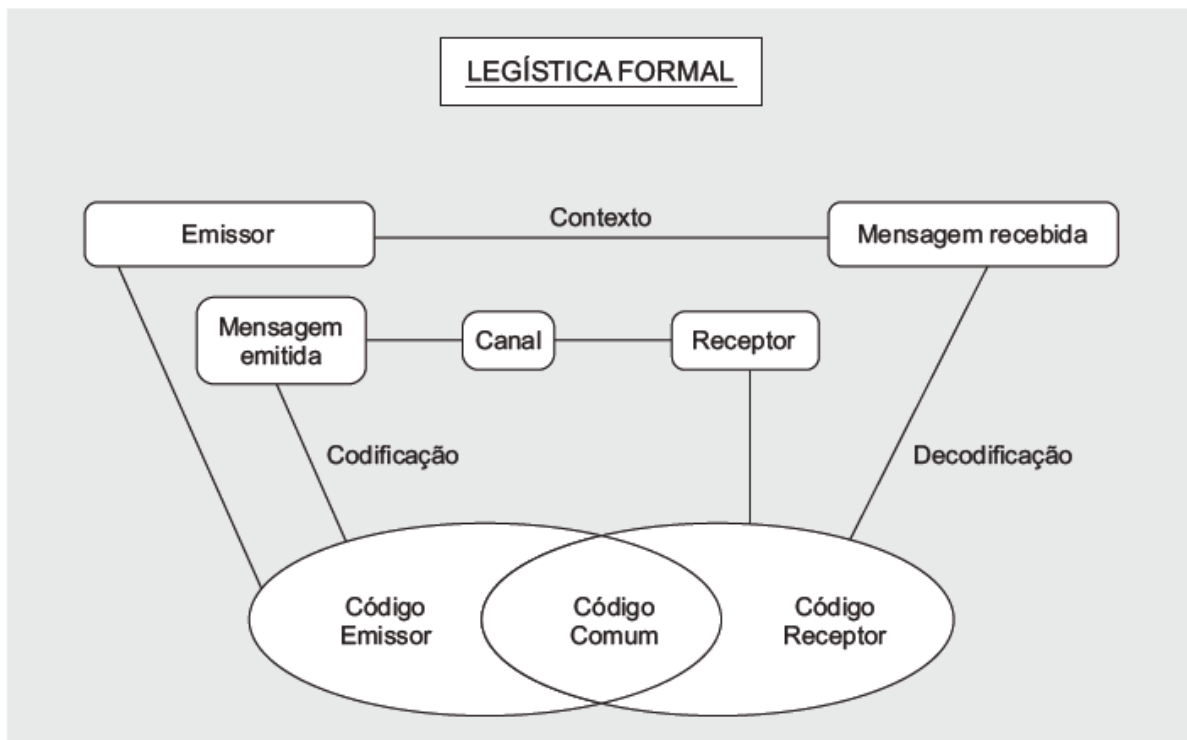
O aparelho de controle do sistema do direito, na forma como temos hoje, não é mais que o Poder Judiciário. Situado no centro do sistema, é responsável por realizar o controle de constitucionalidade e de legalidade dos atos expendidos pelo Poder Legislativo, pelo Poder Executivo e, até mesmo, pelo próprio Poder Judiciário. Esse controle, como se verá mais detidamente, somente pode ser enfrentado a partir da capacidade de auto-observação que o sistema do direito traz intrinsecamente, permitindo a diferenciação com o meio. O código do direito, lícito/ilícito, amolda a estruturação dos signos linguísticos em caráter pragmático, estabelecendo por meio dos funtores proibitivo, permissivo e deôntico, a comunicação assentada em uma estrutura globalmente imperativa, e cuja forma comunicacional traz em si o valor da contrafactividade, ou seja, a decepção. Por vezes, os sistemas jurídicos trazem mecanismos de controle e auto-observação também nos Poderes Legislativo e Executivo, o que normalmente se conhece como controle interno.

Por fim, admite-se que o principal representante de uma analogia com o efector no âmbito do esquema de retroação é o Poder Executivo. Figurando na ponta do sistema, essa função estatal está imersa no princípio da legalidade – pronunciado também pelo princípio da reserva legal –, de maneira que sob a lógica de direito público, é permitido ao Estado fazer aquilo que a Lei comanda, havendo espaço praticamente nulo para a efetivação de normas dispositivas nessa seara. A partir disso, o Poder Executivo é verdadeiro efetivador da operação do sistema, partindo da visão de que o código comunicativo se concretiza por meio de sua atuação. Segue as ordens e a fiscalização realizados pelo aparelho de controle do Estado e, também, se vincula ao código formado no âmbito do aparelho receptor (sendo que toda vez que coopera na formação de normas jurídicas, ou seja, de mais comunicação jurídica, acaba por se vincular ao comando, tendo que executá-lo, extravasá-lo para o meio).

Essa superficial constatação se dá no sentido de demonstrar que os dispositivos de retroação, desenvolvidos no âmbito da física, da cibernética e transpostos para o campo da biologia, também podem ser lançados analogicamente no estudo do sistema do Direito¹⁶⁸. Contudo, há que se fazer alguns ajustes conceituais. Em sua aplicação à biologia, os mecanismos de retroação eram utilizados para explicar o fenômeno da homeostase, ou seja, os processos de manutenção do equilíbrio de um organismo vivo, “cujo protótipo é a termorregulação nos animais de sangue quente” (BERTALANFFY, 2012, p. 70). O mecanismo de retroação, ao ser contraposto e sintetizado com o esquema de representação da legística formal, aponta para a variável da contingencialidade, uma vez que as operações comunicativas estão inseridas em um contexto, podendo sofrer, no tempo, modificações de grande relevo. Nesse raciocínio, o mecanismo de retroação explica de maneira satisfatória a inerente necessidade de o sistema do Direito sempre manter uma alta taxa de troca informacional com seu meio, ao levar em consideração que este é altamente instável, volátil e marcado, muitas vezes, pela arbitrariedade e pelo acaso. Aliás, como já dito, os sistemas abertos são notáveis por trazerem em seu conceito a inexistência de equilíbrio no sentido clássico, o que faz com que a instabilidade, a assimetria, seja algo inerente ao sistema – até o ponto em que não corrompa o próprio sistema.

Dessa maneira, torna-se necessário correlacionar os mecanismos de retroação com a construção teórica até o momento empreendida no que diz respeito à evolução da legística formal. Conforme abordagem realizada por Morand, pode-se assim representar a Legística Formal:

¹⁶⁸ Expõe Bertalanffy que “os dispositivos de retroação são amplamente usados na tecnologia moderna para estabilizar certas ações em termostatos ou em receptores de rádio, ou ainda para a direção de ações a uma meta, caso em que a aberração no alcance dessa meta retroage como informação até que a meta ou alvo seja atingido. Tal é o caso dos mísseis autoimpulsionados que procuram o alvo, nos sistemas de controle do fogo antiaéreo, nos sistemas de direção de navios e em outros chamados servomecanismos” (2012, p. 69).



Preocupa-se a teoria da legislação nesse quadro da imbricação estabelecida entre o código emissor e o código receptor, zona de permanente interrelação e cuja área pode sofrer expansão ou retração a depender da eficiência dos mecanismos de comunicação encetados pelo Direito – bem como da variação do *feedback* do sistema. Essa eficiência tem a ver com a qualidade comunicativa das operações do direito, marcadamente a inteligibilidade, a coerência e a precisão terminológica. A técnica legislativa e os procedimentos de controle proporcionados pela legística material acabam por oportunizar à legística formal a função de sedimentar a operação do sistema do Direito a partir de parâmetros encontrados na estrutura do próprio sistema, numa lógica de autorreferência, autopoiese e conseqüente autorreprodução.

Nesse aspecto, a efetivação da retroação no sistema do direito é essencial para a revisão da legislação e para a consolidação da avaliação *ex post* defendida no âmbito da legística material. Somente com a reavaliação da mensagem emitida pelo Direito, pelo próprio Direito e seus órgãos de aplicação, é que se pode chegar a uma legislação que tenha por base uma articulação densa, eficaz e plenamente apta a modificar as estruturas dos sistemas sociais do ponto de vista de um constante aperfeiçoamento – estrutural, funcional e institucional – bem como servir de base para a evolução dos outros componentes

desses mesmos sistemas sociais, notadamente as interações, as organizações e as sociedades.

No cenário de formação dos acoplamentos estruturais, a legística formal está apta a se converter em mecanismo de formação de consensos (contingenciais, conforme argumentação expendida) e de distensão de dissensos a partir da incorporação de uma cultura que tenha por alinhamento visualizar as duas faces da moeda de um sistema comunicativo, quais sejam a heterorreferência e a autorreferência. No sentido de alcançar uma plena efetividade do *feedback negativo* – ou seja, diminuir as distancias entre o sistema e o meio a partir da consideração de que a complexidade do meio é inerentemente maior e, em algumas vezes, irresistível ao próprio sistema – e, a par disso, reforçar a imperatividade do código jurídico mediante instrumentos legislativos de alta qualidade, a heterorreferência aponta para a observação de um sistema sobre os outros que conformam o meio. A autorreferência, por sua vez, é a forma com que o sistema se observa e concatena suas operações, uma vez que, como já apontado “um sistema que pode controlar suas possibilidades de conexão deve dispor de auto-observação” (LUHMANN, 2009, p. 93).

Deve-se levar em consideração que a legística formal se desenvolve a partir da fórmula de conversão das autoirritações sistêmicas representadas pelo contato incessante entre o sistema e seu ambiente. Nessa questão, o enfoque da comunicação a partir da estrutura da linguagem toma em conta o fato de que a linguagem nada mais é que o acoplamento estrutural entre a consciência (sistema autopoietico) e a comunicação (sistema autopoietico)¹⁶⁹. Essa mediação proporcionada pela linguagem se sobressai na teoria dos sistemas pela performatividade dos códigos e da verificação de que a norma jurídica encarna a produção comunicativa como expressão de sentido. Ao operar a autoirritação, que é constantemente mediada por mecanismos de *input/output* e retroação, o sistema do Direito, especialmente o acoplamento estrutural conformado pelos tratados internacionais comuns, acaba por ganhar

¹⁶⁹ No mesmo sentido aponta Marcelo Neves, ao dissertar que “na relação externa entre sociedade e consciência, Luhmann define a linguagem como acoplamento estrutural. Ela permitiria a instigação e influência recíproca entre comunicação e representações mentais, excluindo mútua e seletivamente alguns fluxos de sentido e admitindo a incorporação de outros em cada um dos sistemas acoplados. A linguagem torna possível que os conteúdos das comunicações, como unidades elementares formadas pela síntese de mensagem, informação e compreensão, sejam percebidos no interior da consciência, dando-se, porém, uma comutação interna de sentido. Luhmann vai eleger diversas formas de acoplamentos estruturais, que vinculam estavelmente processos sociais de sistemas autônomos” (2009, p. 35-36).

complexidade diminuindo complexidade em relação ao meio, o que aumenta a confiança, estabiliza as expectativas, diminui as contingências que se dão no tempo.

Assim, pode-se concluir que a legística formal pode vir a desempenhar importante papel na compreensão da dinâmica dos sistemas e, especialmente, no entendimento de como um acoplamento estrutural se forma e sua interpenetração não causa a alopoise de ambos os sistemas imbricados. A base comunicativa do sistema do Direito torna-se um campo de grande pujança para o influxo da epistemologia da legística na perspectiva formal, vez que o desenvolvimento de uma comunicação fluida, independente, autônoma, autopoietica, autêntica e sincera é a base de qualquer produção normativa que tenha por pressuposto a garantia da segurança jurídica e, ao fim, da confiança.

4.3.5 Comunicação sincera como princípio de efetivação da autopoeise no limite dos acoplamentos estruturais: a efetivação de pontes de transição comunicacional entre Direito Internacional e Política Internacional

Para que o Direito se manifeste conforme operação autorreferencial, que guarda coerência sistêmica de ponta a ponta de seu código, necessário se torna que o nível de comunicação se dê suportado por um princípio aqui denominado de comunicação sincera.

O ponto de partida é que o sistema do Direito constitui-se como parte de uma ordem maior, os sistemas sociais. Dentro dos sistemas sociais, como se pôde perceber no capítulo 2, puderam ser constatadas a interrelação recíproca e, ao mesmo tempo, autônoma, entre interações sociais, entre as organizações que permeiam a formação desses sistemas comunicacionais e a própria sociedade. O Direito somente pode ser considerado como tal se consubstanciado como Direito da sociedade. Esta é a base de sua origem como sistema autopoietico. A garantia de autonomização do Direito em sua diferenciação funcional-estrutural se deve ao fato de que os sistemas da política, da economia, da moral e das interações sociais lhe conferiram condições no tempo para o estabelecimento de seu próprio código, de sua própria operação e, assim, pudesse se constituir como sistema operacionalmente fechado e cognitivamente aberto. Como todo sistema social tem como operação básica a

comunicação, o Direito, como colocado no tópico anterior, se baseia em uma comunicação específica: a normativa.

Para que a comunicação normativa seja levada a cabo numa estruturação autopoiética, o sistema do Direito deve, a bem da verdade, contar com mecanismos que garantam que as finalidades e condicionalidades colocadas por seus programas e pelo seu código sejam realizados de maneira verossímil, em alguma medida adequada¹⁷⁰. Nesse ponto, a função do Direito como estabilização de expectativas, mesmo que contidas na contrafactividade, é concretizada no nível de sua programação normativa a partir de uma base comunicacional que esteja permeada não por um valor axiológico superior, mas por um critério que garanta a verificação de algum grau de confiança em um *continuum* de contingência: o estabelecimento de comunicação sincera na estrutura, refletida na corroboração constante do código.

A comunicação sincera pode ser descrita como aquela que se perfaz de modo claro, preciso, transparente, inteligível, cuja finalidade do emissor possa ser extraída sem muita dificuldade pelo intérprete, pelo destinatário. Aproxima-se, em certa medida da ideia axiológica do imperativo categórico kantiano, mas se afasta porquanto seja princípio epistemológico, ou seja, objetivamente verificável. Esse grau de verificabilidade é entendido a partir do momento em que a comunicação não se pode realizar em sua negação, ou seja, por meio da emissão de informação obnubilada, obscura, inverossímil e despregada da realidade circundante (facticidade sistêmica) e da própria estrutura do sistema do Direito. Comunicação sincera indica aquela baseada na boa-fé, na efetivação de que o que é transmitido pelo ato de comunicação e processado pelo ato de

¹⁷⁰ Sobre a adequação da estrutura comunicativa do Direito na base de uma teoria argumentativa, Luhmann estabelece ponto de partida com esteio na teoria de Klaus Günther. Para o sociológico, a adequação no contexto do código jurídico pode servir para desvelar “aqui uma oportunidade, não contemplada por mim, para os discursos de aplicação que só deixam passar o adequado. “O que quer dizer”, pergunta-se, “que os programas decidam acerca da atribuição da situação e do valor do código, se essa decisão já não puder ser programada e condicionada univocamente?” a resposta só pode ser a seguinte: essa decisão pode ser programada e condicionada, mas nem sempre de maneira inequívoca, e isso significa: alcançada por meios puramente lógicos. O fato de que programas tenham de ser sensíveis a mudanças e tenham de ser, eles próprios, mutáveis não impede que cumpram suas funções na interpretação favorecida em seu caso. Investigar essa interpretação e, em seu caso, a sua mudança é assunto da argumentação jurídica, e não da fixação do direito à ordem regulativa superior. “Adequado” não é, pelo mesmo motivo, nenhum critério de ordem superior, mas tão somente uma fórmula que pode resumir os resultados da argumentação jurídica para fazer que cumpram sua própria função e especifiquem suficientemente o que se considera adequado e por quê. Pois só assim se pode suportar, por sua vez, a função de programação e, caso necessário, suas várias determinações (LUHMANN, 2016, p. 256).

entendimento se concretiza em uma zona de confiança que se aproxima da verdade, que é verossímil. Apesar de a norma jurídica em sua estrutura comunicacional na lógica da teoria dos sistemas ser especialmente contrafática, há que se levar em consideração que se houver uma deturpação geral do código e da operação por meio de enviesamento e da falsidade da informação emitida, ao final o sistema se subverte rumo a um colapso que nada mais significa que a instauração da alopoiese, ou perda de autonomia e autorreferencialidade.

Nessa perspectiva, os atores sociais que modulam as operações do sistema devem lançar mão dessas operações de modo categórico, cristalino, sem distorcer a zona de sentido imanente da operação para o sistema. A mesma coisa se dá, por analogia, no que toca ao sistema biológico: as operações realizadas no ambiente celular devem se dar de forma a realizar os processos biológicos de manutenção da auto-organização e da autopoiese do sistema, sob pena de a célula se corromper a partir da transmutação da operação, como é o caso dos tumores celulares e, por lógica, do câncer. Para que haja o devido controle do rumo comunicacional, a operação jurídica, inserida na realidade social, somente pode lograr êxito se sua constituição semântica, sintática, pragmática e finalística se derem de maneira genuína, livre, na maior medida do possível, de orientações que deturpam a programação e, principalmente, o código¹⁷¹ do Direito.

A relação da comunicação sincera não inviabiliza a aceitação da variabilidade da codificação, ou seja, a variação do programa do sistema do Direito. Do ponto de vista genérico, o código é responsável por identificar a estrutura autopoética em sua operacionalidade fechada. Mas como diz Luhmann,

Para fins de programação, o caráter unívoco do código, que se encontra apenas em seu estado binário, tem de se abrir. Os valores do código devem ser interpretados como possibilidades; ou, em outros termos, como um meio que pode aceitar formas diversas. É evidente que isso não pode se dar de maneira arbitrária. Uma vez que o meio só se reproduz mediante suas formas, uma situação original histórica

¹⁷¹ Nesse ponto, vê-se que a interrelação entre código e programação se dá de maneira funcional. Segundo Luhmann, “o sistema só é invariante e sempre adaptado na forma estrutural de seu código. No nível de seus programas, no entanto, ele pode admitir a possibilidade de mudanças sem precisar temer uma perda de identidade. Isso inclui a decisão de inalterabilidade (por exemplo, das normas constitucionais). Assim como a dimensão verdadeiro/falso, também a dimensão alterável/não alterável é levada em conta unicamente para os programas do sistema. No nível da codificação, essas distinções perdem o sentido, pois aí se trata tão somente de pertencimento ou não pertencimento ao sistema” (LUHMANN, 2016, p. 257).

é sempre dada. Qualquer determinação formal é, portanto, uma alteração jurídica, e qualquer alteração dos programas tem de observar as dadas limitações, valendo-se da pertinência do sistema (constatada) historicamente especificada. Os programas devem ser apropriados – ainda que “apropriação” seja um termo aqui muito amplo – para dar instruções à atribuição dos valores legal/ilegal. Evidentemente no direito, mesmo no nível dos programas, trata-se sempre da função do direito, ou seja, de manter estáveis as expectativas normativas. No âmbito dessa exposição, já não estamos diante da hierarquia do direito eterno, direito natural e direito positivo (alterável); mas, de certa maneira, a teoria aqui esboçada se dá como uma oferta de substituição: a invariância e a condicionalidade são representadas pelo código; o caráter mutável e, nesse sentido, a positividade, pelos programas do sistema. Em qualquer um dos casos, trata-se de disposições internas ao sistema jurídico, que não obstante dependem do sistema social incluyente e de seu ambiente como condição de sua possibilidade. Quanto à adaptabilidade, pode-se afirmar que o sistema, em virtude da capacidade de adaptação que efetua por meio da variação dos programas, encontra-se sempre adaptado (LUHMANN, 2016, p. 257-258).

Nesse caminho, vê-se que a relação entre o código e a programação é intrínseco ao fenômeno jurídico. Na abordagem dos acoplamentos estruturais, essa distinção ganha ainda mais importância. A comunicação de ambos os sistemas acoplados estruturalmente deve se dar conforme um parâmetro de autenticidade que garanta que a informação verificada em nível de *output* de um sistema possa se converter de maneira estável em inputs do outro sistema e vice-versa. Se trata, assim, de manter uma qualidade comunicacional necessária para que a irritação no nível de interpenetração não seja tal que um sistema se sobreponha sobre o outro. A garantia desse nível de preservação da identidade operacional de ambos os sistemas somente pode se dar em ambiente que tenha a confiança como base para a efetivação daquilo que se considera como comunicação sincera.

A tomar esse raciocínio, pode-se chegar à conclusão de que os tratados internacionais comuns, ao funcionarem como verdadeiros acoplamentos estruturais entre política e direito, devem trazer em si a comunicação sincera por parte da política – responsável, no nível semântico, pelo amoldamento de seu conteúdo e das estratégias de produção da comunicação normativa – e, concomitante a isso, um grau de prospecção da comunicação normativa que permita alinhar o alcance do código da política (poder/não poder) de modo a mitigar a arbitrariedade. Essa função recíproca de guarda das condições de desenvolvimento desses sistemas é que possibilita a formação de acoplamentos estáveis. Se a política se sobrepõe ao código normativo no âmbito do

acoplamento, este se desfaz e, junto consigo, a própria expectativa normativa¹⁷², por haver corrupção do sistema. Por mais que a expectativa normativa seja contrafática, há um limite, uma zona para a garantia da própria normatividade, que se encontra justamente na ideia de que a norma jurídica deve ser levada a sério pelos demais sistemas sociais¹⁷³.

Mas considerar os acoplamentos estruturais como uma realidade não basta para explicar seu funcionamento interno, no desenvolvimento de uma interpenetração entre sistemas que garanta não somente a autopoiese de cada um dos sistemas imbricados, como também a racionalidade própria à existência do próprio acoplamento. Como bem argumenta Marcelo Neves, com base em Luhmann,

Os acoplamentos estruturais constituem fundamentalmente mecanismos de interpenetrações concentradas e duradouras entre sistemas sociais. No âmbito da teoria luhmanniana, as interpenetrações possibilitam apenas que cada sistema ponha reciprocamente à disposição da autoconstrução do outro complexidade desordenada, ou seja, o sistema receptor tem à disposição “complexidade inapreensível, portanto, desordem”. Fica excluída a possibilidade de que, reciprocamente, a “complexidade preordenada” e a própria racionalidade processada por um dos sistemas sejam postas à disposição do outro, tornando-se acessíveis a este enquanto sistema receptor. É isso que permite a construção de uma racionalidade transversal entre esferas autônomas de comunicação da sociedade mundial (NEVES, 2009, p. 37-38)

¹⁷² Uma distinção interessante que ajuda a entender o conceito de comunicação sincera é a entre expectativa cognitiva e expectativa normativa encetada por Luhmann. Para o autor, no nível de expectativa cognitiva, caso haja uma decepção, geralmente a expectativa procura se adaptar à realidade. No caso da expectativa, ocorre o contrário. Esta não muda por haver um desapontamento (uma conduta antijurídica, um ilícito). Neste caso não se abandona uma expectativa normativa, apenas reforça-a, vez que a norma é tomada como uma expectativa em relação a um dado comportamento, e ela tem seu código estabilizado em termos contrafáticos, ou seja, ela traz em si a possibilidade de decepção, de desconfiança, e não torna seu código e sua programação variável em razão dessa não consonância em termos fáticos. Assim, “a expectativa é mantida, e a discrepância é atribuída ao ator. Dessa forma as expectativas cognitivas são caracterizadas por uma nem sempre consciente disposição de assimilação em termos de aprendizado, e as expectativas normativas, ao contrário, caracterizam-se pela determinação em não assimilar desapontamento” (LUHMANN, 1983, p. 56).

¹⁷³ Essa constância da contrafactividade também tem um limite no que diz respeito à distinção estabelecida por Luhmann entre dois tipos de normas contidas nos sistemas jurídicos. O primeiro são normas cuja estrutura possui um programa finalístico, o seja, suas operações servem para orientar as estruturas do sistema para um dado fim. Por outro lado, há os programas condicionais, baseados na estrutura do “se... então...”. Neste caso, “a vinculação da forma do programa condicional relaciona-se à função do direito e, portanto, com as estabilização das expectativas contrafactuais. As expectativas são postas na forma de normas então justamente para esse caso, ou seja, de que não se cumpram. Essa substituição da segurança (das expectativas) por insegurança (do cumprimento) requer compensações estruturais. Não se pode então fazer depender também do futuro se as expectativas, que desde agora devem ser determinadas, terão de se justificar. Quer-se saber se agora, ou melhor dizendo, quer-se determinar a segurança do momento da decisão, e isso só se pode garantir na forma de um programa condicional (LUHMANN, 2016, p. 264-265).

Nesse ponto da argumentação, pode-se observar que a formação de acoplamentos estruturais não se dá por mero acaso, mas porque há uma racionalidade intrínseca à sua razão de existir. Tem-se verdadeira efetivação de uma interpenetração que leva a cabo trocas recíprocas entre sistemas que se beneficiam do intercâmbio, a construir, sedimentar e fortalecer suas próprias estruturas, seus próprios códigos e programas, por conseguinte. Essa racionalidade é denominada por Marcelo Neves de racionalidade transversal, ou seja, uma racionalidade que aperfeiçoa as trocas comunicativas no nível dos sistemas sociais, mantendo uma constância. Para isso, toma emprestado o conceito de razão transversal do teórico que se debruça sobre a teorização da pós-modernidade, Wolfgang Welsch. Assim, argumenta Marcelo Neves:

Seguindo Lyotard, Welsch considera a sociedade multicêntrica sob o ponto de vista da heterogeneidade dos “jogos de linguagem”. Isso significa que não há um discurso supraordenado, imposto aos outros como regulador. A imposição de um dos campos de linguagem aos outros importaria a própria destruição da heterogeneidade das esferas discursivas e dos respectivos sistemas de comunicação. Mas ele não aceita a concepção pós-moderna da inexistência de um metadiscurso ou de uma metanarrativa que sirva de referência orientadora dos discursos particulares, especialmente nas relações entre si (NEVES, 2009, p. 38-39).

A questão relativa à consideração de que uma metanarrativa acabaria por abafar as idiosincrasias comunicacionais de sistemas interpenetrados é importante para revelar que a formação de um acoplamento estrutural se dá com base numa cooperação recíproca, ou simbiose, e não numa relação de amensalismo. Todavia, como aponta Welsch, é necessário verificar a existência de algo que amarre e justifique a constituição do acoplamento estrutural, sob pena de se encerrar em um vazio. Assim, aponta para existência de uma razão transversal, que operaria no sentido de estabelecer uma razão que realize transições entre sistemas, e não de um hiperintelecto que paire sobre o sistema e garanta sua fundamentalidade e validade. Essa razão transversal, então, serviria para a efetivação de pontes de transição entre sistemas heterogêneos, mas que necessitam se imbricar em modo de interpenetração recíproca¹⁷⁴ (NEVES, 2009, p. 39).

¹⁷⁴ Nesse sentido, Marcelo Neves complementa, com base em Welsch, que “diferentemente da ‘velha’ metanarrativa, que se imporia, mediante opressão, aos respectivos discursos particulares, o seu efeito sobre estes não seria ‘voluntária ou involuntariamente opressivo, senão

A partir disso, Welsch argumenta que essa espécie de metanarrativa seria despida, vazia de conteúdo, manifestando-se em uma dupla perspectiva: descritiva e normativa. A partir da visão descritiva, a razão transversal realiza uma constatação real: “há distintas formas de vida, sistemas de orientação, tipos de discursos etc. com diferenças basais” (*Ibidem*). De outro lado, a perspectiva normativa é expressa assim: “As diversas concepções não devem ser medidas, descreditadas ou coativamente unidas em nome de um supermodelo – que, na verdade, só poderia ser um modelo parcial (correspondente a uma narrativa particular)” (*Ibidem*). Esse desenvolvimento na perspectiva descritiva e normativa nada mais realiza do que alçar verdadeiro critério de justiça por intermédio da razão transversal¹⁷⁵. Cita-se Welsch diretamente:

Pois, nas condições hodiernas, deve-se precisamente contar com a possibilidade de que a atividade da razão não leva, por fim, a um consenso, mas sim à articulação de dissensos basais. Certamente, também nesse caso, a intenção para o entendimento ainda é orientadora – mas ela termina com o entendimento sobre a impossibilidade de um acordo último a respeito do conteúdo (Welsch *apud* NEVES, 2009, p. 40).

Nesse sentido, sobressai a função corretiva desse viés de justiça encampado pela razão transversal, vez que protege, em alguma medida, as formas particulares de racionalidade e também intervém na relação entre essas próprias formas particulares. Essa função é especificamente importante dado que a formação da razão transversal impede que uma racionalidade aponte para uma totalização de seu código, o que possibilita a manutenção de um intercâmbio estável das informações no nível de seus respectivos tangenciamentos e interpenetrações. “Em última instância, ela serviria para manter a ‘pluralidade do todo’, ou seja, a diferença nos diversos níveis de um

conscientemente libertador’. Ele acrescenta: “poder-se-ia dizer diretamente: ela é a única metanarrativa verdadeira – as outras eram mesmo meramente narrativas particulares convertidas funcionalmente em metanarrativas”. A partir desse raciocínio, “para Welsch, essa metanarrativa seria ‘inteiramente vazia de conteúdo’, expressando-se tanto da perspectiva descritiva quanto na normativa. Do ponto de vista descritivo, ela poderia ser apresentada mediante (NEVES, 2009, p. 39).

¹⁷⁵ Interpreta Marcelo Neves que essa seria uma “‘justiça sem consenso’, ou mais precisamente, enquanto ‘justiça em face do heterogêneo’, basear-se-ia ‘no consenso primário sobre o fato de que, no plano secundário, o do conteúdo, são legítimos dissensos graves’, ou, formulando de forma mais radical, em um ‘consenso justamente sobre o fato de que está em jogo um dissenso de base, a partir do qual não é mais possível acordo relativo ao conteúdo’ (NEVES, 2009, p. 40).

mundo discursivo complexamente heterogêneo” (*Ibdem*). Porém, essa visão foi refinadamente criticada por Marcelo Neves, que argumenta:

Embora Welsch se refira a uma metanarrativa que “é altamente formal, não vinculada a conteúdos como as narrativas particulares”, seus conceitos de um razão transversal abrangente e de uma metanarrativa pós-moderna supraordenada parecem-me discutíveis nas condições de reprodução de uma sociedade mundial multicêntrica, policontextual. Tendo em vista que diversas diferenças, pretensões de autonomia e autodescrições da sociedade encontram-se em relações recíprocas muito distintas, a ideia de uma razão abrangente e de um respectivo metadiscurso torna-se sem sentido para os domínios diferenciados de comunicações. Todo âmbito de comunicações, ao pôr-se em conexão com um outro, pode desenvolver seus próprios mecanismos estáveis de aprendizado e influência mútuos. Então, cabe falar de racionalidades transversais parciais, que podem servir à relação construtiva entre as racionalidades particulares dos sistemas ou jogos de linguagem que se encontram em confronto. Cada racionalidade transversal parcial está vinculada estruturalmente às correspondentes racionalidades particulares, para atuar como uma “ponte de transição” específica entre elas (NEVES, 2009, p. 42).

A ideia de formação dessas pontes de transição comunicacionais no espectro de uma razão transversal parcial tem grande impacto na análise dos acoplamentos estruturais, especificamente, no caso em estudo, do acoplamento estrutural entre Direito Internacional e Política Internacional originado dentro dos tratados internacionais comuns. Nesse ponto argumentativo, sobressai a ideia de que o código e operação da política não pode se sobrepor, dentro do acoplamento, sobre o código normativo, visto que isso resultaria na corrupção sistêmica de um código sobre o outro. Justamente nessa medida, os acoplamentos estruturais tem sua razão de ser a partir da formulação de pontes de transição entre sistemas distintos que se relacionam logrando alcançar um viés de construção recíproca de suas programações, de seus elementos (e relações), sendo que, ao fim, um potencializa o outro¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Numa perspectiva que demonstra uma zona de desequilíbrio quando do contato entre diferentes sistemas comunicacionais, Marcelo Neves aponta que “a racionalidade transversal, assim como o acoplamento estrutural, é uma forma de dois lados. O lado negativo do acoplamento estrutural são os bloqueios recíprocos das autonomias sistêmicas mediante corrupção dos sistemas envolvidos. Aqui o código de um dos sistemas é sabotado pelo código de outro sistema, de tal sorte que aquela perde sua capacidade de reprodução consiste. Assim, se o código “ter/não ter” (economia), por via do processo eleitoral ou dos procedimentos fiscais e tributários, corromper as regras do jogo democrático, sabotando diretamente o código da política (diferença governo/oposição construída democraticamente), dar-se-á a corrupção sistêmica se houver incapacidade do sistema político de reagir, conforme seus próprios critérios e programas, à sobreposição negativa da economia. Mas, inversamente, subsídios politicamente concedidos para grupos econômicos ineficientes que apoiam o governo podem ser vistos como corrupção política da economia, sabotagem política do código econômico” (*Ibdem*, p. 42-43).

Nesse contexto, as considerações feitas sobre a necessidade de que as comunicações sistêmicas no nível dos acoplamentos estruturais se deem conforme a sinceridade são de fundamental importância para entender a dinâmica performativa da concretização de uma razão transversal parcial que constitua verdadeiras pontes de transição entre sistemas distintos. Somente a par da emissão de informação fidedigna e verossímil, com um ato de comunicar calcado na confiança, e o ato de compreender dado no reflexo da dupla contingência dos sistemas comunicacionais, é que se pode compreender como os acoplamentos servem, para além de cooperação recíproca, para a sedimentação da própria autonomização dos sistemas acoplados em seus respectivos códigos.

Dessa maneira, pode-se dizer que a comunicação sincera é importante para garantir que o sistema de controle no nível de retroação se dê a partir da efetivação da manutenção de *feedbacks* na maior medida possível estáveis, a estabelecer níveis de entalpia que não se transformem em desvirtuamento do código pela programação ou pela superposição de sistemas externos sobre o sistema do Direito, a ponto de caracterizar o influxo de atratadores.

Nesse momento, a legística formal se amolda à construção da teoria dos sistemas como importante aporte epistemológico para compreender o porquê de a qualidade da comunicação e sua produção de sentido (intencionalidade e finalidade internas) possuem como consequência a garantia da autopoiese de sistemas interpenetrados e, por consequência, a ausência de corrupção sistêmica. Somente a partir da ideia de que a forma com a qual a normatividade se manifesta deve ser levada a sério e os elementos e agentes que atuam como operações desse sistema indiquem a corroboração desse viés de confiança, boa-fé e lealdade na comunicação, é que os tratados internacionais comuns podem assumir seu verdadeiro papel no mundo hodierno: servir de pontes de transição entre diferentes fontes comunicativas e manter a marcha rumo à construção de sistemas sociais mais coesos, seguros e com riscos mitigados.

4.4 Comunicação e formação dos tratados internacionais: o condicionamento dos símbolos da Legística Formal sobre a Legística Material

A epistemologia da legística formal, como brevemente esboçado, trabalha sobre o aspecto simbólico da análise comunicativa, a partir da observação de como os elementos em suas estruturas sintáticas, semânticas e pragmáticas. Assim, “atua sobre a otimização do círculo de comunicação legislativa e fornece princípios destinados à melhoria da compreensão e do acesso aos textos legislativos” (SOARES, 2007, p. 9).

A tomar que o círculo normativo se estabelece com a justificativa do impulso legiferante (*Ibdem*), pode-se perceber a toda evidência que o mesmo ocorre com o círculo de formação dos acoplamentos estruturais constituídos pelos tratados internacionais comuns. Toda propulsão em matéria convencional tem que ser plenamente justificada, vez que ao realizar atividade de negociação, o Poder Executivo nada mais faz do que lançar mão de sua atividade discricionária, razão pela qual todos os seus atos devem ser plenamente motivados e acordados com seu âmbito de competência formal e material, nos limites da Constituição da República de 1988. Além disso, a motivação é importante para indicar, a todo momento, a vontade e manifestação finalística dos tratados, fator que leva à consubstanciação da rede comunicacional que performa o futuro instrumento convencional na medida daquilo que foi prospectado pelas partes.

Nesse viés, insere-se a necessidade de verificar em que ponto a legística material se encaixa em matéria de análise da produção normativo-convencional de acordo com os preceitos teóricos até aqui desenhados. Esse desdobramento da legística tem como principal preocupação o conteúdo (aspecto normatizado, dimensão de formação do substrato fático da norma em dupla análise, qual seja hipotética e concreta) em um viés de planejamento estratégico, em que a dimensão normativa é pensada por meio de uma racionalidade efetivamente preocupada com a eficácia e a efetividade perante os destinatários. Nessa perspectiva, vê-se que a legística formal serve de aporte para a produção legislativa no que diz respeito ao seu desenvolvimento simbólico e linguístico tomadas em sentido amplo. Ao estabelecer o ponto de partida de estrutura comunicativa para a legiferação, a legística formal acaba por condicionar o próximo passo, que é pensar o real conteúdo da norma. Ao pensar esse conteúdo o operador do Direito, que realiza verdadeira operação sistêmica na borda, já tem que prever como alcançar uma maior precisão comunicativa – especialmente pautada pela comunicação sincera – para que o alcance do

preceito imperativo se dê verossímil e o mais pleno possível sobre a realidade para o qual aponta.

O estudo do aspecto simbólico de formação normativa nos dá a real noção sobre como o conteúdo da norma pode se dispor como zona comunicativa efetiva. Sem esse pressuposto, não há como se estabelecer a comunicação nos níveis de sua estruturação e nos níveis de sua finalidade, que é comunicar, no mais elevado significado. Passa-se, então, a verificar os pressupostos teóricos da legística material e como eles podem servir de auxílio para potencializar o sistema do Direito em seu aspecto autopoiético, de seletividade e, sobretudo, para a garantia de planejamento, prospecção e corroboração da confiança como pedra de torque do sistema.

4.4.1 Metodologia da Legística material como regra de pronunciamento estratégico da comunicação sincera

No estudo da metodologia da legística material nos debruçamos sobre o problema de como os sistemas que co-participam de um acoplamento estrutural se interpenetram no campo do conteúdo informacional de sua estrutura e de sua seletividade ao efetiva auto-observação e autorreferência. Esse estudo é importante a partir do momento que a preocupação da legística material é estratégica: traçar cenários, realizar levantamento de dados, apontar problemas e estabelecer soluções, mesmo que contingenciais.

A partir dessa abordagem, segue-se o raciocínio realizado por Soares ao dizer que

A Legística material reforça a facticidade (ou realizabilidade) e a efetividade da legislação; seu escopo é atuar no processo de construção e escolha da decisão sobre o conteúdo da nova legislação, em como o processo de regulação pode ser projetado por meio da avaliação do seu possível impacto sobre o sistema jurídico ou com a utilização de técnicas como *check list*, modelização causal, reconstrução da cadeia de fontes, que permitem tanto realizar diagnósticos e prognósticos como verificar o nível de concretude dos objetivos que justificaram o impulso para legislar e os resultados obtidos a partir da sua entrada em vigor (SOARES, 2007, p. 8).

Em complementação a essa visão, tem-se que conforme Delley (2004, p. 102), o procedimento legislativo deve se pautar, resumidamente, à delimitação do problema a ser normatizado, com a respectiva determinação dos objetivos a

serem alcançados pela norma produto daquela atividade, para que a partir daí se estabeleça cenários alternativos, sempre na busca pela otimização e diminuição do impacto negativo da legislação no sistema do Direito. Por conseguinte, persegue-se a busca pela escolha de soluções, e realiza-se uma avaliação prospectiva acerca dos efeitos esperados (avaliação *ex ante*). Por fim, a partir da inovação operada no ordenamento com a publicação da lei, observa-se a sua execução no tempo e, assim, procede-se à avaliação retrospectiva do ato normativo (avaliação *ex post*).

Nesse caminho, Soares coloca que a avaliação estratégica para a inovação da autorreferência basal do ordenamento se dá conforme uma perspectiva que se propõe a investigar: 1) exposição da situação problema; 2) o cotejo das leis e normas existentes no ordenamento; 3) as soluções possíveis para o problema constatado; 4) a verificação da inserção de cada uma das soluções constatadas e as respectivas vantagens ou inconvenientes de se adotar uma ou outra; 5) as implicações financeiras de tal inovação legislativa, tendo em vista que no campo de legislações finalísticas a implementação de Direitos no tempo somente pode ser encetada com receitas estatais; 6) a análise das relações intergovernamentais postas em jogo; 7) a ampla consulta e análise no âmbito dos ministérios ou órgãos envolvidos na produção das novas normas que se pretende inserir no sistema jurídico; 8) consulta aos afetados, ou seja, a ideia de cooperação deliberativa (SOARES, 2007, p. 8-9).

A partir dessa perspectiva, pode-se facilmente constatar que a logística material se acopla ao sistema do Direito como estratégia do observador de primeira ordem apta a refinar o processo de seleção do sistema, de filtragem das informações advindas do meio e, conseqüentemente, do controle de entropia e manutenção de *feedbacks* estáveis nas zonas de *input/output* do sistema do Direito. É nesse campo de delineamento dos cenários possíveis que o sistema passa a ter condições de realizar a melhor seleção e de ajustar seus mecanismos de retroação e *re-entry* como potencializadores de seus respectivos códigos e operações.

O planejamento estratégico proporcionado pela Logística material é significativamente importante na zona de acoplamentos estruturais, vez que há controle sobre as condições de procedibilidade, sobre o próximo passo que se pode dar no sentido de alcançar um fim, e sobre as condições de estabelecimento de expectativas normativas em termos contrafáticos. Assim,

refina-se a comunicação estabelecida pelo código do Direito em face do código da Política – considerando-se aqui a Constituição como acoplamento estrutural entre política e Direito (LUHMANN, 2006, p. 630-631) e os tratados internacionais, especialmente os comuns, como acoplamento estrutural entre a política internacional e o Direito Internacional. Somente com base nesse planejamento, a comunicação sincera se concretiza, vez que com a atividade comunicativa estruturada e plena de sentido se pode lograr a busca pela efetivação da confiança e da verossimilhança dos *outputs* produzidos pelo sistema do Direito em suas mais amplas manifestações. Há que se lembrar que os procedimentos elencados pela Legística material nem sempre ajudam a dar celeridade¹⁷⁷ para o processo legislativo, mas contribuem de forma efetiva para a qualidade do produto final da cadeia processual e, com efeito, para a própria ideia de responsabilidade (accountability) do legislador ou do propulsor de um dado processo que ao final inove a comunicação normativa do sistema do Direito.

4.4.2 Modelização causal como ponto de encontro de uma epistemologia simbólica da comunicação sincera: projeção e estratégia para a vinculação internacional

¹⁷⁷ Sobre esse ponto, importante ressaltar os dizeres de Combrade sobre o método de avaliação de impacto legislativo: “L’examen des travaux parlementaires met donc en exergue un contraste entre le caractère figé de la démarche d’étude d’impact et la nature nécessairement évolutive de l’élaboration de la loi au Parlement. Ce contraste semble appelé à perdurer, tant les obstacles politiques, techniques et financiers à une articulation de la démarche d’évaluation préalable avec la fonction législative du Parlement semblent difficilement surmontables. Ce constat quelque peu désabusé traduit cependant une conception trop restrictive du <<travail législatif>> du Parlement. Celui-ci ne consiste pas seulement, aujourd’hui, à voter la loi, mais aussi à contrôler les conditions de sa préparation et de son application. La pratique révèle que c’est sous cet angle que l’obligation d’étude d’impact peut permettre aux assemblées de retrouver prise sur le processus législatif, tout en concourant à l’objectif poursuivi par la réforme, à savoir la revalorisation de la loi. Em tradução livre : Como coloca Bertrand-Léo Combrade, exame dos trabalhos parlamentares coloca em evidência, por isso, um contraste entre a característica morosa de um estudo de impacto e da natureza necessariamente evolutiva da elaboração da lei no Parlamento. Esse contraste parece que ainda terá uma longa duração, tanto em relação aos obstáculos políticos, técnicos e financeiros, quanto a uma articulação sobre a questão de um estudo prévio de impacto normativo em consonância com a função legislativa do Parlamento, o que parece dificilmente transponível. Isso traduz certo desencanto enquanto uma concepção demasiadamente restritiva do trabalho legislativo do Parlamento. O processo legislativo hodierno não consiste somente em votar a lei, mas também em controlar as condições de sua produção e aplicação. A prática revela que, sob o ângulo da obrigação de estudo de impacto, se pode permitir às assembleias se colocarem absorvidas em relação ao processo legislativo, tudo concomitante à perseguição de uma reforma, a saber, a revalorização da lei (COMBRADE, 2014, p. 200 – tradução livre)

A modelização causal é uma das formas de manifestação dos procedimentos estabelecidos pela epistemologia da legística. A preocupação básica desse método é efetivar os pressupostos nucleares dessa seara do conhecimento, especialmente no que diz respeito à interrelação intrínseca entre Direito e Política para a produção de normas jurídicas. Para isso, lança mão de um esquema simples de verificação de cenário, mas que mostra ser exponencialmente útil em razão do quadro que se pode apreender ao final de sua efetivação. Mas o esquema de modelização não surge do nada, ele tem sua razão de ser.

Como bem argumenta Delley, toda as vezes que uma norma vai ser produzida, a intensão de levar a cabo tem que estar baseada em um problema existente. A partir disso, o legista argumenta que o conhecimento do problema em suas inúmeras matizes de manifestação é o que pode justificar o impulso legislativo e, assim, “delimitar os campos de intervenção e os meios a empregar¹⁷⁸” (2004, p. 108). Assim, o autor finaliza, em relação à perspectiva de delimitação do problema, no sentido de demonstrar que esta se dá com a busca de um conhecimento profundo sobre a questão controversa, sendo que o pesquisador ou o legista deve recolher e cotejar dados confiáveis e que sirvam para se constatar com precisão de onde o problema se originou e como deve ser a intervenção legislativa naquele caso (DELLEY, 2004, p. 109).

A partir do ponto pragmático, a modelização causal, como descrito por Soares, nada mais é que um esquema, geralmente realizado em uma página, onde se pode desenhar “o processo de definição dos objetivos e das possíveis questões a serem enfrentadas pela nova legislação, tendo em vista as variáveis que minimizam ou intensificam a situação fática que provocam o impulso para legislar” (SOARES, 2007, p. 137).

