

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS**  
**UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**NÍVEL DOUTORADO**

**FERNANDO TONET**

**ENTRE CILA E CARÍBDIS:**  
**O ÁRDUO CAMINHO DO CONSTITUCIONALISMO SISTÊMICO**

**SÃO LEOPOLDO**

**2018**

Fernando Tonet

Entre Cila e Caribdis:

O árduo caminho do constitucionalismo sistêmico

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Orientador: Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto

Coorientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

São Leopoldo

2018

T663e Tonet, Fernando

Entre Cila e Caríbdis: o árduo caminho do constitucionalismo sistêmico / Fernando Tonet -- 2018.

249 f. ; 30cm.

Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018.

Orientador: Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto. Coorientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

1. Direito constitucional. II. Interconstitucionalidade. III. Policontextualidade. IV. Teoria Geral - Constitucionalismo Sistêmico. V. Transconstitucionalismo. I. Título. II. Barretto, Vicente de Paulo. II. Rocha, Leonel Severo.

CDU 342

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL DOUTORADO

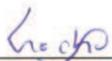
A tese intitulada: “ENTRE CILA E CARÍBDIS: O ÁRDUO CAMINHO DO CONSTITUCIONALISMO SISTÊMICO”, elaborada pelo doutorando **Fernando Tonet Silva**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

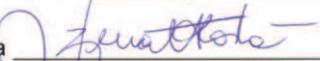
São Leopoldo, 17 de outubro de 2018.

  
Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**,  
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Vicente de Paulo Barretto  \_\_\_\_\_

Coorientador: Dr. Leonel Severo Rocha  \_\_\_\_\_

Membro: Dr. Renata Almeida da Costa  \_\_\_\_\_

Membro: Dr. Fernando Rister de Sousa Lima Participação por Webconferência \_\_\_\_\_

Membro: Dr. Rolando José Dario Rodriguez Mansilla Participação por Webconferência \_\_\_\_\_

Para Gabriela.

## AGRADECIMENTOS

Não seria possível agradecer a todas as pessoas que contribuíram direta ou indiretamente em meu desenvolvimento no doutorado. Foram muitas conversas, indicações de livros, viagens, mãos amigas que foram oferecidas durante toda a caminhada acadêmica. Esta é uma tese de muitos.

Primeiramente agradeço a minha família, a minha mãe, Rita, a minha avó, Maria, a meu irmão, Rafael, a meu sobrinho, Martín, a minha segunda mãe, Tetê, a minha esposa, Gabriela, e a seus pais, Júlio e Mirian, que me aceitaram como filho e foram fundamentais para a conclusão do doutorado.

Aos meus professores da graduação da UPF, em especial José Osmar Teixeira (*in memoriam*), Romeu Gehlen e Edmar Viane Marques Daudt. Ao meu orientador, Germano Schwartz, que me incentivou a pesquisar, fazendo centenas de fichamentos nos porões do prédio antigo da Faculdade de Direito da UPF, local em que iniciamos nosso grupo de pesquisa Direito e Literatura.

Aos professores do PPG-URI, local onde fiz meu mestrado, mas principalmente fiz grandes amigos, em especial, Adalberto Narciso Hommerding, Albano Marcos Bastos Pepe, Gilmar Antonio Bedin e José Francisco Dias da Costa Lyra. Ao meu orientador, Leonel Severo Rocha, por orientar com brilhantismo minha dissertação, (re)configurando o constitucionalismo sistêmico.

O apoio da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito – ABraSD. Aos professores José Joaquim Gomes Canotilho, Vital Moreira e Jónatas Eduardo M. Machado, bem como aos membros do *Ius Gentium Conimbrigae* – IGC, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que contribuíram diretamente nas pesquisas interconstitucionais. Ao professor Marcelo Neves e sua família, que me receberam algumas vezes na UnB, com tamanho desprendimento de tempo, atenção e afeto, na contribuição para meu melhoramento acadêmico.

Aos professores que me receberam no *sanduíche* do doutoramento, na cidade de Santiago do Chile, Darío Rodríguez Mansilla e Aldo Mascareño. Em nosso breve tempo juntos, pude afirmar alguns pensamentos e corrigir outros.