Ora, nesse pressuposto, a modelização causal nos serve em dupla perspectiva. A primeira se dá no que diz respeito à estratégia do Poder Executivo em firmar tratados internacionais. A segunda, própria ao presente trabalho, permite identificar o (s) problema (s) em sede do Direito nacional brasileiro –

¹⁷⁸ O autor continuar sua argumentação dizendo que “Duas condições são necessárias à existência de um problema: 1) antes de tudo, um estado de “tensão”, com a percepção de uma distância entre a situação presente e a desejada. O problema nasce da conformação entre as ordens do “ser” e do “dever ser”. 2) em seguida, uma imputação de responsabilidade. Sem evidenciar as causas do problema, não há possibilidade de intervenção estatal mediante atuação do Poder/esfera competente” (DELLEY, 2003, p. 109).

níveis Constitucional e infraconstitucional – que devem ser resolvidos por meio da inovação legislativa.

Serve a modelização como método para reforçar a epistemologia simbólica da comunicação sincera, vez que atua como ferramenta de planejamento estratégico para que o sistema possa definir suas necessidades de mudança de seus programas com o intuito de reforçar seus códigos. A modelização, então, permite a calibração dos *feedbacks* e do funcionamento da lógica *input-output*, mormente no campo de acoplamentos estruturais, uma vez que pode vir a evitar, futuramente, a corrupção sistêmica por invasão de códigos, a partir da possibilidade (risco) de inversão da lógica de cooperação na interpenetração para um status de alopoiese e corrompmento do sistema.

Diante desse cenário, o capítulo 7 terá como base de sustentação a efetivação desses gráficos de modelização causal para cada uma das inovações legislativas que serão propostas, no sentido de fomentar a força normativa dos tratados internacionais comuns e, por conseguinte, sedimentar a confiança no sistema do Direito brasileiro.

4.4.3 Avaliação ex ante: o estabelecimento do ponto de partida das regras do jogo e a formação dos parâmetros de efetivação de reserva aos Tratados Internacionais Comuns

A avaliação *ex ante* pode ser preliminarmente definida como o primeiro grau de planejamento do impulso legislativo – se é que esse venha a ser levado a cabo. Seu modo de instrumentalização precípua é o esquema de modelização causal. Sobre a avaliação legislativa, Cristas coloca que

A avaliação legislativa corresponde (...) ao registro e cálculo de efeitos potenciais ou reais que não são simplesmente impressivos ou intuitivos, antes observam certos padrões de exigência, que passam por se basear: em declarações e juízos cujos fundamentos são acessíveis e verificáveis; num processo sistemático destinado a registrar todos os fatos relevantes e numa preocupação pelo estabelecimento objetivo de nexos causais entre a legislação e os fatos observados (ou observáveis), de maneira a afastar visões fragmentadas ou influenciadas por interesses particulares (Cristas apud KAITEL, 2016, p. 49).

É por meio da avaliação de impacto realizada no momento anterior ao impulso legislativo, ou à negociação de um tratado internacional, que se pode

conceber a visão de estratégia e de garantia de estabilidade de toda a cadeia informacional do sistema. A avaliação de impacto possibilita a formação do sentido no tempo, especificamente com base a abrir para a argumentação de que aquela inserção normativa foi necessária, adequada e precisa para fazer face a um desafio posto – seja ele a nível fático, seja ele a nível normativo.

Contando com esse aparato conceitual, vê-se que os instrumentos dados pela epistemologia da Legística Material devem ser amplamente aplicados à seara da formação de tratados internacionais, especialmente no âmbito dos órgãos institucionais do Poder Executivo competentes para impulsionar a criação dessas espécies convencionais. A avaliação ex ante possibilita a fixação dos pontos de partida e a dinâmica das regras do jogo. Somente quando o sistema lança mão de sua observação de primeira ordem para realizar autorreprodução dentro da lógica autopoietica é que se pode falar em autenticidade do produto desse processo. E essa autenticidade, essa efetivação de comunicação sincera autorreferencial e, no nível dos acoplamentos estruturais, heterorreferencial só pode ser realizada tomado o planejamento da seleção com uma epistemologia que tenha como base garantir a manutenção do código e da operação conforme parâmetros de coerência sistêmica e equilíbrio dinâmico.

Tendo o cenário normativo e fático em mãos, o operador jurídico que atua na borda do sistema tem a capacidade de visualizar as opções e as oportunidades. Com uma maior qualidade dessas informações, pode escolher, perfazer sua vontade. É em vista disso que a avaliação de impacto se torna o instrumento apto para pôr em marcha a utilização de mecanismo muito caro à seara dos tratados internacionais, especialmente no campo de sua negociação e ratificação: as reservas, definidas no direito positivo pelo art. 2º, 1, “d”, da Convenção de Viena de 1969¹⁷⁹.

4.4.4 Avaliação ex post: a utilização do instrumento da denúncia ou retirada de um tratado na efetivação da comunicação sincera

¹⁷⁹ Estatui o citado dispositivo: Artigo 2. Expressões Empregadas. 1. Para os fins da presente Convenção: (...) d) “reserva” significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado (BRASIL, 2009).

Na mesma lógica do tópico anterior, a avaliação de impacto também é instrumento útil para o estudo empreendido em dupla perspectiva: verificar, posteriormente, se a inovação legislativa proposta, caso seja empreendida, teve os efeitos desejados, ou não. E no campo específico dos tratados internacionais, realizar uma análise retrospectiva de seus efeitos no tempo e, assim, observar a conveniência, a utilidade e a estratégia de manutenção do tratado por parte do país.

Nesse sentido, a avaliação *ex post*, ou retrospectiva, funciona como o instrumental que concretiza a retroação do sistema, como colocado no esquema esboçado no tópico 4.3.4. Após o sistema do direito emanar a comunicação normativa, o ambiente, e correlatos sistemas componentes deste, respondem em alguma medida aos estímulos – verificação que é mais patente quando se dá na análise dos acoplamentos estruturais. A depender da resposta – se no sentido de redução ou de aumento da complexidade – o sistema como observador de primeira ordem pode decidir de maneira estratégica qual a melhor forma para preservar sua própria autopoiese: se desvinculando do tratado ou mantendo-se ligado ao acordado.

A previsão da denúncia ao longo da Convenção de Viena de 1969 tem como sentido a garantia de que se o sujeito de Direito Internacional não mais quer se vincular a dada disposição convencional, basta se retirar do acordo, não necessitando realizar atos de violação. Esse instrumento é potencializado pela utilização da avaliação *ex post*, que ao final revela a incidência da confiança e da boa-fé (não surpresa dos demais signatários com eventual descumprimento injustificado), o que incrementa a comunicação sincera no âmbito do acoplamento encampado pelo Direito Internacional Público.

5 A HIERARQUIA¹⁸⁰ DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO COMPARADO, NO DIREITO INTERNO E A SUA PROCESSUALÍSTICA

Para compreender de maneira mais explícita o problema sobre o qual esse trabalho se debruça, necessário fazer panorama teórico-dogmático sobre a alocação dos tratados internacionais em ordenamentos jurídicos estrangeiros e no nacional, além de observar como o processo de agregação dessas espécies convencionais se dá em nosso ordenamento.

Essa circunscrição do fenômeno se justifica a partir da ideia de que, mais precisamente, a questão sobre a relação entre Direito Internacional Público e o Direito Interno – e, intuitivamente, a questão acerca de como os tratados internacionais são absorvidos pela estrutura do sistema jurídico brasileiro – se trata de assunto eminentemente constitucional, numa óptica do Direito como sistema aberto cognitivamente e operacionalmente fechado. A unidade dada pela operação jurídica e por seu código, então, releva os debates sobre essas intersecções à dissipação e inocuidade teórica¹⁸¹, sendo que o importante se

¹⁸⁰ Conquanto a hierarquia normativa não seja um problema retratado originariamente no âmbito do marco teórico da Teoria dos Sistemas, importante trazer os posteriores panoramas em razão de suas identificações com os conceitos de elemento, relação e autorreferência basal como pontos essenciais para a manutenção da autonomia e da autopoiese no sistema. A partir dessa segmentação de ordem epistemológica, passa-se a questionar: para que estudar o direito sob um olhar hierarquizado? Para isso, traz-se as argumentações do filósofo do Direito, Carlos Santiago Nino: “De onde surge a preferência por certas normas quanto a sua validade em relação a outras? Em primeiro lugar, depende do que é estabelecido pelos critérios vigentes de conhecimento para identificar a base do sistema. Como diz Hart, esses critérios podem reconhecer dois tipos distintos de normas como integrantes da base de um sistema (por exemplo, todas as normas determinadas por uma assembleia constituinte e, além disso, um conjunto de normas consuetudinárias) e estabelecer também que um desses conjuntos, embora os dois sejam básicos, tem prioridade sobre o outro, não porque as normas do segundo ‘derivem’ do primeiro, mas porque, em caso de conflito, prevalecem as do primeiro sobre as do segundo. Em segundo lugar, a ordenação hierárquica das normas depende também do que as próprias normas do sistema dispõem. Uma norma de um sistema jurídico pode estabelecer a prioridade que deve existir quanto à validade das normas inferiores a ela (evidentemente, não entre as normas superiores à que estabelece a prioridade). Por exemplo, o art. 31 da Constituição argentina estabelece: “Esta constituição [observar aqui uma nova autorreferência], as leis da Nação que em consequência dela são determinadas pelo Congresso e os tratados com os Estados soberanos estrangeiros são a lei suprema da Nação; e as autoridades de cada província são obrigadas a ajustar-se a ela, não obstante qualquer disposição em contrário que contenham as leis ou Constituições provinciais...” (NINO, 2010, P. 179-180 – grifo do autor).

¹⁸¹ Em análise crítica aos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, José Carlos de Magalhães disserta: “Na decisão sobre a Ação Direta de inconstitucionalidade nº 1490-3, o Ministro Presidente do STF, revelando apego à discussão doutrinária, sobre dualismo e monismo, “atualmente com sabor meramente acadêmico e já superada”, sustenta: “Sob tal perspectiva o sistema constitucional brasileiro que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, que a adoção de *iter* procedimental que compreende a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada)”. Além disso, cita Sir Gerald Fitzmaurice, que sobre a

torna refletir sobre a estrutura e a conformação elemento/relação dentro de dado sistema, para que se possa operar verdadeira reconstrução dos mecanismos de autorreferência basal.

5.1 Os quatro modelos de integração dos tratados internacionais ao Direito interno

Para melhor compreensão do objeto de estudo, faz-se necessário observar o desenvolvimento da relação entre Direito Internacional Público e Direito interno sob a perspectiva da doutrina e do Direito comparado. Essa forma metodológica desempenha importante fator de aprimoramento e reforço de uma das teses aqui desenvolvidas: a relação entre o Direito Internacional Público e o Direito interno, bem como a questão relativa à incorporação de tratados internacionais ser matéria de índole constitucional. Isso porquanto a Constituição conforme acoplamento estrutural entre Política e Direito, a estruturar, no viés de cada Estado, os códigos comunicativos básicos de índole normativa e que, em alguma medida, são referenciados como mediadores na zona de contato entre essas duas aflorações dos sistemas sociais. Não por menos, ao enxergar os tratados internacionais como verdadeiros acoplamentos estruturais entre política internacional e direito internacional, vê-se que sua existência se baseia em atos de coordenação volitiva na seara internacional, permanentemente regulados, indiretamente – em específico em razão da atribuição de competências e zona de discricionariedade para a negociação de tratados internacionais –, pelas respectivas Constituições dos países acordantes. Assim, passa-se a estudar os quatro principais modelos de integração dos tratados internacionais, que dialogam e informam, em alguma medida, a tese defendida nessa oportunidade.

Pode-se identificar, de modo geral, que os tratados internacionais possuem verdadeira pretensão de totalidade no que se refere aos seus âmbitos de aplicabilidade e de reforço da expectativa normativa no interior do sistema do direito. Essa verificação se dá em razão de essas espécies convencionais regulamentarem temas como política internacional, guerra, territórios, comércio

distinção geralmente apregoada por parte da doutrina e da jurisprudência no Brasil estabelece, assertivamente: “ao abordar essa questão, Sir Gerald Fitzmaurice sustenta que ‘the entire monist-dualist controversy is unreal, artificial and stricly beyond the point’ in ‘The General Principles of International Law’, in *Recueil des Cours*, vol. 92, p. 1 e segs. (1957)” (MAGALHÃES, 2000, p. 74).

internacional, tributação internacional, relações jurídicas privadas em nível internacional, direitos humanos, direito humanitário, direito ambiental, direito econômico, direito espacial, dentre outros. Nesse sentido, as convenções são espécies normativas com dupla estratégia: possuem a força de complementação e integração dos ordenamentos jurídicos internos e colocam-se como instrumentos de sedimentação da confiança em viés de expectativa cognitiva e normativa tanto para os Estados, em suas relações recíprocas, como para os sujeitos, em suas relações recíprocas (âmbito privado) e em suas relações com o Estado.

É diante desse viés estratégico que cada nação passa a definir, frequentemente por meio de suas Constituições escritas, qual a posição topográfica dos tratados internacionais em seus respectivos ordenamentos e, para além disso, quais os seus requisitos de eficácia. Para o primeiro momento, serve-se dos ensinamentos do grande teórico Antonio Cassese, que identificou quatro modelos de recepção de tratados internacionais no Direito comparado e na doutrina:

A survey of modern constitutions permits us to conclude that they fall roughly into four groups: (1) those which do not say anything about the implementation about international treaties; (2) those which establish that treaty obligations must be complied with by all citizens and officials within the State, but do not grant treaties higher status than ordinary legislation; (3) those which take a step forward and lay down the principle treaties prevail over statutes, with the consequences that national law makers cannot alter or supersede the provisions of treaties by enacting new law; and (4) those which go to extreme of allowing treaties to modify or revise constitutional provisions. Plainly, the third and fourth categories embrace the constitutions which are more internationally-oriented and keener to submit to international values, while the first two encompass States that tend to be more dominated by nationalism aspirations¹⁸².

¹⁸² “Um levantamento das constituições modernas nos permite concluir que elas se dividem grosso modo em quatro grupos: (1) aquelas as quais não mencionam nada sobre a implementação de tratados internacionais; (2) aquelas que estabelecem as obrigações (vinculadas pelo) do tratado devam ser cumpridas por todo cidadãos e funcionários do Estado, mas que não dão aos tratados status mais elevado do que legislação ordinária; (3) aquelas para as quais o princípio dos tratados prevalece sobre os estatutos, de modo a impedir que os fazedores das leis possam alterar ou suplantar as provisões dos tratados ao promulgar novas leis; e (4) aquelas que vão ao extremo de permitir que tratados modifiquem ou revisem provisões constitucionais. Evidentemente, as terceira e quarta categorias abarcam as constituições mais voltadas para o (plano) internacional e que estão propensas a se submeter a valores internacionais, enquanto as duas primeiras compreendem Estados cuja tendência é estar dominada por aspirações nacionalistas” (CASSESE, Antonio. “*Modern Constitutions and international law*”, p. 394, *apud*, DALLARI, 2003, p. 21-22 - tradução livre).

A presente estruturação tem como ponto de partida a tese de Pedro Dallari sobre a relação do Direito Internacional com a Constituição.

5.1.1 Constituições omissas quanto à estipulação de hierarquia dos tratados em seu respectivo direito interno

Nesse ponto, retratam-se aqueles países que ao constituírem seus respectivos ordenamentos jurídicos não incluíram quaisquer disposições, especialmente em suas Constituições. Aponta Pedro Dallari que a Suíça seria o principal exemplo dentro dessa perspectiva. Com base no trabalho de Armando Alvares Garcia, o internacionalista observa que apesar dessa inexistência de norma explícita no sentido de regular a agregação do Direito Internacional Público – e dos tratados internacionais – ao seu ordenamento jurídico, “a jurisprudência e a doutrina admitem a ‘recepção plena’, quer do direito internacional geral (costumes internacionais), quer dos tratados” (GARCIA apud DALLARI, 2003, p. 26).

Ao analisar a Constituição da Suíça, de 12 de setembro de 1848¹⁸³, pode-se observar inúmeras menções ao Direito Internacional. A exemplo, tem-se o art. 56, que regula a competência e capacidade dos cantões suíços para firmar tratados com nações estrangeiras. Nesse ponto, a Constituição destaca essa autonomia de maneira relativa: em algumas matérias somente com o aval do parlamento suíço, em outras com total autonomia. Mais à frente, em relação às regras de competência, o art. 166 determina que a Casa Legislativa Federal, Assembleia Federal, é a responsável por aprovar os tratados internacionais aos quais a Federação Suíça possua expectativa em anuir. Por fim, retrata-se o art. 184, que determina as atribuições do Conselho Federal, legítimo representante da federação na órbita das relações internacionais, o poder de negociar e estabelecer reservas aos tratados internacionais (tradução livre).

Em que pese não haver dispositivo constitucional regulamentando a posição dos tratados internacionais de maneira taxativa, pode-se observar que a tradição suíça é de total deferência no que tange à aplicação e reconhecimento da vinculação dos tratados internacionais no plano interno e no plano externo. Como bem realça Pedro Dallari:

183

Disponível em: < <http://www.verfassungen.ch/verf48-i.htm>>. Acesso em: 29 de set. 2018.

O caso suíço é relevante para demonstrar que não necessariamente a ausência de regra constitucional explícita é um indicativo suficiente para demonstrar a intolerância para com as disposições emanadas do Direito Internacional Público. O contrário, no entanto, é verdadeiro: a propensão à constitucionalização de normas de recepção, que, como se verá mais a frente, acentuou-se no período recente, denota, inequivocamente, um movimento em prol da incorporação mais intensa de normas convencionais internacionais e de direito comunitário ao sistema normativo do Estado (DALLARI, 2003, P. 27).

Em trabalho pioneiro sobre o conflito entre tratados internacionais e normas de direito interno, Mirtô Fraga avalia, com base na obra da famosa internacionalista Ruth Lapidoth, que as Cartas de inúmeros países também são silentes sobre o tema. Em algumas situações porque não preveem em seus corpos normativos, em outros porque não possuem Constituição escrita, como é o cenário da Inglaterra e de Israel. Aponta que “nesse caso, a aplicação do Direito Internacional pelos Tribunais nacionais ocorre em virtude de um costume, estabelecido pela jurisprudência inglesa, após o século XVIII, segundo constatou Blackstone, em 1765” (FRAGA, 2006, p. 25). Essa regra jurisprudencial é a famosa norma inglesa, vertida no brocardo “*International Law is part of the law of the land*”, que se constitui como o mais impressionante – em razão do seu tempo histórico de produção – e pujante preceito acerca de como o Direito Internacional Público deve ser concebido pela institucionalidade de cada um dos Estados da Sociedade Internacional¹⁸⁴.

A partir desse cenário, pode-se averiguar que a não verificação de norma constitucional que privilegia as disposições normativas contidas em tratados internacionais em vista da legislação interna em nível infraconstitucional não importa em conseqüente desrespeito ao Direito Internacional. A prática de

¹⁸⁴ Mirtô Fraga descreve com riqueza de detalhes a inserção da regra no sistema jurídico inglês e sua atual compreensão pelos tribunais desse país: “Tal costume se converteu na regra *International Law is part of the law of the land* e nada mais era que a consagração da adoção do Direito Internacional costumeiro pelo *Common Law*. Incorporadas ao *Common Law*, as regras de Direito Internacional, como as normas elaboradas pelos magistrados ingleses, submetidas às leis do Parlamento após a vitória deste sobre o *Common Law*. A sua aplicação pelos Tribunais se fazia automaticamente. Entretanto, na segunda metade do século passado, como assinala a autora, a doutrina da incorporação sofreu certo enfraquecimento, havendo alguns acórdãos recentes que a têm interpretado de maneira restritiva. Contudo, isso não significa nova atitude, já que o princípio da incorporação, em si, não sofreu modificações de fundo, tendo, entretanto, variadas modalidades de sua aplicação. E que, tendo tido a jurisprudência inglesa oportunidade de se manifestar sobre a maioria das questões relativas ao Direito Internacional, que se poderia apresentar diante dos Tribunais internos, os casos em que o juiz devesse se referir, diretamente, às regras internacionais tornaram-se raros, em face do princípio da aplicação do precedente no Direito inglês, que se transforma em Direito, devendo ser aplicado aos casos posteriores que comportem situação idêntica” (FRAGA, 2006, p. 25-26).

países com alto grau de desenvolvimento social, econômico e com matizes de complexidade acadêmico-educacionais mais salientadas, é justamente no sentido de tornar a vivência internacional marcada por forte compromisso em face dos atos de cooperação. Esses países privilegiam a confiança, a boa-fé, as normas *jus cogens* e a segurança jurídica, sinal de que o processo civilizatório pode seguir sobre todas as nações, em que pese avanços e retrocessos constatados na prática internacional cotidiana.

5.1.2. Constituições que não outorgam posição hierárquica superior aos tratados internacionais em face de suas respectivas normas infraconstitucionais

No presente tópico, trata-se de averiguar aqueles países que mencionam a integração do Direito Internacional Público aos seus respectivos ordenamentos, mas em contrapartida não estabelecem qualquer forma de sobreposição das normas convencionais em face de seu Direito interno. Nesse ponto, o sistema jurídico não é capaz de realizar a diferenciação entre as competências e âmbito de abrangência e alocação das operações normativas derivadas por essas espécies de acordo no sistema do direito. A não diferenciação da autorreferência basal é, nesse aspecto, uma falha operativa do sistema que, ao não conter elemento e relação específica para o trato de ponto estrutural de aplicação normativa (não se diz respeito à mera omissão, cuja constatação poderia, em tese, ser resolvida por métodos de integração do ordenamento jurídico), acaba por instalar a desconfiança uma vez que o conflito, inarredável, terá que ser resolvido com base na arbitrariedade¹⁸⁵ hermenêutica de integração realizada pelos tribunais. Figura-se, então, a preterição da autopeiose e da autonomia do sistema em face ao ambiente em razão de seu encerramento operativo.

O exemplo clássico apontado pela doutrina nesse caso é o dos Estados Unidos da América. Além deles, são exemplos, a citar Pedro Dallari, as Constituições austríaca e portuguesa, como se passa a analisar. A começar pelo primeiro, a Constituição norte-americana traz em seu art. 6º, II, a seguinte regra:

¹⁸⁵ Arbitrariedade porquanto não se acredita que o Poder Judiciário, nesse aspecto específico, possua competência, num dado âmbito de discricionariedade dado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição e pelo princípio da supremacia da Constituição, para estabelecer qual a hierarquia dos tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) em nosso ordenamento jurídico.

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding (UNITED STATES OF AMERICA, 1788)¹⁸⁶.

No caso da Constituição Americana, a superposição dos tratados internacionais se dá, explicitamente, tão somente em relação à federação. No que diz respeito à produção normativa na esfera federal, a indicada Constituição ficou silente. Em razão dessa configuração, vê-se que, mais uma vez, a definição hierárquica e de eventual conflito entre tratado internacional e disposições de direito interno fica a cargo do Poder Judiciário. A esse respeito, descreve Luís Roberto Barroso:

Nos Estados unidos, a jurisprudência, de longa data, considerou os tratados e convenções internacionais incorporados ao direito interno na interpretação dada ao art. 6º, 2ª seção, da Constituição. Aos atos internacionais adequadamente aprovados pelo Congresso reconhece-se o mesmo nível das leis federais, de forma tal que o posterior prevalece sobre o anterior. Paradoxalmente, na prática, o direito internacional é frequentemente privilegiado, por força de uma atitude de deferência dos tribunais americanos, que somente consideram derogados os atos internacionais quando seja evidente a intenção do Legislativo nesse sentido (BARROSO, 2009, p. 17).

Por outro lado, o constituinte originário da República Portuguesa de 1976 tentou dar trato exaustivo à matéria no art. 8º da Norma Fundamental deste país, sendo que, ao final, não restou evidenciada a guarida a uma hierarquização explícita por parte dessa Constituição:

Artigo 8.º Direito internacional

1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.
2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.

¹⁸⁶ Disponível em: <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a6>. Acesso em 29 de set. 2018. “Esta Constituição e as leis dos Estados Unidos que se façam em sua observância e todos os tratados feitos ou que se celebrem sob a autoridade dos Estados Unidos serão a lei suprema do país; e os juízes, em cada um dos Estados estarão sujeitos a ela, sendo nulas as leis de cada um dos Estados ou a sua Constituição que em qualquer caso sejam contrárias a eles” (tradução livre).

3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos.

4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático (PORTUGAL, 1976)¹⁸⁷.

O constituinte português teve maior sensibilidade ao lidar com a integração direta do Direito Internacional Público ao ordenamento jurídico português, nisso incluindo-se os tratados internacionais, costumes e normas *jus cogens* de direito internacional. Contempla também dispositivo acerca da eficácia temporal dos tratados internacionais no âmbito interno do Estado português, ao contrário da Constituição brasileira. Lado outro, o terceiro ponto do art. 8º constitui-se em cláusula de absorção do direito comunitário e dos órgãos internacionais aos quais Portugal esteja vinculados, adequação necessária para a apropriada ambientação do país no cenário da União Europeia. Por fim, o ponto quarto estatui sobre a relação entre o direito comunitário e o direito interno de maneira específica.

Por fim, como aponta Pedro Dallari, tem-se a Constituição Federal da Áustria de 1920, que estabelece, explicitamente, também, somente regra acerca da incorporação do Direito Internacional Público ao seu Direito Interno, conforme a dicção do art. 9º, item 1, nos seguintes termos “as normas geralmente reconhecidas de direito internacional público são consideradas parte integrante do direito federal¹⁸⁸” (DALLARI, 2003, p. 28).

Pelos três exemplos citados e suas peculiaridades normativo-constitucionais, pode-se facilmente notar uma informação valiosa: a atitude de respeito dos Estados em face do Direito Internacional Público no plano do conflito

¹⁸⁷ Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 29 de set. 2018.

¹⁸⁸ Explicitando mais algumas características interessantes, o autor escreve que “o sistema constitucional austríaco é pleno de regras que referem à temática das relações internacionais ao regulamentar a integração do país a sistemas comunitários, em particular, o europeu. Exemplo, no qual há referência expressa a tratado internacional, também se encontra no art. 9º, cujo item 2 assinala que “A Federação pode transferir por via legislativa ou por um tratado, de acordo com o parágrafo 1e do artigo 50, alguns de seus direitos de soberania a instituições internacionais e a seus órgãos, e submeter às disposições de direito internacional público a atividade dos órgãos de Estados estrangeiros sobre o território federal, assim como a atividade dos órgãos austríacos no estrangeiro” (*Ibidem*).

entre tratados e normas de direito interno está em direto caminho pela prática de ações que demonstram uma constante evolução. Evolução comportamental, a partir da maior maleabilidade dada ao conceito de soberania. Evolução ética, ao observar que o Direito Internacional Público é o único caminho possível para a construção da cooperação internacional e o resguardo dos interesses da humanidade. Evolução política, a partir do momento em que a comunicação normativa encerrada no bojo das normas de Direito Internacional estabelece uma razão de meio-termo, de temperança para refrear possíveis atos arbitrários, atratores do sistema da Política sobre o sistema do Direito¹⁸⁹. Por fim, evolução comunicativa, no momento em que os elementos do sistema são utilizados com base na sedimentação da confiança em nível relacional e de autorreferência, o que corrobora as diretrizes para o estabelecimento da comunicação sincera, autêntica.

5.1.3. As Constituições que preveem a tese da supralegalidade dos tratados internacionais

O outro estágio evolutivo, e que mais interessa no presente estudo, certamente é a previsão das Constituições que incorporam dispositivos que determinam uma razão de preponderância entre as normas de Direito Internacional de natureza convencional sobre seu respectivo ordenamento infraconstitucional. Nesse desenvolvimento, vê-se que o ordenamento jurídico cuja matriz se encontra no devido processo legislativo Constitucional passa a dar origem a três espécies normativas no plano interno, em ordem de precedência decrescente: Constituição (e respectivas emendas constitucionais), tratados internacionais e legislação ordinária. Essa evolução é fruto de um consequente

¹⁸⁹ A par disso, numa análise realista, há que se observar que as superpotências ainda desempenham algumas ações no sentido de desestabilizar a sistemática normativa pela hiperinflação de códigos políticos. Apesar de não estar na órbita da discussão do conflito entre normas de Direito interno e de Direito internacional, o exemplo recente é a retirada dos Estados Unidos da América, por parte do governo de Donald Trump, do acordo nuclear realizado pelo governo de Barack Obama com o Irã, no ano de 2018. Demonstra-se que, apesar de a Suprema Corte dos Estados Unidos afiançar uma ação de deferência em face do Direito Internacional, no âmbito de sua aplicação externa, ainda há que se levar em consideração a constância da discricionariedade do Chefe de Estado em realizar denúncias. Essa hipótese, que foge do objeto central de estudo, em alguma medida, se não bem avaliada, estabelece a clara sedimentação da alopoiese do sistema normativo no âmbito do Direito Internacional Público. Disponível em: < <https://g1.globo.com/mundo/noticia/trump-anuncia-retirada-dos-eua-de-acordo-nuclear-com-o-ira.ghtml>>. Acesso em 29 de set. 2018.

rearranjo do sistema jurídico a partir do desencadeamento das barbáries vividas pelo mundo na primeira metade do século XX.

Como debruçado em obra anterior, a preocupação em garantir a força normativa do Direito Internacional Público nasceu das nefastas medidas tomadas pelo nazi-fascismo com a implementação dos regimes totalitários na Europa. Em vista dos traumas institucionais e humanitários visualizados, pôde-se verificar a necessidade de lançar mão dos tratados internacionais como verdadeiros canais de mediação dos interesses da humanidade e dos países na órbita internacional e dos seus respectivos ordenamentos internos. Os exemplos mais básicos de países que adotam essa perspectiva são a Alemanha, a França e a Espanha, como se passa a analisar¹⁹⁰.

A começar pela Alemanha, tem-se um verdadeiro marco para o Direito Internacional do ponto de vista da estruturação do Direito Constitucional desse país. Após os grandes traumas vividos após o período Nazista, a Alemanha se viu envolta ao fenômeno de constitucionalização dos direitos que garantisse a plena vigência das liberdades individuais, da erradicação de quaisquer formas de discriminação e da violência como instrumento de ação do Estado. Além disso, construiu seu ordenamento calcado na ideia de mitigação das desigualdades estruturais e da reconstrução econômica, política, social e moral da nação, afastando-se dos paradigmas e ideias que haviam levado o Estado ao colapso em todas as suas esferas comunicativas. Um dos pontos centrais foi certamente a incorporação da suprallegalidade dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno, que nada mais se revela do que a tratativa, a remissão, do país para com os Direitos Humanos e com a cooperação internacional. Nessa óptica, o art. 25 da Lei Fundamental da República Federal

¹⁹⁰ O fato de estes países encamparem a corrente da primazia do Direito internacional no plano interno não é mera coincidência. As três nações, em seu processo histórico de formação, sempre se destacaram pelo poderio bélico – em maior ou menor medida – e pela forte influência internacional. A Europa pós-Segunda Guerra foi marcada por um processo de constitucionalização que visou, em primeiro plano, erguer ordenamentos jurídicos que coadunassem com os ideais de implementação de um projeto político de pacificação dos territórios europeus a longo prazo, onde a figura da pessoa humana vertesse para o centro do Direito. Após o fenômeno nazifascista, esses países objetivaram reajustar suas posições políticas no mundo, e o fizeram, cada um ao seu tempo, ao arremesso dos paradigmas anteriores, porquanto as aspirações nacionalistas deram espaço para um alinhamento com o direito das gentes, o qual é considerado como instrumento de promoção desses valores que foram sendo apregoados e erigidos a partir desse episódio traumático para a sociedade europeia. Hoje, Alemanha, França e Espanha figuram como grandes potências demográfico-econômicas da União Europeia, contribuindo para a edificação de um sistema internacional mais equalizado e cooperativo (COSTA GONTIJO, 2016, p. 34-35)

da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) estabelece a seguinte norma:

Artikel 25

[Vorrang des Völkerrechts] Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes¹⁹¹.

Apesar de a dicção do dispositivo não ser direta no que tange à referência explícita aos tratados internacionais, vê-se que os constituintes da Lei Fundamental de Bonn se preocuparam em absorver as regras gerais de Direito Internacional Público ao seu próprio ordenamento, com preponderância sobre o Direito interno nacional, o que, em interpretação teleológica, significa que a incorporação dos tratados internacionais nesse país se dá conforme a lógica da supralegalidade¹⁹², em que pese importantes constitucionalistas, como Konrad Hesse, divergirem, por adotar a corrente dualista¹⁹³.

¹⁹¹ ALEMANHA. **Constituição da República Federal da Alemanha de 23 de maio de 1949. Artigo 25 [Preeminência do direito internacional]** As regras gerais do direito internacional público são parte integrante do direito federal. Sobrepõem-se às leis e constituem fonte direta de direitos e obrigações para os habitantes do território federal. Tradução: Assis Mendonça. *Deutscher Bundestag*, Berlim, 2011.

¹⁹² O caso Alemão figura como ponto de inflexão no quadro geopolítico pós-Segunda Guerra, uma vez que, a um só tempo, toda a nação alemã foi subjugada pelos Aliados e teve seu território repartido entre as principais nações vencedoras: Estados Unidos, França, Inglaterra e União Soviética. Diante desse cenário, a Alemanha Ocidental reconstruiu seu ordenamento jurídico de maneira a implementar a incorporação de novas normas internacionais, principalmente aquelas relativas aos tratados de rendição e de formação das Nações Unidas. A queda do Muro de Berlim e, em seguida, o processo de reunificação concomitante ao declínio da União Soviética, trouxe ao ordenamento jurídico alemão, agora unificado, uma porosidade nunca vista no país no que tange ao Direito internacional, em especial à construção de um Direito Comunitário sólido e coeso. A atual Alemanha, vetor de crescimento econômico-social da União Europeia, tem como marca o profundo respeito com as questões afetas à seara internacional, uma vez que busca erigir um novo paradigma de sistema-mundo fundado na cooperação entre os povos e na resolução pacífica dos conflitos internacionais. Ampliou-se, por conseguinte, os traços diplomáticos de sua política externa, se destacando na resolução de importantes e atuais conflitos europeus, como o conflito Russo-ucraniano, que tem como ponto de tensão a disputa pelos territórios da Crimeia, região de forte presença da etnia russa (COSTA GONTIJO, 2016, p. 35).

¹⁹³ Ao comentar o art. 25 da Lei Fundamental da Alemanha, Konrad Hesse tece algumas considerações tidas como ultrapassadas no atual estágio do Direito Internacional Público. Disserta que “o Direito Internacional Público regula as relações entre estados e outros sujeitos de Direito Internacional Público; só excepcionalmente ele obriga e autoriza também pessoas individuais. Ele não é intra-estatalmente simplesmente obrigatório, automática e diretamente, senão é considerado, diante do direito intra-estatal, como uma ordem jurídica autônoma, de modo que ambas as ordens fundamentalmente são independentes uma da outra e conflitos entre elas podem nascer – mesmo que essa compreensão dualista, muitas vezes, experimente atenuações. (...) Uma tal mudança efetua o artigo 25 da lei Fundamental, quando ele declara as regras gerais de Direito Internacional Público partes integrantes do direito federal. Debaixo disso devem ser entendidas aquelas regras do Direito Internacional Público que, pelo número muito

Por outro lado, tem-se a vez da França, um dos países pioneiros no desenvolvimento do Direito Internacional Público, cuja plêiade de teóricos inspira todos os internacionalistas ao longo da história, e no nosso tempo. O art. 55 da Constituição da República Francesa é taxativo:

Article 55

Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie¹⁹⁴.

O caso francês é dos mais ricos e representativos para os efeitos da tese defendida. O país se destaca nas relações internacionais como uma das grandes potências mundiais, e sempre liderou os movimentos de reorganização do equilíbrio de poder no campo internacional. Apesar de todo seu poderio bélico, político, econômico e, até mesmo, de influência moral sobre outros povos e Estados do mundo, a República Francesa inseriu em sua Constituição pós-Guerra de 1958 essa importante regra contida no art. 55, onde se vê a clara

maior dos estados – não necessariamente pela República Federal –, são reconhecidas, por exemplo, as regras sobre o estado jurídico das delegações estrangeiras ou normas do direito de guerra, como a proibição de pilhagem ou do tratamento desumano dos prisioneiros. A essas regras, o artigo 25 da Lei Fundamental dá primazia sobre as leis e, com isso, também sobre as normas jurídicas de hierarquia inferior, de modo que elas prevalecem sobre cada norma jurídica estatal que fica atrás delas ou as contradiz, não, ao contrário, sobre a própria Constituição, na qual assenta aquela validade intra-estatal como direito federal e que não conhece direito federal que está, em hierarquia, sobre ela. As regras gerais de Direito Internacional Público tornaram-se, com isso, em virtude do Direito Constitucional, obrigatórias diretamente para o poder legislativo, executivo e judiciário. Na medida em que elas, como regras de Direito Internacional Público, fundamentam direitos e deveres para o particular, criam elas também direitos e deveres diretamente para os habitantes do território federal. Nessa proporção, o artigo 25 da Lei Fundamental garante a concordância entre a ordem jurídica de Direito Internacional Público e intra-estatal, uma garantia na qual se manifesta claramente a “amabilidade para o Direito Internacional Público” da Lei Fundamental” (HESSE, 1998, P. 93-94). O posicionamento adotado pelo referido constitucionalista é, no limiar do presente trabalho, no mínimo, contraditório com sua histórica defesa da Força Normativa da Constituição. Ao defender que a Constituição, em razão de sua normatividade, deve ser respeitada, eleva-se, para o alto da Teoria do Direito a questão da imperatividade dos diplomas normativos, ou seja, aqueles conteúdos de dever ser que guiam as condutas dos sujeitos. Ao colocar uma argumentação calcada em um latente preconceito com as normas advindas da esfera internacional, a partir de atos de cooperação inter-estatais, Hesse acaba por mitigar a força normativa do próprio Direito, uma vez que que, nessa composição, certamente existiriam normas jurídicas que são mais normas do que outras. Ora, ou há norma jurídica ou não há. Não há meia-norma jurídica e norma jurídica completa. Tal espécie de defesa é contraditória em si, revelando-se paralogismos que não possuem qualquer senso de absorção pela lógica formal e, menos ainda, pela coerência argumentativa.

¹⁹⁴ FRANÇA. **Constituição da República Francesa de 04 de outubro de 1958.** <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#titre_6> Os tratados ou acordos regularmente ratificados e aprovados terão, desde sua aprovação, uma autoridade superior à das leis, sob reserva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte (tradução livre).

posição de supremacia dos tratados internacionais sobre o Direito interno do país. Nesse ponto, vê-se que o país se firma como um dos grandes defensores do Direito Internacional como instrumento de dissuasão política e moral no âmbito de suas relações internacionais, de modo que, até mesmo, haja a relativização do conceito clássico de soberania, não mais entendido como poder absoluto, mas como capacidade do Estado em delegar poderes diante da Sociedade Internacional e de suas respectivas estruturas deliberativas e comunitárias¹⁹⁵.

A par dessas situações, há ainda o caso da Espanha, um dos grandes pilares do Direito Comunitário Europeu, e uma das nações com maior influência cultural no mundo. Ao se libertar do regime franquista, a Espanha alçou o Direito Internacional a patamar de centralidade em seu ordenamento. A construção normativa verificada com a promulgação da Constituição de 1978 é exemplo de incorporação das normas gerais de Direito das Gentes, especialmente aquelas que se referem a Direitos Humanos, bem como uma grata referência no que toca à deferência com os tratados internacionais. A dicção do art. 96 é clara nesse sentido:

Artículo 96

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Importante referência sobre o Controle de Constitucionalidade dos tratados no Direito Francês nos é dado por Pedro Dallari: “Já a possibilidade de controle prévio de constitucionalidade do tratado está assinalada no art. 54, cuja redação atual decorre da revisão efetuada no ano de 1992 e é a seguinte: “Caso o Conselho Constitucional, convocado pelo Presidente da República, pelo primeiro-ministro, pelo Presidente de uma ou outra Assembleia ou por sessenta deputados ou sessenta senadores, declare que um compromisso internacional comporta uma cláusula contrária à Constituição, a autorização de lhe ratificar ou de aprovar o engajamento internacional em causa somente pode ocorrer após a revisão da Constituição”. E, não fugindo à regra dos Estados-membros da União Europeia, a Carta francesa recebeu, na revisão de 1992, o acréscimo de todo um título de dispositivos voltados a cuidar da institucionalização da integração gaulesa no sistema da União Europeia e das Comunidades Europeias” (DALLARI, 2003, p. 30-31).

¹⁹⁶ **ESPAÑA. Constitución da Espanha de 29 de dezembro de 1978.** <<http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#t3c3>> Artigo 96. 1.Os tratados internacionais, validamente celebrados, uma vez publicados oficialmente na Espanha, serão parte do ordenamento interno. Suas disposições só poderão ser derogadas, modificadas ou suspensas na forma prevista nos próprios tratados ou

Como se observa, há uma clara preferência por estabelecer as bases de modificação dos tratados internacionais conforme a sistemática adotada no próprio Direito internacional. Essa normatização acolhida pelo Estado Monárquico espanhol é um claro exemplo da tese defendida: a processualística de Direito internacional segue ritos próprios, peculiares, que determinam a ação dos Estados na órbita internacional, não podendo ser afastada ao mero alvedrio dos agentes no âmbito interno. A derrogação de disposições de Direito internacionais deve ser realizada conforme a sistemática colocada na Convenção de Viena de Direito dos Tratados de 1969, como será abordado no próximo subcapítulo.

5.1.4 As Constituições que preveem a tese da hierarquia equivalente dos tratados internacionais e suas respectivas constituições

Para bem além da posição acerca da supralegalidade – que, a bem da verdade, demonstra o mínimo de evolução dos Estados na construção de uma sociedade internacional alimentada e mantida pelo vínculo jurídico de cooperação –, há um caso referência no mundo, que estabelece que as normas de Direito Internacional Público, de todas as naturezas, possuem a mesma hierarquia das normas Constitucionais. Pedro Dallari, com suporte em Antonio Cassese, coloca que o melhor exemplo dessa hipótese é o da Constituição holandesa¹⁹⁷. Como bem destaca o autor, pode-se visualizar a configuração normativa nos seguintes moldes:

Os arts. 93 e 94 da Carta holandesa consagra a supremacia inequívoca das fontes de Direito Internacional Público: “Art. 93 – As disposições dos tratados e das decisões das organizações de direito internacional público que podem comprometer individualmente por seu conteúdo têm força obrigatória depois de sua publicação. Art. 94 – As disposições legais em vigor no Reino não serão aplicadas quando sua aplicação não for compatível com as disposições de tratados ou de decisões de organismos de direito internacional público que obrigam toda a pessoa”. A efetividade dessas disposições é assegurada pelo regramento erigido a partir dos arts. 92 e 91-3, que admite, inclusive,

de acordo com as normas gerais do Direito internacional. 2. Para a denúncia dos tratados e convenções internacionais será utilizado o mesmo procedimento previsto para sua aprovação no art. 94. (Tradução livre).

¹⁹⁷ Complementa, dizendo que “o sistema jurídico holandês destaca-se, assim, no âmbito do direito comparado, pela extrema relevância que, por meio da respectiva Constituição de 1983, confere não só aos tratados, mas, de maneira geral, às organizações internacionais e ao direito comunitário” (2003, p. 33).

como já se observou, a hipótese de aprovação de norma convencional internacional redundar em reforma do texto constitucional: “Art. 92 – As competências legislativas, administrativas e judiciárias podem ser conferidas por um tratado, ou em virtude de um tratado, às organizações de direito internacional público, sob reserva da observação, se necessário, das disposições do art. 91.3”. “Art. 91-3 – quando um tratado contiver disposições que derroguem a Constituição ou obriguem a derrogá-la, as Câmaras somente podem dar sua aprovação se contados no mínimo dois terços dos votos expressos” (DALLARI, 2003, p. 33).

O caso holandês se parecia bastante com o novo parâmetro incorporado pelo Brasil com a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, logo a frente estudada, vez que a partir dessa modificação, há hipótese expressa sobre a hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos em nosso ordenamento, oportunidade a qual a Constituição passou a dar a eles status de norma verdadeiramente constitucional. A análise de Direito comparado foi feita com o intuito de fundamentar a essencial modificação normativa nos âmbitos constitucional e infraconstitucional pelas quais a ordem jurídica brasileira deve passar. Seguem as considerações sobre processualística e outros exemplos de topografia de normas de Direito Internacional no Direito brasileiro.

5.2 A agregação dos Tratados internacionais Comuns no Direito Brasileiro

A integração dos tratados internacionais comuns é tema a ser enfrentado para a melhor visualização da processualística interna de sua incorporação à ordem jurídica brasileira. Aliás, incorporação não seria o melhor termo a ser utilizado, porquanto remete à análise dualista vez que sua semântica tem como significância a existência de duas formas distintas de fenômenos. Como já apontado, não há que se falar nessa dualidade específica, vez que o Direito, especificamente no caso dos tratados internacionais comuns, nada mais é que um sistema comunicativo de natureza normativa. A partir disso, observa-se que o melhor termo seria agregação dos tratados internacionais na órbita do Direito, vez que uma nova informação é direcionada a este sistema, no viés de estabelecimento de ato de participação e de ato de compreensão possibilitado pela autorreferência e conseqüente autorreprodução do código na operação autopoiética. Passa-se a estudar os elementos e relações existentes no sistema do Direito brasileiro que versam especificamente pelo arranjo estrutural de

natureza comunicativa responsável por estabelecer os pressupostos básicos para a vinculação do Estado brasileiro em nível internacional.

5.2.1 A Convenção de Viena de 1969: aspectos deontológicos na formação dos tratados internacionais avençados pela República Federativa do Brasil¹⁹⁸

Uma das funções específicas dos tratados internacionais como resultante de acoplamento estrutural entre política e direito é justamente possibilitar a justa conformação de vontades entre os atores na seara internacional, especialmente os Estado. Nesse viés, essas espécies convencionais desempenham papel estratégico para que as divergências e dissonâncias comunicativas no nível da política possam ser, minimamente, diluídas no nível normativo, a partir da ideia de que os tratados internacionais comuns funcionam como acoplamento estrutural entre política e direito.

O sistema do Direito, cuja operação básica se assenta na comunicação normativa de natureza binária, tem no desenvolvimento dos tratados internacionais comuns uma das mais expressivas conquistas evolutivas na relação entre os povos. Isso porquanto a variada gama de interesses – especialmente, na história, envolvendo práticas econômicas e demarcações de fronteiras – acaba por criar um cenário onde a contingência comunicativa, no tempo, é a marca mestra. Com o intuito de diminuir os riscos, de aumentar a complexidade intrassistêmica mediante a diminuição da complexidade do ambiente, a Sociedade Internacional, em contexto pós-Segunda Guerra, entendeu por bem empreender esforços na busca da criação de mecanismo normativo que estabilizasse e homogeneizasse a prática dos Estados no que se refere à formação de acordos internacionais. Atuando no aperfeiçoamento da autorreferência basal da estrutura jurídica, inúmeros países se uniram em torno

¹⁹⁸ A Convenção de Viena de 1969 certamente é o principal documento em matéria de processualística e afirmação dos tratados internacionais como verdadeira fonte do Direito Internacional produzida até hoje. Contudo, não há que se esquecer que, em nosso ordenamento, vige até o presente momento a Convenção de Havana sobre o Direito dos Tratados de 1928. Conforme Mazzuoli, “é importante frisar que mesmo com a entrada em vigor da Convenção de Viena de 1969 no Brasil, ainda continua vigente entre nós (naquilo que não a contrariar) a Convenção de Havana sobre Tratados, de 20 de fevereiro de 1928, celebrada por ocasião da Sexta Conferência Internacional Americana realizada em Cuba. Tal Convenção, que conta com 21 artigos, foi sancionada pelo Estado brasileiro em 8 de janeiro de 1929, pelo Decreto 5.647, e ratificada em 30 de julho, tendo sido promulgada aos 22 de outubro do mesmo ano pelo Decreto 18.956. Também a ratificaram, juntamente com o Brasil, os Estados do Equador, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru e República Dominicana” (MAZZUOLI, 2011, p. 38-39).

das Nações Unidas e criaram poderoso instrumento normativo firmado na Áustria: a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969¹⁹⁹.

A construção da normatividade do Direito Internacional Público é ação perene, de esforço contínuo, árduo e que muitas das vezes causa decepção ao internacionalista. Não poderia deixar de ser diferente no caso da entrada em vigor do “Tratado dos tratados”, e também em relação à respectiva ratificação da República Federativa do Brasil. Exemplo disso, é a narrativa feita por Francisco Rezek no sentido de demonstrar que a Convenção de Viena de 1969 somente passou a surtir seus efeitos jurídicos a partir de janeiro de 1980, quando alcançou-se o quórum de 35 Estados-parte, condição prevista no art. 84 do referido documento (REZEK, 2011, p. 37). O Brasil, por sua vez, somente ratificou o documento aos 25 de outubro de 2009, mais de quarenta anos depois da respectiva assinatura do Tratado²⁰⁰.

O preâmbulo da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados traz vieses interpretativos e informativos de forte caráter idealista. Reconhece-se a necessidade de produzir documento de tal densidade em razão do papel histórico que os tratados desempenham no que se refere às relações entre os

¹⁹⁹ Nesse ponto, disserta Valério de Oliveira Mazzuoli: “A comissão de Direito Internacional (CDI) das Nações Unidas, desde o início de seus trabalhos (em 1949) já fez inserir o Direito dos Tratados dentre os temas prioritários a serem regulados pelo Direito Internacional Público do pós-guerra. Foi designado pelo relator especial o jurista britânico James Leslie Brierly, tendo sido sucedido por Hersch Lauterpacht (em 1952), Gerald Gray Fitzmaurice (em 1954) e Sir Humphrey Waldock (1961). Os estudos e discussões que levaram à adoção da convenção sobre tratados duraram vinte anos, com o envolvimento de 110 Estados, dos quais apenas 31 (entre eles o Brasil) firmaram o texto final adotado na Conferência de Viena (presidida pelo internacionalista italiano Roberto Ago), em 23 de maio de 1969” (MAZZUOLI, 2011, p. 34)

²⁰⁰ A ação desidiosa do governo brasileiro em relação ao Tratado se deve, em primeiro lugar, à ideologia preponderante no país nos anos 70 e 80 do século XX. Como bem narra Mazzuoli, “no Brasil, somente em 22 de abril de 1992 foi que o Poder Executivo, com a Mensagem n. 116, encaminhou o texto da Convenção de 1969 à apreciação do Congresso nacional. A Mensagem presidencial foi aprovada na Comissão de relações Exteriores da Câmara dos Deputados em 2 de dezembro do mesmo ano, tendo sido transformada no Projeto de Decreto Legislativo 214/1992, após aprovação unânime do parecer do relator, Deputado Antônio Carlos Mendes Thame, que recomendava a aprovação da Convenção, mas com reservas aos arts. 25 e 66. Desde outubro de 1995 a matéria, objeto do Projeto de Decreto Legislativo 214-C/92, aprovado pela Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados, encontrava-se pronta para a Ordem do Dia, tendo nessa situação permanecido até 19 de junho de 2007, quando então foi reaberta em turno único, mas sem apreciação naquela data. A matéria foi novamente reaberta (e encerrada) em várias outras oportunidades durante os anos de 2007 (nos meses de julho, agosto e setembro) e 2009 (no mês de novembro), tendo voltado à pauta da Câmara dos Deputados em 14 de maio de 2009, ocasião em que foi finalmente aprovada e encaminhada ao Senado Federal. Na Câmara Alta, a Convenção foi aprovada em 15 de julho de 2009, tendo sido ao final promulgado o Decreto Legislativo 496, de 17 de julho do mesmo ano. Nesse mesmo dia, pelo Ofício 1.401, a Secretaria de Expediente do Senado encaminhou a mensagem 160/09 ao Presidente da República, dando-lhe notícia da promulgação da Convenção. Finalmente, em 25 de setembro de 2009 foi a Convenção ratificada pelo Governo brasileiro, tendo sido promulgada internamente (com reservas aos arts. 25 e 66) pelo Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009) (MAZZUOLI, 2011, p. 37-38).

povos na história. Como já apontado, essa questão possui bastante relevância tendo em vista que, conforme Rezek, os tratados fazem parte da prática de negociação de acordos entre povos desde, pelo menos, o tratado de paz firmado entre Hatusil III, rei dos hititas, e Ramsés II, faraó egípcio entre 1280 e 1272 a.C.²⁰¹. (REZEK, 2011, p. 35). Dessa época para cá, os tratados internacionais sempre foram utilizados como instrumento para encerrar situações de conflitos e guerras e, especialmente, para demarcar fronteiras entre povos e entre zonas de domínio colonial.

Dispõe, então, sobre a relevância incondicional dos tratados internacionais na seara das relações entre Estados e povos a partir de uma óptica de desenvolvimento da cooperação pacífica, a despeito das estruturas normativas internas de cada nação delineadas em suas Constituições e em seus sistemas e práticas sociais. Os atos de cooperação são a finalidade máxima do Direito Internacional Público e podem ser vistas como pontes para o estabelecimento da paz, do desenvolvimento econômico em nível internacional e a mitigação de desigualdades regionais de grande sensibilidade para a humanidade. Obviamente essa mensagem deixada no preâmbulo da Convenção de Viena carrega forte conteúdo axiológico no sentido de orientar contínuo perfazer de práticas cooperativas na seara internacional, o que nem sempre é alcançado tendo em vista que os sistemas políticos em alguma medida ainda absorvem (corrompem, a lançar os mecanismos atratores como tática de resposta e de comunicação) a normatividade das fontes de Direito Internacional.

Invoca, ainda, três normas *jus cogens* de Direito Internacional Público, quais sejam livre consentimento, boa-fé e a regra *pacta sunt servanda*. O livre consentimento encontra-se na base do sistema internacional e pode ser interpretado conforme o princípio da autodeterminação dos povos²⁰². Com efeito,

²⁰¹ Por outro lado, Dupuy afirma que em 1975 descobriu-se um tratado que remonta o período próximo a 2500 anos a. C., concluído entre o reino do Ebla (Síria do Norte) e o reino de Abousal (Eufrates central) [Les traité est presque inhérent aux relations internationales, et l'on a découvert en 1975 un traité remontant à environ 2500 ans avant Jésus-Christ, conclu entre le royaume d'Ebla (Syrie du nord) et celui d'Aboussal (Euphrate Central)] (DUPUY, 1995, p. 197 – tradução livre).

²⁰² Mais uma vez, o preâmbulo da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 é exemplar no que se refere às descrições dos motes que deram origem à sua produção no nível da Sociedade Internacional ao estabelecer que os sujeitos que negociaram as normas constantes no tratado estariam “conscientes dos princípios de Direito Internacional incorporados na Carta das Nações Unidas, tais como os princípios da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, da igualdade soberana e da independência de todos os Estados, da não-intervenção nos assuntos internos dos Estados, da proibição da ameaça ou do emprego

nenhum Estado pode ser compelido a assinar tratados internacionais, sob pena de vício inexorável, tornando-o nulo²⁰³. Isso significa que o sistema do Direito, em sua moldagem específica de Direito Internacional, afasta as comunicações de poder que tentem infiltrar nos códigos da estrutura da comunicação normativa como forma de estabelecer a sobreposição indevida da política (ou da arbitrariedade, para ser mais exato) sobre a normatividade dos tratados internacionais e sobre seus requisitos intrínsecos de validade.

Por outro lado, a norma *jus cogens* da boa-fé é carregada em todo o texto da Convenção de Viena de 1969, especialmente em duas categorias distintas: norma validadora dos requisitos subjetivos para a conformação do ato internacional e norma interpretativa das cláusulas e dos mecanismos pertencentes ao aperfeiçoamento ou à desvinculação do acordante em relação ao tratado. Assim, a regra *pacta sunt servanda*, ou os contratos serão estritamente observados, tem como critério axiológico de validação a intenção dos atores em realizar atos de cooperação nos estritos moldes e conforme os pontos exaustivamente acordados por meio desses instrumentos normativos. É a partir do princípio da boa-fé e da regra *pacta sunt servanda*, como se verá no Capítulo 6 com maior profundidade, que os tratados internacionais acabam por registrar a cristalização de verdadeiro acoplamento estrutural promotor da confiança sistêmica em níveis interno e internacional. Isso se dá porque a atividade de produção e ratificação de tratados internacionais está estritamente vinculada à manifestação do código binário poder/não poder, o que transforma os tratados internacionais, mormente os comuns, em verdadeira arena normativa para a integração comunicativa em áreas de dissensos políticos, que se convertem em estrutura de natureza comunicacional normativa, a ganhar imperatividade e cogência.

da força e do respeito universal e observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos” (BRASIL, 2009).

²⁰³ Essa livre vontade é recorrentemente relativizada a partir de práticas de responsabilidade e sanção difusa em nível internacional, como ocorre com os embargos econômicos. Exemplo disso é a posição da Comunidade Europeia e dos Estados Unidos em relação ao programa nuclear iraniano, que, ao final, levou este país a assinar um tratado como forma de garantir a não proliferação de armas nucleares no circuito mundial e, ao mesmo tempo, se livrar de entraves comerciais em nível internacional, que causava impactos diretos em sua economia doméstica. Em que pese esses fatos recorrentes – ponto em que os teóricos realistas apontam para a fragilidade do sistema normativo internacional – a Convenção de Viena do Direito dos Tratados estabeleceu em seu art. 52 a regra: “É nulo um tratado cuja conclusão foi obtida pela ameaça ou o emprego da força em violação dos princípios de Direito Internacional incorporados na Carta das Nações Unidas” (BRASIL, 2009). Outros dispositivos do tratado também versam sobre hipóteses de nulidade.

Dentro dessa referência, o art. 31 da Convenção de Viena de 1969 (BRASIL, 2009) estatui que “um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz do seu objetivo e finalidade”. A referida norma alça o princípio da boa-fé como norte hermenêutico para a garantia da funcionalidade comunicativa dos tratados internacionais. Leva-se em consideração a inserção do sistema do Direito e do sistema da Política internacional no tempo, a fim de evitar contingências e diacronia na interpretação. Obviamente, a cláusula da boa-fé como ponto de referência para interpretação dos tratados traz em si a desconfiança, em razão de sua formação linguística estrutural (relação significado-significância) conter densa carga polissêmica. A atividade interpretativa da boa-fé, então, deve estar pautada nas práticas costumeiras em Direito Internacional Público, uma vez que as espécies normativas de natureza *jus cogens*, a bem da verdade, nada mais são que pontos de estabilização do sistema que possuem imperatividade imanente. Essa extração da boa-fé com espeque na prática costumeira tem como efeito buscar a razão de ser dos próprios tratados internacionais, ou seja, sua funcionalidade sobre o sistema do Direito e sobre o sistema da Política. Por sua vez, essa funcionalidade não mais pode ser do que a afirmação irrestrita da Confiança, da fé que anima a existência do Direito e dos próprios sistemas sociais em suas respectivas dinâmicas operacionais²⁰⁴.

A Convenção de Viena de 1969 ainda encarta a ideia de que a solução de conflitos relativos ao cumprimento de tratados internacionais deve ser feita de acordo os dispositivos de direito internacional comumente aceitos pela sociedade internacional e, especialmente, pelas cláusulas encampadas por ela própria. Propaga, então, a ideia de que os conflitos nessa seara devam ser resolvidos conforme meios pacíficos e a ter como parâmetros os princípios de justiça e de Direito Internacional. Assim, o Tratado dos Tratados invoca o objetivo das próprias Nações Unidas de fornecer meios necessários para que os conflitos em nível internacional sejam solucionados de forma pacífica, cooperativa e

²⁰⁴ Esse raciocínio pode ser identificado, por exemplo, no art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, onde se extrai regra no sentido de que os tratados internacionais serão considerados nulos no caso de o Estado invocar fato que se mostre como violação direta a norma de direito interno de importância fundamental para a ratificação, de forma que, nesse contexto de produção do tratado, a violação fosse manifesta, ou seja, se ela “for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé” (BRASIL, 2009).

conforme as cláusulas de direito das gentes, especialmente através dos inúmeros órgãos que compõem o organismo internacional.

Em outro ponto de extrema relevância, o tratado em análise estabelece que sua consubstanciação se pauta na crença de que a codificação do Direito Internacional Público contribui para o progressivo desenvolvimento dessa seara jurídica, além de promover os objetivos enunciados na Carta das Nações Unidas. Efetivamente, a codificação é fenômeno que advém da modernidade, cujo principal fundamento axiológico é a segurança jurídica. Por meio da codificação, a ideia de Estado de Direito – ou seja, a submissão da vontade soberana à lei, que emana, em última instância, da vontade do povo – é sedimentada como pedra de torque do sistema do Direito, uma vez que os pressupostos comunicativos são explicitados através de enunciados linguísticos inscritos em documento escrito. O direito positivado, por pressuposto, traduz a ideia de planejamento, a ideia de prospecção de cenários que é permitida pela autonomização da estrutura do Direito de modo explicitado, inteligível para qualquer destinatário da comunicação normativa presente no respectivo sistema social.

Nesse espírito, a Convenção de Viena de 1969 encarna a virtude de estabelecer uma homogeneização de condutas dos Estados em nível de sociedade internacional no que diz respeito ao trato para com o Direito Internacional, em suas mais variadas segmentações gnosiológicas²⁰⁵. Ao determinar as normas básicas para o aperfeiçoamento dessas espécies normativas de alto relevo no atual cenário internacional, o documento em análise acabou por sobrelevar o Direito Internacional Público a um novo patamar na história, servindo de espelho para que os países, cada vez mais, adequem seus ordenamentos jurídicos domésticos em uma perene abertura para as dicções advindas da seara internacional.

Por fim, os Estados-signatários, à época das negociações, entenderam por bem constar na referida Convenção uma importante cláusula para a afirmação da imperatividade do Direito Internacional Público: o reconhecimento

²⁰⁵ Até a presente data, a ONU constava em seu site a presença de 116 (cento e dezesseis) Estados-parte da referida Convenção, o que demonstra a construção lenta e gradual de mecanismos de interseção entre Política Internacional e Direito Internacional dentro da esfera de normatividade própria ao Direito. Para informações sobre os Estados signatários, Estados-parte e as respectivas reservas feitas por cada um deles, acessar <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_fr>. Acesso em 27 de set. 2018.

de que as regras de Direito Internacional consuetudinário continuam a reger aquilo que não fosse regulado pelo indicado documento normativo. Aliás, o art. 53 da referida Convenção coloca as normas *jus cogens* como verdadeira fonte de validação do Direito Internacional Público, de modo que quaisquer tratados firmados que forem de encontro com sua normatividade, necessariamente, são considerados nulos²⁰⁶. A razão de ser de tal dispositivo é clareada quando se analisa a natureza de uma norma consuetudinária de direito das gentes: ela somente pode ser invocada em razão de que os Estados, em dado recorte espacial-temporal, comungam de certas formas de ação comunicacional (comunicação política que amolda a produção da comunicação normativa, na perspectiva da autopoiese normativa), que podem ser verificadas de maneira reiterada e que, por fim, os próprios sujeitos as tenham por vinculante de conduta. A formação da norma de *jus cogens*, nesse argumento, se refere a verdadeira ação ablativa do fenômeno, o que possibilita resgatar, identificar e impor o conteúdo dessas normas sobre a vontade dos Estados, quando estes se movem no sentido de desrespeitá-las, a pretexto de realizarem uma nova regulamentação por meio da positivação na seara internacional.

Por esse breve exposto, pode-se observar que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados representa verdadeira contribuição evolutiva para o assentamento do Direito Internacional Público como arena de planejamento e de garantia da segurança jurídica e da confiança em nível internacional. Além disso, em razão de sua ratificação pela República Federativa do Brasil²⁰⁷, integra de forma direta a processualística dos tratados internacionais, o que se passa a estudar no próximo tópico, em linhas gerais.

²⁰⁶ Assim é a dicção do art. 53: Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*jus cogens*). É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza (BRASIL, 2009).

²⁰⁷ A asserção deve ser lida com moderação, uma vez que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, mesmo não tendo sido ratificada antes de 2009, foi invariavelmente invocada como fonte costumeira de Direito Internacional, apta a gerar os seus jurídicos efeitos na conduta da República Federativa do Brasil em nível de sociedade internacional, bem como em relação a outros países.

5.2.2. A processualística interna e normas constitucionais processuais em matéria de tratados internacionais

A processualística interna para a agregação de tratados internacionais no Brasil, especialmente os comuns, inclui a conjugação de uma intrincada rede normativa. Primeiramente, as parcas normas de competência para a celebração e ratificação de tratados presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Em segundo lugar, os regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Em terceiro lugar, as normas contidas na *ratio decidendi* dos precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Por fim, a própria Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, que faz parte do ordenamento jurídico brasileiro conforme o Decreto n. 7.030/2009. Para efeitos do presente trabalho, adotar-se-á o estudo das principais normativas de direito interno e, ao fim, apontando para a insuficiência de suas regulamentações e a grande ingerência do Poder Judiciário no trato dos tratados internacionais em razão da omissão constitucional constatada no presente trabalho.

Inicia-se da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Como forma de garantir a ideal separação dos poderes e prevenir conflitos de interesses entre a sociedade e o corpo político que se encontra na dianteira do Poder Executivo em dado momento histórico, o constituinte originário estabeleceu regras no sentido de que a competência para a criação de uma obrigação em nível internacional é conjugada entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo. O Poder Executivo, que representa o Estado brasileiro em suas relações internacionais, tem visão estratégica, possui condições de planejamento e maior plasticidade na negociação das cláusulas convencionais. O Poder Legislativo, por sua vez, perfaz importante papel de fiscalização para a garantia dos interesses nacionais e da sociedade brasileira, dando ares de legitimidade às normas de Direito Internacional Público negociadas e remetidas à apreciação do Congresso Nacional pelo Poder Executivo.

Em relação à processualística para a formação dos tratados internacionais em nosso país, há duas regras fundamentais na Constituição. A primeira está contida no art. 49, I, de onde se extrai ser de competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (BRASIL, 1988). Nesse caso, verifica-se que o Poder

Legislativo, em uma primeira leitura, cumpre papel central para que os tratados internacionais negociados pelos representantes do Estado brasileiro possam se tornar válidos e eficazes na órbita do sistema jurídico. Em um segundo momento, a Constituição, em seu art. 84, VIII, estatui ser da competência privativa do Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais”²⁰⁸, sujeitos a referendo do Congresso Nacional” (BRASIL, 1988)²⁰⁹.

A doutrina brasileira destaca a falta de precisão terminológica para a produção das normas de competência em matéria de tratados no nível constitucional. Para melhor visualização do problema, importante alguns pressupostos. Ensina Celso D. Albuquerque Mello que “o tratado internacional, no seu processo de conclusão, atravessa diversas fases: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro. Cada uma dessas fases possui normas próprias e características específicas”²¹⁰ (ALBUQUERQUE MELLO, 2004, p. 225). Assim, para que o tratado passe a integrar a comunicação normativa, ganhando autonomia operacional e se integrando à estrutura do sistema em movimento autopoietico, torna-se necessário que o transcurso entre essas fases elementares seja vencida. Contudo, observa-se que diante da terminologia empregada pelo constituinte, tem-se verdadeira confusão entre

²⁰⁸ Destaca Mariângela Ariosi, com base na obra de Afonso Arinos, que “ao serem usadas as palavras tratados e convenções para expressar que ao mesmo objeto jurídico teria havido má técnica constitucional; por essa razão, as interpretações acabam gerando conflitos de competência (ARIOSI, 2000, p. 142-143).

²⁰⁹ As Constituições Republicanas anteriores à de 1988 adotavam a sistemática de controle mútuo entre os Poderes da República para que os tratados internacionais pudessem ser aperfeiçoados pelo Estado Brasileiro. Como coloca Antônio Paulo Cachapuz Medeiros, citado por Mariângela Ariosi: “Até a Constituição de 1988 houve: a) durante a vigência da CF de 1946, 172 aprovações de atos internacionais multilaterais e 181 bilaterais, apenas um tratado foi rejeitado; b) na vigência da CF de 1967, foram aprovados 148 atos internacionais, sendo 127 multilaterais e 21 bilaterais; c) de 1969 a 1981, o Congresso aprovou 106 multilaterais e 186 bilaterais, das quais três aprovações foram realizadas com reserva. De 1946 a 1981, apenas um tratado fora aprovado com emendas: o acordo de comércio e pagamento entre Brasil e Tchecoslováquia, concluído em 1960, sendo que o governo tcheco aceitou as emendas, sendo promulgado em 1963 (MEDEIROS *apud* ARIOSI, 2000, p. 143).

²¹⁰ Continua, dizem que “em sentido estrito, os tratados possuem uma conclusão mediata com as seguintes fases: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, registro e publicação, e existe neles uma unidade de instrumento jurídico. Os acordos em forma simplificada têm uma conclusão imediata: negociação e assinatura e, geralmente, mas nem sempre, há uma “pluralidade de instrumentos jurídicos”. Assinala Rousseau que a verdadeira diferença entre os tratados em sentido estrito e os acordos em forma simplificada é que nestes últimos não existe a ratificação. Entretanto, esta distinção não é exata, uma vez que nada impede a submissão do acordo em forma simplificada à ratificação. O que, entretanto, caracteriza estes acordos é o fato de não serem apreciados pelo Congresso. Quanto às demais fases mencionadas, eles também as têm. O tratamento destes acordos varia com o sistema constitucional em que se manifestam. Em conclusão, podemos afirmar que os tratados em sentido estrito são aqueles submetidos à ratificação após terem sido aprovados pelo Poder Legislativo” (ALBUQUERQUE MELLO, 2004, p. 225).

quais seriam os atos do legislativo e do executivo próprios a cada fase do procedimento geral.

Isso se dá porquanto o art. 84 determina a sujeição de todos os tratados celebrados pelo Presidente da República a referendo do Congresso Nacional. Por outro lado, o art. 49 coloca que somente os tratados que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional seriam resolvidos de maneira definitiva pela cúpula legislativa. Haveria, então, a hipótese de tratados internacionais que poderiam ser ratificados somente por interveniência do executivo²¹¹? Obviamente que há tratados que entram nessa condição de dispensa de aval da Casa Legislativa para que possa se aperfeiçoar em nosso ordenamento jurídico, como os exemplos dados pela doutrina de Celso Albuquerque Melo, Rezek²¹² e Accioly²¹³. Para além dessa controversa,

²¹¹ Esse ponto é extremamente controverso e se coloca em três correntes teóricas de grande importância para o processo dos tratados internacionais. Roberto Luiz Silva reduz as divergências e realiza as pertinentes comparações: “Há três *vertentes* a respeito dos tratados internacionais serem ou não submetidos à apreciação do Congresso Nacional: *Ferreira Filho*: todos os atos internacionais deveriam ser submetidos à apreciação do Congresso Nacional, com base no artigo 84, VIII, da Constituição Federal. Mesmo as aplicações financeiras que façam União, Estados, Distrito Federal e Municípios no mercado internacional pressupõe tal autorização. No mesmo sentido, afirma *Pinto Ferreira* que quaisquer tratados e convenções internacionais celebradas pelo Chefe do Executivo têm de ser submetidos ao Congresso Nacional – sendo indispensável a sua aprovação ou resolução definitiva. Tal afirmativa inclui os empréstimos internacionais, pois, segundo ele, as operações externas de natureza financeira compreendem empréstimos, operações ou acordos. (...). *Mello e Rezek*: há atos internacionais que possuem validade independentemente de apreciação pelo Congresso, como o caso do *Modus Vivendi*, do acordo de interpretação, um *pactum de contrahendo*. Para eles, apenas tratados internacionais que impliquem ônus para o patrimônio nacional devem ser submetidos ao Congresso. (...) *Marotta Rangel*: deverão ser submetidos à apreciação do Congresso os acordos que impliquem ônus para o patrimônio nacional e também os que impliquem modificações de normas do ordenamento jurídico interno. Tal é também o entendimento de Cretella Júnior ao assegurar que, desde que o ato internacional editado possa acarretar ou acarrete encargos ou compromissos gravosos para o patrimônio nacional, o Congresso Nacional, exclusivamente, terá competência para analisá-lo. Se a medida unilateral acarretar encargo ou compromisso gravoso ao patrimônio Nacional, com exclusividade, manifestar-se *a priori* ou *a posteriori* (SILVA, 2010, p. 118-119).

²¹² Rezek aponta que mesmo os casos de tratados bilaterais para mera dispensa de vistos em passaportes têm passado à submissão do Congresso Nacional para poder ser ratificado. Como abordado em trabalho anterior, “Rezek, no entanto, coloca que a participação do Congresso Nacional na efetivação e convalidação dos Tratados Internacionais deve seguir a lógica e vontade da Constituição, de maneira a afastar aqueles argumentos relativos a uma suposta existência de um “costume constitucional” onde alguns tratados que não trouxessem ônus financeiro para o país pudessem ser aperfeiçoados exclusivamente por atos do Chefe de Estado. Para o internacionalista, lançar mão do argumento de que a prática internacional, essencialmente dinâmica, deve ter maior intercambialidade em face dos Estados, e que a submissão ao Processo Legislativo Nacional retardaria a efetivação de um acordo internacional, é algo a ser rechaçado. Isso porque “toda pesquisa por amostragem permitirá (...) concluir que a demora eventual do Legislativo na aprovação de um tratado é companheira inseparável da indiferença do próprio Executivo em relação ao andamento do processo; (...)” (COSTA GONTIJO, 2016, p. 81).

²¹³ Accioly expõe a questão nos exatos moldes defendidos no presente trabalho: “Há casos em que, usualmente, a ratificação não é exigida. E, então, os compromissos assumidos revestem-se em geral, de formas mais simples do que as das convenções ou tratados

Mariângela Ariosi coloca em relevo outro ponto de imprecisão dos dispositivos constitucionais:

Outro aspecto relevante é, mais uma vez, a falta de precisão deste dispositivo, haja vista a não-determinação de quais seriam os *compromissos gravosos*. Com efeito, trata-se de um conceito juridicamente indeterminado e sob a total influência de variáveis políticas que acabarão por determinar circunstancialmente quais seriam as situações gravosas ou não gravosas, de acordo com os interesses dominantes da burocracia estatal (ARIOSI, 2000, p. 144).

Como se observa, as normas relativas à ratificação de tratados no âmbito da Constituição brasileira são extremamente escassas e, em grande medida, determinam cenário de extrema contingência e insegurança jurídica no que se refere a questões essenciais para dirimir controvérsias no que tange a essas espécies normativas²¹⁴. É a partir desse cenário que defender-se-á, no capítulo 7, a reestruturação do sistema constitucional e infraconstitucional brasileiro.

Para além da regulação dada em nível constitucional, tem-se como fonte processualística, também, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que se refere à ratificação de tratados pelo país. A decisão paradigma nessa matéria certamente foi dada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480MC/DF, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello. Nesse ponto, definiu-se por um procedimento trifásico para que a norma de direito internacional pudesse ter eficácia no âmbito jurídico interno do país, qual seja: a) primeiramente, em razão do disposto no art. 84, VIII, da Constituição Federal de 1988, competiria

propriamente ditos. Esses casos são constituídos pelos seguintes atos: a) os acordos celebrados, nos estritos limites da sua competência, por certos funcionários que têm capacidade para isso e sobre assuntos de interesse local ou de pequena importância. Assim, por exemplo, em tempo de guerra, conforme dissemos, os comandantes militares ou navais podem celebrar certos ajustes, que, sobretudo pela sua urgência, dispensam a ratificação; b) os acordos celebrados para cumprimento ou para interpretação de tratados já ratificados, contanto que não alterem a substância destes; c) os acordos de *modus vivendi*, quando têm em vista deixar as coisas no estado em que se acham ou estabelecer simples bases para negociação futura; d) acordos sobre assuntos puramente administrativos, que sejam de atribuição exclusiva do poder executivo” (ACCIOLY, 2009, p. 704).

²¹⁴ A Constituição Federal de 1988 ainda traz algumas normas em matéria de Direito Internacional que se referem, mais das vezes, ao próprio conteúdo do acordo firmado no âmbito internacional. Isso pode ser conferido ao se analisar a seguinte dicção: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...)IV - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente; V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; (...) VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal; VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno” (...) (BRASIL, 1988).

ao Presidente da República celebrar todos os tratados, atos e convenções internacionais; b) com base no art. 49, I, da Constituição Federal de 1988, o Congresso Nacional teria a competência privativa para resolver definitivamente sobre os tratados que acarretem encargos ou compromissos gravosos para o patrimônio nacional; por fim, lançando mão de uma espécie de costume, c) o STF condiciona à edição de Decreto Presidencial promulgando o ato ou tratado internacional para que ele tenha eficácia no âmbito interno. Assim, após a ratificação do tratado internacional, o Presidente da República teria que expedir decreto, que seria responsável por levar a cabo três consequências jurídicas imediatas: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e tão somente então, a obrigar e a vincular no plano do direito positivo interno (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1997)²¹⁵.

²¹⁵ O acórdão restou assim ementado: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGUMENTO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar

Esse peculiar modo de legiferação indireta aponta para uma das deficiências institucionais de nosso sistema do Direito atual, que se arrasta ao longo da história republicana. Como se pode observar, o Supremo Tribunal Federal foi para além de sua competência constitucional ao estabelecer, por ele próprio, todos os requisitos essenciais para que se possa invocar a aplicabilidade de cláusula convencional em nosso sistema jurídico. Do ponto de vista do Direito

no plano do direito positivo interno. Precedentes. SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio pacta sunt servanda, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10). (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1997 – grifo do autor).

Internacional Público, a situação é sensivelmente complicada, especialmente no que se refere à argumentação referendada no indicado acórdão no sentido de que o princípio da Supremacia da Constituição, inclusive, teria como efeito o afastamento da aplicabilidade da norma *jus cogens* em Direito Internacional *pacta sunt servanda*.

Uma decisão dessa magnitude representa, na perspectiva da Teoria dos Sistemas de base luhmanniana a situação de ruptura e captura da forma comunicacional própria aos tratados internacionais pela comunicação normativa de Direito Interno, verdadeiro estado de alopoiese sistêmica.

Primeiramente, como reiteradamente argumentado, as decisões no campo internacional são matérias afetas ao Poder Executivo, de maneira que, com a participação do Poder Legislativo, o Direito Internacional Público ganha eficácia, efetividade e legitimidade conforme os parâmetros político-constitucionais previamente moldados em nosso ordenamento. Isso quer dizer que a atividade hermenêutica do Supremo Tribunal Federal está adstrita ao controle de constitucionalidade dessas espécies convencionais – lembrando-se, sempre, do dever de interpretação restritiva, vez que se trata de espécie normativa de grande sensibilidade, por se referir a compromissos que vão para além da visão de *jus imperii* estatal, a abarcar a consonância de vontades no âmbito internacional, conforme o princípio da cooperação. Por esse viés, o Judiciário, que se situa no centro do ordenamento jurídico, não pode ter a função de estabelecer conversões e *outputs* diretos por parte do sistema jurídico. Sua atuação deve sempre se reter no âmbito das estruturas comunicativas, para dentro do sistema. Essa defesa leva em conta que não é papel do judiciário compor lacunas autênticas do Direito, especificamente aquelas de natureza estrutural, e que, de alguma forma, acabam relegar a esse Poder uma discricionariedade quase que ilimitada, podendo, até mesmo, demolir todo o conjunto lógico de manutenção do Direito Internacional Público, erigido pela doutrina e pela vivência da Sociedade Internacional em sua consonância histórica.

Em segundo lugar, a possibilidade dada pelo Supremo Tribunal Federal de que a partir da verificação de conflito entre norma de Direito interno e norma *jus cogens* prevaleceria o primeiro acaba por afetar o entendimento basal da comunicação normativa: a confiança. Norma *jus cogens* em Direito Internacional é aquela que possui preceito vinculante não somente por sua força e forma

axiológica, mas por retratar fidedigno imperativo, inafastável. Nesse ponto, importante retratar a ideia colocada na obra de Hans Kelsen, ao citar Cristoph von Sigwart:

O imperativo não exige crença em sua verdade, mas obediência. Nesta mais próxima e habitual significação do imperativo como expressão de um querer individual determinado, nada de essencial é modificado, se ele surge como forma de uma lei geral (quer dizer: como norma jurídica geral). Quando o legislador se coloca defronte de cidadãos e de membros de Religião, ... (ele) não fala para comunicar uma verdade que deve ser acreditada, mas para enunciar um mandamento, o qual deve ser cumprido... (Sigwart *apud* KELSEN, 1986, p. 191-192)²¹⁶.

Tomada essas premissas iniciais, vê-se que o estudo da processualística abarca, por fim, a verificação de normativas internas aptas a explicar o fenômeno da agregação dos tratados internacionais ao sistema do Direito brasileiro. Os elementos normativos relacionados com as operações comunicativas a serem estudadas no presente ponto estão contidas em inúmeros diplomas, de modo que lança-se mão das diretrizes doutrinárias dadas por Roberto Luiz Silva para melhor visualização dos procedimentos.

A propulsão do processo de formação de tratados internacionais, invariavelmente, é dada pelo Chefe de Estado. Isso porquanto essa figura encarna a ideia de nação, de soberania e de máximo representante do Estado e do povo de um dado país, razão pela qual representa, em nosso caso, a República Federativa do Brasil como pessoa jurídica de Direito Internacional

²¹⁶ Nesse ponto, defendi que a mesma lógica se aplicaria aos precedentes em nossa jurisdição: “A citação de Cristoph von Sigwart realizada por Kelsen aponta para o elemento central da Teoria do Direito: a vinculação das condutas humanas que é operacionalizada pelo Direito. É nesse sentido que reside a força do sistema jurídico em impor a outrem a necessidade de se comportar de dada maneira, de manter suas condutas conforme aquilo que se avaliou como “normal” dentro de um espectro vivenciado pela comunidade. Não se trata de conselho, de admoestação moral. É imperativo, não há escolha do agir em sentido contrário àquilo que deve ser, pois caso não seja, uma consequência jurídica é prevista para o restabelecimento e reafirmação da autoridade da Lei e do sistema. O imperativo desenhado pelo aparato jurídico não está a se referir à uma crença, mas a uma ordem impositiva que deve ser obedecida por todos (BERNARDES, COSTA GONTIJO *In* RIBEIRO *et al.*, 2018, p. 759). Ora, um precedente, formado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, possui força vinculante de mesma natureza das normas jurídicas (a extração da *ratio decidendi* nada mais é do que a abstrativização de um preceito normativo na forma de uma proposição, onde se pode identificar o conteúdo semântico e a validade, ou pertinência sistêmica). Se possui a mesma força vinculante, não há que se falar na possibilidade de conflito entre uma norma *jus cogens*, de igual natureza, e o precedente. Aceitar essa espécie de confronto entre normas é potencializar o efeito alopoiético de sistema comunicacional externo ao Direito, dando proteção a formas de arbítrio que não condizem com a manutenção harmônica, coesa e segura dos níveis de autorreferência basal que devem estar presentes na comunicação normativa e, por via de consequência, do próprio sistema do Direito em sua globalidade.

Público no plano das relações interestatais. Contudo, a estrutura negocial para a celebração desses instrumentos convencionais não ficam a cargo, sempre, do Chefe de Estado. Na realidade brasileira, o Presidente da República pode delegar para os representantes do corpo diplomático as funções de negociação e assinatura dos tratados internacionais. Em nosso ordenamento, a previsão está contida no art. 1º, III, do Anexo I, do Decreto n. 7.304, de 22 de setembro de 2010, que estabelece:

Art. 1º O Ministério das Relações Exteriores, órgão da administração direta, tem como área de competência os seguintes assuntos:

I - política internacional;

II - relações diplomáticas e serviços consulares;

III - participação nas negociações comerciais, econômicas, técnicas e culturais com governos e entidades estrangeiras;

IV - programas de cooperação internacional e de promoção comercial; e

V - apoio a delegações, comitivas e representações brasileiras em agências e organismos internacionais e multilaterais.

Parágrafo único. Cabe ao Ministério auxiliar o Presidente da República na formulação da política exterior do Brasil, assegurar sua execução e manter relações com Estados estrangeiros, organismos e organizações internacionais (BRASIL, 2010 – grifo do autor).

Nesse momento, o chamado agente plenipotenciário²¹⁷ apresenta o Chefe do Executivo perante os sujeitos de Direito Internacional Público, a realizar a consubstanciação de diplomas normativos cuja base é conformada pela bilateralidade (ou pluralidade) de vontades, assentado sob os auspícios da boa-fé e da confiança. É nesse momento que se pode estabelecer a formação, na

²¹⁷ Presenta porque encarna o Chefe de Estado ao realizar uma representatividade derivada do Poder do primeiro. Como bem coloca Francisco Rezek, “um terceiro dignitário possui ainda essa qualidade representativa ampla: trata-se do ministro de Estado responsável pelas relações exteriores, em qualquer sistema de governo. Aqui, porém, importa destacar certa distinção entre o ministro especializado e as duas autoridades precedentes. A representatividade do chefe de Estado e do chefe de governo pode entender-se originária, o que não sucede no caso do ministro, que a tem derivada. Reina um generalizado sentimento da impropriedade de se ajustar ao chefe de Estado, ou ao chefe do governo, o rótulo de plenipotenciário, visto que esta expressão intuitivamente se assemelha ao mandatário, e só parece adequada a quem se viu conceder os plenos poderes – não a quem por natureza detém tais poderes e a prerrogativa, inerente ao cargo, de outorga-los a outrem. O ministro das relações exteriores se entende um plenipotenciário – no quadro internacional – desde o momento em que investido pelo Chefe de Estado, ou pelo chefe de governo, naquela função especializada. Ele guardará o benefício dessa presunção de qualidade, independentemente de qualquer prova documental avulsa, enquanto exercer o cargo (REZEK, 2011, p. 59-60).

borda dos sistemas do Direito e da Política, do acoplamento estrutural entre a Política Internacional e o Direito Internacional. A negociação²¹⁸ realizada pelos agentes plenipotenciários tem como base a conformação comunicativa de caráter sincero, autêntico, e que busca a efetivação de denominador comum de interesses recíprocos, onde as partes apresentam suas propostas e, ao mesmo tempo, cede em relação àquilo que, em alguma medida, possa prejudicar os interesses das outras. Essa atividade de formação dos tratados internacionais comuns está submetida ao crivo do mais puro sistema de autorreferência, onde a atividade autopoietica se dá em máximo caráter, tanto do ponto de vista do sistema do Direito como na perspectiva do sistema da Política. É a partir das bases estruturadas desses sistemas, que cinge-se toda a conformação do acoplamento e se permite que ele tenha autonomia operacional e, concomitantemente, abertura cognitiva para ser verificado no âmbito dos parlamentos e dos tribunais internos. Nessa óptica, vê-se claramente que a comunicação normativa é formada no tempo, por meio da transposição de sentido em um movimento que revela racionalidade, autocontrole sistêmico dos códigos e verdadeira apresentação de ligação entre os elementos basais.

Diante da negociação realizada pelo agente plenipotenciário, como ensina Roberto Luiz Silva, este volta ao país e o coloca à disposição e coloca o documento sob análise do Ministro das Relações Exteriores. Essa análise feita pelo chanceler é de extrema importância, por ele é o responsável por reportar ao Presidente da República o conteúdo e a estratégia e interesses envolvidos para a República Federativa do Brasil no momento de celebração do tratado com outro país ou com alguma Organização Internacional. Essa é a razão pela qual o chanceler deve ser escolhido entre os pares, e ter alto gabarito para o resguardo dos interesses brasileiros e para o basilar respeito às normas de Direito Internacional Público, devendo trazer consigo conhecimento notório das diversas áreas que envolvem a política internacional. Da análise do Ministro das Relações Exteriores, em caso de anuência aos termos do acordo, se originar a escrita de um documento denominado Projeto de Mensagem ao Congresso

²¹⁸ O ponto é desenvolvido por Celso D. Albuquerque Mello nos seguintes moldes: “Negociação é um processo para encontrar uma terceira coisa que nenhuma parte quer, mas ambas as partes podem aceitar (Philip Allott). Como bem salienta J. Combacau, a negociação é uma ‘operação material sobre a qual o DIP tem pouco a dizer’, porque os participantes são totalmente livres para escolherem o procedimento a ser adotado. De qualquer modo, a negociação deve ser feita com boa-fé, e neste caso, segundo E. Zoller, isto significa a ausência de fraude, não induzir a erro e a não mentir” (2004, p. 226).

Nacional, oportunidade a qual se justifica a rigor todos os termos do tratado internacional, além de colocar, em anexo, uma cópia traduzida do tratado bem como a exposição de motivos para, então, ser apresentada em face do Presidente da República (2010, p. 125).

Assim, caso o Chefe de Estado aquiesça o conteúdo do projeto, designa para transformá-lo em Mensagem ao Congresso Nacional que é apresentada ao Presidente da Câmara dos Deputados – tendo em vista que essa Casa legislativa sempre inicia a análise dos tratados internacionais, por ser o órgão representativo do povo, conforme o art. 64, caput, da Constituição Federal de 1988 – colocada em anexo a cópia do texto do tratado negociado e assinado, bem como a exposição de motivos e a justificativa pormenorizada dada pelo Ministro das Relações Exteriores. Ao receber a Mensagem do Presidente da República, o Presidente da Câmara realiza a primeira leitura em plenário, para após encaminhar a Mensagem à comissão permanente de Relações exteriores, conforme art. 32, XV, do Regimento Interno da Câmara. Essa comissão terá como função analisar o tratado internacional (alínea “c”), em seus aspectos formais e materiais, dando parecer que será anexado a um “projeto de Decreto legislativo”, que, referendado por maioria absoluta de seus membros, será posteriormente enviado à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (art. 32, IV, do Regimento Interno), que avaliará a constitucionalidade, a legalidade, a juridicidade, regimentabilidade e técnica legislativa (SILVA, p. 125). Havendo necessidade de análise para outras comissões, em razão do objeto do tratado, ele será devidamente encaminhado para a relativa comissão conforme o entendimento do Presidente da Casa.

Após todo esse trâmite, o projeto passa a ser submetido à votação em plenário, em caráter de urgência, conforme o disposto no art. 159, §2º, IV, do Regimento Interno da Câmara. A partir disso, todos os membros da Câmara podem apresentar as denominadas emendas do plenário. Para aprovação, necessita-se de maioria simples, nos termos do art. 47 da Constituição Federal. Nesse caso, a maioria absoluta dos membros deve estar presente na sessão. Caso o Projeto de Decreto Legislativo seja aprovado, ele segue para o Senado Federal. Nesta Casa, o projeto é recebido pelo Presidente da Casa que, em seguida, o envia para a Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional (art. 103, I, do Regimento Interno do Senado) que poderá analisá-lo em caráter terminativo, nos termos do art. 91, §1º, I, do Regimento Interno do Senado. Caso

não seja o caso de análise terminativa, o projeto é encaminhado para o plenário, de modo que o Plenário pode: 1) rejeitar o projeto, com o respectivo envio de mensagem ao Presidente da República – sendo que, nessa hipótese, o Presidente pode apresentar nova proposta de acordo internacional sobre a mesma matéria para o Parlamento; 2) aprovar o Projeto de Decreto Legislativo com emendas, o projeto deverá retornar à Câmara dos Deputados para apreciação das respectivas emendas, no caso de haver mudança de mérito, oportunidade a qual esta Casa decide em caráter definitivo, conforme o disposto no art. 64, §3º, da Constituição Federal; 3) finalmente, aprovar o Projeto de Decreto Legislativo sem qualquer emenda, de maneira que o Presidente do Senado a Promulga e envia ao Presidente da República. Nesse caso, o Presidente fica autorizado a depositar o instrumento ou trocá-lo, o que cria o vínculo em matéria de Direito Internacional Público²¹⁹ (SILVA, 2010, p. 126-127).