Em um mundo de adversidades, pude encontrar fiéis amigos que, embora tenham posicionamentos diferentes em suas pesquisas, sempre buscaram me compreender e ajudar nas minhas, incentivando inclusive a entrar no programa de doutoramento. Assim, como não poderia ser diferente, minha primeira homenagem vai a Cláudio Rogério de Sousa Lira, um verdadeiro

irmão, que lutou pela minha entrada no programa de pós-graduação, enviando textos, editais em

um contínuo incentivo. Aos colegas de doutoramento, Giancarlo Montagner Copelli, Gabrielle Kölling, Clarissa Tassinari, Maria Eduarda Vier Klein, Júlio César Maggio Stürmer, João Luiz Rocha Nascimento, Luis Rosenfield e Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino. Todos me ofereceram amizade e apoio incondicional.

Aos meus professores do doutorado, Lenio Luiz Streck e Jose Luis Bolzan de Moraes, em especial, ao meu orientador (Vicente de Paulo Barretto) e coorientador (Leonel Severo Rocha), por aceitarem este novo projeto e minhas propostas sistêmicas.

Aos meus alunos, hoje colegas, componentes do Grupo de Pesquisa, que estiveram e estão comigo em todos os momentos – *Evolução dos modelos constitucionais sistêmicos autopoieticos na contemporaneidade* –, uma vez que nossas horas de estudo nos fizeram ver coisas que não víamos, não porque não existiam, mas porque não eram observadas. Agradeço em especial a Talvanni Machado Ribeiro, Wagner Teixeira e a Matheus Figueiredo Nunes de Souza, que leu e revisou toda a tese.

Toda responsabilidade por eventuais imperfeições, entretanto, é exclusiva do autor, uma vez que são salgadas as lágrimas de um pesquisador ao compreender suas próprias limitações. Todavia, desejo que sejam compartilhadas por estes dedicados colaboradores as graças obtidas nesta obra.

La semántica del amor exige un tránsito por los senderos de la galantería.

Niklas Luhmann

A aprovação da presente tese não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do Programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

## RESUMO

A presente tese tem como objetivo apresentar à comunidade científica uma teoria geral do constitucionalismo sistêmico, partindo da análise dos novos modelos constitucionais desenvolvidos ao longo do incessante processo de globalização, que surge por meio do entrelaçamento comunicativo entre policontextualidade, transconstitucionalismo e interconstitucionalidade, como uma observação e contribuição relevante às novas conotações das saliências existentes na dobradura do reflexo gerado pelas múltiplas culturas históricas de constitucionalidade, sob uma unidade sistêmica especializada. Existe uma delimitação estrutural e funcional que é exercida dentro desta unidade sistêmica específica (constitucionalismo sistêmico), que possui, também, uma semântica autopoietica de sentido. Tais aspectos são apresentados ao longo da presente pesquisa, desenvolvendo um aumento da capacidade de observação sistêmica, no sentido de que centro/periferia são (re)definidos operativamente, em um ultraciclo de comunicação. O método utilizado é o sistêmico autopoietico em um viés heterodoxo crítico, possibilitando, assim, uma nova configuração contemporânea de conceitos sistêmicos. Os resultados demonstram que as três formas constitucionais sistêmicas existem e são reflexivas em sua autopoiese. Porém, sem os aspectos conectivos do constitucionalismo sistêmico, são insuficientes para atender às expectativas normativas sociais isoladamente, necessitando de uma teoria geral para interconexão de seus objetivos e o aumento de sua capacidade de complexificação.

**Palavras-chave:** Interconstitucionalidade. Observação. Policontextualidade. Teoria geral do constitucionalismo sistêmico. Transconstitucionalismo.

## ABSTRACT

The present thesis aims to present to the scientific community a general theory of systemic constitutionalism, starting from the analysis of the new constitutional models developed throughout the incessant process of globalization, which arises through the communicative interweaving between polycontextuality, transconstitutionalism and interconstitutionality, as an observation and relevant contribution to the new connotations of existing projections in the folding of the reflex generated by the multiple historical cultures of constitutionality under a specialized systemic unit. There is a structural and functional delimitation that is exercised within this specific systemic unit (systemic constitutionalism), which also has an autopoietic semantics of meaning. These aspects are presented throughout the present research, developing an increase in the capacity of systemic observation, in the sense in which center / periphery are (re) defined operatively, in an ultracycle of communication. The method used is the systemic autopoietic in a critical heterodox bias, thus enabling a new contemporary configuration of systemic concepts. The results demonstrate that the three systemic constitutional forms exist and are reflexive in their autopoiesis. Without the connective aspects of systemic constitutionalism they are insufficient to meet social normative expectations alone, necessitating a general theory for the interconnection of their objectives and the increase of its capacity for complexity.

**Keywords:** General theory of systemic constitutionalism. Observation. Transconstitutionalism. Polycontextuality. Interconstitutionality.

## RESUMEN

La presente tesis tiene como objetivo presentar a la comunidad científica una teoría general del constitucionalismo sistémico, partiendo del análisis de los nuevos modelos constitucionales desarrollados a lo largo del incesante proceso de globalización, que surge por medio del entrelazamiento comunicativo entre policontextualidad, transconstitucionalismo e interconstitucionalidad, como una observación y contribución relevante a las nuevas connotaciones de los salientes existentes en la plegada del reflejo generado por las múltiples culturas históricas de constitucionalidad, bajo una unidad sistémica especializada. Hay una delimitación estructural y funcional que se ejerce dentro de esta unidad sistémica específica (constitucionalismo sistémico), que posee, también, una semántica autopoietica de sentido. Estos aspectos se presentan a lo largo de la presente investigación, desarrollando un aumento de la capacidad de observación sistémica, en el sentido de que centro / periferia se definen operalmente en un ultraciclo de comunicación. El método utilizado es el sistémico autopoietico en un sesgo heterodoxo crítico, posibilitando así una nueva configuración contemporánea de conceptos sistémicos. Los resultados demuestran que las tres formas constitucionales sistémicas existen y son reflexivas en su autopoiesis. Sin embargo, sin los aspectos conectivos del constitucionalismo sistémico, son insuficientes para atender a las expectativas normativas sociales aisladamente, necesitando una teoría general para la interconexión de sus objetivos y el aumento de su capacidad de complejidad.

**Palabras-clave:** Interconstitucionalidad. Observación. Policontextualidad. Teoría General del Constitucionalismo Sistémico. Transconstitucionalismo.

## LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia Geral da União
APEC	Cooperação Econômica da Ásia e do Pacífico
ASEAN	Associação das Nações do Sudeste Asiático
BIRD	Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento
BM	Banco Mundial
BVERFG	Tribunal Constitucional Federal Alemão
CADH	Convenção Americana sobre Direitos do Homem
CEDH	Convenção Europeia de Direitos do Homem
CF	Constituição Federal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DECEX	Departamento de Comércio Exterior
DIP	Direito Internacional Público
EUA	Estados Unidos da América
FIFA	Fédération Internationale de Football Association
FMI	Fundo Monetário Internacional
GATT	Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio
LICRA	Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisémitisme
NAFTA	Área Norte América de Comércio Livre
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OCDE	Organização para a Cooperação Econômica e para o Desenvolvimento
OEA	Organização dos Estados Americanos
OI	Organizações Internacionais
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
OSC	Órgão de Solução de Controvérsia
PIB	Produto Interno Bruto
PT	Partido dos Trabalhadores
RFEC	Real Federação Espanhola de Ciclismo
SECEX	Secretaria de Comércio Exterior
STF	Supremo Tribunal Federal

STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAS	Tribunal Arbitral do Esporte
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos do Homem
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TIJ	Tribunal Internacional de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPR	Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul
TUE	Tratado da União Europeia
UCI	União Ciclista Internacional
UE	União Europeia