No que se refere ao âmbito de eficácia interna, como demonstrado, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI n. 1480, decidiu que

²¹⁹ Cabe ainda notar que, segundo Roberto Luiz Silva, “o Decreto Legislativo é submetido à ratificação pelo Presidente da República, que tem liberdade de ratificá-lo ou não, em momento que julgar oportuno, por decreto, submetendo-o à publicação no Diário Oficial da União, bem como a uma segunda publicação, no Diário do Congresso nacional” (Ibidem, p. 127). Sobre essa questão, já se pontuou em trabalho anterior, com suporte na doutrina de Pedro Dallari, que “em que pese essa discricionariedade ser paradoxal em face da sistemática internacional, uma vez que o próprio Executivo participa das deliberações dos tratados internacionais e, em face de seu alvedrio, considera que aquela convenção trará benefícios para o país. Acerca do tema, PEDRO DALLARI expõe de maneira aclaradora os pontos decorrentes da controvérsia relativa à vinculação dos atos do Poder Executivo pelo Decreto Legislativo: quanto à terceira controvérsia acima apontada, sobre o caráter vinculado ou discricionário do ato presidencial de ratificação ou adesão posterior à aprovação do tratado pelo Congresso Nacional, cabe observar ser dominante o entendimento doutrinário – que também é adotado na prática da formalização de acordos internacionais pelo Brasil – no sentido de que o decreto legislativo exarado pelo parlamento federal enseja mera autorização, não acarretando a obrigatoriedade da prática de qualquer ato pelo Chefe do Poder Executivo. Tal entendimento, todavia, parece contraditório com a ênfase com que a Constituição atribui ao Congresso Nacional a competência para resolver “definitivamente” sobre tratados (art. 49, I), embora presente em textos constitucionais anteriores, que outro sentido pode merecer, à luz da diretriz marcadamente democratizante da Constituição de 1988, a expressão “definitivamente” que não o da efetiva aprovação do tratado internacional para que suas normas passem a figurar na ordem jurídica brasileira? Que outro efeito pode-se dela depreender que não o de acarretar a obrigatoriedade para o Presidente da República de efetivação do ato de ratificação ou adesão? A eventual ausência desse ato internacional estaria sugerindo claro descumprimento a decisão do Congresso Nacional. O argumento do concurso de Poderes, que poderia justificar o eventual silêncio do Presidente da República, não deve ser aplicado à fase de conclusão de acordo internacional posterior à deliberação parlamentar. Assim como nos projetos de lei em que lhe é assegurada a exclusividade de iniciativa, ao Chefe do poder Executivo Federal compete inaugurar o processo legislativo relacionado à celebração de tratado; mas, também como ocorre em tais projetos, a prerrogativa pretérita da iniciativa privativa, uma vez concluída a apreciação legislativa, não parece ser motivo hábil para que o Presidente da República deixe de se submeter aos efeitos da deliberação parlamentar. DALLARI, Pedro. Op. cit., págs. 96-97 (COSTA GONTIJO, 2016, p. 85-86)

para haver esse efeito, o Presidente da República deve editar e publicar Decreto Presidencial, mesmo após a troca ou depósito dos instrumentos²²⁰.

Além das normativas apontadas, tem-se que referenciar que a própria Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, promulgada em nossa ordem jurídica mediante o Decreto Presidencial n. 7.030/2009, traz em seu corpo normativo uma série de regras relativas à processualística dos tratados internacionais. Todas elas vinculam os agentes plenipotenciários ao realizarem os movimentos de negociação e assinatura dos tratados, bem como o próprio Estado no que diz respeito às suas determinações de Direito Interno. Por não ser objeto desse trabalho, não haverá análise pormenorizada da referida Convenção, contudo salienta-se, desde já, o conteúdo do art. 27, que estabelece a impossibilidade de o Estado invocar dispositivo de Direito interno para justificar o inadimplemento do tratado firmado. Esse é o mote da presente pesquisa, de forma que esse breve esboço da processualística demonstra algum nível de complexidade no que tange ao fenômeno de legiferação dos tratados internacionais em nosso ordenamento.

Justamente a partir do viés processual é que se pode observar a necessidade de criação de um novo paradigma para a defesa dos tratados internacionais comuns como normas cuja eficácia não pode ser atingida por normas de Direito Interno. Na perspectiva da Teoria dos Sistemas, o processo é mecanismo básico de estabelecimento da comunicação no tempo, oportunidade a qual o sistema passa a lançar mão de sua seletividade. Para não ser absorvido pelos *inputs* em sua direta interação com o ambiente, ou meio, o sistema é capaz de estabelecer a conversão, e esse tempo se dá por meio do processo, ou seja, da interação entre elementos que, a partir da autorreferência e da autorreferência basal apontam o caminho para o qual o sistema deve seguir de modo a garantir sua autopeiose. É no âmbito do processo que o objeto normatizado pode ganhar

²²⁰ Esse requisito foi objeto de questionamento no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral recentemente. A questão versava sobre a possibilidade de vinculação da decisão tomada pela Comissão de Direitos Humanos da ONU a partir de pedido realizado pelo ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para concorrer às eleições presidenciais de 2018. Nesse caso, o direito de petição individual perante o Comitê está baseado no Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado em 16 de dezembro de 1966. O Brasil apenas aprovou o referido protocolo em 17 de junho de 2009, e foi depositado em 25 de setembro de 2009, como pode conferir em: < https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&clang=_fr>. Acesso em 10 de out 2018. Até o momento, não há decreto presidencial editado, fato que levou a maioria dos Ministros do TSE a argumentarem que o Protocolo sequer possui eficácia no âmbito jurídico interno: Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Setembro/tse-indefere-pedido-de-registro-de-candidatura-de-lula-a-presidencia-da-republica>>. Acesso em 10 de out 2018.

seu verdadeiro contorno, a partir da constante troca comunicativa no sistema político, que ao final chega a um consenso momentâneo sobre qual input o sistema do Direito pode/deve receber, diminuindo-se a margem de *feedback* e de insegurança. Abre-se uma margem de decisão, no contexto de abertura ao contraditório, para que a norma seja produzida conforme o tempo do Direito. Especificamente, conforme o tempo do Direito Internacional Público, que não é o tempo do Direito Interno, menos ainda o tempo da sociedade e da sociedade mundial. É nesse contexto de grandes dissonâncias temporais que a processualística dos tratados ganha forma como espectro de avaliação dos desafios de se produzir um diploma normativo que tenha como base a comunicação sincera, a a boa-fé e a confiança.

5.2.3 *Os tratados internacionais comuns no Direito Positivo brasileiro*

Os tratados internacionais comuns são retratados em duas hipóteses no direito positivo brasileiro, conforme os ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2009, p. 19-20). A primeira delas é o dispositivo contido no art. 98 do Código Tributário Nacional, que determina:

Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

Sobre a referida norma, Sacha Calmon, citado por Misabel Derzi, interpreta que

Os tratados, atos e convenções internacionais, uma vez referendados pelo Poder Legislativo da União, não apenas revogam e modificam a legislação interna federal, mas também a estadual, obrigando a Estados Federados e Municípios, pois

- a) A Constituição reconhece o tratado como fonte de direitos;
- b) O tratado, assinado pelo Presidente ou Ministro, plenipotenciário e referendado pelo Congresso, empenha vontade de todos os brasileiros, independentemente do Estado em que residam;
- c) O CTN assegura a prevalência do tratado sobre as legislações da União, dos Estados e Municípios;
- d) A proibição de isenção heterônoma é restrição à competência tributária exonerativa da União como ordem jurídica parcial e não como Pessoa Jurídica de Direito Público Externo;
- e) O interesse nacional sobreleva os interesses estaduais e municipais internos e orienta a exegese dos tratados;
- f) A competência da União para celebrar tratados em nome e no interesse da República Federativa do Brasil não fere a teoria do

federalismo, se é que existe, ante as diversidades históricas das federações, nem arranha o federalismo arrumado na Constituição do Brasil de 1988;

g) O Federalismo brasileiro é concentracionário (BALEEIRO, DERZI, 2013, p. 972).

A sistemática criada pelo Código Tributário Nacional sofreu inúmeras críticas pela doutrina²²¹, que em alguma medida revelam argumentos paralógicos e não entram no cerne da questão. A crítica feita pela jurista Misabel Derzi, por exemplo, peca por algumas imprecisões terminológicas de natureza positivo-fenomenológica. Explica-se. A Constituição emana normas que nada mais são que preceitos linguísticos cognoscíveis pelo hetero-observador de segunda ordem, ou seja, pelo jurista. Em sua atividade interpretativa da observação realizada por outro sistema, a consciência busca o sentido, ou seja, o fio da meada entre os elementos e suas relações recíprocas, dentro de um raciocínio que tenha por base a harmonia conceitual e a lógica semântico-sintática. Nessa perspectiva um pouco mais aberta, pode-se enxergar que os termos e o desenho institucional lançados pela Constituição devem ser levados a sério, de maneira metodologicamente vinculante – conquanto, em alguns casos, como já

²²¹ Em sentido contrário, a comentadora Misabel Abreu Machado Derzi defende que esse posicionamento tomado por Sacha Calmon é equivocado. Nas palavras da doutrinadora, “entretanto, parece-nos ser um equívoco supor que a proibição de conceder isenção de tributo estadual ou municipal seja proibição dirigida à competência exonerativa da União como ordem jurídica parcial (e não como Pessoa Jurídica de Direito Público nacional). O fato é que a União, enquanto ente central descentralizado, está em posição jurídica paritária à dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Como descentralização interna parcial, jamais poderia conceder isenção de tributo estadual ou municipal, razão pela qual a proibição de exercer a competência exonerativa heterônoma dirige-se à Federação ou à União dos Estados-membros – ordem jurídica nacional, superior à federal, à estadual ou à municipal. Igualmente, é como Federação, ordem jurídica nacional ou total, que a União, mediante lei complementar: 1. Dispõe sobre os ‘conflitos de competência em matéria tributária, entre a União (ente descentralizado), os Estados, o Distrito Federal e os Municípios’, obrigado a todos, inclusive a si mesma, conforme o art. 146, I; 2. Regula as limitações ao poder de tributar das três ordens jurídicas parciais (art. 146, II); 3. Estabelece normas gerais em matéria tributária, definindo tributos, suas espécies e os fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos discriminados na Constituição, inclusive estaduais e municipais; 4. Concede isenções de ISSQN nas prestações de serviço, destinadas à exportação; 5. Está proibida de conceder isenção de tributo estadual ou municipal, nos demais casos (art. 151, III). Em todos os momentos jurídicos acima referidos, a União representa a República Federativa como um todo, a ordem jurídica nacional da qual emanam normas de observância obrigatória para as ordens jurídicas parciais: a federal, a estadual e a municipal. Não se pode admitir que, no momento em que a União exerce a sua competência exonerativa em relação às exportações ou que põe leis complementares como o próprio Código Tributário Nacional, investida do caráter unitário inerente à nação brasileira, seria simples descentralização interna em relação à proibição de conceder outras isenções. A proibição somente tem sentido se endereçada à União como ordem político-jurídica global, inteira e indivisa, a mesma que comparece, no plano internacional, para firmar acordos e convenções internacionais, porque, como ordem jurídica interna, descentralizada, não poderia, de qualquer maneira, invadir o campo de competência de Estados e Municípios” (BALEEIRO, DERZI, 2013, p. 972-973).

referenciado, o Constituinte originário ter pecado em relação à imprecisão terminológica.

Do artigo 1º, caput, já encontramos a diferenciação básica colocada pela Constituição Federal de 1988 ao determinar que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel entre Estados, Municípios e o Distrito Federal. Em seu artigo 2º, estabelece serem poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988). República Federativa do Brasil é o predicado utilizado para identificar a forma de Governo e a Forma de Estado, respectivamente, do país. A República Federativa do Brasil é a pessoa jurídica de Direito Internacional, que lança mão de seu *jus imperi* estatal do ponto de vista interno – inclusive para determinar que não é Estado Unitário, mas verdadeira Federação – e atividade coordenativa em âmbito externo. A linha tênue que separa o conceito de União e República Federativa do Brasil desdobra, sob uma análise profunda, muito mais informações do que aparentemente se pode absorver em primeira leitura. O fato de a Constituição demarcar a organização federativa é no intuito de organizar a institucionalidade sob o viés de uma coordenação interna de competências específicas. Nesse ponto, a República Federativa do Brasil nasce no bojo da Constituição como uma periforma estatal, ou seja, aquele aspecto do fenômeno estatal que reúne não somente as relações jurídicas que compõem aquilo que comumente se denomina “Direito interno”, como também o aspecto do fenômeno estatal que reúne as relações jurídicas que se denomina “Direito Internacional Público”, agora em relação de coordenação e expressa em normas, na maior parte das vezes, formadas pela volição. Em outro viés, a União é o outro lado da moeda, a endoforma estatal. A partir de uma demarcação pré-definida, a união encampa competências ao longo de todo o corpo da Constituição, e é a ficção jurídica que normalmente se associa à ideia de uma “pessoa jurídica de direito interno”.

Para além dessa visão estritamente gramatical, a Constituição traz previsão muito mais promissora para dirimir a dúvida acerca da incompatibilidade entre os tratados internacionais que versam sobre normas tributárias – especialmente as que aplicam desonerações – e o pacto federativo. O artigo 46 da Constituição é claro ao trazer o ator institucional que tem como função principal a defesa dos interesses da Federação, qual seja o Senado (BRASIL, 1988). Conforme o artigo, “o Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário” (*Ibidem*).

Ao se compor de representantes da federação, sua função é estratégica: proteger os interesses dos Estados em todos os âmbitos de atuação legislativa. Nesse ponto, observa-se que a própria Constituição estabelece o papel institucional que o Senado representa, no âmbito da República Federativa do Brasil – como órgão de intersecção entre a federação e a Sociedade Internacional – e no campo da União, onde é responsável por dirimir conflitos de índole interna.

Por outro lado, Barroso também aponta como exemplo de norma nacional que determina a precedência dos tratados internacionais em relação à legislação interna o Estatuto do Estrangeiro, Lei n. 6.815, de 19 de agosto e 1980, que estabelece a regra da especialidade dos tratados internacionais comuns diante da Lei interna, conforme a dicção do art. 79, §3º:

§ 3º Havendo tratado ou convenção com algum dos Estados requerentes, prevalecerão suas normas no que disserem respeito à preferência de que trata este artigo²²².

Entretanto, a crítica que pode ser considerada mais contundente no âmbito de análise desses exemplos não se dá em torno da ideia de que a previsão contida no Código Tributário Nacional feriria o pacto federativo, ou de

²²² A esse respeito, PEDRO DALLARI, citando Luiz Guilherme Loureiro e Francisco Neves Dornelles, explica de maneira clara as importantes implicações de tal posição do legislador brasileiro em face dos tratados internacionais comuns referentes às políticas fiscais brasileiras: LUIZ GUILHERME LOUREIRO – que, em artigo publicado em abril de 1996, já contabilizava vinte e três acordos dessa natureza devidamente promulgados, o primeiro deles celebrado com Portugal, em 1971 - explica que “a bitributação, caracterizada pela imposição pelo Estado de tributos sobre rendimentos de seus residentes, independentemente do país em que tais rendimentos tenham sido produzidos, e a tributação destes mesmos rendimentos internamente pelo país da fonte (princípio da territorialidade), pode causar prejuízo ao aporte de investimentos estrangeiros. A fim de evita-la, inúmeros tratados surgiram. Trata-se de fenômeno relativamente recente e que deriva, justamente, da incrementação nas relações econômicas internacionais. Os tratados bilaterais concernentes à tributação internacional são instrumentos importantes para o desenvolvimento econômico do país, por permitir e incentivar o fluxo de capitais externos tão necessários para o financiamento do crescimento econômico, além de garantir a necessária segurança jurídica para os investidores e para as empresas” (“Os acordos de bitributação do Brasil: o tratamento de lucros, dividendos e ganhos de capital”, p. 83 e 93). Ainda a esse respeito, FRANCISCO NEVES DORNELLES, em estudo clássico do final da década de 1970, já explicava a ênfase conferida nessa matéria aos tratados bilaterais, diferentemente do que ocorria em outros campos, marcados pela perspectiva – que veio a se confirmar – de proliferação de tratados multilaterais: “todas as tentativas dirigidas à elaboração de acordo multilateral para eliminar a dupla tributação mostram sua impraticabilidade, face às peculiaridades da legislação de imposto de renda dos diferentes Estados e à divergência dos interesses econômicos envolvidos. Por essas razões, chegou-se à conclusão de que a múltipla tributação internacional seria mais facilmente eliminada por meio de acordos bilaterais. Com o objetivo de facilitar a negociação de acordos bilaterais, diversos organismos internacionais dedicaram-se à tarefa de elaborar modelos de acordo”; entre tais organismos DORNELLES destacava a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (A dupla tributação internacional da renda, p; 8) (DALLARI, 2003, p. 49).

que a norma contida no art. 79, §3º, do Estatuto do Estrangeiro seria norma especial. No âmbito do presente estudo, mostra-se contraproducente e epistemologicamente inadequado a previsão de supralegalidade em nível infraconstitucional.

A partir de uma perspectiva hierárquica, a doutrina clássica, por unanimidade, sempre creditou às normas hierarquicamente superiores a função de validação do sistema normativo que lhe faz base, ou seja, que estão submetidas aos seus comandos materiais e formais de existência. Nesse pressuposto lógico, torna-se incoerente que norma de natureza ordinária possa validar²²³, em caminho invertido, norma que estaria em posição superior a si. Essa questão nos leva, novamente, ao correto raciocínio de que somente a Constituição pode estabelecer a hierarquia das espécies normativas em dado ordenamento, motivo pelo qual se pode falar em inconstitucionalidade por omissão imprópria.

Para além desses exemplos, pode-se observar que a Constituição da república Federativa do Brasil possui uma previsão explícita em relação à preponderância dos tratados internacionais comuns no que diz respeito à matéria: trata-se do art. 178, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 7 de 1995, cuja dicção é a seguinte:

Art. 178. A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995](#))

Parágrafo único. Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeiras. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995](#))

A prevalência foi assentada em inúmeros acórdãos do Supremo Tribunal Federal, quando da análise do choque entre as normas contidas nas Convenções de Varsóvia e Montreal (sobre limitação da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros) e o Código de Defesa do Consumidor.

²²³ A conclusão pode ser corroborada pelos ensinamentos do jusfilósofo Carlos Santiago Nino, para quem “a ordenação hierárquica das normas depende também do que as próprias normas do sistema dispõem. Uma norma de um sistema jurídico pode estabelecer a prioridade que deve existir quanto à validade das normas inferiores a ela (evidentemente, não entre as normas superiores à que estabelece a prioridade) (NINO, 2010, P. 180).

Apesar de algumas teses ainda afirmarem o consolidado posicionamento do Tribunal de que as normas ordinárias e os tratados internacionais comuns possuem a mesma hierarquia, e esse conflito se resolveria em sede de observação do critério da especialidade, a tese prevalecente foi de que, no caso em espécie, a própria Constituição determina a prevalência. É o que se pode conferir da leitura do Informativo n. 866 do Supremo Tribunal Federal:

Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor. Com base nesse entendimento, o Plenário finalizou o julgamento conjunto de recursos nos quais se discutiu a norma prevalecente nas hipóteses de conflito entre o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Convenção de Varsóvia de 1929 (ratificada e promulgada pelo Decreto 20.704/1931), a qual rege o transporte aéreo internacional e foi posteriormente alterada pelo Protocolo Adicional 4, assinado na cidade canadense de Montreal em 1975 (ratificado e promulgado pelo Decreto 2.861/1998). No RE 636.331/RJ, ao apreciar o Tema 210 da Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido no art. 22 da Convenção de Varsóvia (1), com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. No ARE 766.618/SP, o STF, também por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário, para, reformando o acórdão recorrido, julgar improcedente o pedido, em razão da prescrição. A controvérsia apresentada no RE 636.331/RJ envolve os limites de indenização por danos materiais em decorrência de extravio de bagagem em voo internacional. Já a questão posta em debate no ARE 766.618/SP diz respeito ao prazo prescricional para fins de ajuizamento de ação de responsabilidade civil por atraso em voo internacional (vide Informativo 745) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Informativo n. 866**, 2017).

Essa constância da hierarquia constitucional referida a tratados que tenham como conteúdo de normatização o transporte internacional atesta, mais uma vez, que o tema é de natureza inarredavelmente constitucional, o que reforça os argumentos que serão qualificados no capítulo 7.

5.3 Os tratados internacionais de Direito Humanos e a Emenda Constitucional n. 45/2004

De modo geral, o tema da hierarquia dos tratados internacionais sempre foi discutido em ambiente de profundo dissenso doutrinário e jurisprudencial. Em nosso ordenamento, em razão das reiteradas omissões em sede constitucional, pôde-se ver que a definição da hierarquia e da sistemática relativa ao confronto entre tratado internacional e legislação interna foi realizada pelo Supremo

Tribunal Federal, em clássica jurisprudência datada de 1977²²⁴, no momento de julgar o Recurso Extraordinário n. 80.004. Nesse recurso, foi verificada a compatibilidade da Lei Uniforme de Genebra com as normas de direito interno, oportunidade a qual o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que os tratados internacionais, de maneira geral, estariam em mesma posição hierárquica das normas de natureza ordinária e, para além disso, eventual conflito deveria ser solucionado pela clássica regra de resolução de antinomias aparentes na teoria geral do Direito: norma posterior revoga norma anterior. Para efeitos de visualização, assim restou ementado o julgado:

Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias - aval apostado a nota promissória não registrada no prazo legal - impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do decreto-lei nº 427, de 22.01.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do dec-lei nº 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido²²⁵. (RE 80004, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1977, DJ 29-12-1977 PP-09433 EMENT VOL-01083-04 PP-00915 RTJ VOL-00083-03 PP-00809)

²²⁴ Antes desse marco temporal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, adotava a tese da superioridade do Direito Internacional. Como explora Flávia Piovesan, “observe-se que, anteriormente a 1977, há diversos acórdãos consagrando o primado do Direito Internacional, como é o caso da união Federal vs. Cia. Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível) n. 9.587). Merece também menção um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradicação n. 7 de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. O acórdão na Apelação Cível n. 7.872 de 1943, com base no voto de Philadelpho de Azevedo, também afirma que a lei não revoga o tratado. Ainda neste sentido está a Lei n. 5. 172/66 que estabelece: ‘os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevinha’” (PIOVESAN, 2012, p. 118).

²²⁵ Assim é a crítica realizada pelo famoso internacionalista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, José Carlos de Magalhães, sobre o referido voto e sua fundamentação: “Por isso não pode ser acatada a observação de Amílcar de Castro, em que se fundamentou o Ministro Cunha Peixoto, em seu voto como relator designado do Acórdão n. 80.004, acima referido, de que ‘tratado não é lei, é ato internacional que obriga o povo considerado em bloco; que obriga o governo na ordem externa e não o povo na ordem interna’. Tal entendimento revela o viés de considerar o governo como entidade separada e distinta da nação, com ela não se identificando. Segundo essa ótica, o Estado, ao se comprometer na esfera internacional, não compromete a nação. Note-se que Amílcar de Castro afirma que o tratado obriga o povo considerado em bloco, não conseguindo explicar porque essa obrigação tomada em bloco não vale para a ordem interna. Tal raciocínio, ademais, não leva em conta que, desde a Constituição do Império, de 1824, os poderes do Estado brasileiro exercem autoridade delegada da nação – e não por autoridade própria (MAGALHÃES, 2000, p. 61).

Esse posicionamento, como já explicitado, foi fortemente criticado pela doutrina, especialmente pelo fato de colocar os tratados internacionais, em sentido amplo, em status normativo incompatível com sua funcionalidade no âmbito internacional e sua função interna e elementar do ponto de vista de um sistema que se baseia nos mecanismos autorreferenciais e autopoieticos²²⁶. A questão tornou-se ainda mais sensível quando a República Federativa do Brasil passou a incorporar ao seu sistema inúmeros tratados cuja natureza se distingue fatalmente dos acordos internacionais clássicos: os que versam sobre Direitos Humanos. Assim, no período compreendido entre 1988 e 2004 – este último marco temporal inaugurando um novo paradigma procedimental e topográfico em nosso ordenamento – muitos doutrinadores e internacionalistas se calcaram no art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, para defender a tese de que os tratados internacionais de Direitos Humanos possuiriam status diferenciado em nosso ordenamento, acima, no mínimo, dos tratados internacionais comuns. Contudo, esse posicionamento não foi absorvido pelo Supremo Tribunal Federal à época, como demonstra Flávia Piovesam:

Com efeito, no julgamento do HC 72.131-RJ (22.11.1995), ao enfrentar a questão concernente ao impacto do Pacto de São José da Costa Rica (particularmente do art. 7, VII, que proíbe a prisão civil por dívida, salvo no caso de alimentos) no Direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, em votação não unânime (vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence), afirmou que “inexiste, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. (...) a ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer

²²⁶ Como explicitado em obra anterior, essa forma de expressar sobre os tratados internacionais revela, do ponto de vista do Direito Internacional Público (especialmente levando em consideração as Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados), a detração da coerência sistêmica por parte dos tribunais brasileiros. Em trabalho anterior, criticou-se esse ponto, ao se expor que: “Estudar o fenômeno dos tratados internacionais comuns [e de Direitos Humanos] à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é adentrar em caminho verdadeiramente embaraçoso. Isso se dá não somente pela constelação de argumentos e posicionamentos tomados pelos inúmeros Ministros que passaram pela Corte, mas também em razão da falta de organicidade e harmonia dos posicionamentos formados como majoritários. Falar em organicidade na seara jurisprudencial é importante a partir do momento em que a atividade hermenêutica dos aplicadores do Direito revela-se como centro de propulsão do Direito em seu processo de aplicação. O fenômeno da aplicação é deveras complexo, tendo como supedâneo todo o esforço e esteio teórico trazido pela doutrina e pelos próprios preconceitos formados ao longo da vida dos magistrados pelo contínuo processo de aculturação. A organicidade, nesse sentido, tem a ver com a estruturação e manutenção da coerência do ordenamento jurídico, pelo dever dos magistrados em zelar pela clareza, justaposição e retidão de suas decisões, que refletem, mormente, os princípios constitucionais que fundamentam e validam o ordenamento jurídico (COSTA GONTIJO, 2016, p. 52).

interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada pela própria constituição da República. A circunstância do Brasil haver aderido ao Pacto de São José da Costa Rica – cuja posição, no plano da hierarquia das fontes jurídica, situa-se no mesmo nível de eficácia e autoridade das leis ordinárias internas – não impede que o Congresso Nacional, em tema de prisão civil por dívida, aprove legislação comum instituidora desse meio excepcional de coerção processual (...) (PIOVESAN, 2012, p. 119-120).

A partir de 2004, a questão muda de patamar, com a edição da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que incluiu no art. 5º da Constituição Federal o §3º, que passou a determinar que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às Emendas Constitucionais²²⁷” (BRASIL, 1988). Assim, pode-se observar que

A partir desse novo paradigma, o Supremo Tribunal passou a enfrentar um novo problema em sede de tratados internacionais de direitos humanos: aqueles aprovados conforme o quórum ordinário estipulado no art. 47 da Constituição Federal e no art. 183 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, e não submetidos ao quórum de aprovação das Emendas Constitucionais, como determina o art. 5º, §3º, citado, ou seja, maioria simples, antes da referida modificação constitucional (BERNARDES, COSTA GONTIJO *In* BARACHO JR. *et al.*, 2018, p. 206).

Após a edição da referida Emenda Constitucional n. 45/2004, a doutrina internacionalista se moveu no sentido de dotar todos os tratados internacionais de Direito Humanos como normas de hierarquia constitucional, dada a conjugação das dicções das regras inscritas no art. 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal²²⁸. Nesse sentido, ao serem instados a se manifestarem sobre a prisão

²²⁷ Único exemplo dessa espécie normativa em nossa ordem constitucional é a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 186, de 09 de julho de 2008, e promulgada pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/quadro_DEC.htm>. Acesso em 03 de set. 2018.

²²⁸ Ao comentar os efeitos da EC n. 45/2004 sobre os Tratados internacionais de Direitos Humanos, Francisco Rezek dispõe que “uma última dúvida diz respeito ao passado, a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte – e que já não se encontre no rol do art. 5º. Qual o seu nível? Isso há de gerar controvérsia entre os Constitucionalistas, mas é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo

civil do depositário infiel, que tinha permissão constitucional, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343²²⁹, de 2008, estabeleceu uma nova conformação do sistema hierárquico brasileiro: os tratados internacionais de Direito Humanos não ratificados conforme o art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988 teriam condição de norma supralegal em nosso ordenamento. A partir dessa perspectiva, a norma supralegal tenderia a paralisar a aplicabilidade das normas legais, funcionando como norma interposta entre a constituição e a legislação ordinária, o que traria a impossibilidade de prisão do depositário infiel. Sobre essa questão, critica, com razão, o constitucionalista Bernardo Gonçalves Fernandes:

Esta posição, assente no STF nos termos do RE nº 466.343 gerou uma série de consequências em nosso ordenamento. Uma delas, obviamente, é a da (questionável) modificação hierárquica do mesmo, com a assunção de mais uma espécie normativa, que conforme visto foi desenvolvida (estranhamente, por falta de titularidade para tal!) pelo STF. Outra que poderíamos citar foi a do cancelamento da Súmula nº 619 do STF (“A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”), bem como a da definição de que a modalidade de prisão civil do depositário infiel prevista no art. 5º, LXVII (não haverá prisão por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel) não mais cabível (FERNANDES, 2017, p. 566).

como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diplomas dessa estatura” (REZEK, 2011, p. 133). No mesmo caminho, segue Flávia Piovesan, a partir de outra base argumentativa: para ela, a dicção do art. 5º, §2, da Constituição Federal de 1988 é suficiente para garantir aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos a hierarquia constitucional (PIOVESAN, 2012, p. 121). A referida autora, em outra obra, conclui que “logo, por força do art. 5º, §§ 1º e 2º, a Carta de 1988 atribui aos direitos enunciados em tratados internacionais a hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata. A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, §2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional, tendo em vista que integrariam o chamado *jus cogens* (direito cogente, inderrogável) (PIOVESAN, 2010, p. 50).

²²⁹ Desse modo ficou ementado o julgado: Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (RE 466343, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, Repercussão Geral - mérito dje-104 divulg 04-06-2009 public 05-06-2009 ement vol-02363-06 PP-01106 RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165).

Nessa perspectiva, conclui-se que os tratados internacionais, em nosso ordenamento atual, podem assumir três posições topográficas diferentes em nosso sistema jurídico, a depender de sua natureza (*ratione materiae*) e a depender da forma com a qual ele foi aprovado (*de ratione processus*):

Dessa maneira, em que pese haver dissonância na jurisprudência e na doutrina (constitucionalista e internacionalista), a partir da proposta do presente trabalho em realizar um panorama da atual configuração positiva do ordenamento jurídico brasileiro – o que inclui a integração sedimentada nos precedentes dos Tribunais Superiores – há que se reconhecer uma tríade hierárquica em matéria de tratados internacionais no país: a) tratados internacionais comuns, aqueles que não versam sobre matéria de direitos humanos e que não poderiam se sobrepor à ordem normativa ordinária, ocupando mesmo nível topográfico na cadeia de fontes; b) os tratados internacionais de direitos humanos aprovados antes da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que passaram a ter status hierárquico supralegal, funcionando como verdadeiro fundamento de validade da ordem normativa ordinária; por fim, c) os tratados internacionais de direitos humanos ratificados conforme nova sistemática inscrita no art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988 após a Emenda Constitucional referida (BERNARDES, COSTA GONTIJO *In* BARACHO JR *et al.*, 2018, p. 2018).

Nesse perspectiva, pode-se observar a corroboração do argumento lançado ao longo do presente trabalho: a hierarquia das normas jurídicas em dado ordenamento deve ser estabelecida pela Constituição, por se tratar de matéria estrutural. Não à toa que a Emenda Constitucional n. 45/2004 inovou o ordenamento para trazer maior coerência normativa e deferência em relação aos tratados internacionais. Instaurou-se verdadeiro elemento basal para a possibilidade e agregação do sistema, de modo a estabilizar os *inputs* e *outputs* em matéria de direitos humanos e ampliar o nível de *feedback negativo*, com conseqüente redução da complexidade, aumento da segurança jurídica e cristalização da confiança no sistema comunicativo do Direito.

5.4 O que o estudo da hierarquia demonstra?

Dito tudo isso, para que o estudo da hierarquia dos tratados serve dentro de trabalho cujo marco teórico é a teoria dos sistemas?

Desde a Idade Média, as teorias do Direito sempre tiveram como base a busca por um princípio último, validador de todo o sistema. Nesse ponto, inúmeros teóricos se debruçaram na tarefa de identificar uma norma que, em última instância, desse legitimidade de ação para o soberano, para o Estado e

para o Direito. Essa corroboração entre validade e eficácia tinha como finalidade a ideia de que a lei terrena deveria, inevitavelmente, se ajustar aos princípios últimos emanados pela lei eterna, contida na ideia de Deus. Uma das figuras centrais dessa argumentação certamente foi o filósofo escolástico São Tomás de Aquino, que, segundo John Kelly, entendia que a lei elaborada pela razão humana somente pode ser entendida como lei a partir do momento em que derivasse da lei eterna contida na obra de Deus. Assim, se uma lei se desvia da reta razão e da lei eterna, ela somente pode ser considerada como injusta, não contendo em si os predicados próprios à lei, mas próprios à violência (KELLY, 2010, P. 178). Nesse sentido, São Tomás de Aquino propõe três critérios para a validação da lei:

As leis podem ser consideradas justas ou em razão de seu fim, isto é, quando são dirigidas para o bem comum; ou em razão de seu autor, isto é, quando a lei promulgada não exceder o poder de quem a promulga; ou, ainda, em razão da forma, quando os ônus que impõem aos cidadãos são distribuídos numa proporção tal que promova o bem comum... Por outro lado, as leis podem ser injustas por duas razões. Em primeiro lugar, quando são prejudiciais ao bem humano, sendo contrárias às normas que acabamos de estabelecer: seja quanto ao seu fim, como quando um soberano promulga leis penosas para seus súditos e que não levam à prosperidade comum, mas são antes concebidas para servir à sua cobiça e vanglória, seja em razão de seu autor, um legislador como quando faz leis que excedam os poderes de que está investido; seja, finalmente, em razão de sua forma, se os ônus, ainda que ordenados ao bem comum, são distribuídos de maneira injusta entre os membros da comunidade. Leis desse tipo têm mais em comum com a violência do que com a legalidade... Em segundo lugar, as leis podem ser injustas por ser contrárias à bondade divina: como as leis tirânicas que obrigam à idolatria (Aquino *apud* KELLY, 2010, p. 178).

A partir dessa concatenação de ideias, vê-se que o sistema jurídico possui uma estrutura peculiar, que se perfaz por meio de comunicação endógena que confere validade aos elementos por meio de relação hierárquica. Essa relação hierarquizada permite verificar, para fins pragmáticos, a funcionalidade de cada um dos estratos do sistema a fim de realizar, por exemplo, o controle de constitucionalidade, de supralegalidade e de legalidade, que nada mais é do que mecanismos autorreferenciais para a verificação de compatibilidade no nível de autorreferência basal.

Importante relembrar, nesse sentido, a indagação referenciada por Carlos Santiago Nino:

De onde surge a preferência por certas normas quanto a sua validade em relação a outras? Em primeiro lugar, depende do que é estabelecido pelos critérios vigentes de conhecimento para identificar a base do sistema. Como diz Hart, esses critérios podem reconhecer dois tipos distintos de normas como integrantes da base de um sistema (por exemplo, todas as normas determinadas por uma assembleia constituinte e, além disso, um conjunto de normas consuetudinárias) e estabelecer também que um desses conjuntos, embora os dois sejam básicos, tem prioridade sobre o outro, não porque as normas do segundo 'derivem' do primeiro, mas porque, em caso de conflito, prevalecem as do primeiro sobre as do segundo. Em segundo lugar, a ordenação hierárquica das normas depende também do que as próprias normas do sistema dispõem. Uma norma de um sistema jurídico pode estabelecer a prioridade que deve existir quanto à validade das normas inferiores a ela (evidentemente, não entre as normas superiores à que estabelece a prioridade). Por exemplo, o art. 31 da Constituição argentina estabelece: "*Esta constituição [observar aqui uma nova autorreferência], as leis da Nação que em consequência dela são determinadas pelo Congresso e os tratados com os Estados soberanos estrangeiros são a lei suprema da Nação; e as autoridades de cada província são obrigadas a ajustar-se a ela, não obstante qualquer disposição em contrário que contenham as leis ou Constituições provinciais...*" (NINO, 2010, P. 179-180).

O estudo da hierarquia revela a importância do Constitucionalismo para a efetivação da comunicação jurídica. A Constituição, tomada por Niklas Luhmann como o acoplamento estrutural entre política e direito (LUHMANN, 2016, p. 631), apresenta-se como o mecanismo pelo qual o direito tangencia a política, e vice-versa, de maneira a resguardar que as bases comunicativas de ambos os sistemas ganham ainda mais complexidade estrutural (a partir da redução de complexidade operada pelo acoplamento). O incremento propiciado por essa irritabilidade recíproca entre esses sistemas dentro da Constituição é o que possibilita a organização do Estado e da sociedade em termos de eficiência comunicativa e ação. Nesse viés, a Constituição assume a essência do próprio Estado em seus mais variados vieses de comunicação, absorvendo aquilo que sua estrutura permite em relação ao ambiente de modo altamente seletivo, o que torna possível a convivência. É nesse ponto, de estruturação do sistema do Direito, que a Constituição atua como ponte fundamental para a conformação do Direito Internacional Público, ao possibilitar que o Estado, como sujeito de Direito Internacional Público, atue conforme as balizas de sua própria estrutura normativa (em razão da matéria, da forma e da competência), e estabeleça um novo acoplamento, só que agora em viés cooperativo.

Nessa lógica, somente a Constituição pode resguardar os pontos de partida para a ação da política conforme uma prévia delimitação do arbítrio (transformado em discricionariedade) e, ao mesmo tempo, estruturar a sua

própria estrutura (autopoiese) e servir de norte para a alocação estratégica das normatividades externas a si no sistema ao qual molda as vontades e as formas de ação e de comunicação.

6 OS TRATADOS INTERNACIONAIS COMUNS E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Ao traçar a análise da inserção dos tratados internacionais comuns com base na Teoria dos sistemas, especialmente no marco funcional-estruturalista desenvolvido por Niklas Luhmann, o presente estudo teve como objetivo alçar as bases para a compreensão daquilo que é considerado o suporte sobre o qual a comunicação, operação exclusiva dos sistemas sociais, pode lograr êxito: a confiança. Não há como falar de comunicação, de sistema social autopoietico e todas as consequências que os pontos teóricos até aqui estudados trazem para essa concepção sistêmica, sem ter em mente o papel integrador da confiança. Afinal, no que consiste a confiança? Os próximos tópicos terão como finalidade realizar uma breve análise acerca do tema, de modo a somente sugerir os pontos de maior relevância sobre a questão da confiança e que se concatenam de maneira direta com o problema proposto no presente trabalho: há possibilidade de instauração da confiança sem que haja um concreto e transparente sistema de autorreferência basal em dado sistema do Direito? A hipótese tomada, com efeito, é que essa possibilidade se esfacela se não há níveis mínimos de autorreferência, reflexividade e reflexão no sistema do Direito.

O estudo da confiança, como demonstra Misabel Derzi, é mais enfrentado na dogmática estrangeira, em particular em Portugal, na Espanha, na Bélgica, na Itália e, principalmente, na Alemanha²³⁰. No Brasil ainda estamos desenvolvendo a passos lentos a função da confiança na formação e na concretização de nosso sistema do Direito, de nosso sistema Político e de nosso sistema Econômico. O caminho é longo, árduo, e o presente estudo tem como pretensão dar uma superficial explanação, um ensaio, sobre o valor da confiança

²³⁰ Segundo Misabel Derzi, “convém deixar claro que encontramos na Dogmática alemã – com base, é claro, no Direito positivo vigente na Alemanha – o esforço mais consistente, lógico e ordenador, da construção de princípios como proteção da confiança; responsabilidade pela confiança gerada; boa-fé. A tradição germânica nesse campo é conhecida e suas primeiras obras, relativas à “responsabilidade pela aparência”, datam do início do século XX. Mas lá tais pesquisas foram mais férteis no campo do Direito privado para, posteriormente, contaminar também o Direito Público e o Direito Tributário, assim como a jurisprudência da Corte Constitucional. Na última década, a influência dessa literatura (tanto a germânica como a suíça) tem alcançado a Corte da Comunidade Europeia e, com isso, fincado raízes dos ordenamentos dos demais membros comunitários. (...) No Brasil, não são tão ricos esses estudos, mesmo no campo do Direito Privado. Há, inegavelmente e de forma clássica, uma série de teorias de caráter tópico, relativas à simulação, à aparência e à boa-fé, de longa tradição. Uma renovação da literatura do Direito Privado se faz sentir na atualidade, com o advento do Código do Consumidor e do novo Código Civil. Mas são frágeis as construções dogmáticas gerais, ordenadoras e sistemáticas” (DERZI, 2009, p. 318-319).

para o estabelecimento da unidade comunicativa do Direito, mormente no que se refere à relação estabelecida na doutrina entre Direito interno e Direito Internacional. Além disso, a confiança também é o signo pragmático que permeia a formação do acoplamento estrutural verificado entre Política Internacional e Direito Internacional Público na forma dos tratados internacionais comuns.

6.1 Confiança como fato básico da vida social

A confiança, no mais amplo sentido da fé em nossas expectativas, é um fato básico da vida social. Com efeito, em muitas situações o homem pode em certos aspectos decidir se outorga confiança ou não. Mas uma completa ausência de confiança o impediria inclusive de levantar-se pela manhã. Seria vítima de um sentido vago de medo e de temores paralisantes. Inclusive não seria capaz de formular uma desconfiança definitiva e fazer disso um fundamento para medidas preventivas, já que isso pressuporia confiança em outras direções. Qualquer coisa e tudo seria possível. Tal confrontação abrupta com a complexidade do mundo ao grau máximo é mais do que suporta o ser humano²³¹ (LUHMANN, 2005, p. 5 – tradução livre).

A confiança se desponta como aquilo que há de mais essencial na interação do sujeito com o mundo, do sistema com seu ambiente. Do ponto de vista do sujeito, e seu sistema de consciência, a confiança, em um primeiro momento, é responsável por estabelecer uma relação causal e finalística em uma verdadeira configuração epistemológica. A partir da ideia de causa e efeito, por exemplo, tem-se que a empiria própria às ciências naturais traz em si, implicitamente, a confiança de que determinado arquétipo teórico, ou lei da natureza, terá o mesmo resultado caso sejam resguardadas as mesmas condições de experimento anterior. Esse princípio guarda a ideia de segurança, ou seja, afasta-se da incerteza, afirma-se como esteio e como porto-seguro para que a próxima ou próximas ações possam ocorrer, prospectadas, sem risco, ou com risco extremamente reduzido em razão da mitigação não somente da complexidade, como também do alcance da invariância das possibilidades. Mas

²³¹ No original, “La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social. Por supuesto que en muchas situaciones, el hombre puede en ciertos aspectos decidir si otorga confianza o no. Pero una completa ausencia de confianza le impediría incluso levantarse en la mañana. Sería víctima de un sentido vago de miedo y de temores paralizantes. Incluso no sería capaz de formular una desconfianza definitiva y hacer de ello un fundamento para medidas preventivas, ya que esto presupondría confianza en otras direcciones. Cualquier cosa y todo sería posible. Tal confrontación abrupta con la complejidad del mundo al grado máximo es más de lo que suporta el ser humano” (LUHMANN, 2005, p. 5).

no sistema social, extravasa-se esse conteúdo, e a confiança assume autêntico fenômeno funcional.

Nesse sentido, pode-se apontar que a confiança se traduz em verdadeira necessidade para a consolidação de um ponto de partida vigoroso, apropriado e verossímil entre aqueles parâmetros dos quais nos utilizamos para derivar as regras para uma conduta adequada (LUHMANN, 2005, p. 6). Como bem coloca Luhmann, um ambiente no qual o caos e o temor sejam as únicas alternativas para a existência do homem, só lhe resta, então, outorgar confiança sobre determinadas direções da realidade. Além disso, pode-se observar a confiança a partir do uso de nossa imaginação para reproduzir situações de ansiedades relativas a uma existência sem confiança. Nesse ponto, apesar de podermos transcender a nossa vivência cotidiana, rotineira, de pensar o mundo, estaremos nos apoiando, em alguma medida, em uma falácia para representar a própria construção do conceito de confiança, o que é ineficiente metodológica e epistemologicamente (LUHMANN, 2005, p. 6). Como coloca Luhmann,

Geralmente, o funcionalismo em psicologia e nas ciências sociais se aproxima desse tipo de enfoque filosófico existencial, diferente em muitas formas; especialmente, por sua resistência à realidade substantiva; por isso há que se ter cuidado em se manter afastado de tais enfoques. Porque o funcionalismo se caracteriza por pressuposições e perspectivas teóricas distintivas. Devido a que tal distinção é problemática, devemos prestar atenção em suas características básicas e mirar a função da confiança.

A análise funcional não consiste em estabelecer as conexões entre os dados estabelecidos ou o conhecimento confiável por meio do qual, em consequência, se obtém conhecimento adicional; mas se preocupa, finalmente dos problemas e de sua solução (LUHMANN, 2005, p. 6-7).

A partir dessa perspectiva funcional, em que o sistema é tomado em sua interação com o meio numa perspectiva de alta complexidade²³², vê-se que essa

²³² Como bem fundamenta Luhmann, “entretanto, a complexidade e capacidade para relacionar-se com ela, não é unicamente o motivo oculto, o propósito unificador por detrás de toda a orientação conceitual do método funcional; é ao mesmo tempo o problema mais fundamental e real para a investigação funcional. Somente deste ponto de vista da complexidade extrema vale a pena abordar o problema do mundo como um todo, o horizonte universal de toda experiência humana. Já que não tem limites, não é sistema. Não existindo nada externo a ele, não pode ser ameaçado. Inclusive as mudanças radicais em sua forma de energia podem somente ser interpretadas como acontecimento internos. O único problema que surge dessa configuração é a relação do mundo como um todo com as identidades individuais que existem nele e este problema se manifesta como aumento de complexidade no espaço e no tempo, manifestado em uma inimaginável superabundância de suas realidades e possibilidades. Isto inibe a adaptação exitosa ao mundo por parte do indivíduo, porque visto de uma perspectiva interna, o mundo se apresenta com uma complexidade difícil de manejar, e isto é o que constitui o problema para os sistemas que trata de se manterem no mundo” (LUHMANN, 2005, p. 8-9 – tradução livre).

mediação dos mecanismos internos de retenção e absorção/rechaço das informações advindas do ambiente se propaga no sentido de diminuir a complexidade e o risco para a autopoiese. Essa questão é delicadamente discutida em sistemas sociais cuja operação básica é a comunicação: em razão do aspecto policontextual, o êxito da absorção de informações por parte do sistema se dá por meio de um funcionamento orgânico, coerente e estritamente lastreado nos níveis de seus elementos performativos basais, no reflexo e na reflexividade do sistema em sua globalidade (níveis de observação de primeira e de segunda ordem). Somente com um amadurecimento da estrutura do sistema sua funcionalidade pode fazer frente às ameaças de atratores advindas do meio (especialmente por sistemas muito próximos, e que se acoplam estruturalmente em alguns dos pontos tangentes), a evidenciar alopoiese.

A confiança funciona como redutora da complexidade temporal. Estabelece critérios para que a prospecção de um dado cenário, especificamente em razão da volição de agentes sociais, se dê de maneira correlata àquilo que está previamente previsto na estrutura comunicativa. Assim, por meio de ato proferido no passado, a confiança acaba por reduzir a complexidade do futuro, no presente, este sendo o ponto cego da observação²³³. Isso quer dizer que em nossas atividades mais comuns, da cotidianidade, a confiança está a par do desenvolvimento pleno das relações comunicativas a partir da ideia de sentido, vez que os elementos relacionados possuem um condicionamento específico dado pela estrutura (autopoiese), que se transfere para o nível de sua autorreprodução que deve comunicar conforme parâmetro de sinceridade. Onde não há sinceridade e autenticidade por parte das zonas de emissão e de recepção comunicativa (efetivando-se a retroação em sentido do processo sistêmico em sua manifestação completa), não há confiança.

A confiança, em seu aspecto funcional, é redutora da rede de risco que envolve a sociedade pós-moderna, onde códigos são colocados de lado em

²³³ Nesse mesmo sentido aponta Misabel Derzi, para quem “a confiança se revela necessária para que o homem possa lidar com a extrema complexidade do mundo, despertando a segurança do estado (no presente), que reduz a complexidade e se projeta para o futuro, as alternativas/eventos em princípio infinitos e virtuais do futuro ficando equiparadas às alternativas selecionadas no presente. A confiança supõe três características elementares: (a) a permanência dos estados, de modo que se igualem presentes e futuros; (b) a simplificação, por meio da redução da complexidade e das infinitas possibilidades variáveis; (c) a antecipação do futuro, pela projeção daquilo que se dá no presente, para tempos vindouros” (DERZI, 2009, p. 328).

razão da indiferença no que diz respeito à identificação de uma racionalidade transcendental, supraordenada. Nesse sentido, como ensina Espanha,

Neste mundo incerto, nós criamos convicções sobre os eventos futuros (expectativas), baseadas ou na probabilidade ou na “fé” – fundada num conhecimento imperfeito – que temos em certo acontecimento ou comportamento futuro. É com base neste saber prudencial (nesta confiança, Vertrauen) que agimos. A confiança de senso comum é, por isso, o primeiro factor de garantia das expectativas. Mas, frequentemente ela não nos basta. Necessitamos de algo que fixe e garanta as nossas expectativas, nomeadamente quando estão em causa valores importantes para nós. É aqui que surge o direito que, ao lado de outros sistemas, reforça a confiança, aumentando a segurança (HESPANHA, 2009, p. 209).

Assim, vê-se que a confiança desponta como fato básico a partir do momento em que possibilita a seleção, por parte do observador, de acordo com aquilo que o código e a operação do sistema considera como capaz de estabelecer zonas de coerência e estabilidade no sistema comunicativo. Somente nessa perspectiva a confiança se aflora como verdadeiro ponto de inflexão da lógica estritamente formal da teoria dos sistemas aplicada aos Sistemas Sociais, pois funciona como uma espécie de imperatividade interna para que a própria autorreprodução, autorreferência e conseqüente autopoiese possam acontecer. Assim, finalizando com Luhmann,

Onde há confiança há aumento de possibilidades para a experiência e para a ação, há um aumento da complexidade do sistema social e também do número de possibilidades que podem se reconciliar com sua estrutura, porque a confiança se constitui como a forma mais efetiva de redução da complexidade (LUHMANN, 2005, p. 14 – tradução livre)

6.2 A confiança e a desconfiança: equivalentes funcionais na conformação de sistemas sociais

A desconfiança não é somente o oposto da confiança; em si, é também um equivalente funcional para a confiança. Por essa razão é somente uma possível (e necessária) escolha entre a confiança e a desconfiança (LUHMANN, 2005, p. 123).

Como desenvolvido nos capítulos iniciais, a Teoria dos Sistemas traz como pressuposto de operacionalização do sistema a identificação de seu código, de natureza binária, que estabelece o parâmetro de reconhecimento dos dois lados de uma moeda ou, na perspectiva do observador de segunda ordem,

um e o outro lado da forma. Identificar o elemento da confiança é, simultaneamente, traçar a linha que estabelece a desconfiança. Um e outro elemento se dá *pari passu* na estruturação funcional do sistema social. Ao aceitar que as condições identificadas no âmbito de produção de sentido de seus elementos, por meio da autorreferência estrutural, se dá no tempo, vê-se que o sistema de comunicação normativa aponta para a existência e para a incorporação do risco como parte integrante da racionalidade do sistema.

Essa questão é prontamente identificada por Luhmann tendo em vista que o sociólogo para do argumento de que a confiança tem o efeito de reduzir a complexidade social uma vez que “simplifica a vida por meio da aceitação do risco²³⁴” (LUHMANN, 2005, p. 124). Por outro lado, aquele que se rejeite a outorgar confiança, que paute sua ação e sua comunicação conforme uma tática de desconfiança, acabaria por voltar a um status de complexidade original, de onde se extrai uma gama infinita de possibilidades e conseqüente impossibilidade de processamento da informação pelo sistema – absorção total pelo ambiente, corrupção sistêmica²³⁵. Ao tomar a desconfiança como rotina, como fonte de prospecção cognitiva da ação no futuro, abre-se a porta para o abismo: tudo pode acontecer, nada parece ser seguro.

A desconfiança é aquilo que se pode considerar com a captura da comunicação sincera. A possibilidade real de ser enganado, de haver

²³⁴ Nesse mesmo sentido, Misabel Derzi aponta para o fato de que o sistema do Direito absorve a desconfiança em sua própria sistematicidade – argumento que retoma os passos já dados por Luhmann quando da explicitação de seu conceito normativo, que traz ínsito a ideia de contrafactividade da expectativa comunicacional normativa. Segundo a autora, essa absorção da desconfiança permanece latente no sistema, vez que “uma série de medidas não são adotadas sem o claro reconhecimento da desconfiança” (DERZI, 2009, p. 335). A partir disso, demonstra inúmeros exemplos contidos no sistema do Direito, vez que no esquema normativo de natureza penal, a pena teria a função de estabilizar a expectativa ao mesmo tempo em que indica a incorporação da desconfiança, do risco de que um crime possa ocorrer, independentemente da proibição contida na norma. A mesma questão é enfrentada no âmbito do Direito Tributário, onde se constata uma série de obrigações de natureza acessória que teriam como efeito trazer a desconfiança para o nível de edificação da confiança, em uma perspectiva de equivalentes funcionais.

²³⁵ Teoriza Luhmann que “estas estratégias negativas dão à desconfiança esse emocionalmente tenso e recorrentemente desequilibrado caráter que a distingue da confiança. Seu repertório se estende da definição do papel do semelhante como um inimigo ao qual se deve atacar, por meio de uma acumulação ilimitada de reservas pessoais em casos de urgência, até à renúncia de todas as necessidades que podem dar-se como perdidas. As estratégias de combate, da mobilização de reservas, ou a renúncia fazem possível uma condução da existência baseada na desconfiança e define sua situação em uma forma que faz possível atuar racionalmente dentro da área circunscrita. Deste modo, frequentemente a consciência da desconfiança se perde e as estratégias de redução demarcadas por ela voltam a ser autônomas, se convertem em uma perspectiva habitual da vida, uma rotina (LUHMANN, 2005, p. 124 – tradução livre).

tergiversações no nível das informações transmitidas, traz aumento de complexidade em nível tal que o sistema acaba por sofrer influxo de atratores, onde se identifica que o nível de *feedback positivo* chega ao seu limite máximo, corrompendo o sistema. Todavia, a presença da desconfiança é um fator de simplificação, é fator que ajuda a reduzir a complexidade, tendo em vista que uma vida pautada na desconfiança causaria uma carga de cansaço, de eterna vigília em tal proporção que seria simplesmente impossível viver. Daí a desconfiança originar a necessidade de a confiança ser a pedra de torque dos sistemas sociais. Luhmann esclarece que

Isso é particularmente verdade se a desconfiança toma a forma de uma expectativa positiva da ação prejudicial. Entretanto, a desconfiança, virtualmente por necessidade, é determinada positivamente. As expectativas negativas são demasiado complexas para a desconfiança porque excluem de menos. Nesta forma, as estratégias da desconfiança se fazem correspondentemente mais difíceis e algo mais pesadas. Frequentemente se absorvem a fortaleza da pessoa que desconfia a tal grau que lhe deixa pouca energia para explorar e adaptar-se ao seu entorno em uma forma informal e objetiva e de que aqui tem poucas oportunidades para aprender. Relativamente, a confiança é a opção mais fácil e, por esta razão, há um forte incentivo para começar uma relação com confiança (LUHMANN, 2005, p. 125 – tradução livre).

Qual a utilidade de tratar da desconfiança como fenômeno que deve ser levado em consideração para um movimento crítico do sistema a partir da perspectiva de um observador de segunda ordem? É justamente na justa medida de que a fissura propiciada pela desconfiança no código normativo, nas operações comunicativas sociais, é de tal envergadura que simplesmente parece ser possível estabelecer a autopoiese e diferenciação de um sistema social nesses moldes. Essa abertura da desconfiança para a insegurança, para a instabilidade, leva o sistema a condições de risco extremo, onde as possibilidades são não só infinitas, como factíveis, como fatais. Ao calcar-se na confiança e possibilitar a redução do futuro no estado do presente, o sistema reforça sua autonomia, reforça sua autorreferência e propicia uma autopoiese mais transparente, eficiente e perene. Isso quer dizer que ao pautar-se pela desconfiança, uma teoria dos sistemas teria dificuldades de observar a si mesma, a estabelecer uma hipótese de longo alcance, como expõe Luhmann,

Um sistema social que requer, ou não pode evitar, o comportamento desconfiado entre seus membros para certas funções, necessita ao mesmo tempo de mecanismos que impeçam que a desconfiança se

imponha e seja correspondida em um processo de escalada, voltando-se assim a uma natureza destrutiva. Sobretudo, deve haver estratégias e classes de comportamentos individuais que sejam reconhecidos socialmente e facilmente compreendidos para que possam interceptar e neutralizar os atos de desconfiança, transformando-os, dessa maneira – a partir do ponto de vista do sistema –, em aberrações acidentais, insignificantes e, por isso mesmo, sem função (LUHMANN, 2005, p. 132).

É nesse exato movimento que o trabalho empreendido se guia: para que haja a superação da desconfiança, em razão da inexistência de elementos autorreferenciais basais em matéria de tratados internacionais comuns em nosso ordenamento, deve-se produzir mecanismos aptos e transparentes para instaurar a confiança. As estratégias para esse tipo de redução da complexidade com base na confiança será delineada ao longo de todo o capítulo 7.

6.3 A redução da complexidade pela proteção da confiança

A redução da complexidade em um contexto de confiança se dá a partir da especialização comunicacional de natureza normativa própria ao Direito. Isso quer dizer que há uma estabilização de expectativas a partir dos enunciados normativos, que projetam a confiança para os sistemas sociais, por meio do *output* do sistema considerado operacionalmente fechado e cognitivamente aberto.

Nesse âmbito de análise é necessário levar em consideração os efeitos exercidos pela dupla contingência das expectativas sobre os agentes. A complexidade social está indissociavelmente ligada ao risco. Isso significa que as variáveis comunicacionais impõem uma contínua tensão sobre o próprio processo de comunicação, o que leva o sistema a selecionar a partir da diferença e dos mecanismos autopoieticos. No interior do processo de redução da complexidade, por meio da seleção de uma ou algumas das formas contingenciais, estabiliza-se uma espécie de comportamento que passa a ser expectável. Esse comportamento expectável passa a ser analisado mediante uma espécie de bilateralidade, ou dupla contingência.

Fundado em uma análise psicológica a partir da interação entre sujeitos, Luhmann coloca que “reconhecer e absorver as perspectivas de um outro como minhas próprias só é possível se reconheço o outro como um outro eu” (LUHMANN, 1983, p. 47). Essa espécie de transubstanciação de expectativas

entre sujeitos, fundada em um certo parâmetro de alteridade – tanto em sentido filosófico-ontológico, como psicológico – funda a ideia de dupla contingência no marco de uma teoria dos sistemas que analisa os fatores que movem e possibilitam as interações sociais. Isso porque a redução de complexidade nada mais é que a redução do risco, e ela se dá a partir do momento em que a seleção de comportamentos reduz a infinita gama de comportamentos possíveis de serem exercidos em relação à liberdade humana. Todavia, como adverte Luhmann, a seletividade que reduz a complexidade “é comandada pelas estruturas de expectativas do outro” (LUHMANN, 1983, p. 47). Seguindo o raciocínio:

Para encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativas não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro. Para o controle de uma complexão de interações sociais não é apenas necessário que cada um experimente, mas também que cada um possa *ter uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele*. Sob as condições da dupla contingência, portanto, todo experimentar e todo agir social possui uma dupla relevância: uma ao nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro; a outra em termos de avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro. Na área de integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função do normativo – e assim também do direito. (LUHMANN, 1983, p. 47-48).

Esse significado do comportamento próprio em relação às expectativas do outro é elemento central para a crítica empreendida à presença da omissão constatada no ordenamento jurídico brasileiro em relação à inexistência de norma definidora da hierarquia dos tratados internacionais comuns e da posição do Direito Internacional Público perante o Direito Interno. Trata-se de uma dupla contingência em relação à inexistência de parâmetro normativo que defina de forma coerente qual é a posição do Estado brasileiro em face desses tipos de normas convencionais. No caso em questão, a complexidade do sistema do Direito é muito maior tendo em vista que a contingência não é reduzida por meio do princípio do primado da lei, que é o núcleo de vinculação de condutas de nossa matriz jurídica. Isso se deve à hibridez do sistema jurídico brasileiro que convive com uma espécie “bijurismo²³⁶” à brasileira, onde os tribunais acedem

²³⁶ Como bem coloca Fabiana de Menezes Soares, um exemplo singular de sistema sedimentado em torno do bijurismo certamente é o canadense. Nesse sistema do Direito vê-se que as instituições possuem grande grau de maturidade e de deferência recíproca, onde a mescla entre sistema de *civil law* e *common law*, ao invés de produzir fraturas institucionais ou

ao ponto de legislar positivamente em casos de extrema dificuldade teórica, em razão da inércia do poder constituído para efetivar a auto-organização do sistema a partir de um mecanismo autopoiético assentado em um discurso de *civil law*.

Por esse lado da observação, a dupla contingência é fragmentada e fragilizada no momento em que a normatividade dos tratados internacionais comuns é estabelecida pelos Tribunais. Apesar de haver uma crescente discussão sobre a mudança da cultura jurídica de instabilidade dos Tribunais – vide as modificações estabelecidas no sistema de precedentes recentemente cristalizadas pelo Novo Código de Processo Civil –, há que se reconhecer que os tribunais brasileiros ainda pecam no que se relaciona ao respeito aos precedentes, o que nos torna reféns da mudanças baseadas em critérios hermenêuticos que muitas das vezes são distanciados dos parâmetros lógico-interpretativos criados pela dogmática.

O caminho que aqui se quer desenhar é no sentido de que a fixação de uma norma que dê suporte normativo de estatura constitucional à supralegalidade dos tratados internacionais comuns atua como critério de redução da complexidade a partir do empreendimento de uma dupla contingência de expectativas. Essa dupla contingência, por se tratar de normas convencionais estabelecidas entre Estados, se apresenta de modo bifurcado. Há uma proteção da dupla contingência em face dos demais sujeitos de Direito Internacional Público acordantes, dado que terão a garantia de que normas de natureza ordinária não conflitarão ou não subtrairão a eficácia dos tratados internacionais comuns no sistema do Direito brasileiro. Há também a mesma proteção em relação àqueles sujeitos que orbitam no direito interno no sentido de que suas expectativas em relação às regras do jogo, por exemplo, no âmbito do Direito Tributário ou do Direito Privado, serão mantidas de forma evidente. Em última instância, a proteção da expectativa sobre as expectativas nada mais

deturpações no âmbito da confiança, acabou por sedimentar um sistema único e de grande estabilidade. Isso se dá, especificamente, em razão da existência de uma prática legislativa que preza pela coerência e pela estabilização da confiança, lançando a legística como epistemologia apta a criar um conjunto de mecanismos que deem maior aderência ao signo jurídico e à comunicação normativa. Nesse ponto, a teórica explicita duas causas principais para essa harmonização: “I) Efetividade e eficácia (determinação do direito vigente) consolidação de todo o direito (nacional e regional); II) A existência de um percurso de elaboração legislativa (*legislative drafting*) que antecede a apresentação do projeto ao parlamento ou assembleia. No caso da iniciativa governamental, verificou-se a elaboração obrigatória do memorial por parte de juristas legistas” (SOARES, 2005, pág. 117).

revela do que a mitigação dos desgostos, das frustrações, pois “quem pode ter expectativas sobre as expectativas de outros (...) pode ter um acesso mais rico em possibilidades ao seu mundo circundante, e apesar disso viver mais livre de desapontamentos” (LUHMANN, 1983, p. 48, *sic*). Assim, Luhmann destaca que

A orientação a partir da regra dispensa a orientação a partir das expectativas. Ela absorve, além disso, o risco de erros da expectativa, ou pelo menos o reduz, isso porque, gradas à regra, pode ser suposto que aquele de diverge age erradamente, que a discrepância se origina, portanto, não da expectativa (própria) errada, mas da ação (alheia) errada (LUHMANN, 1983, p. 53)

Nesse aspecto, pode-se chegar à conclusão de que a proteção da confiança a partir da codificação e da programação mais articulada do Direito é processo que tem como finalidade garantir, de uma só tacada, as expectativas cognitivas e as expectativas normativas dos vários núcleos de fala presentes em dada sociedade, especificamente no Direito da sociedade. A partir dessa ideia, há que se reconhecer que somente pode se mencionar confiança quando o tipo de expectativa gerada por uma dada informação ou por um dado elemento (s) estrutural alcança um viés tal que ele se torna o ponto a partir do qual se pode tomar uma decisão, e não apenas o ponto a partir do qual se possa ter esperança (LUHMANN, 2005, p. 40). A tomada de decisão é muito mais palpável, mais estratégica e, especificamente, muito mais complexa e reduzida que a esperança, aberta e incerta. A proteção da confiança traz confiabilidade, verossimilhança para os discursos e incrementa a força normativa da comunicação sincera em nível do sistema do Direito. Num mundo de várias possibilidades de escolhas, a confiança é o elemento agregador, pois, nos dizeres de Hespanha,

Neste mundo incerto, nós criamos convicções sobre os eventos futuros (expectativas), baseadas ou na probabilidade ou na “fé” – fundada num conhecimento imperfeito – que temos em certo acontecimento ou comportamento futuro. É com base nesse saber prudencial (nesta *confiança*, *Vertrauen*) que agimos. A confiança de senso comum é, por isso, o primeiro factor de garantia das expectativas. Mas, frequentemente, ela não nos basta. Necessitamos de algo que fixe e garanta as nossas expectativas, nomeadamente quando estão em causa valores importantes para nós. É aqui que surge o direito que, ao lado de outros sistemas, reforça a confiança, aumentando a segurança (HESPANHA, 2009, p. 209)

A desconfiança pode ser vista, em certo modo, como um nível de complexidade infinita. Qualquer coisa pode acontecer, inclusive nada. Esse tipo de observação da realidade circundante acaba por levar o observador a um estado catabólico cujo nível de liberação de energia pode gerar o colapso do sistema. No âmbito do sistema da sociedade isso quer dizer que a instauração da desconfiança no código comunicativo revela a impossibilidade de se dar um passo adiante, de seguir com algum grau de certeza sobre o sentido que será dado à sua forma de se apresentar perante o mundo. Somente com a confiança, e o esforço do sistema social em aponta-la como condição *per quam* da existência do próprio social, se pode prospectar minimamente a expectativa sobre o amanhã, sobre uma tomada de decisão que possa surtir efeito para o agente, ou para a operação e seu respectivo sistema²³⁷.

Nesse ponto de chegada, vê-se que a generalização da confiança é o modo pelo qual a realidade social passa a ser possível, com a consequente diminuição da complexidade de dado sistema comunicativo em face de seu meio circundante. Sem confiança não há sentido, não autorreferência e, menos ainda auto-poiese comunicativa nos sistemas sociais, especialmente no sistema do Direito.

6.4 A confiança nos acoplamentos estruturais dos tratados internacionais comuns – *pacta sunt servanda e bona fides*

A confiança desempenha especial papel no âmbito dos acoplamentos estruturais, que se constituem a partir da interpenetração de sistemas afins em atividade simbiótica. Em que pese cada um dos sistemas interpenetrados possuírem operações e códigos exclusivos de sua própria estrutura, há que se

²³⁷ Ao construir sua teoria da lógica da modernidade líquida, Zygmunt Bauman aborda aspectos relativos àquilo que ele denomina de autoperpetuação da falta de confiança. O autor lança mão da obra de Alain Peyrefitte para explicar a consubstanciação da exigência da confiança em grau mínimo: “Em seu estudo retrospectivo da sociedade capitalista/moderna do “desenvolvimento compulsivo e obsessivo”, Alain Peyrefitte chega à conclusão de que a característica mais importante, e mesmo constitutiva dessa sociedade era a confiança: confiança em si mesmo, nos outros e nas instituições. Os três constituintes da confiança costumavam ser indispensáveis. Condiționavam-se e se apoiavam entre si: sem um deles, os outros dois implodiriam e entrariam em colapso. Poderíamos descrever a moderna construção da ordem como um esforço contínuo de implantar as fundações institucionais da confiança: oferecendo uma estrutura estável para o investimento da confiança e tornando aceitável a crença de que os valores presentemente estimados continuariam a ser estimados e desejados, e de que as regras para a busca e obtenção desses valores continuariam a ser observadas, não seriam infringidas e seriam imunes à passagem do tempo (BAUMAN, 2001, p. 207).

levar em consideração que a troca de informação entre os sistemas acoplados somente pode acontecer se houver a consonância das relações entre os elementos constitutivos e a sinceridade de suas operações intrínsecas – quais sejam baseadas na comunicação.

Em primeiro lugar, como salienta Luhmann, é importante lembrar que

A função de ordenamento do direito conserva sua peculiaridade pela importância de saber o que justificadamente se pode esperar dos outros (e de si mesmo); ou, na linguagem coloquial, com quais expectativas não se cairá no ridículo. A incerteza quanto às expectativas é muito mais insuportável do que experimentar surpresas e desencantos. A anomia, no sentido de Durkheim, diz respeito à incerteza de expectativa, e não aos fatos da conduta factual de outrem. Certamente, expectativa e conduta se estabilizam uma a outra, mas normas produzem maior certeza com relação à expectativa do que aquilo que chega a justificar a conduta, estando precisamente aí a sua contribuição à auto-poiese da comunicação social (LUHMANN, 2016, p. 202).

A partir dessa perspectiva, chega-se ao raciocínio de que a expectativa amolda a própria existência do sistema do Direito. Expectativa normativa como verdadeiro instrumento de comunicação que revela a existência de um cenário não somente quesível, como também destinado a ser daquela forma, com base na confiança. A redução das ambiguidades no âmbito do processo de comunicação, das margens de interpretações inadequadas, equivocadas, de desvio da volição seminal, pode ser revelado como uma das funcionalidades e teleologia da razão de ser da confiança. O conteúdo da confiança também pode ser incrementado pelo sentido de boa-fé na feitura de acordos que possuem como base de sustentação a expectativa de justiça comutativa entre as partes. Este princípio está presente com grande intensidade no âmbito do Direito privado. Como bem coloca Caio Mário da Silva Pereira,

Sem as demasias do Código Napoleão, o Código civil de 2002 não foi tão avaro como o código de 1916. Além de explicitar a possibilidade de o silêncio traduzir manifestação de vontade (art. 111), consignou, ainda, a regra *Treu und Glauben* do BGB, ao mandar que a declaração de vontade se interprete de acordo com a boa-fé e os usos dos negócios (art. 113). O Código Civil alemão é unanimemente elogiado quando consagra esse princípio (§157). Os negócios jurídicos devem ser inspirados na boa-fé, na lealdade e na confiança das partes. Na sua execução devem guardar-lhes fidelidade, e, portanto, assim devem ser interpretados. A regra não é nova no direito pátrio, pois que o Código Comercial de 1850 já a consagrava no art. 131, 1º, como regra de hermenêutica dos negócios empresariais. Cumpre, pois, ao intérprete da vontade negocial dar ênfase ao respeito ao princípio da boa-fé, como elemento ético da relação. A boa-fé, em sua concepção

objetiva, como conduta ética entre as partes que negociam, impõe correção e lealdade. Nesse contexto, ela sobrepaira como “princípio orientador da interpretação”. No entanto, o princípio da boa-fé objetiva, segundo a moderna doutrina, também possui o condão de criar deveres jurídicos anexos, como deveres de correção, cuidado, cooperação, sigilo, prestação de contas, e mesmo de limitação do exercício de direitos subjetivos, como ocorre nas proibições de *venire contra factum proprium*, do *inciviliter agere* e na invocação do *tu quoque* (PEREIRA, 2011, p. 419-420).

De modo geral, a ideia de boa-fé está assentada numa atitude de respeito à volição primeira. Expecta-se uma dada situação para que ela seja realizada no futuro, reduzindo-se a complexidade no presente. Para além de dever negativo (boa-fé subjetiva), a *bona fides* também se alicerça em um dever positivo, de se cumprir o acordo conforme o avençado²³⁸.

Nesse caminho, pode-se asseverar que a confiança é reafirmada internamente aos tratados internacionais comuns a partir de uma perspectiva interna. O Direito Internacional tende a refletir o caráter de universalização do Direito, qual seja preencher todas as formas do agir humano, seja de maneira positiva ou negativa. A manutenção de estruturas de confiança numa órbita internacional tem como principal efeito a mitigação dos efeitos da desconfiança no âmbito do Direito Interno. Descompassos internacionais, guerras cambiais, protecionistas, estratégicas, lutas pelo poder hegemônico, tudo isso reverbera de maneira direta na ordem jurídica interna, possibilitando a decomposição do código jurídico a partir de influências externas, que não foram devidamente controladas a partir dos instrumentos jurídicos aptos a estabelecer o alinhado das condutas. Desfaz-se a possibilidade de interpenetração entre sistemas a partir de uma perspectiva de uma expansão imperialista de um sistema sobre outro, como bem coloca Marcelo Neves²³⁹.

²³⁸ A questão é bem explorada por Misabel Derzi, ao explicar que “as diferenciações entre uma e outra boa-fé radicam em que, efetivamente, a boa-fé subjetiva (*guter Glaube*) é a intenção, decorrerá de um estado de consciência da parte – de estar agindo conforme os padrões de honestidade e fidelidade – por isso não configura uma fonte genérica de obrigações, é casuística, e, por seu caráter antes negativo do que positivo, não se pode dizer a priori da existência ou não de responsabilidade (tudo dependerá do caso concreto). Não obstante, a boa-fé objetiva (*Treue und Glaube*) ‘não diz respeito ao estado mental subjetivo do agente, mas sim ao seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação. O seu conteúdo consiste em um padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação existente entre as partes. A boa-fé objetiva não cria apenas deveres negativos, como o faz a boa-fé subjetiva. Ela cria também deveres positivos, já que exige que as partes tudo façam para que o contrato seja cumprido conforme previsto e para que ambas obtenham o proveito objetivado. Assim, o dever de simples abstenção de prejudicar, característico da boa-fé subjetiva, se transforma na boa-fé objetiva em dever de cooperar” (DERZI, 2009, P. 362).

²³⁹ Além da “atomização”, há o perigo da “expansão imperialista” de uma racionalidade contra as demais. Usando uma metáfora à francesa, dir-se-ia: uma árvore tende a crescer de tal

Numa perspectiva do Direito Internacional Público, os princípios da boa-fé e da confiança sempre tiveram íntima relação com a norma *jus cogens* conhecida pelo brocardo *pacta sunt servanda*. O princípio está positivado no art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos tratados, com a seguinte dicção: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé” (BRASIL, 2009). Nesse aspecto, coloca Alain Pellet *et al* que

Ao propor esta redação, a C. D. I. fez questão em sublinhar que enunciava o princípio fundamental do direito dos tratados. A execução de boa-fé e o respeito da regra *pacta sunt servanda* estão assim intimamente ligados constituindo dois aspectos complementares do mesmo princípio (PELLET *et al.*, 1999, p. 2000).

A partir dessa configuração do sistema do direito assentado sob uma verdadeira base epistemológica da confiança, tem-se que o sistema jurídico brasileiro necessita de uma reformulação para que esta se sedimente no que tange à seara do Direito Internacional Público, especialmente no que se refere às questões envolvendo os tratados internacionais comuns. Para evitar a ação da desconfiança como norte de estruturação da prática comunicativa do sistema do Direito brasileiro em relação aos tratados internacionais comuns, propõe-se a implementação de modificações na estrutura desse sistema, a inserir mecanismos que protejam a confiança e projetem as expectativas dentro de um

maneira no jardim, que suas raízes e ramos poderão impedir ou prejudicar a sobrevivência das demais. Mas não se trata aqui forçosamente de corrupção sistêmica por sabotagem de código. Como lado negativo da racionalidade transversal, essa situação pode significar apenas a fragilização de códigos de comunicação pela força excessiva de um outro, sem que haja a quebra da consistência interna de um sistema por bloqueios externos. No caso da sociedade contemporânea (...) essa tendência contrária à racionalidade transversal encontra-se sobretudo na economia e na mídia, que têm, respectivamente, o primado no plano estrutural e semântico. Mas não é suficiente o primado de uma esfera para que se caracterize a “expansão” de um campo sem reconhecimento da relevância da racionalidade singular do outro. A “hegemonia” de um campo não significa sua “expansão imperial”. Pode haver o primado sem que se desconheça a importância da outra esfera comunicativa ou discursiva, ou seja, sem que se despreze consequentemente o seu significado para a sociedade heterogênea. A “expansão imperial” como lado negativo da racionalidade transversal ocorre quando o sistema que dispõe de um código forte, ao relegar um outro à insignificância, não só prejudica as “pontes de transição”, como também dificulta que os respectivos sistemas atuem adequadamente em relação à sociedade: um por força da tendência hipertrófica; o outro, por força de uma propensão à atrofia. A esse respeito, tratando da questão da justiça em trabalho recente, Teubner aponta a “economização”, a “politização”, a “cientifização”, a “medicamentação”, mas também a “juridicização” (pode-se acrescentar a “midialização”), como “funestos imperialismos das racionalidades”, que levam a processos de autorregulação “unidirecionais”, incompatíveis com a heterogeneidade da sociedade: “Todos eles prometem que podem produzir, com os seus meios, uma boa sociedade, embora só possam dar respostas parciais para o seu campo.” Dessa maneira, a racionalidade parcial expansiva não reconhece os seus limites e, portanto, não se dispõe a integrar-se construtivamente nos entrelaçamentos promotores de racionalidades transversais, prejudicando as outras esferas naquilo que elas poderiam prestar adequadamente à sociedade heterogênea (NEVES, 2009, p. 47-48).

quadro quesível, factível e permeado pela retidão e transparência das condutas do Estado brasileiro como sujeito de Direito Internacional Público. A argumentação realizada até o momento vai ao encontro das conclusões estabelecidas por Mirtô Fraga, com divergência quanto à análise ontológica acerca da unidade sistêmica, para quem

Filiando-se ao monismo, com prevalência do direito Internacional, o sistema jurídico brasileiro não admite, em caso de conflito de norma interna e convencional, seja violada a última. Excepcionalmente, pode acontecer que se aplique a lei, em prejuízo do tratado, acarretando, com essa ilicitude, a responsabilidade internacional do Estado. A decisão, aí, será, porém, política e não jurídica. Melhor denunciar o acordo firmado que violá-lo, se sua vigência não interessar mais ao País. O princípio superior *pacta sunt servanda*, base de todo regulamento, e que informa, também, o Direito brasileiro deve ser respeitado (FRAGA, 2006, p. 114).

7 CONFIANÇA E PENSAMENTO SISTÊMICO: UM NOVO MODELO PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Sob o ponto de vista funcional, a função do direito se revela como a perene disposição do sistema para estabilizar expectativas normativas (LUHMANN, 2016, p. 180). A estabilização tem a ver com a redução da complexidade, ou seja, a diminuição de probabilidades, da inconstância, das incertezas, da mutabilidade e da flutuação a que os sujeitos em suas ações comunicativas estão sujeitos. Os sistemas sociais, em razão disso, são guiados por essa constante busca pelo sentido, ou seja, o movimento da comunicação de maneira seletiva, a eleger aquilo que estará do lado de dentro da forma, excluindo as demais possibilidades. Esse sentido, como não poderia deixar de ser, é autorreflexivo, autorreferencial, pois visa a estabelecer a conjunção entre a nova informação e a estrutura previamente constituinte do sistema. Essa estabilização das expectativas pelo sistema traduz a própria racionalidade deste, que nada mais faz do que possibilitar um quadro dentro do qual a ação possa se perfazer com segurança, calcada na confiança.

Nesse caminho, segundo ensina Raffaele De Giorgi, a grande importância da abordagem do Direito como Sistema comunicativo é justamente possibilitar a exteriorização do sentido como elemento preponderante para circunscrever o número de possibilidades que podem ser experimentadas. Para o autor, isso significa “isolar, dentro da grande quantidade do possível, uma unidade, definida pelo sentido, que neutraliza temporariamente outras possibilidades, sem, porém excluí-las totalmente como possibilidades” (DE GIORGI, 2017, p. 225-226). O sentido só pode ser sobrelevado com base na confiança, na expectativa acerca da constituição de uma comunicação verossímil, pautada pela sinceridade. É nesse ponto que o sistema do Direito permite a garantia de manutenção da própria coesão dos sistemas sociais, vez que funciona como o núcleo mediante o qual toda a comunicação, em todos os sistemas sociais, se torna possível, palpável, confiável. O sistema, então, mantém sua identidade a partir dos mecanismos da autopoiese, que é possibilitada pelo fechamento do sistema por meio de sua operação, cuja principal característica é ser cognitivamente aberto²⁴⁰.

²⁴⁰ Nesse espectro, Raffaele De Giorgi especifica que “cada sistema deve manter sua identidade, mas identidade não pode ser entendida no sentido da lógica clássica do ser:

É com base nessas premissas que se chega ao fato de o pensamento funcional-estruturalista ter como finalidade não somente observar como o sistema se forma e como ele se operacionaliza para encontrar a solução de seus próprios problemas. Assim,

Os sistemas sociais não são vinculados a determinadas prestações específicas que lhes asseguram a manutenção, com a exclusão definitiva de outras prestações que a ameaçariam. Para a manutenção do sistema contribuem prestações que são substituíveis por outras funcionalmente equivalentes. Solução dos problemas do sistema, de fato, significa orientação para alternativas, seja no pensamento, ou no agir prático. Um problema é dotado de sentido, segundo Luhmann, quando um conflito de alternativas torna possível sua solução. O método funcional demonstra seu valor cognitivo para a teoria dos sistemas na medida em que satisfaz a necessidade de alternativas, confrontáveis dentro dos sistemas. Ele fixa os pontos de referência abstratos, os problemas do sistema, a partir dos quais é possível confrontar diversas possibilidades de comportamento como alternativas funcionalmente equivalentes. “A racionalização do problema por uma construção abstrativa de possibilidades de confronto é o sentido específico do método funcional”. O escopo cognitivo do método funcional é o controle que este permite executar sobre uma série de alternativas. Um controle puramente teórico e, no âmbito do possível, diz Luhmann, um controle prático. O método funcional permite, assim, dispor de uma série de alternativas, entendidas como possíveis soluções para os problemas do sistema, e torna possíveis previsões e explicações (DE GIORGI, 2017, p. 226-227 – grifo do autor).

É diante dessa experiência proporcionada pelo método funcional que as seguintes propostas serão realizadas, no sentido de reduzir a complexidade do sistema a partir do aumento de sua própria complexidade, a selecionar aquelas possibilidades que se mostram, do ponto de vista do observador de segunda ordem, as mais adequadas para conferir maior confiança, verossimilhança e higidez ao sistema do Direito brasileiro. Para além disso, as modificações no nível de autorreferência basal aqui sugeridas têm como principal finalidade reforçar os tratados internacionais comuns como verdadeiros acoplamentos estruturais entre Direito Internacional e Política Internacional, o que corrobora a ideia de essas espécies convencionais servirem como arena para a construção de uma Ordem Político-Jurídica Internacional calcada na reprodução e na autorreferência aos valores já construídos ao longo da história da humanidade e transformados em comunicação normativa. A ideia de harmonização entre a

identidade não é substância, não é exclusão de outras possibilidades do ser, mas inclusão, ordem dessas possibilidades, uma síntese coordenadora, que ordena as referências às outras possibilidades da experiência. Conservação da identidade significa manutenção da função de ordem, própria do sistema (DE GIORGI, 2017, p. 226).

comunicação normativa e a comunicação política no seio da Sociedade Internacional desempenha o papel redutor de excluir as possibilidades que aumentem os riscos, que aumentem as formas irracionais de ação.

A partir dessa visão sistêmica, a primeira grande modificação – e, para dizer mais, a modificação central – será no sentido de sugerir a hierarquia dos tratados internacionais comuns como normas supralegais, a ocupar topografia intermediária na Constituição da República de 1988. Fixado esse novo parâmetro de análise do ordenamento jurídico brasileiro, passa-se a sugerir modificações acessórias, que possuem tanta importância quanto a primeira. Toda análise é feita com fundamento nos preceitos principiológicos e instrumentais encetados pela epistemologia da legística, brevemente retratados no capítulo 4.

Assim, serão propostos dispositivos constitucionais com o intuito de aperfeiçoar os mecanismos de autorreprodução do sistema do Direito brasileiro no que se refere ao Direito Internacional Público. Após a sugestão da supralegalidade, será indicado elemento basal para garantir a incorporação do próprio Direito Internacional Público ao sistema do Direito cuja base é a Constituição da República de 1988. Para além disso, para o reforço da confiança na plano da processualística dos tratados, será sugerido o sistema de dupla volição para a denúncia de tratados. Para complementar a legitimidade hierárquica recomendada, um novo quórum de aprovação dos tratados internacionais comuns será indicado. Também há necessidade de se estabelecer cláusula constitucional que determine que a ratificação do tratado no âmbito internacional é a condição necessária para entrar em vigor no Brasil, não necessitando de decreto presidencial para que tenha efeitos na denominada “ordem jurídica interna”.

Por fim, o presente trabalho apresenta a estruturação de uma nova forma de controle concentrado no sistema do Direito brasileiro, possibilitado após a adequação topográfica supralegal dos tratados internacionais comuns. Nesse ponto, o presente trabalho contribui com a criação do chamado Controle Paramétrico de Supralegalidade, cuja instrumentalização processual será efetivada mediante a utilização da Ação Direta de Parametricidade Supralegal (ADPS).

7.1 A edificação do ordenamento e o dever de coerência – entre a incompletude e o silêncio inconstitucional: casos de conflito entre tratados internacionais comuns e normas de direito interno

O sistema do Direito é uma obra, em perspectiva histórica, incompleta e em constante mudança nos níveis de sua programação, por isso contingencial. Contudo, essa contingencialidade é plenamente limitada pela confiança, visto que uma expectativa é devida e é ofertada pelo código normativo, que deve manter uma coerência de sua estrutura para que a autopoiese possa se expressar, e a autonomia do fechamento operativo possa transparecer. Como bem sabido, o dogma da completude do sistema do Direito se transformou ao longo do tempo: saiu-se da concepção de que o Direito deveria, em alguma medida, ter uma regra específica para cada tipo de litígio, lide, que fosse contraposto à jurisdição para a concepção de que o Direito, em sua perspectiva global, seria sempre completo, ou seja, teria uma resposta negativa ou positiva diante de dado fato.

Com a evolução do sistema constitucional, sedimentou-se na prática institucional do sistema judiciário a regra da inafastabilidade da jurisdição, que parte da ideia de que em qualquer caso, o juiz deve decidir pela presença ou pela ausência de determinado Direito, podendo, ao seu juízo e conforme pressupostos hermenêuticos, lançar mão de métodos de integração em caso de lacuna que colida com situações cuja existência, com efeito, não poderiam passar sem a devida resposta da jurisdição. Na tradição constitucional brasileira, em relação aos tratados internacionais comuns, em específico, sempre pairou a questão acerca da omissão em relação à definição da precedência, ou não, dessas espécies normativas convencionais sobre o ordenamento jurídico infraconstitucional. Até a década de 1970, como aponta Mirtô Fraga, o Supremo Tribunal Federal absorveu a tese da preponderância do Direito Internacional, na maior parte de suas decisões.

No Pedido de Extradicação nº 7, de 1913, aplicou-se o tratado celebrado com a Alemanha contra a Lei nº 2.416, de 28.06.1911. em 04.01.1913, o Ministro da Justiça remeteu ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, para os fins do art. 9º da Lei nº 2.416/1911 o pedido da Legação Alemã. Tal lei exigia que a documentação fosse autenticada, com o reconhecimento, pelo representante diplomático brasileiro, das firmas daqueles que subscrevessem os documentos, bem como de sua qualidade. O Supremo, em 29.01.1913, tendo em vista que tal formalidade não fora cumprida, denegou a extradicação. A Lei, no seu art. 10, era expressão ao estabelecer que nenhum pedido de tradição

seria concedido sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência. Em 05.01.1914, o Ministro da Justiça levou ao conhecimento do Pretório Excelso que, inadvertidamente, fora enviado o pedido feito pela Legação Alemã, quando estava, ainda, em vigor, o Tratado firmado pelo Brasil, só denunciado em 14.03.1913, para deixar de produzir seus efeitos no prazo estipulado no seu próprio texto e a informação de que a Legação Alemã solicitadas que as extradições requeridas, na vigência do tratado, fossem por ele reguladas. É que o tratado não exigia o reconhecimento, a autenticação dos documentos pela representação diplomática brasileira. E, ainda mais, a extradição era concedida sem o pronunciamento do Poder Judiciário. Em 07.01.1914, o Supremo, por unanimidade, reconhecendo que o caso era regulado pelo Tratado, declarou insubsistente o acórdão de 29.01.1913, uma vez que não tinha competência para conhecer da extradição (FRAGA, 2006, p. 99).

A virada jurisprudencial²⁴¹, que marca a concepção do Supremo Tribunal Federal até os dias de hoje, se deu com a avaliação do choque entre o disposto no Decreto Lei n. 427, de 22 de janeiro de 1969, e a Lei Uniforme de Genebra. Nesse quadro normativo, o referido decreto condicionava a validade das notas

²⁴¹ A questão de se identificar essa virada jurisprudencial é controversa na doutrina. Como aponta Pedro Dallari, para Jacob Dolinger, os juristas que identificaram uma indigitada virada (Haroldo Valladão, José Carlos de Magalhães e Celso. D. de Albuquerque Mello) não procuraram distinguir a natureza dos tratados avaliados. Narra Pedro Dallari que “Jacob Dolinger, no entanto, contesta fortemente a avaliação de que as decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de recepção de tratados internacionais adotadas na década de 1970 tenha representado alteração em relação à jurisprudência dominante até então. Para o internacionalista, ‘excetuadas as hipóteses de tratado-contrato, nada havia na Jurisprudência brasileira quanto à prevalência de tratados sobre lei promulgada posteriormente, e, portanto, equivocados todos os ilustres autores acima citados que lamentaram a alegada mudança na posição da Suprema Corte. A posição do STF através dos tempos é de coerência e resume-se em dar o mesmo tratamento a lei e a tratado, sempre prevalecendo o diploma posteriores, excepcionados os tratados fiscais e de extradição, que, por sua natureza contratual, exigem denúncia formal para deixarem de ser cumpridos” (DALLARI, 2003, p. 57). Não parece que a distinção entre tratado contrato e tratado normativo seja útil à análise do fenômeno do Direito Internacional Público. Todos os tratados são, por essência, normativos, alinhavam a conduta dos Estados, quer na órbita da relação entre os sujeitos de Direito Internacional Público, quer em relação aos sujeitos que estão submetidos ao julgo do Estado anuente de dada convenção, cujo corpo normativo tem eficácia erga omnes em um dado território. Além disso, como bem aponta Mirtô Fraga, há inúmeros julgamentos no Supremo Tribunal Federal, anteriores ao acórdão paradigma de 1977, que alegam expressamente a preponderância dos tratados sobre a legislação interna. Observa-se: “No julgamento da Apelação Cível n. 9.587, a Corte Suprema admitiu a superioridade do tratado sobre a lei. A ementa está assim redigida: “*O tratado revoga as leis que lhe são anteriores; não pode, entretanto, ser revogado pelas posteriores, se estas não o fizerem expressamente ou se não o denunciarem*” (grifos da transcrição)”. Nesse sentido, a autora continua, narrando os seguintes casos importantes: A *Companhia Rádio Internacional do Brasil* propusera ação contra a União Federal para obter a restituição de certa importância, acrescida de juros de mora e custas, proveniente do imposto de Consumo que lhe havia sido cobrado. É que importara dos Estados Unidos da América e da Inglaterra, para seu próprio uso, peças para aparelhos radioreceptores e radiotransmissores, tendo sido obrigada, na Alfândega, a pagar a importância cuja restituição pleiteara. A cobrança, segundo a autora, era ilegal em virtude do Tratado de Comércio, celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos e promulgado pelo Decreto n. 542, de 24.12.1935. Pelo art. VII do Tratado, nenhum dos signatários pode cobrar “as taxas, custas, exações ou encargos internos nacionais, ou federais que sejam diferentes ou mais elevados do que os estabelecidos ou previstos respectivamente, nas leis dos Estados Unidos do Brasil e dos Estados Unidos da América, em vigor no dia da assinatura do Tratado” (FRAGA, 2006, p. 102).

promissórias emitidas por particulares à prévia efetuação de registro em repartição fiscal competente. Contudo, a Lei Uniforme de Genebra, instrumento normativo responsável por regulamentar os aspectos específicos sobre títulos de créditos, devidamente ratificado pelo Brasil, não previa essa formalidade. Em relação a esse ponto, o internacionalista José Carlos de Magalhães aponta que

Em julgamento de 1º de junho de 1977, publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência, nº 83/809, o STF decidiu que tratado firmado pelo Brasil tem aplicação imediata e direta no direito interno, após a sua ratificação regular pelo Congresso, não dependendo, portanto, de lei que lhe reproduza o conteúdo. Reconheceu, por outro lado, a equivalência do tratado à lei, o que vale dizer que tratado revoga a lei anterior e a ele sucede ao tratado tem prevalência sobre este.