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>16</b>
<b>2 ENTRE CILA E CARÍBDIS: O ÁRDUO CAMINHO DO CONSTITUCIONALISMO SISTÊMICO .....</b>	<b>23</b>
<b>3 CONTRIBUTOS PARA UMA TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO SISTÊMICO .....</b>	<b>36</b>
<b>3.1 Constitucionalismo Sistêmico como Sistema Autopoiético .....</b>	<b>38</b>
3.1.1 Sentido do Constitucionalismo Sistêmico .....	44
3.1.2 Função do Constitucionalismo Sistêmico .....	47
3.1.3 Codificação e Programação do Constitucionalismo Sistêmico .....	51
<b>3.2 Comunicação no Sistema Autopoiético.....</b>	<b>56</b>
3.2.1 Meios de Comunicação .....	57
3.2.2 Comunicação no Constitucionalismo Sistêmico .....	59
<b>3.3 Evolução do Constitucionalismo Sistêmico .....</b>	<b>62</b>
<b>3.4 O Sentido Autopoiético .....</b>	<b>67</b>
3.4.1 Autopoiese em Humberto Maturana.....	68
3.4.2 Autopoiese em Niklas Luhmann .....	70
2.4.2.1 <i>Autodescrição do Sistema do Direito em Luhmann</i> .....	73
3.4.3 Autopoiese em Gunther Teubner.....	76
2.4.4 <i>Autopoiese em Jean Clam</i> .....	79
3.4.5 Autopoiese Estaminal .....	80
3.4.6 Autodescrição do Constitucionalismo Sistêmico .....	83
<b>4 A POLICONTEXTURALIDADE NO CONSTITUCIONALISMO SISTÊMICO .....</b>	<b>87</b>
<b>4.1 Da Comunicação Policontextural.....</b>	<b>91</b>
4.1.1 Da Comunicação Policontextural no Constitucionalismo Sistêmico .....	95
<b>4.2 Da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais .....</b>	<b>100</b>
4.2.1 Da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais Policontexturais .....	104
<b>4.3 Das Colisões e Conexões do Constitucionalismo Policontextural .....</b>	<b>113</b>
<b>4.4 Constitucionalismo Policontextural em Rede .....</b>	<b>117</b>
<b>5 O TRANSCONSTITUCIONALISMO NO CONSTITUCIONALISMO SISTÊMICO .....</b>	<b>123</b>
<b>5.1 Os Múltiplos Níveis de Comunicação Transconstitucional .....</b>	<b>127</b>

<b>5.1.1 Transconstitucionalismo entre Normas de Direito Internacional Público e de Direito Estatal</b> .....	129
5.1.2 Transconstitucionalismo entre Normas de Direito Internacional Privado e de Direito Estatal .....	134
5.1.3 Transconstitucionalismo entre Normas de Direito Supranacional e de Direito Estatal	136
5.1.4 Transconstitucionalismo entre Ordens Estatais .....	140
5.1.5 Transconstitucionalismo entre Ordens Estatais e Transnacionais .....	146
5.1.6 Transconstitucionalismo entre Ordens Estatais e Locais Extraestatais .....	149
5.1.7 Transconstitucionalismo entre Normas Jurídicas Constitucionais de Múltiplos Níveis	152
5.1.8 Transconstitucionalismo na Dupla Contingência entre <i>Ego</i> e <i>Alter</i> .....	157
<b>6 A INTERCONSTITUCIONALIDADE NO CONSTITUCIONALISMO SISTÊMICO</b> .....	<b>160</b>
<b>6.1 A Interconstitucionalidade e sua Resposta Reflexiva</b> .....	<b>162</b>
6.1.1 A Interconstitucionalidade e sua Resposta a Canotilho .....	166
<b>6.2 A Interconstitucionalidade e sua Interculturalidade</b> .....	<b>169</b>
<b>6.3 A Centralização Normativa Interconstitucional</b> .....	<b>174</b>
6.3.1 A Reflexividade Normativa Interconstitucional .....	180
<b>6.4 Interconstitucionalidade no Constitucionalismo Sistêmico</b> .....	<b>186</b>
<b>7 TEORIA GERAL DO CONSTITUCIONALISMO SISTÊMICO</b> .....	<b>189</b>
<b>7.1 Centro e Periferia em Paralaxe</b> .....	<b>196</b>
<b>7.2 A (Im)provável Comunicação no Constitucionalismo Sistêmico</b> .....	<b>205</b>
7.2.1 A (Im)probabilidade de Processamento de Sentido Semântico na Comunicação Constitucional Sistêmica .....	209
<b>8 CONCLUSÃO</b> .....	<b>217</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>224</b>
<b>GLOSSÁRIO</b> .....	<b>241</b>
<b>ANEXO A - PIRÂMIDE KELSENIANA</b> .....	<b>247</b>
<b>ANEXO B - DRAWING HANDS</b> .....	<b>248</b>
<b>ANEXO C - LA AUTOPOIESIS</b> .....	<b>249</b>
<b>ANEXO D - GRAUS DA AUTONOMIA JURÍDICA</b> .....	<b>250</b>
<b>ANEXO E - SISTEMA</b> .....	<b>251</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Es una conversación generalmente acepta no prestar demasiada atención a los problemas relativos a las definiciones, puesto que su única función es la delimitación, no la descripción adecuada de los objetos (para no hablar de su explicación). Cuando el objeto del que se trata no ha sido ni siquiera determinado con claridad, no es posible iniciar una investigación sobre él.