(...)

O que fica dessa decisão, contudo, é a impressão de recuo do Supremo à aceitação da prevalência do direito internacional, tal como esposada por Xavier de Albuquerque, que, significativamente, foi o único que invocou precedentes da Corte naquele sentido, anotados por Haroldo Valladão... Afastando-se da orientação anterior, não atentaram aqueles Ministros para a problemática da responsabilidade do Estado na ordem internacional. E não apenas do Estado como entidade abstrata, mas como pessoa jurídica que atua por indivíduos que o representam perante a comunidade de nações. As decisões jurídicas são também atos do Estado que se refletem na ordem internacional e podem acarretar a responsabilidade de quem as proferiu, perante a comunidade internacional (MAGALHÃES, 2000, p. 54-56).

Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal apontou para um direcionamento do sistema do Direito brasileiro que privilegia o código normativo emanado internamente, a desconstituir a unidade comunicativa do sistema do Direito. Além disso, no julgamento do RE n. 80.004/77²⁴², pode-se observar, como bem destaca Mirtô Fraga, uma constelação de posicionamentos totalmente assimétricos e que revelam a ausência de explicitação doutrinária e epistemológica sobre o fenômeno contratual com algum nível de profundidade

²⁴² Assim restou ementado o citado acórdão: Convenção de Genebra, Lei Uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias - aval apostado a nota promissória não registrada no prazo legal - impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do decreto-lei nº 427, de 22.01.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Dec-Lei nº 427/69, que institui o registro obrigatório da nota promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE n. 80.004, Relator Ministro Xavier de Albuquerque – grifo do autor).

necessária do ponto de vista daquilo que se espera de uma Suprema Corte. Narra a autora que,

Por maioria de votos, vencido o relator, o Supremo Tribunal deu provimento ao recurso, para declarar a impossibilidade de ação ordinária de cobrança contra avalista de título não levado a registro.

Não obstante haver, apenas, um voto negando provimento ao recurso, as opiniões foram as mais desencontradas. Partindo de pontos diversos, trilhando caminhos diferentes, os demais Ministros foram, contudo, acordes ao dar provimento ao recurso, entendendo aplicável ao caso o Decreto-Lei n. 427/69.

Dos votos externados, chega-se à seguinte conclusão sobre a opinião atual dos Ministros do Supremo Tribunal:

1 – com apenas um voto em contrário (Ministro Cunha Peixoto), foi admitida a aplicabilidade imediata da Convenção de Genebra, sem necessidade de lei dispondo sobre a matéria nela tratada;

2 – somente os Ministros Xavier de Albuquerque e Eloy da Rocha se mostraram favoráveis à supremacia da Lei Uniforme, embora só o primeiro admitisse a ocorrência de conflito e, em consequência, a invalidade do Dec. – Lei n. 427/69;

3 – os Ministros Antônio Neder e Eloy da Rocha entenderam não haver o conflito, sendo possível a conciliação entre as duas normas;

4 – pela equiparação do tratado à lei, solucionando-se a divergência entre eles, pela aplicação do princípio “lex Posterior derogar priori”, votaram os Ministros Cordeiro Guerra, Rodrigues de Alkimin e Thompson Flores;

5 – o Ministro Leitão de Abreu não examinou se, no caso particular, havia divergência entre as duas normas, concluindo pela aplicação da lei nacional, que não estava despojada de eficácia para os Tribunais; em outras palavras, o Poder Judiciário é obrigado a conferir a eficácia à lei interna, só podendo a isso se recusar, quando expressamente autorizado (FRAGA, 2006, p. 108-109).

Essa indefinição teórica e decisional no que diz respeito ao tratamento dos tratados conferido pelo Supremo Tribunal Federal foi também duramente criticado por José Carlos de Magalhães, que em obra específica sobre o assunto dissertou:

Deve-se enfatizar que, perante a comunidade internacional – e mesmo perante a comunidade nacional – o Estado não se apresenta compartimentalizado nos Poderes pelos quais exerce a jurisdição, assim entendida a autoridade para declarar o direito nacional e o internacional. O Estado é um só, e a lei que revoga tratado viola obrigação internacional assumida pelo Estado, acarretando-lhe a responsabilidade internacional. Da mesma forma, a decisão judicial que deixa de dar aplicação a tratado regularmente ratificado pelo país, também gera a responsabilidade internacional do Estado e das autoridades responsáveis pela violação.

Por isso não pode ser acatada a observação de Amílcar de Castro, em que se fundamentou o Ministro Cunha Peixoto, em seu voto como relator designado do Acórdão n. 80.004, acima referido, de que “tratado não é lei, é ato internacional que obriga o povo considerado em bloco; que obriga o governo na ordem externa e não o povo na ordem interna”. Tal entendimento revela o viés de considerar o governo como entidade separada e distinta da nação, com ela não se identificando. Segundo

essa ótica, o Estado, ao se comprometer na esfera internacional, não compromete a nação. Note-se que Amílcar de Castro afirma que o tratado obriga o povo considerado em bloco, não conseguindo explicar porque essa obrigação tomada em bloco não vale para a ordem interna. Tal raciocínio, ademais, não leva em conta que, desde a Constituição do Império, de 1824, os poderes do Estado brasileiro exercem autoridade delegada da nação – e não por autoridade própria (MAGALHÃES, 2000, p. 61 – grifos do autor).

O posicionamento estabelecido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com apoio nas observações de Amílcar de Castro, revelam a inexistência de coerência argumentativa e de aporte epistemológico que seja adequado e verossímil ao campo dos sistemas sociais. A dissociação entre a formação elementar dos sistemas sociais, com seus múltiplos sujeitos, e componentes de uma ordem maior denominada “nação”, ou seu projeto, revela a tentativa de explicar um raciocínio que não possui uma conclusão aceitável perante a lógica. Lança-se mão de uma legítima falácia. Os sistemas sociais se formam no aspecto comunicacional por via de intensas trocas interacionais. Não há separação entre a vinculatividade dos tratados no âmbito interno e externo, para se considerar o primeiro como atividade em bloco. A vinculação dos sujeitos irá depender, obviamente, do conteúdo do tratado, e não de sua forma em específico. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal, mantido até hoje²⁴³,

²⁴³ A exemplo, tem-se a o Acórdão proferido no pedido de Extradicação n. 662/1996, de cuja ementa restou assim determinada: E M E N T A: EXTRADIÇÃO - CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA E DE CONCUSSÃO - DISCUSSÃO SOBRE MATÉRIA PROBATÓRIA - INADMISSIBILIDADE - DERROGAÇÃO, NESTE PONTO, DO CÓDIGO BUSTAMANTE (ART.365, 1, IN FINE), PELO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO - PARIDADE NORMATIVA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS BRASILEIRAS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS - PROCESSO EXTRADICIONAL REGULARMENTE INSTRUÍDO - JURISDIÇÃO PENAL DO ESTADO REQUERENTE SOBRE OS ILÍCITOS ATRIBUÍDOS AOS EXTRADITANDOS - JULGAMENTO DA CAUSA PENAL, NO ESTADO REQUERENTE, POR TRIBUNAL REGULAR E INDEPENDENTE - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO PENAL EXTRAORDINÁRIA CONCERNENTE AO DELITO DE CORRUPÇÃO PASSIVA - ACOLHIMENTO PARCIAL DA POSTULAÇÃO EXTRADICIONAL UNICAMENTE QUANTO AO CRIME DE CONCUSSÃO - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. CÓDIGO BUSTAMANTE - ESTATUTO DO ESTRANGEIRO - O Código Bustamante - que constitui obra fundamental de codificação do direito internacional privado - não mais prevalece, no plano do direito positivo interno brasileiro, no ponto em que exige que o pedido extradicional venha instruído com peças do processo penal que comprovem, ainda que mediante indícios razoáveis, a culpabilidade do súdito estrangeiro reclamado (art. 365, 1, in fine). O sistema de contenciosidade limitada - adotado pelo Brasil em sua legislação interna - não autoriza, em tema de extradicação passiva, que se renove, no âmbito do processo extradicional, o litígio penal que lhe deu origem, nem que se proceda ao reexame de mérito concernente aos atos de persecução penal praticados no Estado requerente. Precedentes: RTJ 73/11 - RTJ 139/470 - RTJ 140/436 - RTJ 141/397 - RTJ 145/428. PARIDADE NORMATIVA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS BRASILEIRAS E TRATADOS INTERNACIONAIS - Tratados e convenções internacionais - tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RTJ 83/809) - guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro. A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as

revela um profundo desconhecimento do fenômeno convencional, suas bases epistemológicas e a lógica de sua aplicabilidade em duplo efeito: interno e externo. Esse posicionamento foi acompanhado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que assim se manifestou na década de 90 do século XX:

Tratado internacional - lei ordinária - hierarquia.

O tratado internacional situa-se formalmente no mesmo nível hierárquico da lei, a ela se equiparando. A prevalência de um ou outro regula-se pela sucessão no tempo. Direito de autor. A obrigação assumida pelo Brasil de proteção do direito autoral, no campo internacional, não significa deva ser outorgada aquela que tem o autor em seu país, mas que será dispensado o mesmo tratamento concedido aos sob sua jurisdição (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Resp. n. 74.376/RJ, Relator Ministro Eduardo Ribeiro).

Lei - tratado.

O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida. Perdera, entretanto, eficácia, quanto ao ponto em que existia antinomia, prevalecendo a norma legal.

Aplicação dos princípios, pertinentes a sucessão temporal das normas, previstos na lei de introdução ao código civil. A lei superveniente, de caráter geral, não afeta as disposições especiais contidas em tratado. Subsistência das normas constantes da convenção de Varsóvia, sobre transporte aéreo, ainda que disponham diversamente do contido no código de defesa do consumidor. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Resp n. 58.736/MG, Relator Ministro Eduardo Ribeiro)

Constata-se da leitura da ementa do Resp n. 58.739/MG que houve uma parcial relativização do posicionamento anteriormente tomado, vez que tentou-se harmonizar o conflito entre tratado e norma interna a partir do critério norma especial prevalece sobre a norma geral²⁴⁴. Contudo, essa não é a forma correta de se enfrentar o fenômeno dos tratados internacionais comuns em nosso

leis internas do Brasil. A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá - presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico -, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. EXTRADIÇÃO E PRESCRIÇÃO PENAL - Não se concederá a extradição quando estiver extinta a punibilidade do extraditando pela consumação da prescrição penal, seja nos termos da lei brasileira, seja segundo o ordenamento positivo do Estado requerente. A satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional. Com a consumação da prescrição penal extraordinária pertinente ao delito de corrupção passiva, reconhecida nos termos da legislação criminal peruana, inviabilizou-se - no que concerne a essa específica modalidade de crime contra a Administração Pública - a possibilidade de deferimento da postulação extradicional (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXT n. 662. Relator: Ministro Celso de Mello).

²⁴⁴ Como bem expõe José Carlos de Magalhães, “essa orientação do Superior Tribunal de Justiça é mais cautelosa e moderada do que a adotada pelo Supremo Tribunal Federal e tende a prevalecer, sobretudo diante da falta de unanimidade na fundamentação e nos motivos dos votos proferidos no Acórdão 80.004 (RTJ 83/809), que se tem como paradigma para a matéria” (MAGALHÃES, 2000, p. 68).

ordenamento, menos ainda do ponto de vista da teoria dos sistemas, que preza pela manutenção da racionalidade da operação comunicativa, cujo sentido é a base para a estruturação e reafirmação autorreferencial do próprio código do sistema.

Por fim, cabe ajustar que a função institucional da jurisdição é atuar no centro do sistema do Direito, aplicando-o conforme a atividade autorreferencial do sistema. Ao contrário do legislador, que ocupa a periferia do sistema, o juiz não pode se ocupar da verificação de interesses conformes ou não conformes determinado segmento, pessoa, situação. Sua atuação é estritamente no sentido de dar força, vinculatividade, definitividade à comunicação jurídica, de modo que sua atuação no centro²⁴⁵ tem, justamente, a função de blindá-lo de ingerências externas.

A par disso, em razão do princípio da inafastabilidade, de alguma forma os juízos, em caso de lacunas, acabam por recorrer a argumentos extrínsecos ao sistema para estabelecer o fio condutor de um código normativo. Nessa zona, nasce a possibilidade do arbítrio. Com essa possibilidade, toma-se a probabilidade de que a desarticulação de sistemas correlatos ou tangentes tenham sua integridade afetada a partir de mecanismos atratores.

É na exata medida de identificar esse problema que são propostas as próximas modificações em nível constitucional e legislativo em matéria de tratados internacionais comuns, para que o programa do sistema se ajuste ao seu código, para que a estrutura tenha a função ordenadora e norteadora da comunicação global. O reforço da estrutura, dos níveis de autorreferência basal, somente podem se dar a partir da autocrítica desempenhada pelo sistema a partir de um viés de observação de segunda ordem, quando os sujeitos que encarnam a própria operação do sistema do Direito aumentam a complexidade interna a partir não somente da diminuição da complexidade externa, como

²⁴⁵ Assim disserta Luhmann, “uma vez que um centro não pode operar sem uma periferia, assim como esta não pode operar sem um centro, essa distinção não formula nenhuma diferença de classe ou relevância social. É com uma formulação muito acertada que Habermas caracteriza o procedimento judicial como “ponto de fuga para a análise do sistema jurídico”. De modo algum se trata de uma inversão no seio do padrão hierárquico estrutural, e a consequência disso é que os tribunais passam a se considerar mais importantes que os legisladores. É justamente isso que se deve evitar, pois, como em qualquer forma de diferenciação, trata-se de assegurar que o oposto (obrigatoriedade de decidir e nenhuma obrigatoriedade de decidir) se torne possível de maneira simultânea e complementar. A forma de diferenciação garante o desdobramento do paradoxo, e não mais. Disso depende, porém, que o sistema do direito, ao tomar para si uma competência universal, possa se fechar em sua operação para desempenhar uma função específica no sistema social como um todo (LUHMANN, 2016, p. 431-432).

também da sedimentação da confiança a partir de critérios transparentes para que a prospecção possa ser vertida em dever, em imperatividade, o que é próprio ao Direito.

7.2 O modelo hierárquico supralegal para os tratados internacionais comuns: o encerramento operativo entre Direito Internacional Público e Direito Interno sob a perspectiva do observador

A teoria dos sistemas aplicada aos sistemas sociais adota como *conditio per quam* de sua existência o conceito de estrutura. Somente a partir do momento em que uma dada estrutura se encerra operativamente e traça uma exata delimitação entre ela e seu ambiente, é que se pode falar no nascimento do sistema. A estrutura é que dá condições para que a autopoiesis tenha marcha, como já mencionado. Nesse ponto, apesar de ser dinâmica em sua inteireza, a estrutura guarda uma grande invariabilidade em relação ao seu ambiente, porquanto é a área limítrofe por meio do qual o sistema torna-se capaz de realizar uma diferenciação. É a estrutura que confere a verificação da existência e da estabilidade do sistema. Do ponto de vista da teoria dos sistemas sociais, a estrutura se manifesta por meio de um código, de natureza binária, que evidencia a complexidade de um e do outro lado da forma.

No âmbito da estrutura pode-se ver sua composição basilar sob aquilo que é denominado como elementos. Elementos que estão ligados por meio de uma relação. Essa relação se dá no tempo, na estrutura, e é dotada de sentido. Cada elemento é responsável por trazer uma espécie de programação do sistema, de apontar como a comunicação concretizará o próprio código. Para que isso seja levado a cabo, o elemento lança mão de autorreferência, reflexividade e reflexão, o que é evidenciado na observação de primeira ordem, que ocupa o ponto cego da observação. A construção da estrutura, como aponta De Giorgi, é essencial para a possibilidade da comunicação normativa:

O sistema precisa dispor de uma estrutura estável, consistente, adequada, de uma estrutura capaz de resistir às variações do ambiente e de reagir de maneira apropriada aos eventos que se verificam no interior do sistema; de uma estrutura capaz de controlar as interferências e os desvios, de isolar as frustrações preparando mecanismos que impeçam que estas prevaleçam sobre a certeza e

sobre a redução de complexidade reunida pelo sistema. Além disso, a estrutura deve ser capaz de ter sob controle as flutuações do sistema provocadas por eventos internos ou externos a ele, de reagir com indiferença, abstraindo a situação específica: a estrutura deve sobreviver à situação (DE GIORGI, 2017, p. 232).

O controle das interferências e dos desvios é realizado pelos elementos, colocados como programações que generalizam expectativas de maneira congruente. É nesse caminho que colocamos que a codificação do sistema somente é possibilitada se se pressupõe a capacidade de observação de segunda ordem no sistema, como disserta Luhmann:

Toda atribuição de valores é, portanto, um resultado contingente de operações contingentes, e por isso tem de se apresentar como uma decisão que em princípio poderia se dar de outra maneira, tendo sido essa alternativa levada em consideração.

Essa tese pode ser reformulada com o enunciado de que a codificação pressupõe a possibilidade da observação de segunda ordem no sistema. Isso não exclui o operar no nível de primeira ordem e, conseqüentemente, não exclui o operar com afirmações não reflexivas sobre legalidade e ilegalidade. Também essas afirmações são operações do sistema no sistema. Mas o caráter fechado do sistema (...) só se produz se toda observação no sistema estiver sujeita a uma observação de segunda ordem (LUHMANN, 2016, p. 243).

Diante dessa estruturação teórica, vê-se que os códigos somente podem existir a partir da verificação dos programas no sistema. Esses elementos básicos é que possibilitam que o sistema autopoietico possa se mover numa dada direção, na busca de sentido, que busca, no futuro, a formação de um ponto de vista subsequente. Os pontos de vista são vários no ambiente. O código atua na seleção, a partir de sua fixação na estrutura. Assim, como coloca Luhmann, “valendo-se de uma formulação concisa, pode-se dizer que os códigos geram programas²⁴⁶” (LUHMANN, 2016, p. 253). É nessa interrelação entre o código e o programa que o sistema do Direito passa a ser considerado como possibilitar da generalização congruente das expectativas²⁴⁷.

²⁴⁶ Em continuação, Luhmann aponta que os códigos são um lado da forma, cujo outro lado são os programas do sistema. Só mesmo essa complicada distinção de distinções *no sistema* pode se iniciar e evoluir, o que um observador chamaria de desdobramento da tautologia/paradoxo do sistema. Nessa medida, os códigos garantem a autopoiese do sistema, ao confrontar toda autofixação do sistema com a possibilidade de seu contrário, isto é, à medida que não permitem nenhum caráter definitivo, nenhuma perfeição. Os códigos não concedem a si mesmos a autofixação, já que sua abertura permite tudo. A autodeterminação autopoietica do sistema só se dá mediante a diferença entre codificação e programação (LUHMANN, 2016, p. 253-254).

²⁴⁷ Conceito que pode ser encontrado, após ampla digressão, em Luhmann, quando diz que “podemos agora definir o direito como estrutura de um sistema social que se baseia na

A partir dessas considerações introdutórias, passa-se a argumentar a necessidade de alocação de um programa especial para tratar da questão da hierarquia dos tratados internacionais comuns no sistema do Direito brasileiro: um elemento normativo que se traduz no nível de autorreferência basal e possibilita a generalização de expectativa, cognitiva e normativamente, a especificar a confiança como fio condutor da evolução do sistema.

Como já demonstrado no capítulo 5, há pelo menos quatro modelos de formatação dos sistemas jurídicos no que diz respeito à formulação de respostas ao fenômeno da interrelação existente, a partir da segmentação dogmática, entre Direito interno e Direito Internacional Público, neste último ponto, especificamente sobre a questão da localização topográfica dos tratados internacionais em dado ordenamento. Nessa ordem de ideias, a doutrina geralmente se debruçou sobre a verificação de que algumas normas presentes num dado sistema acabam servindo de modelo, de parâmetro, para que outras normas possam existir, ou, em termos técnicos, serem válidas. Por se tratar de um problema de índole constitucional, no nível da programação de um acoplamento estrutural, traz-se o posicionamento do jurista de Coimbra, Canotilho, que disserta apontando que

Existem casos de normas que, carecendo de forma constitucional, são reclamadas como pressupostas pela constituição como específicas condições de validade de outros actos normativos, inclusive de actos normativos com valor legislativo. Para designar essas normas, a doutrina crismou-as, por sugestão da publicística italiana, de **normas interpostas** (CANOTILHO, 2003, p. 922).

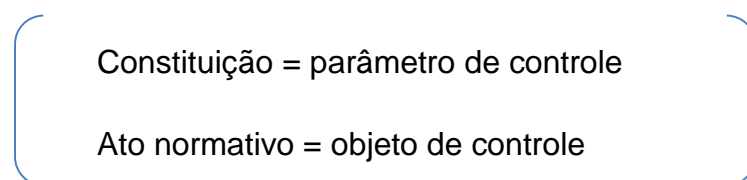
A consideração de normas interpostas se dá no nível de avaliação de complexidade interna do próprio sistema. Há diferenciações necessárias no sistema do Direito para que sua operacionalização, comunicação normativa e alocação de expectativas se deem como forma não somente de reforço do código, mas para propiciar o próprio fechamento operativo do sistema, diferenciando-o dos demais sistemas contidos no ambiente. Assim, dentre as hipóteses de normas que podem ser avaliadas como interpostas em dado ordenamento jurídico, o Constitucionalista de Coimbra cita que

A hipótese prevista em (4) [tratados internacionais] oferece mais dificuldade [em se avaliar a sua interposição paramétrica], dado que a

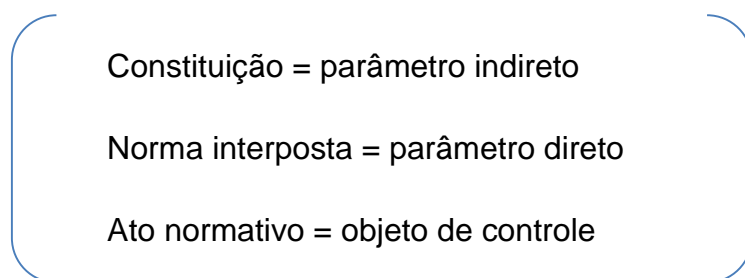
generalização congruente de expectativas comportamentais normativas” (LUHMANN, 1983, P. 121).

constituição em parte alguma afirma a superioridade do direito internacional sobre o direito legal ordinário. A elevação das normas de direito internacional a parâmetro normativo do direito interno é, sobretudo, uma posição doutrinária, embora metodicamente fundada em preceitos constitucionais. Aqui, por conseguinte, são dois os problemas: (i) demonstrar, em primeiro lugar, o valor paramétrico superior do direito internacional relativamente o direito legal interno; (ii) em caso afirmativo, qualificar juridicamente a relação de desvalor paramétrico entre o direito internacional e o direito interno (CANOTILHO, 2003, p. 923-924).

Tomando a estruturação do ordenamento jurídico, tem-se classicamente que a Constituição é o parâmetro singular para a produção de todas as demais normas, seja no que diz respeito a questões formais ou a questões materiais. Nesse modelo, Canotinho explica que a interposição da Constituição se dá de maneira direta, de forma que o ato normativo objeto de controle se contrapõe diretamente a sua normatividade segundo o modelo a seguir:



Todavia, em razão da complexidade do sistema do Direito, pode-se observar que a evolução do sistema jurídico perpassa pela necessidade de se criar não somente novas estruturas normativas, como também novos estratos, que tenham como função a especificação topográfica de espécies normativas, como forma de alça-las como parâmetro de validade de normas inferiores. Nesse modelo, adota-se o pressuposto de que entre a Constituição e as normas de hierarquia ordinária haveria um espectro normativo interposto, que retiraria sua validade da Constituição e, ao mesmo tempo, conferiria validade para as normas logo abaixo na hierarquia. É a chamada hierarquia supralegal.



Essa é a forma que melhor prestigia a proteção da confiança em matéria de Direito Internacional Público, em específico no que atine aos tratados internacionais comuns. A programação na forma como colocada tem como função reduzir a complexidade e restaurar o âmbito de legitimidade para a definição dos critérios de topografia do ordenamento jurídico brasileiro. O sistema do Direito deve contar com uma periferia altamente permeada por uma sensibilidade de diferenciação que se dê de modo eficiente, pautado pelos preceitos da legística. Essa visão estratégica de estabilização das expectativas normativas em nosso ordenamento foi defendida de maneira robusta no trabalho efetivado em tese doutoral por Pedro Dallari, que fundamentou essa sugestão de modificação do sistema de fontes do direito brasileiro da seguinte forma:

[A inovação legislativa sugerida] constitui-se em norma basilar do sistema proposto, pois cuida de atribuir, de maneira explícita, imperativo constitucional ao princípio da autoaplicabilidade dos tratados internacionais e de fixar, de forma inequívoca, a superioridade hierárquica dos tratados em face das leis nacionais, tanto complementares como ordinárias. O que se pretende é pacificar o entendimento quanto a essa matéria, gerando-se maior segurança jurídica no que diz com a identificação da efetividade das normas emanadas de tratados internacionais (DALLARI, 2003, p. 133).

Diante de toda a argumentação apresentada ao longo do trabalho, lança-se mão do modelo proposto por Pedro Dallari, de maneira a sugerir a seguinte reforma constitucional, com modificação própria ao presente trabalho:

Acrescente-se ao art. 4º da Constituição Federal de 1988 (princípios de relações internacionais) o seguinte §2º:

“§2º. Os tratados internacionais comuns em que a República Federativa do Brasil seja parte integram o ordenamento jurídico brasileiro e suas normas possuem primazia sobre quaisquer leis nacionais produzidas pelo legislador ordinário” (DALLARI, 2003, p. 132-133).

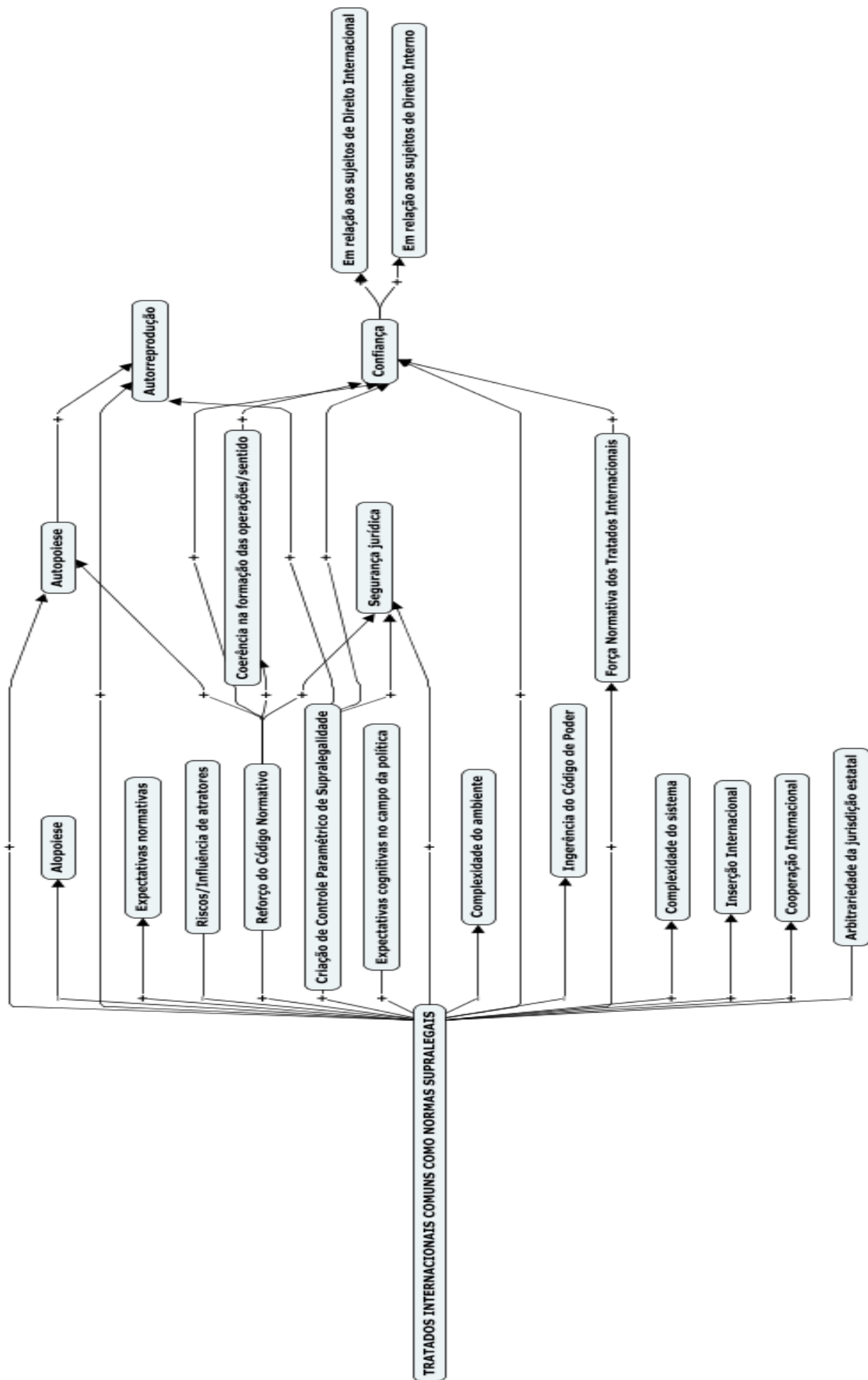
A proposta aqui sugerida segue os parâmetros da legística material, aportados ao longo do capítulo 4. Em primeiro lugar, definiu-se o problema como sendo a ausência de norma constitucional que defina com precisão a hierarquia dos tratados internacionais comuns no sistema do Direito brasileiro, o que causa mitigação da confiança em níveis intra e extrassistêmicos. Em segundo lugar, objetivou-se reforçar a confiança da comunicação normativa encampada pelo acoplamento estrutural consubstanciado nos tratados internacionais,

especialmente os comuns. Para cumprir este objetivo, foi sugerido, ao longo de todo o texto, a incorporação de um novo referencial normativo em nosso sistema do Direito, com o objetivo de conferir aos tratados internacionais comuns status de normas supralegais.

Dentro dos cenários alternativos, pôde-se ver no tópico 5.1 quatro diferentes modelos para lidar com as perspectivas de alocação topográfica dos tratados internacionais em diversos ordenamentos. Do ponto de vista da atividade seletiva realizada pelo pesquisador, chegou-se à conclusão que o melhor quadro, para os tratados internacionais comuns, seria o de elevá-los à categoria de normas supralegais, funcionando como verdadeiro parâmetro interposto entre a Constituição da República de 1988 e a legislação ordinária. Esse posicionamento reflete, em uma mesma oportunidade, a atitude de deferência em relação à Constituição e aos tratados internacionais.

Ao efetivar mecanismos de avaliação retrospectiva, após a execução das mudanças aqui sugeridas, poder-se-á abrir a experiência de alçar os tratados internacionais comuns à categoria supralegal como parâmetro para avaliação legislativa estratégica. A partir da instauração de um corpo de legistas especializados na pesquisa de efeitos e na conjugação de interesses do Estado brasileiro e os seus respectivos acordos elevados na órbita internacional, o Ministério das Relações Exteriores poderá funcionar como o órgão adequado para servir como ponto de inflexão no sistema ora proposto. Isso porquanto a atividade dos profissionais que compõem o quadro do Ministério das Relações Exteriores é extremamente especializada, e pode ser utilizada como mecanismo de retroação para a concretização da autorreferência do sistema no que diz respeito à necessidade de mudança em sua programação, ou não. Essa função é especificamente importante no âmbito dos acoplamentos estruturais, momento o qual dois sistemas com operações e códigos diferentes se interpenetram, se irritam, e demandam uma atividade de constante re-entrada de informações, para que a comunicação sincera se estabeleça. Após a avaliação, o Estado brasileiro poderá decidir, com visão estratégica, se seria o caso de se denunciar o tratado ou se seria o caso de permanecer vinculado. Tudo dentro da legalidade. Tudo dentro do espírito que rege o Direito Internacional Público, com base na confiança, *pacta sunt servanda* e na boa-fé objetiva, a espelhar os aportes deontológicos trazidos pela Convenção de Viena de 1969.

Para melhor visualização dos efeitos da mudança contida no presente tópico, desenvolve-se o presente gráfico de modelização causal, desenvolvido pelo autor.



Diante das mudanças propostas, passa-se a verificar a necessidade de se empreender outras mudanças de caráter acessório, mas estritamente necessárias para adensar a força normativa dos tratados internacionais comuns e a confiança no sistema do Direito brasileiro.

7.3 A sistemática legislativa e sua nova conformação: adaptação da processualística à procedimentalização para a efetivação da autopoiese do Sistema do Direito

Para que o sistema do Direito em seu viés de comunicação normativa própria ao Direito Internacional Público tenha maior performatividade há que se estabelecer mudanças importantes no trato da processualística dos tratados internacionais. O processo é a forma pela qual o sistema desdobra um dado fato no tempo, onde é possível realizar a contraposição de elementos, informações, e onde o sentido toma sua expressão sistêmica. É no itinerário do processo que tanto os elementos como as estruturas têm a oportunidade de lançar mão dos mecanismos de autorreferência para apontar o norte de evolução do sistema.

O processo legislativo tem especial importância no âmbito da formação da comunicação normativa. O legislador, que se situa na periferia do sistema, atua simultaneamente como manifestação da operação política e da operação normativa. A primeira se dá em razão da natureza de sua função no quadro do Poder do Estado, vez que encarna, de maneira indireta, o poder, que advém por delegação em sufrágio de seu titular primeiro, o povo. A operação política, marcada pelo código poder/não poder, traz consigo o liame do arbítrio, que ao se interpenetrar com a comunicação normativa, transforma-se em discricionariedade, ou poder controlado pelo poder. A segunda se aflora no momento em que o legislador organiza a estrutura do sistema do direito em torno de conversões, de seleções, de entendimentos no que tange às irritações mútuas causadas pelos sistemas em contato. O processo, então, garante que essa consonância de fatores, essa multiplicidade de opções, possam se organizar, conforme a ideia de sentido, e passem a integrar o sistema do Direito de maneira a implementar a confiança. O processo é o meio pelo qual se satisfaz a necessidade e o dever de planejamento do sistema, é onde o risco pode ser constatado, mitigado e absorvido pela estrutura. O desencadear de atos no tempo é amostra de como as conversões devem ser operadas no sentido de

garantir não somente a autopeiose dos sistemas em contato, como também a congruência de fatores que estabilizem o sistema social em sua globalidade. O processo garante o processo de generalização das expectativas, o que é função própria ao Direito quando alocado à lógica dos sistemas sociais.

Como bem teorizou Luhmann em suas obras (1983, p. 110), o processo de generalização de expectativas se desenvolve em basicamente três direções. A partir desses parâmetros, o sistema pode organizar seus mecanismos para ordenar não somente a autorreprodução, como também a seleção efetivada na observação de primeira ordem. Disserta, nesse sentido, De Giorgi

O processo de generalização desenvolve-se segundo três possíveis direções ao longo dos quais o sistema organiza os instrumentos e mecanismos que produzem segurança para ele. Na dimensão *temporal*, a generalização das expectativas busca segurança para o sistema contra os desvios e frustrações individuais; na dimensão *material*, o processo de generalização é, para o sistema, segurança contra incoerência e contradições; enquanto que, na dimensão *social*, o sistema generaliza as expectativas de comportamento para se assegurar contra o dissenso (DE GIORGI, 2017, p. 233-234).

A normatização, que nada mais é que a estabilização das expectativas no tempo, se concretiza a partir da lógica do processo, que a legitima. É nesse campo que a legística, formal e material, se acopla como não somente metodologia para compreender a formação lógica e teórica do fenômeno da positivação, mas também como verdadeira epistemologia para lastrear os passos que o legislador deve seguir com o intuito de reforçar sua posição no sistema do Direito, garantir a integridade do sistema e reproduzir a comunicação inteligivelmente, sempre circunscrito à possibilidade de *accountability*. Assim, vê-se que a estratégia legislativa, a lograr a evolução do sistema, perpassa pela institucionalização. Institucionalizar como a sedimentação de práticas sociais em sua mais alta abstração: o Estado²⁴⁸. Tornar a processualização e, por

²⁴⁸ Com referência a Peter Noll, Delley esclarece que “para melhorar a capacidade de seleção do legislador, ao mesmo tempo pressionado por demandas e negligenciando problemas importantes, Noll propôs instituir um órgão de planejamento da legislação a curto e a longo prazo. Esse órgão teria por tarefa inventariar o conjunto de problemas efetivamente expressos pelas sociedades, avalia-los quanto à sua importância e urgência e detectar os problemas ainda não formulados e que não se tornaram objeto de uma demanda ao legislador. Essa ideia de racionalizar o estabelecimento de uma agenda parlamentar se confronta com uma dificuldade formal: confiando tal função de inventariar e classificar as prioridades dos problemas da sociedade a um órgão independente, corre-se o risco de provocar pouco impacto sobre a atividade do Parlamento por carecer de suficiente legitimidade política” (DELLEY, 2004, p. 105). O órgão de planejamento legislativo proposto por Noll é a pedra de torque da institucionalização da legística no fazer legislativo dos Estados. Esse órgão, com efeito, congrega um variado corpo de profissionais multidisciplinares, que possuem a capacidade de verificar as tendências

consequência, a própria legitimação como algo natural ao fazer estatal (e do sistema do Direito) é aquilo que persegue a legística.

Tomando essas ideias, vê-se que a generalização material das expectativas se dá a partir da metodologia da legística material, que atenta para a necessidade de se problematizar quaisquer tipos de impulso legiferante, inclusive a constituição de tratados internacionais. Aponta, Delley que essa problematização envolve identificar em primeiro lugar a natureza do problema. Após, suas respectivas causas (a quem atribuir um dado problema, a que fato atribuir um dado problema; quais as condições podem ser levantadas como causadoras do problema). Diante disso, a duração do problema (se é intermitente ou perene, no caso da lógica internacional, se há uma identificação de que medidas a serem tomadas no nível de cooperação internacional possam sanar em médio, curto ou longo prazo um dado problema, ou, até mesmo, no caso dos Direitos Humanos, se é um problema cuja regulamentação se dá de modo perene, contínuo, sem fim). Constatados esses parâmetros iniciais, parte-se para o estudo da dinâmica do problema, que recairá pela sua imersão no tempo, a partir da ideia de evolução histórica, a contar com o exame dos respectivos ciclos, de sua regularidade e se houve arrefecimento ou agravamento dele. A par desse caminho, deve-se observar quais os meios serão utilizados para referenciar a observação do problema, além de identificar quem ou o que será afetado por esse mesmo problema. Por fim, a hipótese de estratégia legislativa deve levar em consideração as consequências do impulso legiferante, em específico abstraindo o caso de continuar a se omitir a normatização de um dado ponto da realidade (a sopesar o ônus e o bônus da própria inserção normativa no sistema do Direito) (DELLEY, 2004, p. 110).

Na perspectiva de generalização social, sobressai a questão da confiança. Essa generalização, a toda evidência, pode ser transposta para o campo da verificação dinâmica da comunicação em nível de sociedade internacional. A expectativa cognitiva e normativa é de interesse imprescindível

extrassistêmicas, as oportunidades para legislar, os problemas a serem enfrentados, as principais demandas e as melhores formas de se estabelecer a seleção. Em nosso campo de análise, vê-se necessário que o Ministério das Relações Exteriores, em parceria com as Comissões Permanentes de Relações Exteriores e Defesa Nacional do Congresso Nacional, empreenda a formação de órgão que tenha como competência institucional a realização de avaliação ex post e demonstração de estratégias para a rearticulação da cadeia de fontes do sistema do Direito conforme diretrizes que mantenham simbiótico intercâmbio entre os sistemas do Direito, da Política e da Economia, principalmente.

para a própria sobrevivência da sociedade internacional, vez que o risco é incorporado à estrutura e esta acaba por produzir mecanismos aptos a lidar com situações de instabilidade, de insegurança. Nesse rumo de ideias, a expectativa normativa, de índole contrafática, acaba por aportar algum grau de solidez para as escolhas futuras, diminuindo a complexidade pela redução de possibilidades, pois “a qualidade normativa de uma expectativa permite se manter firme a ela, mesmo quando é frustrada” (Luhmann *apud* DE GIORGI, 2017, p. 234).

Portanto, para que os tratados internacionais comuns ganhem específica proteção do sistema do Direito, a funcionar como elementos agregadores de expectativas congruentes em seu duplo efeito – interno e externo – há que se modificar e implementar alguns programas funcionais para que a autonomia operacional se expresse com maior vigor. A par da pesquisa empreendida, foram identificadas, algumas sugestões já inferidas por Pedro Dallari, situações em que o panorama normativo (programa) do sistema do Direito brasileiro peca pela falta de precisão e pela omissão. Nesse sentido, para dar maior visibilidade à função estratégica do Direito Internacional Público na conformação dos próprios sistemas sociais, propõe-se as seguintes modificações legislativas, que têm como objetivo efetivar a comunicação sincera e desdobrar a confiança como fórmula básica de edificação do código e dos programas do Direito brasileiro.

7.3.1 Autopoise e funcional-estruturalismo: a agregação do Direito Internacional Público ao sistema do Direito brasileiro

Chega-se a um ponto que a doutrina não refere com muita exatidão e que, exatamente pela falta de clareza, traz à análise do fenômeno normativo uma certa incompreensão. Trata-se da questão de definir a exata medida em que o Direito Internacional e o Direito Interno se diferenciam.

O referido estudo, calcado na teoria dos sistemas, parte do pressuposto que uma distinção específica entre essas duas representações do sistema do Direito tomado em sua acepção global tem como base as fontes de cada um dos fenômenos (considerando que separar o fenômeno, no caso, se dá tão somente para nível de segmentação epistemológica do objeto de estudo, e não em relação à sua unidade sistêmica) e não a sua própria natureza. Em outras palavras: Direito Internacional Público e Direito Interno se diferenciam uma vez que possuem fontes de emanção de suas respectivas comunicações

normativas em dados fáticos diferentes (contudo, complementares), e não estão segmentados em razão de alguma oposição entre sua própria natureza.

Não pode haver distinção entre o Direito Internacional e o Direito Interno do ponto de vista de sua natureza exatamente porque não existe um Direito que é mais Direito e outro que é menos Direito. Não existe um Direito mais imperativo e outro Direito menos imperativo. Essas distinções, quando feitas, somente podem ser sustentadas se baseadas em uma análise feita por outros códigos, outros sistemas, especialmente o político. A visão, para além de míope, possui considerável fragilidade em nível epistemológico. O raciocínio é o mesmo empreendido por Luhmann ao rebater Gunther Teubner: não há sistemas mais ou menos autopoieticos. Ou o sistema é autopoietico, ou não é. Não existe viabilidade de se encarar a autopoiese de maneira parcial. Se esta existisse, de alguma maneira já se estaria a constatar a invasão de um código sobre o outro, o que, ao final, resulta em absorção do sistema.

Se não há possibilidade de se diferenciar o Direito Internacional e o Direito Interno a partir de uma perspectiva essencialista, pode-se perfeitamente encarar essa diferença na constituição estrutural de cada uma de suas formas de manifestação comunicativo-normativa a partir de suas fontes. Celso D. de Albuquerque Mello, a tomar a doutrina de Aréchaga e Norberto Bobbio, explica que

O conceito de fonte nem sempre tem sido dado de maneira clara no DI. Alguns autores, como já vimos (Kelsen), confundem a noção de fonte com fundamento. O fundamento, como explicamos, é de onde o Direito tira a sua obrigatoriedade.

Fontes do DI constituem os modos pelos quais o Direito se manifesta, isto é, as maneiras pelas quais surge a norma jurídica. É, como diz Aréchaga, “os modos formais de constatação do DI”. “São fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui idoneidade ou a capacidade de produzir norma jurídica” (Norberto Bobbio, *Il Positivismo Giuridico*, 1979). Nós não pretendemos com isto negar a existência das denominadas fontes materiais, isto é, os elementos histórico, social e econômico. Sustentamos é que interessam diretamente ao estudo do direito positivo somente as fontes formais (ALBUQUERQUE MELLO, 2004, p. 203).

Ambos as realidades da comunicação normativa são formadas no âmbito de um processo, que dilata a formação da comunicação normativa conforme a estrutura comunicacional previamente dada: autopoiese. Nos níveis de autorreprodução, as interpenetrações com outros sistemas acabam por

aumentar o risco de absorção da informação nas respectivas estruturas (estrutura dialógica/dialética do *alter* e *ego*), fato possível e potencialmente neutralizado pela atividade seletiva operada no nível de observação de primeira ordem. A intuição da formação processual da comunicação normativa nos leva a verificar que a diferença se estabelece unicamente em razão das fontes. As fontes formais de Direito Internacional Público, essencialmente, são os tratados internacionais e os costumes (*jus cogens*). Os tratados internacionais perpassam por um longo caminho processual para sua formação, como já referenciado no presente trabalho. Para sua constituição, os sujeitos de Direito Internacional, especialmente os Estados Nacionais, consubstanciam suas vontades políticas vertendo-as em vontade normativa. Na perspectiva dos costumes, a questão é ainda mais fantástica: a criação da norma jurídica costumeira não se dá pela vontade localizável em um ponto do tempo e espaço, mas em uma vontade sedimentada em vários pontos, a formar o sentido que permite observar uma repetição. Essa repetição, que se dá em período considerável, traz consigo a identificação de uma uniformidade verossímil no que se refere à observação das práticas dos sujeitos em suas interrelações. Por fim, o costume se consolida como verdadeira norma jurídica por meio do reconhecimento advindo dos próprios sujeitos de que o diretivo vinculante de conduta contido em dado preceito vincula suas próprias condutas. Em todos esses casos, a vontade está presente e se aperfeiçoa no tempo.

No mesmo sentido é o caso das fontes de Direito interno. A formação de normas como estrutura comunicacionais perpassam por complexos e, muitas vezes, exaustivos procedimentos nos respectivos parlamentos e, no caso das normas emanadas pelo Executivo, pelos próprios gabinetes. Essa estrutura, por sua vez, se diferencia da normativa de Direito Internacional Público em razão de estar ancorada no princípio do *jus imperii* estatal, ou seja, na atividade subordinante do Estado – por meio da vontade da Constituição – sobre as demais vontades que pairam sob o seu território. Lado outro, as fontes do Direito Internacional Público se idealizam e solidificam a partir de uma vontade coordenativa e de mútuo reconhecimento da vinculação dos preceitos normativos. Ambas as formas de verificação do fenômeno jurídico se pautam pela demonstração de que a comunicação normativa se manifesta em sentido a estabelecer as bases de prospecção de expectativas, carregando em si, como não poderia deixar de ser, a sua própria contrafactividade. Essa unidade do

fenômeno foi explicada superficialmente no capítulo 3, e é a base de sustentação teórica para a modificação sugerida no presente tópico.

Isto posto, para garantir a coerência sistêmica em nível de observação de segunda ordem, fechamento operacional e abertura cognitiva, conforme a unidade comunicativa do sistema do direito, necessário se torna realizar uma reestruturação do sistema do Direito no que diz respeito à sua autorreferência basal. Esta se dá no intuito de apontar que o código e a operação comunicacional normativa do sistema do Direito é uno, metodologicamente dividido entre Direito interno e Direito Internacional.

A partir da tese doutoral desenvolvida por Pedro Dallari²⁴⁹, observa-se a necessidade de incorporação de uma nova regra em nível constitucional, cuja funcionalidade seja de agregar o Direito Internacional Público ao sistema do Direito interno brasileiro corroborando a tese de que, em verdade, a primeira e a segunda forma de manifestação do Direito não se diferenciam quanto à sua natureza (ambas normativas), mas quanto às suas respectivas fontes. Dessa maneira, sugere-se a seguinte modificação a ser levada a efeito pelo constituinte derivado:

Acrescente-se ao art. 4º (princípios de relações internacionais) o seguinte §1º em aditamento ao parágrafo único já existente, que será renumerado como §4º em razão das modificações alinhavadas nesse trabalho:

“§1º. As normas gerais e os princípios de Direito Internacional Público são parte integrantes do direito brasileiro” (DALLARI, 2003, p. 130)²⁵⁰.

²⁴⁹ A sugestão, como aponta o autor, também pode ser vista no âmbito do Direito Comparado: “Em relação ao Direito Comparado, a norma aqui proposta faz ecoar, por exemplo, o art. 8º da Constituição de Portugal, cujo item 1 estabelece que ‘As normas e os princípios do direito internacional geral ou comum formam parte integrante do Direito Português’. E também o art. 9º, I, da Constituição da Áustria, que dispõe que ‘as normas geralmente reconhecidas de direito internacional público são consideradas parte integrante do direito federal’” (DALLARI, 2003, p. 132).

²⁵⁰ Expõe Pedro Dallari que a regra defendida à época da revisão constitucional prevista nos ADTC abrangeria “apenas o conjunto de normas que se integrariam ao sistema de direito positivo, prevalecendo, assim, concepção mais restritiva no tocante à incorporação do Direito Internacional Público. Para a elaboração da proposta ora apresentada, pesados todos os argumentos, optou-se, portanto, por tratamento diverso daquele já cogitado pelo Parlamento federal, esculpindo-se um dispositivo – este sugerido para o §1º do art. 4º - de caráter mais amplo, que preceitua genericamente a integração do Direito Internacional Público ao direito interno brasileiro, e outro – aquele previsto para o §2º do art. 4º, que se examinará logo mais – voltado ao tema mais específico da recepção dos tratados no ordenamento jurídico do país (DALLARI, 2003, p. 132).

A reforma constitucional sugerida visa superar a falsa dicotomia construída ao longo da história de uma diferenciação imanente entre o Direito Interno e o Direito Internacional Público. Além de constituírem-se como base de um mesmo fenômeno, essas esferas da comunicação normativa ao se integrarem de maneira explícita por previsões também normativas acabam por realçar não só a efetividade do próprio Direito, como também o seu fechamento operativo em relação aos demais sistemas presentes no meio ao qual se insere. Vê-se, a toda evidência, que tal previsão possui a referência de reforçar as operações normativas advindos especialmente dos costumes de Direito Internacional Público, que acabam por imprimir maior vinculatividade, efetividade e legitimidade àquelas normas que visam proteger a soberania e os Direitos Humanos no plano da Sociedade Internacional.

Para melhor visualização dos impactos positivos e negativos de tal modificação, sugere-se a avaliação do seguinte gráfico de modelização causal, produzido pelo autor conforme os aportes epistemológicos da Legística. Nesse quadro se encontram os principais mecanismos de expansão da força normativa do Direito Internacional Público, bem como alguns entraves de natureza pragmática no que tange à interrelação entre a prevalência do Direito Internacional Público e sua interpenetração sobre a soberania da República Federativa do Brasil.



7.3.2 Conjugação de vontades para a efetividade da processualística em tratados internacionais: modificações de competências e refinamento do código constitucional

O sistema do Direito está em contínua evolução. Por ser operacionalmente fechado e cognitivamente aberto, necessita que sua periferia estabeleça não somente uma constante troca de informações com seu respectivo ambiente sob a lógica de *inputs/outputs* estáveis, como também realiza uma seleção a partir do estabelecimento da diferença. É nessa borda, na zona de contato entre sistemas, onde se observa a intersecção entre volição e autopoiese. Esse fato é ainda mais marcante em se tratando de sistemas autopoéticos que participam da formação de acoplamentos estruturais cujo nível de interpenetração deve seguir no sentido de manter a própria autonomia de cada um dos sistemas em questão.

Ao se autorreproduzir, o sistema imerge-se no campo da processualidade. Isso significa que todo o sistema realiza ações de autorreferência de maneira concomitante e em aspecto dinâmico, a todo tempo. Nessa especificação da autorreferência, vale a figura da diferenciação, que além de se dar no tempo, com o intuito de alcançar um dado sentido que continue a história do próprio sistema, necessita levar como parâmetro, no caso do acoplamento, tanto seu código comunicativo e sua operação comunicativa, como o código comunicativo e a operação comunicativa do sistema acoplado. Por isso se fala em reflexividade no nível de autorreferência do sistema, visto que parte da visão de processualização, estabelecimento de um antes e um depois, do sistema na medida em que a comunicação somente se dá no tempo, e a comunicação somente pode pertencer a um processo caso ela impute a si mesma autorreferência (quer dizer, comunicação sobre a comunicação) (LUHMANN, 2016a, p. 503). Para que ocorra comunicação entre sistemas com códigos e operações distintas, deve haver conversões, que irão corrigir e adequar o conteúdo comunicativo a partir de uma lógica processual que averiguará as condições de pertencimento, a levar em conta a vontade, ou o ponto propulsor de dada comunicação e sua respectiva finalidade.

A partir disso, observou-se no tópico 4.2 que as vontades dos sujeitos de Direito internacional é que possibilitam a formação do acoplamento estrutural entre política internacional e Direito internacional, qual seja os tratados

internacionais, especialmente os comuns. A vontade de Direito Internacional tem como gênese, na maior parte das vezes, um rumo de operações comunicativas de natureza política, que acaba se tornando responsável, na histórica, pela possibilidade de autonomização do Direito Internacional Público. Essa relação entre vontades desses sujeitos, obviamente, passa a ter que repercutir sobre a estrutura comunicacional do próprio Direito Internacional Público quando este alcança seu fechamento operacional sob a perspectiva do sistema do Direito globalmente considerado pelo observador de primeira ordem. Isso significa que as fontes de Direito Internacional Público passam a informar os limites intrínsecos para que o próprio acoplamento possa evoluir do ponto de vista da normatividade. Isso objetiva, em dado aspecto, a estabelecer restrições à expansão do código da política, a controlar o poder. A um controle mútuo no âmbito do acoplamento, o que permite não somente a autopoiese de cada um dos sistemas, como também a própria evolução, em concomitância. Contudo, a vontade que possibilita a formação dos acoplamentos estruturais em nível de tratados internacionais é mais complexa.

Essa complexidade se dá em razão de a volição se revelar em aspecto duplo. O primeiro passo é a manifestação de vontade do Estado a partir dos representantes legalmente investidos, competentes, para representa-los na esfera da Sociedade Internacional. Após negociar e assinar o documento que futuramente poderá vir a ser o tratado internacional, o Estado passa a ter que garantir a volição a partir de um aperfeiçoamento processual em nível interno: a processualística dos tratados internacionais na conjugação de vontades entre o Parlamento e o Chefe de Estado. Ao passar pelo crivo do Poder Legislativo, o tratado ganha nuances de legitimidade a partir da sedimentação da vontade do povo – e dos entes federados, no caso brasileiro – em seu corpo comunicativo de natureza normativo-política. Somente com essa autorização, no caso dos ordenamentos democráticos, é que o Chefe de Estado fica autorizado a ratificar o tratado perante a Sociedade Internacional – seja ele bilateral ou multilateral.

É na fase interna de manifestação e anuência, principalmente, que o tratado ganha maior influxo da confiança como elemento constitutivo e indissociável da comunicação normativa. A verificação estratégica sobre possíveis renegociações, colocações de reservas, dentre outros fatores, é possibilitada pelo crivo parlamentar, que determina a forma final com a qual o país passa a querer emanar sua vontade no âmbito internacional por intermédio

do Chefe de Estado (que não poderá ir além da autorização legislativa dada). Essa conjugação de vontades não pode ser elidida durante a vigência e o ocaso do tratado internacional. As mesmas condições de aperfeiçoamento devem ser necessariamente reproduzidas no momento de desfazimento do acordo. A confiança é via reflexa: quem dá confiança espera receber confiança na mesma medida. Não é possível que o sistema possa ter sua lógica intrínseca quebrada em razão da superposição da vontade comunicativa advinda da política.

Isso tudo significa: os tratados internacionais são acoplamentos estruturais que ululam força normativa intrínseca. Essa força normativa foi possibilitada por um agregado de vozes e de vontades complexas no âmbito do Direito interno. Para que o Direito Internacional garanta sua autonomia, e para que os tratados internacionais funcionem como verdadeiro acoplamento estrutural cuja interpenetração recíproca não resulte em alopoiese de algum dos sistemas – especialmente o normativo – há que se manter as mesmas condições de emanção da volição, em nível processual, tanto para a ratificação como para a denúncia dos tratados internacionais.

Portanto, no que se refere ao aperfeiçoamento de um tratado internacional e ao seu ocaso, com a efetivação de renúncia, o presente trabalho se pauta pela garantia da confiança por meio da consubstanciação da vontade conjugada das funções estatais em regime de simetria: a mesma vontade que aperfeiçoou é a responsável por desvincular o país do tratado internacional ao qual anuiu. Nesse mesmo sentido, Pedro Dallari defende a necessidade de que haja a conjugação das vontades do Poder Executivo e do Poder Legislativo tanto para a celebração dos tratados, como para a denúncia.

Com efeito, seria contraditório conferir maior efetividade a normas jurídicas cuja possibilidade de cessação dos seus efeitos ficasse adstrita ao simples alvedrio do Poder Executivo. É de se recordar, inclusive, conforme constatado no capítulo anterior, que parte da doutrina entende já ser necessária a aprovação legislativa para a denúncia do tratado mesmo não figurando norma expressa nesse sentido na atual Constituição do País. É o caso de ARNALDO SÚSSEKIND e PONTES DE MIRANDA – este comentando as normas análogas de regência da tramitação dos tratados internacionais que figuram nas Constituições anteriores à de 1988 –, para os quais a medida é uma exigência da interpretação sistemática que se faça das regras do processo legislativo e de vigência das normas jurídicas presentes no direito brasileiro. (DALLARI, 2003, p. 139)

Nesse aspecto, defende-se uma reformulação das competências constitucionais em matéria de ratificação de tratados contidas nos arts. 49, I e

84, VIII, da Constituição Federal, nos seguintes moldes, conforme a produção de Pedro Dallari:

Dê-se a seguinte redação ao inciso I do art. 49 (competências exclusivas do Congresso Nacional):

“I – resolver definitivamente sobre a aprovação e a denúncia de tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”;

Dê-se a seguinte redação ao inciso VIII do art. 84 (competências privativas do Presidente da República):

“VIII – celebrar e denunciar, com o referendo do Congresso Nacional, tratados, convenções e atos internacionais” (DALLARI, 2003, p. 138).

Diante do exposto, vê-se que tanto a celebração de tratados como sua respectiva denúncia devem se constituir como atos complexos, como modo de manter a confiança estabelecida entre os sistemas comunicacionais da política e do Direito no âmbito dos acoplamentos estruturais encampados pelos tratados internacionais comuns.

7.3.3 Ratificação de tratados internacionais comuns: adensamento da legitimidade e estruturação sistêmica

Um ponto sensível e que geralmente pode suscitar divergências quanto da assunção da hierarquia supralegal em dado sistema do Direito diz respeito ao adensamento da legitimidade daquelas normas que possuem status especial no sistema. Em outras palavras: as normas que funcionam como parâmetro formal e material para a existência e reprodução de outras normas devem ter, em alguma medida, uma forma de referendar diferente das normas de hierarquia inferior. Nesse sentido, parte-se da premissa que o quórum para aprovação dessas espécies normativas deve ser qualificado. A questão é devidamente fundamentada por Pedro Dallari em sua tese doutoral:

O estabelecimento de quórum parlamentar qualificado para a aprovação do decreto legislativo autorizativo do ato de ratificação ou adesão concernente a tratado internacional constitui pedra angular do sistema ora proposto para a disciplina da integração das normas convencionais ao ordenamento jurídico brasileiro. Busca-se, assim, associar o pressuposto de observância dos tratados inerente ao Direito Internacional Público com o respeito às diretrizes do Direito Constitucional e da Teoria Geral do Direito que balizam a hierarquia das normas jurídicas, entre elas a que correlaciona o patamar de relevância com o grau de respaldo social imprescindível para a

aprovação respectiva, que, como já se observou anteriormente, na democracia representativa é mensurado basicamente pela manifestação da representação popular reunida no parlamento (DALLARI, 2003, p. 141).

A questão do quórum para a inovação do sistema do Direito brasileiro perpassa, na atual programação normativa, por quatro modelos básicos. O primeiro é o contido no art. 47 da Constituição da República de 1988, cuja dicção determina que os projetos de lei em geral são aprovados por maioria simples do Congresso Nacional, em cada uma das casas legislativas²⁵¹. A partir disso, para que o projeto de lei seja aprovado, necessário estar presente a maioria absoluta dos parlamentares da respectiva Casa (metade dos parlamentares + 1) e que a metade desses presentes aprove o projeto de lei.

O segundo caso é o relativo às leis complementares. Conforme o art. 69 da Constituição da República de 1988, quando esta determina que a atividade de adensamento de cláusulas constitucionais se dê mediante a edição de lei complementar, estas devem ser aprovadas por quórum qualificado, de maioria absoluta dos membros da respectiva Casa do Congresso Nacional²⁵². Contudo, nesse caso em específico, o Supremo Tribunal Federal, apesar do contraste entre o quórum para deliberação entre leis ordinárias e leis complementares, não reconhece a hierarquia supralegal para estas, tendo em vista que se diferenciam das primeiras em razão da zona de incidência material previamente definida pela Constituição, e tão só²⁵³.

O terceiro caso diz respeito ao quórum qualificado para a modificação da própria Constituição da República de 1988, de tipo rígido. Conforme o art. 60,

²⁵¹ Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros (BRASIL, 1998).

²⁵² Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta (BRASIL, 1988).

²⁵³ Nessa perspectiva, em consonância como constitucionalista Bernardo Gonçalves Fernandes, há duas correntes acerca da hierarquia: a primeira defende a tese da existência hierárquica em razão do quórum qualificado necessário para a aprovação das Leis Complementares, sendo defendida por autores como Alexandre de Moraes. A segunda corrente pugna pela inexistência da hierarquia, em razão de a esfera material de amplitude dos preceitos normativos entre as espécies legislativas serem diferenciados, cumprindo funções específicas no ordenamento jurídico. “O STJ, em algumas decisões esparsas, já se pronunciou, sobretudo em matéria tributária, pela hierarquia entre lei complementar e ordinária. Já o STF, pelo seu entendimento majoritário, defende que não há hierarquia. O Supremo entende que existem campos materiais de competência distintos. E, além desse argumento, existe um outro, dotado de adequabilidade. Nesses termos, a questão pode e deve ser engendrada também pela lógica do fundamento de validade, ou seja, não há que se falar em hierarquia, na medida em que a lei ordinária não retira seu fundamento de validade da lei complementar e vice versa. Ambas tem por fundamento de validade a Constituição” (FERNANDES, 2017, p. 1075-1076).

§2º, do diploma constitucional, para que esta seja modificada a Proposta de Emenda à Constituição deve ser deliberada e aprovada por, no mínimo, três quintos dos membros da respectiva Casa Parlamentar em dois turnos cada²⁵⁴.

A quarta e última hipótese diz respeito à sistemática constitucional inserida por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o §3º ao art. 5º da Constituição Federal, de maneira a alçar os tratados internacionais de direito humanos a status de norma constitucional caso passem pelo mesmo crivo processual das Emendas Constitucionais²⁵⁵. Como já dito, essa inserção não somente demonstra que a definição hierárquica dos tratados internacionais deve ser contida em norma constitucional, como também uma evolução do sistema jurídico brasileiro em matéria tão sensível e importante como o tema dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais.

Sobre a necessidade de se garantir quórum qualificado para a aprovação dos tratados internacionais comuns quando alçados à norma supralegal, fundamentou-se em trabalho anterior no seguinte sentido:

De outro lado, a grande questão que se revela a partir do momento em que o sistema jurídico alça os tratados internacionais comuns à hierarquia supralegal é o comportamento de norma interposta por parte dessas espécies normativas quando consideradas inseridas no sistema. Ao contrário do que acontece com as Leis Complementares, que possuem uma teleologia específica no sistema no que toca às suas matérias, os tratados internacionais comuns seriam um ponto centrípeto do sistema de validação das normas localizadas em escalão hierárquico inferior a eles. Dentro dessa premissa, nada mais razoável, para também garantir a incolumidade do interesse nacional e da ordem jurídica pátria, que essas normas pactuadas na seara internacional possuam um quórum qualificado e específico para serem inseridas no arranjo normativo do Estado brasileiro (COSTA GONTIJO, 2016, p. 132).

Dessa maneira, para o adensamento da legitimidade e corroboração da estruturação sistêmica dos tratados internacionais como normas supralegais, sugere-se a modificação do quórum para aprovação dessas espécies normativas em nível constitucional, como forma de legitimar, ainda mais, o posicionamento

²⁵⁴ Art. 60. (...) § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros (BRASIL, 1988).

²⁵⁵ Art. 5º. (...)§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

aqui defendido e, por consequência, a confiança. Adota-se, semelhantemente, à proposta empreendida por Pedro Dallari:

Acrescente-se ao art. 59 (diplomas normativos do processo legislativo) o seguinte §2º:

“§2º O projeto de decreto legislativo que tiver como fim a aprovação de tratado internacional comum deverá ser escrutinado por, no mínimo, três quintos dos parlamentares de cada uma das Casas do Congresso Nacional (DALLARI, 2003, p. 140-141)”.

Esse nível de legitimação tem como finalidade garantir a perpetuação e sedimentação da confiança na formação desses tratados, vez que a vontade do povo brasileiro, via parlamento, é condição de existência da vinculação da comunicação normativa emanada por essa espécie de acoplamento estrutural. A hierarquia e respectivo quórum contribui para aumentar a segurança jurídica, a vontade de Direito Internacional do Estado brasileiro e a estabilidade de expectativa de todos os sujeitos envolvidos.

Há que se frisar, ainda, no que se refere à denúncia, que a participação do Poder Legislativo deverá ser efetivada com menor grau de envergadura em relação ao quórum necessário. Para a desvinculação, basta, a nosso ver, a manifestação da maioria absoluta dos membros de cada casa. Esse posicionamento se dá em razão de os tratados internacionais, para além de sua função estratégica em nível da diminuição da complexidade das relações internacionais, apontam para a consolidação de matérias de forte interesse nacional, que a depender de fatores contingenciais, dependem de uma resposta mais rápida para que o Estado possa se desvincular. A desvinculação dos tratados internacionais é fato lícito, que pode ser invocado por qualquer Estado Nacional e a qualquer tempo – em que pese, muitas das vezes, revelar interesses nada compatíveis com o ideal de construção de uma Sociedade Internacional cooperativa, a revelar a intransigência do código de poder, ou do código econômico. Fato que é repudiado no presente trabalho, em caminho contrário, é a inobservância de normas convencionais válidas, plenamente vigentes e que o Estado, por via de legislação interna, acaba por excluir a eficácia do tratado sem respeitar a processualística adequada para a situação.

Por fim, para além da devida conjugação de vontades na consubstanciação dos tratados internacionais e da sua respectiva denúncia, há

que se observar quóruns específicos para a ratificação e para a denúncia, quando essas espécies convencionais forem erigidas à topografia supralegal.

7.3.4 A vinculação dos tratados internacionais no tempo e no espaço: vinculação perante a Sociedade Internacional, vinculação interna e ratificação

Como já apontado no capítulo 5, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera que para os tratados internacionais terem eficácia sobre o sistema do Direito brasileiro, três condições devem ser preenchidas, conforme se constata no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.480MC/DF, quais sejam: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e tão somente então, a obrigar e a vincular no plano do direito positivo interno. Esse condicionamento sofre fortes críticas na doutrina internacionalista brasileira. Como bem disserta José Carlos Magalhães,

Essa promulgação executiva do texto convencional, insista-se, não está prevista na Constituição Federal, e o STF não foi capaz de apontar em qual dispositivo se fundamentou para essa interpretação.

Na verdade, esse entendimento decorre de tradicional prática adotada no Brasil de promulgação de tratado ratificado, por meio de decreto de promulgação, como destacado, em obra clássica, por João Hermes Pereira de Araújo: “Desde a celebração do primeiro ato internacional da sua vida independente, o Brasil, com raras exceções, tem seguido a prática de promulgar, por um decreto do Executivo, o tratado já ratificado. Com efeito, o Tratado do Reconhecimento da Independência e do Império, assinado com Portugal a 28 de agosto de 1825, foi promulgado por decreto de 10 de abril de 1826, depois de terem sido trocadas as cartas de ratificação” (MAGALHÃES, 2000, p. 74-75)

Como se pode observar, não há qualquer dispositivo constitucional que determine a eficácia interna dos tratados internacionais devidamente ratificados pela República Federativa do Brasil a partir da edição de Decreto Executivo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal lança mão desse argumento com o intuito de negar vigência a um compromisso já consubstanciado em nível internacional. Exemplo disso é o que ocorre, atualmente, com o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ratificado pela República Federativa do Brasil mas que, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda não possui vigência no plano interno. Isso porquanto

após a promulgação do Decreto Legislativo n. 311, de 2009²⁵⁶, o Estado brasileiro efetivou o depósito do tratado perante as Nações Unidas aos 26 de setembro de 2009²⁵⁷, contudo nenhum Chefe do Executivo, desde então, se marchou no sentido de promulgar o tratado por meio de decreto, em que pese já ter plena vigência sob o ponto de vista do Direito Internacional Público²⁵⁸.

Sob o aspecto orgânico da processualística dos tratados internacionais, sua vinculação nasce com a ratificação, ou seja, o aperfeiçoamento da manifestação de vontade do Estado no âmbito internacional. A ratificação determina a emanação de comunicação normativa tanto em relação aos sujeitos de Direito Internacional Público, como no que diz respeito aos efeitos sobre os sistemas jurídicos nacionais. Não há como cindir o fenômeno, sob pena de responsabilidade internacional do Estado.

Dessa forma, para evitar a perpetuação da indevida inovação normativa, via jurisprudencial, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, sugere-se a incorporação de norma Constitucional que estabeleça que a ratificação em nível internacional, após observado o devido processo legislativo, é condição suficiente para conferir eficácia interna ao tratado internacional. Aponta-se a seguinte reforma constitucional:

Acrescente-se ao art. 4º (Princípios das relações internacionais da República Federativa do Brasil) o seguinte §3º:

“§3º O tratado internacional, devidamente promulgado por Decreto Legislativo, entra em vigor e ganha eficácia no âmbito jurídico interno com a respectiva ratificação advinda de depósito ou troca de instrumento convencional”.

²⁵⁶ Para mais informações, ver: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-311-16-junho-2009-588912-publicacaooriginal-113605-pl.html>>. Acesso em 01 de nov 2018.

²⁵⁷ Conforme se pode extrair do site da ONU: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-5&chapter=4&clang=_fr>. Acesso em 01 de nov 2018.

²⁵⁸ Na mesma linha aqui defendida, José Carlos de Magalhães disserta sobre a conjugação da dicção dos atuais artigos 49, I e 84, VIII, da Constituição de 1988 que “vê-se, assim, que a competência do Presidente da república, estabelecida de forma *privativa*, é a de celebrar tratados, porém sujeitos a referendo do Congresso Nacional, ao qual cabe a competência exclusiva de resolver definitivamente sobre tratados. Assim, firmado o tratado, esgota-se a competência do Presidente, cabendo ao Congresso o poder de resolver sobre ele de *forma definitiva*, ratificando-o ou não. E, se o ratificou por meio de Decreto Legislativo, tal ratificação aperfeiçoa-se no plano interno, com plena obrigatoriedade de sua observância, cabendo ao Presidente apenas a responsabilidade de dar cumprimento à decisão do Congresso e, assim, executar a formalidade externa de depositar o instrumento de ratificação. Se o Presidente, aprovada a ratificação, envia o instrumento respectivo para a troca ou depósito, parece mais que evidente que cumpriu a decisão do Congresso de ratificação, obrigando o país no plano internacional que assumiu, pouco importando tenha ou não promulgado o texto, cuja vigência interna completou-se” (MAGALHÃES, 2000, p. 77).

A efetivação da referida reforma constitucional terá como efeito o reforço da estrutura de comunicação normativa própria ao Direito Internacional Público, vez que afastará ingerências de outros sistemas sobre a prospecção de expectativas realizada pelos tratados internacionais após a respectiva ratificação. Com isso, além de suprir uma lacuna constatada em nosso ordenamento – que a bem da verdade não seria preciso de ser preenchida caso a jurisdição nacional tivesse embasamento e deferência para tratar do fenômeno convencional – estabilizará as operações jurídicas no nível de garantia da plena eficácia, nos limites e afim com os preceitos do Direito Internacional Público.

7.4 Controle paramétrico de supralegalidade – A ação direta de parametricidade supralegal (ADPS) e a concretização da confiança

Controle, em sua primeira acepção semântica, pode ser abstraído como ato ou efeito de controlar (-se), conforme Houaiss. Nesse espectro, o significado desse substantivo está ligado a uma ação que é realizada por algo ou por alguém. Quando se coloca ação realizada por algo quer-se abstrair, em certa medida, a colocação da ação conforme a volição de um sujeito, por meio de sua consciência. Essa base nos permite colocar a ação no âmbito da comunicação. E é nesse parâmetro que se chega à verificação de que o controle emana uma ação de

submeter a exame e vigilância estritos; fiscalizar, monitorar; exercer ação restritiva sobre; conter, regular; assegurar o controle imediato de (algo), por meio de reflexo motor, ou por habilidade; exercer poder, autoridade sobre (alguém ou algo); manter sob o próprio domínio, dominar; moderar (HOUAISS, 2009, p. 541).

A ideia de controle se amolda perfeitamente à teoria dos sistemas de matriz funcional-estruturalista. Como dito, a visão funcional propicia a possibilidade de, do ponto de vista da teoria do direito, fornecer ao sistema mecanismos de autocontenção, de preparação para a autorreprodução conforme os ditames da autopoiese. O processo, que dilata a operação no tempo, viabiliza que o sentido se forme a partir de um autocontrole do sistema, que ao definir um antes e um depois, passa, a partir da observação de segunda ordem, a poder determinar se algo deve estar dentro ou fora da forma. O sistema

então desempenha verdadeira ação de contenção, que viabiliza a apuração de *feedbacks* estáveis na órbita de otimização dos mecanismos de *input/output*, preservando uma variabilidade aceitável, confiável, cujo contato com o meio é absorvido por observação heterorreferencial.

A noção de Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito nos traz a ideia fundamental do controle no âmbito da interpenetração entre sistemas que se fecham a partir de códigos distintos, porém operam em constante troca de informações, em troca de conhecimento mútuo. A questão é apresentada por Luhmann nos seguintes termos:

O sistema do direito pode levar em consideração fatos externos, mas somente como informação produzida internamente, isto é, somente como “a diferença que faz diferença” (Bateson). A diferença no estado do sistema tem de estar relacionada à aplicação da lei e, em última instância, também ao seu código. Se o estado do sistema mudou, isso se deve à aplicação do direito ou, em última instância, ao código. Em outras palavras, o sistema do direito não pode atribuir normas ao ambiente, mas deve atribuir-lhe conhecimento. Contudo, mesmo tal cota de saber que o sistema do direito atribui ao ambiente é operação puramente interna, não sendo nenhum processo de transferência de informações. (O conceito dual de informação de Bateson – “a diferença que faz a diferença” – enuncia de maneira precisa que uma informação faz o sistema modificar o seu próprio estado.)²⁵⁹ “Cognitivamente aberto”, porém, significa tão somente que o sistema produz as informações correspondentes a partir da posição de heterorreferência e as atribui às diferenças situadas em seu ambiente (LUHMANN, 2016, p. 113-114).

A partir da observação de segunda ordem em modo heterreferencial, o sistema do Direito é capaz de apreender conhecimento advindo de sistemas contidos no ambiente e em respectivos acoplamentos estruturais existentes. Esse conhecimento só se torna informação a partir da lógica do próprio sistema, ao converter o conhecimento em operação comunicativa produtora de sentido no próprio sistema, o que permite a seleção: pertence ou não ao código? É nesse âmbito que se efetiva o verdadeiro controle, onde a não possibilidade de formação de sentido é descartada. A garantia da força normativa da Constituição então é fenômeno que deve se dar por meio da autopoiese, em que a

²⁵⁹ Nesse ponto, em específico, importante dar conhecimento à nota de rodapé elaborada por Luhmann, onde o autor esclarece ser “óbvio que esse circunstância contradiz a ideia anterior acerca das informações como um tipo de “dados” manejáveis e transferíveis. Por isso, não raro ouvem-se queixas de que a teoria do sistema autopoietico seria, quanto a esse aspecto, pouco clara; ela não mostra como a informação de fora se torna informação de dentro (...). Nessa perspectiva, ela não seria pouco clara; o que ela faz é apenas excluir conceitualmente processos de transferência dessa natureza” (LUHMANN, 2016, p. 114).

Constituição se retroalimenta de sua própria atividade de produção comunicativa, de emanção de informação em seu próprio sistema, de averiguação das condições de procedibilidade e de sedimentação da comunicação por meio do sentido que, ao final, comunica.

Desvencilha-se, então, do fechamento do sistema, e respectivo mecanismo de controle, de base ontológica, como erigido na teoria da jurisdição constitucional de Hans Kelsen²⁶⁰. Dentro do espectro de análise da teoria dos sistemas o fechamento operativo não é dado por uma norma, mas pelo próprio código que define a identidade do sistema. A unidade²⁶¹ é obtida a partir da diferença²⁶². A partir dessa constatação, pode-se chegar ao raciocínio de que “o fechamento operativo do sistema do direito da sociedade dá-se somente no nível de segunda ordem e somente mediante um esquematismo que pode ser

²⁶⁰ A clássica lição de Kelsen, transposta para inúmeros manuais de Direito Constitucional, e verdadeira base epistemológica do constitucionalismo contemporâneo, nos é dada em ensaio intitulado “Jurisdição Constitucional”, que participa de obra de mesmo nome. Nesse ensaio, Kelsen enuncia a noção de Constituição da seguinte maneira: “A questão da garantia e do modo de garantia da Constituição, isto é, da regularidade dos graus da ordem jurídica que lhe são imediatamente subordinados, pressupõe, para ser resolvida, uma noção clara de Constituição. Somente a teoria aqui desenvolvida, da estrutura hierárquica da ordem jurídica, está em condições de proporcioná-la. Não é exagero nenhum afirmar que somente ela permite apreender o sentido imanente dessa noção fundamental de “Constituição”, com a qual já sonhava a teoria do Estado da Antiguidade, porque essa noção implica a ideia de uma hierarquia das formas jurídicas. Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender. O que se entende antes de mais nada e desde sempre por Constituição – e, sob esse aspecto, tal noção coincide com a de forma do Estado – é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas. Essa regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra. Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplica-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal (KELSEN, 2007, p. 130-131).

²⁶¹ Além disso, para Luhmann, a unidade do sistema do direito não é essencial para que este possa tornar-se operacionalizável. Como coloca o autor, “diferentemente do que exigem os lógicos e do que pensava Kelsen, a unidade do sistema do direito não é premissa operativa do sistema do direito. Ela não pode ser conceituada nem como princípio, nem como norma. (...) Contudo, isso não significa que não haja autorreferência. A referência à unidade será substituída, será ‘representada’, pela referência ao código, à diferenciação entre lícito e ilícito, bem como supõe a vigência normativa das expectativas que haverão de aplicar para a explicação do código” (LUHMANN, 2016, p. 98).

²⁶² Nesse ponto, disserta Luhmann no sentido de que “diferentemente da normatividade das expectativas (certamente indispensável na operação) e da diferença das estruturas historicamente existentes, interpretáveis como direito, o código apresenta duas peculiaridades: é universalmente manipulável, independentemente do conteúdo presente em cada comunicação, e possibilita o fechamento do sistema por meio da reformulação de sua unidade como diferença” (LUHMANN, 2016, P. 94-95).

manejado exclusivamente nesse nível²⁶³ (LUHMANN, 2016, p. 95). Esse esquematismo, oportunizado pelo código do direito, é que encerra a possibilidade de se falar em parâmetro para o controle de constitucionalidade e, no caso do presente trabalho, para o controle paramétrico de supralegalidade relativo aos tratados internacionais comuns.

O controle de parametricidade, no âmbito da teoria dos sistemas assume a tarefa de ordenar a comunicação normativa conforme critérios internos do sistema, nos níveis de autorreferência basal, reflexividade e reflexão, na lógica da observação. Toda comunicação parte de algo dado, não nasce espontaneamente. Isso quer dizer que a autorreprodução é possível a partir da compatibilização entre o elemento criado autopoieticamente e a estrutura do sistema, o código em sua concepção dinâmica. A contraposição entre o elemento e o código é capaz de identificar se há possibilidade de se firmar relação basal, inovação, ou se o elemento criado é incompatível, não pertencente ao sistema.

Ao funcionar como norma interposta em nível supralegal, os tratados internacionais comuns passarão a realizar papel semelhante à Constituição: ponto de partida para a formação de sentido, para a autorreprodução e afirmação da autopoiese nos diversos níveis colocados abaixo da Constituição. Isso quer dizer que qualquer tipo de informação, comunicação, que não se adeque à estrutura prévia (material ou formalmente) deverá ser colocada do outro lado da forma, por não pertencer ao sistema. A melhor forma para se adensar a confiança, no sentido de ampliar a seletividade e a autorregulação do sistema é a criação de um controle concentrado de parametricidade, com eficácia *erga omnes* e cuja decisão tem atributo de definitividade²⁶⁴ no âmbito da comunicação jurídica, ou seja, extirpa-se o ilícito por meio da função jurisdicional.

²⁶³ Justamente por essa razão Luhmann coloca que o sistema do direito não é um sistema de atração: “O direito não é um sistema de atração. Ele simplesmente declara: se se trata de se valer do direito, ou seja, de dispor sobre o que é lícito e ilícito, então há de sê-lo segundo minhas condições. Só precisamente nesse sentido o sistema é operativamente fechado e determinado em suas estruturas” (LUHMANN, 2016, p. 97).

²⁶⁴ O modelo segue a mesma lógica do controle concentrado de constitucionalidade. Este, como bem coloca Gilmar Mendes, “tem se revelado uma das mais eminentes criações do direito constitucional e da ciência política do mundo moderno. A adoção de formas variadas nos diversos sistemas constitucionais mostra, por outro lado, a flexibilidade e a capacidade de adaptação desse instituto aos mais diversos sistemas políticos. É interessante observar que o sistema de controle de constitucionalidade sofreu incrível expansão na ordem jurídica moderna. Afigura-se inquestionável a ampla predominância do controle judicial de constitucionalidade e, particularmente, do modelo de controle concentrado. Cuida-se mesmo de uma nova divisão de

A função jurisdicional, nesse ponto, desempenha papel de verificação da equalização entre a comunicação normativa e as demais formas de comunicação presentes no ambiente dos sistemas sociais, especialmente a comunicação política. Nesse ponto, exerce verdadeiro controle contra a influência de atratores, elementos externos que de alguma maneira tentam quebrar a barreira comunicacional de sistema vizinho a ponto de capturar seus próprios mecanismos de autorreprodução. Nesse sentido, o controle concentrado é de suma importância pois garante não só a reafirmação do código normativo, da força normativa dos tratados internacionais comuns, como também evita a expansão imperialista de um código sobre o outro, a resguardar a higidez do sistema e as bases da confiança. A eficácia *erga omnes* e a vinculatividade da decisão em controle concentrado são mecanismos de blindagem do sistema contra a repetição de autorreproduções defeituosas (ou baseadas em uma decodificação interna inexata, ou baseada em uma codificação influenciada por outro código que não o do próprio sistema).

Nessa ordem de ideias, entra-se na discussão acerca da validade da comunicação normativa perante o sistema. Validade é conceito básico para o Constitucionalismo e para o sistema de controle paramétrico, tendo em vista que, na teoria de base ontológica, significa o modo pelo qual a norma se insere ao ordenamento/sistema, passando a ter existência. Ou seja, validade é o modo de existência específico das normas jurídicas. Essa existência tem a ver com uma compatibilização material e formal com padrões de averiguação superiores hierarquicamente e, a toda medida, geralmente anteriores temporalmente. Todavia, esse conceito é reformulado na base da teoria dos sistemas.

Ao lidar com a validade, o sistema do Direito se propõe a analisar aquilo que Luhmann considera como um símbolo do próprio sistema, que observa a unidade a partir da variância das próprias operações. Nesse contexto, não se trata de mera ligação entre observação, mas da verificação de conexão entre operações. A validade não tem valor intrínseco, é apenas um símbolo, que parte para a apreciação de que uma forma de comunicação é aceita pelo sistema, ou seja, corrobora a autopoiese. Apesar de não ter valor intrínseco, a validade é um valor próprio do sistema. Coloca Luhmann que “a validade é um ‘valor próprio’ do sistema do direito, um valor que surge na execução recursiva das operações

Poderes, com a instituição e uma Corte com nítido poder normativo e cujas decisões têm o atributo de definitividade” (MENDES, 2012, p. 21).

do próprio sistema, e *que não pode ser utilizado em nenhuma outra parte*” (LUHMANN, 2016, p. 136). Disserta o sociólogo:

Como símbolo da unidade do direito, a validade jurídica é algo que transcende a diferença entre perguntas cognitivas e normativas. Com relação a essa diferença, ela tem um estatuto ambivalente. Nessa relação, a validade não é a condição a priori do conhecimento (ainda que, sem validade, o objeto do conhecimento do direito, o direito, não se daria). A validade não tem a forma de uma afirmação cognitiva acerca do direito, tampouco é o resultado do efeito de uma causa externa, de um motivo de validade transcendente, transcendental ou imanente-autoritativo (“estatal”). Ela é tão somente a forma a que as operações fazem referência quanto a seu pertencimento ao sistema, já que estão subsumidas no contexto de outras operações do mesmo sistema a partir do momento em que o reproduzem. Ela é a forma da participação na unidade do sistema²⁶⁵ (LUHMANN, 2016, p. 138).

Ao afastar a visão normativa da validade, Luhmann, com base nos preceitos teóricos de George Spencer Brown, considera que a validade é forma, que segmenta a experiência comunicativa da normatividade em dois lados: o da validade e o da não validade. Assim, a validade estaria no lado interno da forma, enquanto que a não validade residiria no lado externo (LUHMANN, 2016, p. 139). Essa validade, como não poderia deixar de ser, está submetida à temporalidade, que é vista pelo observador²⁶⁶.

²⁶⁵ Luhmann, em continuação, ainda afasta a concepção de validade como norma, especificamente de natureza metajurídica ou a ideia de uma norma fundamental: “a validade tampouco é uma norma, uma norma fundamental ou uma metanorma. Não se trata de uma expectativa esboçada para fazer frente a elas, em forma de proteção, no caso de se frustrar. O que vale no sistema do direito não *deve valer*: ele vale ou não vale. Por isso, o sistema do direito pode alterar o que vale sem se chocar contra suas próprias normas. De todo modo, a mudança no direito não pode ser bloqueada pela pretensão de validade do direito, mas pode pelas normas de procedimento, que regulamentam e, nessa medida, limitam o modo como se pode gerar a validade do direito, ou seja, o direito pode ser modificado. No direito constitucional, chegam a existir normas que determinam que não se podem modificar certas normas, inclusive elas próprias. Isso resulta num paradoxo bastante discutido. A proibição de modificação poderia, por sua vez, ser modificada – e assim seguir, num regresso *ad infinitum*. Por isso, o problema não pode ser controlado normativamente: é o caso de “gödelizá-lo” na direção da política. Dessa maneira, faz-se necessária a vigilância política. Em outras palavras, pode-se desdobrar esse paradoxo da mudança ao distinguir-se normatividade e validade para, então, contar com que se crie *politicamente* um direito vigente ao introduzir uma variante à proibição de modificar a constituição (assim, o caráter desse processo se fez paradoxal como ruptura de norma, mantendo-se, assim, isento de consequências)” (LUHMANN, 2016, p. 138-139).

²⁶⁶ Nesse ponto descreve Luhmann que “o símbolo da validade será anexado às expectativas normativas do sistema. Ele qualifica normas como válidas ou como não válidas. Contudo, isso só acontece quando se modifica uma situação de direito. Um observador é livre para determinar, no momento que ele escolher, qual direito será válido e qual não será. Nessa medida, *ele vê* a validade como *duração* (temporalmente limitada e passível de ser revogada). As teorias da validade que tratam de fundamentá-la num início, numa razão, na vontade de Deus ou em outras instâncias de autoridade, são teorias de um observador desse tipo. Assim, mesmo o sistema do direito pode observar a si mesmo, como na conexão com os registros existentes ou as reformas. Desse modo, porém, jamais se vai chegar à unidade do sistema. Toda observação tem de reduzir a complexidade já produzida, portanto tem de proceder seletivamente. O processo

A partir desses pressupostos teóricos, vê-se que a validade é a condição para a garantia da expectativa genuinamente jurídica, baseada no compromisso da racionalidade sistêmica com a comunicação sincera. A validade é sedimentada por meio da legística no momento da normogênese comunicacional. A validade é condição para a manifestação do sentido. O encontro do parâmetro de validade, que não é eterno, tem como pressuposto marcar os pontos de partida do sistema naquele dado instante, naquela manifestação de dilação temporal contingente em relação a sua programação, mas cuja definição e unidade se alinhava em um código. A validade e a não validade é o critério para se observar se algo, em alguma medida é lícito ou ilícito perante a lógica do sistema. A par dessa concepção, nasce a possibilidade de se fundamentar o controle paramétrico no âmbito da teoria dos sistemas.

Após a reforma constitucional no sentido de alçar os tratados internacionais comuns como normas supralegais, vê-se como consequência a assunção de um novo parâmetro de validação comunicativa do sistema. Nesse sentido, para resguardar a eficácia e efetividade dos tratados internacionais comuns, necessário se torna a criação de um novo marco de controle concentrado, ora denominado controle de parametricidade supralegal, manejado por meio da ação direta de parametricidade supralegal. A existência de tal espécie de ação concentrada salienta a confiança em nosso sistema, e contribui para a efetivação de novos patamares em sede de configuração do sistema do Direito e sua respectiva concatenação comunicativa em níveis interno e internacional.

7.4.1 Fundamentos e limites do Controle Paramétrico de Supralegalidade e a modificação de competências em nível constitucional

Assim como no controle de constitucionalidade, o controle paramétrico de supralegalidade designa um conceito de relação, ou seja, uma coisa serve de parâmetro – Constituição²⁶⁷ ou, no caso em específico, os tratados

real de permanente revalorização do vigente se subtrai à observação. Seria preciso uma boa dose de trabalho teórico para tornar plausível que ali se encontram as raízes da validade” (LUHMANN, 2016, p. 141-142).

²⁶⁷ A doutrina constitucional se apoia na definição ontológica, a partir do qual a Constituição é colocada como ponto de inflexão normativo e valorativo do sistema do Direito. Segundo Gilmar Mendes, essa concepção da Constituição “considera que, enquanto ordem jurídica fundamental, a Constituição contém as linhas básicas do Estado e estabelece as diretrizes e limites ao

internacionais comuns – para se avaliar uma outra coisa – uma ação, que pode ser tanto do tipo de produção normativa ou do ponto de vista de quebra da expectativa normativa, ação contrafática. Nesse ponto, se averigua se algo está ou não conforme o parâmetro estabelecido como causa da avaliação de pertencimento, da produção de sentido (MIRANDA, 1996, p. 310-311).