Niklas Luhmann<sup>1</sup>

O tema do constitucionalismo sistêmico ganhou grande relevo na última década, quando Gunther Teubner desenvolveu suas teses policontexturais, José Joaquim Gomes Canotilho, sua interconstitucionalidade e Marcelo Neves, seu transconstitucionalismo. Alguns pesquisadores rechaçaram as novas propostas, outros utilizaram em parte, porém, em uma aplicação científica delimitada, em que os próprios autores ultrapassaram os limites do constitucionalismo de sua própria criação.

Uma teoria geral do constitucionalismo sistêmico exige altas doses de ambição quixotesca, no sentido de que altera definitivamente o modelo sistêmico constitucional, seus limites, sentidos semânticos, formas de observar, relação comunicativa em hiperciclo ou em ultraciclo, na busca de uma recombinação das múltiplas culturas constitucionais em uma unidade constitucional apta a decidir constitucionalmente face às expectativas sociais.

Apenas com o método de abordagem sistêmico autopoiético o fenômeno do constitucionalismo sistêmico pode ser observado. Essa forma intrínseca de observação constitui a essência do pensamento constitucional contemporâneo, no sentido em que trabalha a alta complexidade de forma reflexiva, em que o constitucionalismo sistêmico é tratado com seriedade e cientificidade, principalmente no que concerne aos seus limites e possibilidades de atuação.

Novas produções normativas constitucionais são observadas nos múltiplos contextos sociais. Os métodos clássicos não são capazes de oferecer respostas coerentes aos problemas sociais que ultrapassam fronteiras, além das clássicas já fracassadas, como reformas constitucionais, reformas do sentido dirigente, reformas na abertura ou fechamento constitucional, bem como as adjetivações estatais (Estado sobrecarregado, Estado dispensador de serviços, Estado ativo, Estado econômico, Estado desobediente, Estado aberto, Estado garantidor, Estado desfronteirizado, Estado internacional, Estado cosmopolítico, Estado cooperativo, Estado ecológico, Estado de Direito, Estado democrático, Estado autoritário,

---

<sup>1</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1992. p. 50.

Estado social, Estado liberal, Estado intervencionista, Estado unitário, Estado federal, Estado republicano, Estado-nação).

Os problemas constitucionais envolvendo direitos fundamentais e direitos humanos ultrapassam todas as formas ilusórias de fronteira, não se subjugando mais a rótulos estatais, internacionais ou privados. As fronteiras acabaram ignorando os contextos em que o constitucionalismo foi produzido, o que levou a um déficit de reflexividade constitucional. Dessa forma, a fronteira foi a maior produtora de suas próprias fronteiras, cerceando suas observações sobre a realidade social.

O constitucionalismo sistêmico possibilitou de forma privilegiada novas observações sobre as ocorrências sociais e suas necessidades normativas constitucionais, permitindo que o ponto cego seja o grande possibilitador dos paradoxos sistêmicos, sendo ele o grande propulsor da observação sistêmica.

Teubner, Neves e Canotilho desenvolvem seus métodos com fronteiras próprias, impossibilitando a comunicação com outras formas constitucionais sistêmicas, mas suas teorias os ultrapassam e se unificam no constitucionalismo sistêmico, em que centro e periferia são opostos em sua unidade, interligando-se comunicativamente como um só, gerando novas informações e decisões ao sistema, possibilitando a continuidade evolutiva sistêmica.

Todas essas questões passam pela premissa básica: os modelos teóricos pesquisados até o momento não possibilitaram a união sistêmica do constitucionalismo. Ao contrário, afastaram e prejudicaram sua integração, gerando severos prejuízos nas expectativas normativas constitucionais sociais, uma vez que o *ego* foi incapaz de se comunicar com o *alter*, ou, quando buscou a comunicação, foi de forma hierárquica verticalizada, com imposição e não diálogo.

A presente tese não busca uma nova Constituição, novos adjetivos constitucionais ou uma teoria apta a novas Constituições estatais ou internacionais, mas pretende se afastar dessas tendências que, no geral, dizem mais do mesmo, apenas alterando ou combinando o pensamento de um autor com outro. O problema enfrentado vai muito além. Trabalha formas de constitucionalismo sistêmico, com produção normativa fronteira e centralizada, sem hierarquia, em que o controle de aplicabilidade ocorre pela semântica temporal utilizada em cada decisão, possibilitando que o constitucionalismo se curve ao tempo social e as suas expectativas normativas.