A relação, no âmbito da teoria dos sistemas, tem a ver com a formação do sentido na interligação entre elementos e, para além disso, do acoplamento desses elementos na própria estrutura do sistema, o que amplia a própria capacidade cognitiva dos sistemas. Mas qual a importância, o verdadeiro fundamento para se erigir algo como parâmetro para análise da comunicação, operação básica dos sistemas sociais?

Parte-se, no presente trabalho, dos desenvolvimentos dados por Luhmann acerca da concepção de Constituição, que nada mais é que um subsistema do Direito, que permite o fechamento operacional, a partir da formação de um acoplamento estrutural entre Direito e Política. Para o autor, a Constituição surge em uma evolução histórica para fazer face ao princípio da estratificação social de característica vertical prevalente na sociedade medieval e moderna. Isso quer dizer que a sociedade era dividida entre escalões superiores e inferiores, sendo o Direito preferencialmente ajustado com os interesses dos escalões superiores, ou seja, dominado pelo código da política. Nesse ponto, Misabel Derzi explica que

Assim, ao perseguir a evolução linguística da palavra Constituição, sobretudo com a independência dos EUA e os eventos inerentes à história da França, NIKLAS LUHMANN sustenta a tese de que o conceito de Constituição veio, na era moderna, como reação à diferenciação entre Direito e política e à consequente necessidade de religação entre eles. Por exemplo, nos EUA, a Constituição transforma o direito de resistência do povo ao Parlamento (inglês) em um ordenamento jurídico, que exclui precisamente essa possibilidade para os casos futuros. Na França, a ruptura com o ordenamento jurídico, necessária ao ato constituinte, só pode ser realizada politicamente. Em

conteúdo da legislação vindoura. Todavia, não há de se confundir a Constituição com uma regulamentação precisa e completa. A constituição, ensina Hesse, não codifica, mas regula apenas – frequentemente as linhas essenciais – aquilo que se afigura relevante e carecedor de uma definição” (MENDES, 2013, p. 1002). Nesse ponto, a avaliação sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de algo somente pode ser definida a partir da ideia de normatividade da própria Constituição, ou seja, de sua imperatividade, vinculatividade. Mendes continua dizendo que “em verdade, é essa relação de índole normativa que qualifica a inconstitucionalidade, pois somente assim logra-se afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo contraveniente. “não estão em causa – diz Jorge Miranda – simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um quid a outro quid, ou a desconexão entre este e aquele ato, mas o cumprimento ou não de uma certa norma jurídica” (MENDES, 2013, p. 1003).

ambos os casos, a Constituição é fundante de uma visão unitária que serve tanto à autonomia do sistema jurídico como àquela do sistema político. A Constituição é assim a forma como o sistema se fecha em um âmbito em que ela própria reconhece a si mesma, dentro dele. A Constituição substitui, como texto positivado autológico, quer o direito natural em sua visão cosmológica tradicional, quer o direito racional de uma teoria transcendental. A positivação do Direito é decisiva para o fechamento²⁶⁸ (DERZI, 2009, p. 36-37).

Por se constituir como acoplamento entre política e Direito, a Constituição passa a fundar a existência desses dois sistemas. Assim, a função limitante da Constituição é realizada, por exemplo, quando barra certos avanços da política por meio da inconstitucionalidade, que nada mais é que a negação de que aquela dada forma de comunicação, ou informação interna ao sistema, não pode ali existir, não havendo formação de sentido, mas de desconfiança. Limita a influência da política sobre o código e a operação jurídica também no intuito de impedir que a produção legislativa se mova para dado rumo nebuloso, para longe da confiança e da comunicação sincera. O sistema do Direito e o sistema da política, no bojo da Constituição, passam a ter características assimétricas. “A Constituição cria, e, ao mesmo tempo, torna invisível o acoplamento entre Direito e política, que não obstante, são sistemas diferentes, e assim permanecem²⁶⁹” (DERZI, 2009, p. 37-38).

O fundamento para o controle paramétrico de suprallegalidade é semelhante. Os tratados internacionais foram aqui tomados como verdadeiros casos de acoplamentos estruturais entre a Política Internacional e o Direito

²⁶⁸ Nesse mesmo sentido, Marcelo Neves salienta que “através da Constituição como acoplamento estrutural, as ingerências da política no direito não mediatizadas por mecanismos especificamente jurídicos são excluídas e vice-versa. A autonomia operacional de ambos sistemas é condição e resultado da existência desse “acoplamento estrutural”. Entretanto, por meio dela, cresce imensamente a possibilidade de influência recíproca e condensam-se as “chances de aprendizado” (capacidade cognitiva) para os sistemas participantes. Assim sendo, a Constituição serve à interpenetração e interferência de dois sistemas auto-referenciais, o que implica, simultaneamente, relações recíprocas de dependência e independência, que, por sua vez, se tornam possíveis com base na formação auto-referencial de cada um dos sistemas” (NEVES, 2011, p. 66-67).

²⁶⁹ Misabel Derzi traz citação da obra de Luhmann, em que esse resume a questão da seguinte forma: “O sistema jurídico, graças a esse acoplamento, tolera um sistema político que tende para o Estado regulador e que não deixa passar o que possa submeter a suas próprias operações. Também o sistema político, graças a esse acoplamento, tolera um sistema jurídico que dá curso continuamente a processos próprios protegidos da interferência política logo que a questão direito/não direito, lícito/ilícito, se apresente. O que conduz definitivamente a uma teoria dos sistemas operativamente fechados, sensíveis apenas a perturbações e não a determinações recíprocas e obriga a que se recorra à respectiva linguagem sistêmica para poder reagir. A relação entre o sistema político e o jurídico assemelha-se mais com as das bolas de bilhar que, apesar da contínua frequência com que se entrechocam, cada uma continua a percorrer o seu caminho separado, do que com a de gêmeos siameses somente capazes de se moverem conjuntamente. Na concepção moderna, a base da realidade das Constituições consiste na diferenciação funcional do sistema social” (Luhmann *apud* DERZI, 2009, p. 38).

Internacional. Sua positivação carrega seu caráter normativo, de comunicação, emanção de informação interna ao sistema do Direito e de possibilidade de conhecimento aos demais sistemas presentes nos sistemas sociais. A característica cognitivamente aberta dos sistemas sociais corrobora a capacidade de aprendizagem, de assimilação de eventos ocorridos em seu exterior a partir da correta conversão, a participar o sistema da informação, na lógica apontada entre *ego* e *alter*.

Os tratados internacionais, então, funcionam como um limite para a ação política dos países, especialmente aqueles que ratificaram o acordo internacional. Esse limite é duplo: no âmbito externo, de manter a confiança, mediante a norma *pacta sunt servanda* e todas as suas consequências. No âmbito interno, onde a política não pode invadir o código jurídico já aperfeiçoado, sob pena de desconstituir a confiança. O tratado, já avaliado como constitucional, alinhava a conduta, dos sujeitos civis e políticos.

Para exercer a função de averiguação da possibilidade de pertinência de dado elemento no sistema, a estrutura jurídica avançou no sentido de conferir à jurisdição essa tarefa. Se o direito é tomado como um conjunto de programas inscritos em código próprio que se torna parâmetro comunicacional para a solução de conflitos, a jurisdição reforça a confiança, ao estabilizar as expectativas normativas de comportamento. Para garantir essa estabilidade, e lidar com a presença de paradoxos internos ao sistema jurídico, Luhmann propõe a fixação de algumas regras de controle, como demonstra Misabel Derzi:

- (a) A primeira diz respeito à proibição de denegação da justiça, ou seja, à obrigatoriedade de o juiz decidir, não importa quão obscura seja a lei, e complexo o caso a decidir;
- (b) A segunda é decorrente da anterior, pois manifesta-se na irresponsabilidade pelas decisões tomadas, em especial na irresponsabilidade das consequências, que devem ter sido pesadas e sopesadas pelo legislador;
- (c) A terceira corresponde à independência do exercício das funções judicantes, razão pela qual os tribunais ocupam uma posição central dentro do sistema jurídico (que os norte-americanos já identificaram como a regra de que só é válido como direito o que os juizes reconhecem como direito), posição de que decorre uma diferenciação, que se desenvolve no corpo social, a saber, os tribunais têm organização própria, hierarquizada, e alta profissionalização da competência, de forma a ganharem uma impermeabilização contra intervenções advindas do ambiente externo, de cunho não jurídico;
- (d) O compromisso de vinculação das decisões ao texto legal; e, finalmente,
- (e) A fundamentação da decisão, que assegura a vinculação à lei, aos precedentes e à isonomia na sua aplicação (Luhmann apud DERZI, 2009, p. 40-41).

A partir dessas considerações, vê-se que a criação de um controle paramétrico de supralegalidade para os tratados internacionais comuns tem como função específica o reforço, a reafirmação e a garantia grandiloquente da comunicação normativa. Foge-se, então, da possibilidade de que a desconfiança possa se tornar o norte de referência para a ação dos sujeitos, sejam eles de Direito Internacional sejam eles nacionais. A jurisdição resguarda o código, resguarda a prospecção de um dado cenário que, mesmo trazendo em si a contrafacticidade, não se invalida ou não deixa de vincular, justamente por gerar uma expectativa normativa, para além do pressuposto de uma expectativa cognitiva para o sujeito e para os observadores (sejam estes em autorreferência ou em heterorreferência).

O controle paramétrico de supralegalidade afasta o caráter simbólico dos tratados internacionais comuns, erigindo-os como verdadeiros preceitos normativos que possuem força trazem informação e coerência ao sistema, à cadeia de fontes do Direito tomada em sua unidade sistêmico-comunicacional. A marcha da evolução do constitucionalismo, em sua afirmação normativa, possui caminho semelhante, o que demonstra que a força normativa dos tratados internacionais não é somente algo inerente à sua funcionalidade comunicativa, como também algo que se sedimenta no sistema com o tempo, tendo como suporte a confiança, a manutenção de um ambiente em que as trocas de conhecimento se deem conforme uma comunicação sincera²⁷⁰.

Os limites do controle paramétrico de supralegalidade são dados pelo próprio sistema: não se imiscui em questões constitucionais, afetas à jurisdição constitucional que é desempenhada, no caso brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal. Com a hipótese de superveniência de novo parâmetro constitucional

²⁷⁰ Na seara da análise constitucional, Marcelo Neves aponta para as dificuldades que a Constituição, especialmente a brasileira, passa no que diz respeito à afirmação de seu código comunicativo de forma autopoiética e autológica: "Há uma forte tendência a desrespeitar o modelo procedimental previsto no texto da Constituição, de acordo com conformações concretas de poder, conjunturas econômicas específicas e códigos relacionais. Isso está associado à persistência de privilégios e "exclusões" que obstaculizam a construção de uma esfera pública universalista como espaço de comunicação de cidadãos igual" (NEVES, 2012, P. 246). O mesmo raciocínio pode ser levado para o caminho da Sociedade Internacional: frequentemente os procedimentos, os códigos normativos, são relativizados, são detraídos em função da sua respectiva absorção por outros sistemas, em especial o político e o econômico. É na contramão desse movimento que a reafirmação dos tratados internacionais como arena para a realização de consensos, mesmo que parciais e momentâneos, funciona como a base para a existência dessa relação de deferência do Estado brasileiro para com os tratados internacionais. Esse é o fundamento do presente estudo.

incompatível com o estipulado em tratado, ativa-se os mecanismos próprios ao Direito Internacional de desvinculação. Para além disso, as mudanças em sede infraconstitucional devem ser levadas a partir de suas referências diretas aos tratados internacionais comuns, especialmente do ponto de vista de sua materialidade.

No atual sistema constitucional brasileiro, o controle paramétrico em relação aos tratados internacionais comuns é previsto de maneira difusa, mas não a tomar, a toda evidência, essas espécies convencionais como normas supralegais. A não ser nas hipóteses colocadas no tópico 5.2.3, os conflitos são analisados a partir dos critérios clássicos de antinomias aparentes. Ou seja, não há preocupação com as consequências advindas do desrespeito de cláusulas convencionais a partir da legiferação no âmbito interno. Essa competência é inscrita no art. 105, III, 'a', da Constituição Federal, que incumbe ao Superior Tribunal de Justiça averiguar, no âmbito do Recurso Especial, possível conflito entre tratado internacional e norma de direito interno.

Como defendido no presente trabalho, essa concepção processualística não reforça a confiança, e contribui para a invasão de um sistema sobre outro. A partir disso, parte-se para a sistematização e processualização do controle paramétrico de parametricidade supralegal.

Para que o Controle Paramétrico de Supralegalidade possa operar sua efetividade no nível dos Tribunais Superiores – responsáveis por salvaguardar o ordenamento jurídico infraconstitucional – deve-se realizar, primeiramente, algumas modificações em relação às competências. Cada uma das modificações são sugeridas conforme critério material, ou seja, o tratado a servir de parâmetro terá que encontrar respaldo material na respectiva zona de competência do Tribunal Superior Indicado, sendo que eventual conflito de competência deve ser dirimido pelo Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, diante das mudanças aqui delineadas, propõe-se as modificações legislativas em nível constitucional e infraconstitucional abaixo delineadas.

Em sede da competência jurisdicional do STJ, opera-se a seguinte modificação:

Acrescente-se ao art. 105 da Constituição Federal de 1998 (competências do Superior Tribunal de Justiça), o subsequente inciso IV:

“IV – empreender o controle paramétrico concentrado de supralegalidade dos tratados internacionais comuns que não possuam matérias correlatas às disposições reguladas pelo Direito do Trabalho, por meio da Ação Direta de Parametricidade Supralegal (ADPS)”

No que tange à competência jurisdicional do TST, conforme dicção do art. 111-A, §1º, da Constituição Federal de 1988, efetiva-se a seguinte reforma do art. 702, I, da CLT:

Acrescente-se ao art. 702, I, da Consolidação das Leis Trabalhistas, a subsequente alínea “i”:

“i – empreender o controle paramétrico de supralegalidade dos tratados internacionais comuns relativas ao direito do trabalho, por meio da Ação Direta de Parametricidade Supralegal (ADPS).”

No que se refere à competência jurisdicional do Tribunal Superior Eleitoral, conforme a dicção do art. 121, caput, da Constituição, deve ser realizada a seguinte reforma no art. 22 do Código Eleitoral Brasileiro:

Acrescente-se ao art. 22, I, do Código eleitoral, a subsequente alínea “k”:

“k - i – empreender o controle paramétrico de supralegalidade dos tratados internacionais comuns relativas ao direito eleitoral, por meio da Ação Direta de Parametricidade Supralegal (ADPS).”

Diante do novo delineamento do sistema jurídico brasileiro esboçado no presente trabalho, há que se colocar que as matérias relativas ao conflito entre tratado internacional e norma de direito interno não mais poderão ser analisadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista as competências previamente estabelecidas na Constituição Federal de 1988. Contudo, o STF continua com a competência para a averiguação do controle de constitucionalidade dessas espécies convencionais, em razão do disposto no art. 102, I, a, da Constituição, e para a realização do controle de convencionalidade, próprio aos tratados internacionais de Direitos Humanos.

7.4.2 Processualística do Controle Paramétrico de Supralegalidade por meio da Ação Direta de Parametricidade Supralegal

Para que dado sistema de controle possa ter êxito, ele deve ser processualizado. É a emulação da garantia do devido processo legal, que encontra substância no art. 5º, LIV, da Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, o devido processo legal é cláusula nuclear do sistema jurídico, informando toda a autopoiese do Direito, seja no nível formal, seja no nível material. A sedimentação da informação, dos elementos e do conhecimento se dá no tempo, e é possibilitada por essa procedimentalização, cujo fim é elevar a confiança como o norte da formação da comunicação normativa. Nesse aspecto, o devido processo legal funciona como singular método de controle do poder normativo, como diz Freddie Didier²⁷¹ (DIDIER, 2016, p. 65). Gilmar Mendes, ao teorizar sobre esse Direito Fundamental de índole constitucional, diz que

O princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que existe o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à justiça (MENDES, 2013, p. 529-530).

É a partir desse raciocínio preliminar que se fundamenta a criação da Ação Direta de Parametricidade Supralegal. A mera especificação topográfica dos tratados internacionais comuns como normas supralegais não é suficiente para dar-lhes proteção real se não houver mecanismo processual apto a resguardá-los, apto a realizar o controle sobre uma possível invasão de códigos e operações externas ao sistema do Direito, especificamente do Direito Internacional Público.

A partir disso, o presente estudo sugere mecanismo processual de controle concentrado nos moldes do já existente no que atine ao controle de constitucionalidade. A efetivação do controle paramétrico de supralegalidade por meio de instrumento processual de natureza autônoma se justifica em razão da

²⁷¹ A partir dessa ideia, Didier desenvolve que “as normas jurídicas são produzidas após um processo (conjunto de atos organizados para a produção de um ato final). As leis, após o processo legislativo; as normas administrativas, após um processo administrativo; as normas individualizadas jurisdicionais, enfim, após um processo jurisdicional. Nenhuma norma jurídica pode ser produzida sem a observância do devido processo legal. Pode-se, então, falar em devido processo legal legislativo, devido processo legal administrativo e devido processo legal jurisdicional. O devido processo legal é uma garantia contra o exercício abusivo do poder, qualquer poder (DIDIER, 2016, p. 65-66).

possibilidade de averiguação da parametricidade em sentido amplo, a resguardar a higidez do sistema paramétrico e, ao mesmo tempo, efetivar a confiança.

Para a processualística da Ação Direta de Parametricidade Supralegal, sugere-se, então, o seguinte modelo legislativo, inspirado na Lei n. 9.868/1999:

Projeto de Lei n. XXXX, de XX de XX de XXXX

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de parametricidade supralegal perante o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho e o Tribunal Superior Eleitoral.

CAPÍTULO I DA AÇÃO DIRETA DE PARAMETRICIDADE SUPRALEGAL

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de parametricidade supralegal perante o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho e o Tribunal Superior Eleitoral.

Parágrafo único. Cabe o ajuizamento da Ação Direta de Parametricidade Supralegal contra lei nacional, lei federal, lei estadual e lei municipal, ou atos normativos emanados pela Administração Pública, que tenham como efeito a revogação expressa ou tácita de norma contida em tratado internacional comum previamente ratificado pela República Federativa do Brasil.

CAPÍTULO II DA AÇÃO DIRETA DE PARAMETRICIDADE SUPRALEGAL

Seção I

Da Admissibilidade e do Procedimento da Ação Direta de Parametricidade Supralegal

Art. 2º Podem propor a ação direta de parametricidade supralegal:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal;
- VI - os Sub-Procuradores-Gerais da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - representante diplomático, devidamente assistido, do país ou de órgão internacional a que a República Federativa do Brasil seja membro que, sendo parte do tratado, observa o descumprimento por esta em razão de atividade legiferante interna.

Art. 3º A petição inicial indicará:

- I - o dispositivo do lei nacional, federal, estadual ou municipal impugnados ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;
- II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em

meio eletrônico, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado, bem como do referido tratado internacional comum para efeito de controle paramétrico e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º A petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator.

Parágrafo único. Cabe agravo da decisão que indeferir a petição inicial.

Art. 5º Proposta a ação direta de parametricidade supralegal, não se admitirá desistência.

Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de parametricidade supralegal.

Parágrafo único. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades, especialmente os vinculados à garantia de efetividade do acordo internacional relevado como parâmetro de controle.

Art. 8º Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o pertinente órgão da Advocacia Pública relativa à lei ou ao ato normativo produzido pelo respectivo ente federado e o Sub-Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Seção II

Da Medida Cautelar em Ação Direta de Parametricidade Supralegal

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta de parametricidade supralegal será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 13, após a audiência dos órgãos ou autoridades das quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Procurador-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Art. 11. Concedida a medida cautelar, o respectivo Tribunal Superior fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.

§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.

§ 2º A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário, reafirmados os jurídicos efeitos do tratado internacional suscitado como parâmetro.

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Procurador-Geral da União e do Sub-procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

CAPÍTULO III DA DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE PARAMETRICIDADE SUPRALEGAL

Art. 13. A decisão sobre a parametricidade ou a não parametricidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros da respectiva corte com competência para a análise do conflito entre tratado internacional comum e norma de direito interno.

Art. 14. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a parametricidade ou a não parametricidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos 50% mais um Ministros.

Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de parametricidade ou de não parametricidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para prolação da decisão num ou noutro sentido.

Art. 15. Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato.

Art. 16. A decisão que declara a parametricidade ou a não parametricidade da lei ou do ato normativo é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

Art. 17. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Tribunal Superior fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de parametricidade ou de não parametricidade, inclusive a interpretação conforme o Tratado Internacional e a declaração parcial de não parametricidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Art. 18. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, XXX de XXX de XXX; XXX da Independência e XXX da República.

A inspiração na lei de Ação Direta de Inconstitucionalidade foi feita com as devidas adaptações à situação e à realidade de se averiguar o controle paramétrico com base em tratados internacionais.

Com a implementação das reformas sugeridas, analisadas com base no aparato conceitual elencado pela legística, certamente a República Federativa do Brasil se despontará como modelo de proteção ao Direito Internacional na arena internacional, aumentando seu reconhecimento como Sujeito de Direito internacional que efetiva comunicação sincera e, em consequência, a permeabilidade multilateral de sua inserção internacional.

8 CONCLUSÃO

O discurso da pós-modernidade intenta a dissolução das certezas, da verdade, do universal. Apresenta-se em variadas matizes, algumas de caráter próximo ao niilismo exacerbado, outras meramente céticas, e outras que estabelecem a possibilidade de uma unidade na pluralidade. Acabam por colocar em questão e, em alguma medida, querer desarticular estruturas tradicionais, por meio de uma abordagem sempre referenciando ao presente reduzido a um futuro próximo: “pós-estruturalismo”, “pós-industrialismo”, “economia comportamental”; “pós-funcionalismo”; etc. Há um desapego da relação sujeito-mundo em viés ontológico, baseado em critérios verificáveis pela razão, pela consciência, dados pela tradição ou por aquilo que Gadamer reconhece como sendo a “consciência histórica”.

Wolfgang Iser despontou como um dos grandes críticos das visões pós-modernas, de maneira que aponta quatro grandes contradições dentro do significado da expressão. Castriota, citando o filósofo, coloca que o primeiro grande ponto é a legitimidade de utilização do termo, uma vez que para certos pensadores não haveria um fenômeno peculiar que indicasse e justificasse a sua utilização²⁷². A segunda abordagem crítica relevante tem a ver com o “âmbito de utilização do conceito”, que estaria desgastado em razão da sua excessiva aplicação (CASTRIOTA, 2009, p. 40). O terceiro prisma de exame é em relação à “aplicação temporal do termo. Nesse sentido,

Quando começa a ser utilizado nos Estados Unidos, na área de literatura, o “pós-moderno” se referia a fenômenos dos anos 1950. Transplantado para a Europa, a partir de 1975, passa a referir-se aos próprios anos 1970. Por outro lado, o “pós-moderno” parece vir conquistando crescentemente terreno no passado: Arnold Tonybee, por exemplo, aponta as suas origens já em 1875. Umberto Eco, no “Pós-escrito ao Nome da Rosa” manifesta, cruelmente, o temor de que a categoria “pós-moderno”, a continuar no passo atual, possa chegar até a obra de Homero” (CASTRIOTA, 2009, p. 40-41).

O quarto e principal ponto de divergência diz respeito ao aspecto material, ao conteúdo do termo.

²⁷² Cita Iser: “O pós-moderno seria somente vinho antigo em garrafa nova; e todo alvoroço em torno dele seria apenas promoção de profetas da moda em busca de lucro; ou uma tentativa de fuga, facilmente desmascarável, daqueles que, com o anúncio de uma nova era, querem se furtar às tarefas não resolvidas no presente” (Iser *apud* CASTRIOTA, 2009, p. 40).

Para alguns, o pós-moderno seria a era das novas tecnologias; para outros, pelo contrário, completar-se-ia com ele justamente a despedida de um domínio tecnocrático, sendo o pós-moderno verde, ecológico e “alternativo”. Alguns esperam o pós-moderno uma nova integração, por meios diversos (por exemplo, o mito), da sociedade dilacerada; enquanto outros afirmam ser o pós-moderno principalmente uma época de maior pluralismo e fragmentação crescente (CASTRIOTA, 2009, P. 41).

Nesse quadro, o que se pode visualizar é uma moldura que contém uma gama infinita de variações e perspectivas sobre o fenômeno da pós-modernidade sem haver qualquer fio condutor que tenha por pressuposto levar coerência. Há verdadeiro emaranhado de visões, cuja principal manifestação é a negação do universal, de que algo possa servir como ponto de união para a compreensão do todo. Além de impreciso, o conceito de pós-modernidade revela uma característica da contemporaneidade: a fluidez, o escoamento, o rarefato das concepções, das observações sobre o mundo. Welsch, como já abordado no capítulo 4, tentou enfrentar essa questão com a ideia de uma razão transversal, que teria como função a criação de uma metanarrativa em duplo aspecto: descritivo, identificando a pluralidade existente no mundo, e normativo, a determinar que não deve haver supressão dessa pluralidade em nome de um supermodelo, mas a identificação de que essas distinções presentes no mundo devem ser preservadas, mesmo que encadeadas em dissensos basais (NEVES, 2009, P. 39-40).

Mas em que medida essas questões teóricas se amoldam ao presente trabalho? A partir da ideia de que o Direito Internacional Público é visto, especialmente na perspectiva da observação realizada pelo sistema da política, como um mundo totalmente relativizado, cuja normatividade não é vinculante, um “soft law” em sua inteireza. Parte-se da degradação do código normativo a partir de uma perspectiva desarticuladora, calcada na descrença de que o fenômeno convencional poderia servir como meio para a diminuição dos inúmeros dissensos basais – e muitos desses dissensos extremamente antagônicos e graves em suas fundamentações. Essa ideia de desarticulação da comunicação jurídica, de invasão da desconfiança como arena para o estabelecimento da comunicação, da troca de conhecimento e de informações, causa efeitos extremamente deletérios para a marcha evolutiva do próprio Direito enquanto unidade encontrada em seu código.

No plano histórico, a evolução dos tratados internacionais em muito se assemelha à evolução do próprio fenômeno constitucional, com as devidas cautelas para utilização da analogia. Por mais que o constitucionalismo moderno se erija como verdadeiro fato de contenção do Poder, do arbítrio, por várias décadas, quiçá séculos, desde sua criação em nível de positivação, a possibilitar o fechamento operativo do sistema do Direito, muitas dúvidas pairaram sobre a sua vinculatividade, sobre sua força normativa.

O exemplo mais clássico nos é dado pela sociologia jurídica de Ferdinand Lassalle, em seu famoso ensaio intitulado “o que é uma Constituição?”. Nesse discurso, Lassalle identificou duas formas de manifestação da Constituição, uma seria a “real e efetiva, formada pela soma de fatores reais e efetivos que regem na sociedade” e a outra a mera constituição escrita, que ele denominou de “folha de papel” (LASSALLE, 2015, p. 61). Para ele, esses fatores reais de poder seriam algo que governaria o âmago, o núcleo de dada sociedade, sendo verdadeira “força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em questão, fazendo com que não possam ser, em essência, *mais do que são*” (*Ibidem*, p. 38). Identifica essa força ativa em alguns elementos sociais, como a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a consciência coletiva e a cultura geral, a pequena burguesia e a classe operária²⁷³.

O discurso de Lassalle, é o claro esvaziamento da vinculatividade do código normativo positivado, a partir do momento em que a folha de papel estaria sob o jugo dos fatores reais de poder, podendo sucumbir seu conteúdo a qualquer momento, e por qualquer ingerência da política e da economia. O fechamento operativo do sistema e sua respectiva autonomia em face do meio inexistiria em relação a um nível de argumentação assim posto. A evolução do constitucionalismo é a história da paulatina e intransigente autoafirmação do

²⁷³ Chega então à sua primeira conclusão sobre a folha de papel: “eis então, senhores, o que é, em essência, a Constituição de um país; a soma dos fatores reais de poder que governam este país. Mas, que relação isso tem com o que vulgarmente denomina-se Constituição, ou seja, com a Constituição jurídica? Não é difícil, senhores, compreender a relação que ambos conceitos guardam entre si. Se tomamos estes fatores reais de poder, colocamos em uma folha de papel dando-lhes a expressão escrita e a partir deste momento, incorporados a um papel, já não são simples fatores reais de poder, mas que se consolidaram em direito, em instituições jurídicas e quem atenta contra eles atenta contra a lei e é castigado. Senhores, vocês tampouco desconhecem, o procedimento que se segue para estender por escrito, estes fatores reais de poder, convertendo-lhes assim, em fatores jurídicos” (LASSALLE, 2015, p. 50-51).

código jurídico em sua essência, cuja unidade é verificada no plano de sua operação comunicativa, conforme o marco da teoria dos sistemas.

Para nos lembrar dessa necessária transfiguração da folha de papel para uma visão normativa, Hesse veio décadas depois a proferir outro importante discurso para o constitucionalismo por meio do ensaio intitulado “A força normativa da Constituição”. Primeiramente, constata-se a exigência de se identificar o princípio da necessidade, que segundo Hesse seria a necessária correlação entre a hipótese normativa e o mundo sobre o qual a Constituição incide em um contexto e tempo. Essa ordem de ideias possibilita, assim, o desenvolvimento e concretude à ordenação objetiva de natureza normológica sobre o substrato fático que a realiza como força vital, como normatividade (HESSE, 1991, p. 18). A força ativa apontaria para a importância de se concretizar a ordem constitucional, uma vez que a Constituição tem a função de impor tarefas sobre seu contexto de incidência. Assim, essa conversão da Constituição como força ativa é possibilitada pela presença no nível de consciência geral não somente a vontade de poder (*Wille zur Macht*), como também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)²⁷⁴ (*Ibidem*, p. 19).

Nesse nível de argumentação, Hesse coloca dois pressupostos gerais que permitiriam à Constituição desenvolver sua força normativa: em primeiro lugar uma correspondência mais próxima entre o conteúdo da Constituição e a natureza singular do presente, aquilo que ele denomina “Estado espiritual de seu tempo”; em segundo lugar, a prática constitucional, ou seja, a identificação de que os partícipes da vida constitucional devem ter vontade de Constituição (*Ibidem*, p. 20-23). Essa soma de fatores revelaria não somente a concretização

²⁷⁴ Nesse tom, Hesse disserta que “essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que nessa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento de nosso pensamento. Não abarcaríamos a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza. Essa natureza apresenta-se não apenas como problema decorrente dessas circunstâncias inelutáveis, mas também como problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo” (*Ibidem*, p. 19-20).

normativa, imperativa, vinculante da Constituição, como também a estabilidade, ou, em outras palavras, a confiança.

Esse raciocínio pode ser transposto para a seara do Direito Internacional Público. A descrença desse subsistema do Direito como vetor para a integração entre os Estados e a construção de uma sociedade internacional menos assimétrica em seus múltiplos aspectos perpassa pela utilidade, para alguns, de reforçar o código do poder em detrimento do código normativo. E é justamente no sentido de reforçar a vinculatividade dos tratados que se propõe aqui uma verdadeira virada, em que a vontade de poder esteja adstrita à vontade de Direito Internacional Público, à vontade de confiança, de *pacta sunt servanda*. Os tratados internacionais não são meros documentos escritos, folhas de papel. São acoplamentos estruturais que permitem a formação de pontes entre o Direito Internacional e a Política Internacional, e que devem ser tratados com deferência no âmbito interno de cada Estado.

Assim, não se pode considerar os tratados internacionais como mera folha de papel, como se referia, em outro contexto, Ferdinand Lassale sobre as Constituições. Da mesma forma como se observa o constitucionalismo, a normatividade do Direito Internacional se perfaz cada vez maior e mais intensa, assumindo ares de autonomia em um processo de lenta e gradual transfiguração do fenômeno jurídico. Essa transfiguração, por sua vez, é marca da unidade autopoietica do sistema, não havendo que se considerar a possibilidade de autopoiese parcial, como quer Teubner: não há como dizer que há um direito que é menos direito, não há como relegar à normatividade do Direito Internacional Público a mesma categoria das normas morais, religiosas ou de condutas sociais. Cindir o fenômeno operacional comunicativo do Direito em camadas é quebrar a lógica deontológica do fenômeno jurídico, de modo que esse tipo de posicionamento acaba por demarcar a preponderância da incoerência e da desconfiança.

O escopo do trabalho, então, foi observar essa ordem de fatores a partir da teoria dos sistemas desenvolvida com grande intensidade, no campo dos sistemas sociais, por Niklas Luhmann, e no campo da Teoria Geral por Ludwig von Bertalanffy. Os traços teóricos tiveram como norte comprovar que a operacionalidade do sistema do Direito somente é garantida na medida em que a formação de sentido no contexto comunicativo se dê com base na confiança, traduzida em comunicação sincera. Essa especificidade teórica foi levada para

o campo do Direito Internacional Público, a partir da ideia de que os tratados internacionais, mormente os comuns, desempenham papel imprescindível para a sedimentação da comunicação jurídica a partir de sua unidade operativa, vista na perspectiva do observador.

Assim, construiu-se um modelo, com base em inúmeras pesquisas de diversos autores, no sentido de trazer maior harmonização para a cadeia de fontes do sistema do Direito brasileiro. A epistemologia própria para avaliar essa necessidade foi levada a cabo pela legística, identificada como mecanismo teórico-pragmático que permeia a borda do sistema do Direito, a regular a formação da comunicação normativa e da autorreprodução do Direito, a resguardar a autopoiese.

A legística, então, aponta como o movimento teórico apto a ensejar o planejamento legislativo em larga escala do ponto de vista do sistema do Direito. Esse planejamento se pautou na identificação dos problemas sistêmicos e na proposição de soluções. Estabelecimento de cenário e avaliação de possibilidades. Nada mais adequado do que inserir esse ramo do conhecimento na perspectiva da teoria dos sistemas. Essa capacidade de planejamento da teoria do direito a partir da teoria dos sistemas foi precisamente elaborada por De Giorgi:

O sistema do direito, dizíamos, estabiliza-se produzindo latência e tornando-a suportável, generalizando as estruturas normativas de expectativas e vinculando-as a processos de decisão que mantêm alto seu grau de contingência, estabilizando a variabilidade da invariabilidade produzida, reduzindo a complexidade por atos de seleção e produzindo mecanismos de redução da complexidade autoproduzida no sistema. Mas a estabilização é um processo, seu desenvolvimento põe ao sistema um conjunto crescente de problemas. Elaborar soluções para estes problemas é tarefa da teoria do direito. A teoria do direito é o lugar no qual são produzidas e planejadas, controladas e geridas, soluções racionais para os problemas postos pelo sistema. A teoria do direito é a torre de controle do sistema produtor de latência. A latência é a condição funcional para a produção das seleções sobre as quais se constitui o sistema do direito e o controle racional da latência é condição de estabilização do próprio sistema. A teoria do direito elabora as regras de transformação dos problemas do sistema em problemas de decisão. Elaborar as abstrações necessárias para estabelecer os índices de indiferença e de instabilidade do sistema exposto ao risco contínuo que deriva da produção de latência. A teoria do direito é teoria racional da repressão. Sua condição de possibilidade é a existência de latência, de repressão, e de não saber sobre o mundo. A existência de dúvida e insegurança, de ilusões sobre a realidade, de um agir inconsciente, manipulado por interesses do sistema, de um agir ao qual é subtraída a dimensão oculta da realidade da repressão isolada no universo do possível. A finalidade da teoria do direito é produzir repressão em quantidade

sempre crescente, produzir seleções de sentido funcionais para o sistema, fornecendo ao sistema mecanismos de autorregulação e de guia, ou seja, mecanismos de absorção do não sentido acumulado na ação funcional à estabilização do próprio sistema, produzir abstração e indiferença capazes de valorizar o capital de repressão acumulado, e de torna-lo capaz de reagir imediatamente contra o risco de que o reprimido emerja à consciência (DE GIORGI, 2017, p. 262).

A partir da ideia de que a teoria do direito permite constatar os problemas do sistema e, em seguida, propicia a tomada de decisão, a legística se acopla ao sistema do Direito como epistemologia que estabelece os mecanismos necessários para o reforço da autopoiese e para o contínuo avanço da evolução do sistema. Nesse quadro, apresentou-se a ideia de que os tratados internacionais comuns devem ser integrados ao sistema do Direito brasileiro como normas de hierarquia supralegal. Ao erigir esse tipo de conceituação, partiu-se para um novo patamar de referência para a autorreprodução do sistema, o que propicia a sugestão de criação de um novo modelo de controle concentrado, o chamado Controle Paramétrico de Supralegalidade, a ser desenvolvido por meio da Ação Direta de Parametricidade Supralegal (ADPS).

Por fim, retoma-se as palavras de Padre Antônio Vieira a partir de uma breve analogia: se semeamos arbitrariedade, colheremos arbitrariedade. Se semeamos o terror, colheremos o terror. Se semeamos a desconfiança, colheremos a desconfiança. Se semeamos a vontade de Direito Internacional, teremos Direito Internacional. Se semeamos ideias no lugar em que o conhecimento é produzido, estaremos aptos a colher bons frutos, frutos que trazem esperança em dias melhores, de menores relativizações, de menores aviltamentos da existência humana e da beligerância entre uma unidade que tudo liga: o homem.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. Prefácio à 3ª Edição Histórica: Paulo Borba Casella Vol. I. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. Vol. II. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ALEIXO, Letícia Soares Peixoto. **Efetividade dos Direitos Humanos e a necessária elaboração legislativa em matéria de implementação da sentenças interamericanas no Brasil**. 2017. 210 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

ALMEIDA-DINIZ, Arthur J. **Novos paradigmas em direito internacional público**. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris, 1995.

ARIOSI, Mariângela. **Conflitos entre Tratados Internacionais e Leis Internas: O judiciário Brasileiro e a Nova Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. – 12ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **O outro Leviatã e a Corrida ao Fundo do Poço**. São Paulo: Almedina, 2015.

BAUMAN, Zygmunt . **A cultura no mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. Tradução de: Carlos Alberto Medeiros.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. Tradução de: Plínio Dentzien.

BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria Geral dos Sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações**. 8. ed. Petrópolis, Rj: Vozes, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Tradução de: Denise Agostinetti.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CANÇADO TRINDADE, Otávio A. D.. **O mercosul no direito brasileiro**. Belo Horizonte: del Rey, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-philippe. **Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CARVALHO, Castelar de. **Para compreender Saussure: fundamentos e visão crítica**. 20. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

CASELLA, Paulo Borba. **BRIC: Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul: uma perspectiva de cooperação**. São Paulo: Atlas, 2011.

CASTRIOTA, Leonardo Barci. **Patrimônio cultural: conceitos, políticas, instrumentos**. São Paulo: Annablume, 2009.

CERVO, Amado Luiz. **Inserção Internacional: formação dos conceitos brasileiros**. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA GONTIJO, Pedro Augusto. **Os tratados internacionais comuns no ordenamento jurídico brasileiro: a necessária superação do paradigma da não-interposição e a inserção internacional do país**. Monografia de final de curso apresentada ao Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2016. Disponível em: <
<https://dspaceprod02.grude.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/RDUFMG/1459/MONOGRAFIA%20-%20PEDRO%20AUGUSTO%20COSTA%20GONTIJO.pdf?sequence=1>>.
Acesso em 03 de set. 2018.

COSTA GONTIJO, Pedro Augusto; BERNARDES, Flávio Couto. *Os direitos políticos na órbita dos direitos fundamentais: perspectivas para a efetividade do pacto de direito civis e políticos sob a Constituição de 1988* In BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira; PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim (Org.). **Os 30 anos da Constituição de 1988: entre avanços e retrocessos**. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Pedro B. A.. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DE GIORGI, Raffaele . **Ciência do direito e legitimação**: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann. Curitiba: Juruá, 2017. Tradução de: Pedro Jimenez Cortisano.

DELLEY, Jean-Daniel. **Pensar a lei, introdução a um procedimento metódico**. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 101-143, jan./jun. 2004.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2009.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência**: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar. São Paulo: Noeses, 2009.

DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. Tradução de Vitor Marques Coelho; Revisão de M.^a Irene Gouveia, Filipe Delfim Santos. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

DUPUY, Pierre-Marie. **Droit international public**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1995.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Textos clássicos na vida das constituições**. São Paulo: Saraiva, 2016.

HART, H. L. A.. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de: Marcelo Brandão Cipolla.

HESPANHA, Antonio Manuel. **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20^a edição alemã) de Dr. Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris, 1991. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KAITEL, Cristiane Silva. **A efetividade e a elaboração legislativa do direito à alimentação**: política pública, educação e gestão participativa. 2016. 251 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (Org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fun, 2002.

KELLY, J. M.. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução Marylene Pinto Michael; revisão técnica e tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. – 8.^a ed. – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KRUGMAN, Paul. **A crise de 2008 e a economia da depressão**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de: Afonso Celso da Cunha Serra.

LARENZ, Karl . **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de: José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** São Paulo: Pillares, 2015.

LUHMANN, Niklas . **Teoria dos sistemas na prática**. Tradução de: Patrícia da Silva Santos. Petrópolis, Rj: Vozes, 2018.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Introducción de Dário Rodríguez. Santiago de Chile: Instituto de Sociologia. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Teoria dos sistemas na prática**: Vol.1 - Estrutura social e semântica. Editado por Leopoldo Waizbort; tradução de Patrícia da Silva Santos. Petrópolis: Vozes, 2018.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Petrópolis, Rj: Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. Tradução de: Saulo Krieger.

LUHMANN, Niklas. **Procedimenti giuridici e legittimazione sociale**. Milão: Giuffrè, 1995.

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

LUHMANN, Niklass. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de: Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016a.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAGNOLI, Demetrio. **Relações Internacionais: teoria e história**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MANDELKERN, Grupo. Relatório Mandelkern sobre a Melhoria da Qualidade Legislativa. **Conselho Europeu de Lisboa**, março de 2000. Disponível em: <<http://www.csl.gov.pt/docs/groupfinal.pdf>>. Acesso em 21 jul. 2018.

MATTOS, Adherbal Meira. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Tomo II**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NEVES, Marcelo . **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir de Luhmann e Habermas**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2009.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução Elza Maria Gasparotto; revisão da tradução Denise Matos Marino. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

NOLL, Peter. **Gesetzgebungslehre**. Munique: Rowohlt, 1973.

OLIVEIRA, Henrique Altemani de; LESSA, Antônio Carlos (Org.). **Política Contemporânea: mundo em transformação**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Introdução ao Direito Civil; Teoria Geral de Direito Civil**. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e Justiça Internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

POPPER, Karl Raimund, Sir. **Textos escolhidos** ; organização e tradução David Miller ; tradução Vera Ribeiro. – Rio de Janeiro : Contraopondo : Ed. PUC-Rio, 2010.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2016. Tradução de: Marlene Holzhausen.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2010. Tradução de: Vera Barkow.

RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais. **Revista Da Faculdade De Direito da Universidade De São Paulo**, n. 62(2), 1966, p. 81-134. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v62i2p81-134>>.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Rodrigo Araújo; ALMEIDA, Tiago Flecha de; FERES, Marcelo Andrade; ALBERGARIA NETO, Jason Soares de; ANDRADE, Alberto Guimarães; LEVATE, Luiz Gustavo (Org.). **Advocacia pública em juízo**. Belo Horizonte: D'plácido, 2018.

SANTOS, Letícia Camilo. **Análise da decisão judicial no quadro da legisprudência: o diálogo das fontes do direito**. 2011. 173p. Dissertação

(Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 20. ed. Rio de Janeiro: Record, 2011.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 28. ed. São Paulo: Cultix, 2012. Tradução de: Antônio Chelini, José Paulo Paes, Izidoro Blikstein.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito Internacional Público**. 4. ed. Belo Horizonte: del Rey, 2010.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Produção do direito e conhecimento da lei a luz da participação popular e sob o impacto da tecnologia da informação - 2002**. Direito Teses.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Simplificação e elaboração da legislação tributária infralegal: notas sobre o acesso ao direito vigente e a gestão da elaboração legislativa pelo executivo**. In Caderno de finanças públicas : Escola de Administração Fazendária. – n. 12 (dez. 2012). Brasília : Esaf, 2000.

SOARES, Fabiana de Menezes. **O papel da Legística nos processos de integração: o caso Canadá/Brasil em sede de planejamento legislativo**. In Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Nº 46, 2005.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SOUZA, Amaury de. **A Agenda Internacional do Brasil: a política externa de FHC a Lula**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico**. Porto: Imprensa Portuguesa, 1993.

VADELL, Javier A.; CAMPOS, Taiane Las Casas. **Os novos rumos do regionalismo e as alternativas políticas na América do Sul**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011.

VIEIRA, Antonio. **Sermões Escolhidos**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

WINTGENS, Luc I. (Ed.). **Legislation in context: essays in legisprudence**. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 2007.

LEGISLAÇÕES PESQUISADAS

ALEMANHA. **Constituição da República Federal da Alemanha de 23 de maio de 1949**.

BRASIL. **Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945.** Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas.

BRASIL. **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.** Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66.

BRASIL. **Decreto nº 7.304 de 22 de setembro de 2010.** Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério das Relações Exteriores, e dá outras providências.

FRANÇA. **Constituição da República Francesa de 04 de outubro de 1958.**
<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#titre_6>

ESPANHA. **Constituição da Espanha de 29 de dezembro de 1978.**
<<http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#t3c3>>

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 02 de abril de 1976.
<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

SUIÇA. **Constituição Federal de 12 de setembro de 1848.**
<http://www.parlament.ch/f/wissen/li-bundesverfassung/Pages/default.aspx>

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 92.566/SP.** Relator: Marco Aurélio de Melo.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Resp n. 58.736/MG.** Relator: Ministro Eduardo Ribeiro

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Resp. n. 74.376/RJ.** Relator: Ministro Eduardo Ribeiro

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXT n. 662. Relator: Ministro Celso de Mello

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE n. 80.004, Relator Ministro Xavier de Albuquerque