Os problemas de eficácia dos direitos fundamentais e dos direitos humanos não são resolvidos em uma transposição de normas do centro para periferia ou vice-versa. São vistos

sob múltiplos pontos de observação. Estes correspondem à memória constitucional desenvolvida em uma multiplicidade de culturas, unificadas em um sistema complexo de operação normativa constitucional.

A teoria geral do constitucionalismo sistêmico ultrapassa toda forma de constitucionalismo estatal, constitucionalismo internacional, constitucionalismo transnacional, constitucionalismo supranacional, constitucionalismo regional ou até mesmo local. Sua conceitualização está ligada a problemas jurídico-constitucionais relativos a direitos humanos e fundamentais, os quais muitas vezes são ignorados por uma insuficiência de observação e pela incapacidade sistêmica de reflexividade dos clássicos modelos constitucionais, desenvolvidos em bases estatais.

A violação dos direitos humanos e fundamentais tem caráter transfronteiriço, exigindo uma teoria multicêntrica que possa comunicar constitucionalmente independentemente do seu local de produção normativa, comunicando e se interconectando com outras formas de comunicação sistêmica em um processo operativo limitado apenas por códigos próprios semânticos.

A presente tese é construída em seis capítulos. O primeiro corresponde aos pensamentos de Teubner, Neves e Canotilho, versando sobre suas propostas teóricas sistêmicas constitucionais. Os capítulos subsequentes detalham, com base em seus marcos teóricos sistêmicos autopoieticos, a teoria geral do constitucionalismo sistêmico: limites, códigos, sentido, função, programação, evolução, autopoiese e a nova possibilidade de observação sistêmica constitucional.

O *primeiro* capítulo inicia com uma exposição dos altos custos do constitucionalismo sistêmico, no sentido de que, no vasto oceano de constitucionalidade, grandes perdas são esperadas. Utilizando-se da metáfora de Cila e Caríbdis, o constitucionalismo sistêmico só pode navegar entre elas se bem preparado e municiado comunicativamente em um ultraciclo, no qual as informações de ataques, seja aos direitos humanos ou aos direitos fundamentais, surtam efeito imediato em sua operatividade, possibilitando decisões simultâneas e coerentes com a semântica operativa do sistema, atendendo a cada temporalidade exigida em suas informações.

Ainda, no primeiro capítulo, serão abordados os modelos constitucionais eleitos pela teoria geral do constitucionalismo sistêmico sob a perspectiva direta de seus autores. Neste sentido, Teubner desenvolve a policontexturalidade, como uma proposta de normatização constitucional descentralizada, independente do Estado ou das organizações internacionais, contribuindo na compreensão das relações recíprocas entre Direito e sistemas sociais parciais

na sociedade contemporânea, ao passo que Neves propõe com seu transconstitucionalismo uma tendência de aproximação simétrica de objetivos mútuos de diálogos constitucionais, em um jogo dinâmico de entrelaçamento normativo, independentemente do local de produção normativo constitucional. Por fim, Canotilho cria uma visão centralizada de produção normativa constitucional, com o auxílio da interconstitucionalidade, na forma de abóbas concêntricas, geometricamente alinhadas entre normas constitucionais estatais, normas comunitárias, normas econômicas e normas regionais, interligadas reflexivamente pelos mesmos objetivos constitucionais.

O primeiro capítulo é desenvolvido com o posicionamento direto de cada autor, sem interferência das propostas do constitucionalismo sistêmico, como uma forma prévia de pré-entendimento dos diálogos propostos originalmente pela policontextualidade, pelo transconstitucionalismo e pela interconstitucionalidade.

No *segundo* capítulo é estruturada a teoria geral do constitucionalismo sistêmico, com um esboço de todos os elementos que compõem a unidade sistêmica especializada, como sentido, função, codificação, programação, comunicação, formas de comunicação, evolução, autopoiese e novas formas de autopoiese. Em alguns momentos serão utilizados os pressupostos luhmannianos; em outros, haverá distanciamento, uma vez que existem limitações às propostas constitucionais que serão apresentadas. Importante ressaltar que toda a tese é fundamentada na teoria sistêmica autopoietica. Todavia, muitas vezes, se apresenta de forma heterodoxa aos pressupostos luhmannianos e de seus seguidores.

Cada componente sistêmico é trabalhado e detalhado sob olhares do constitucionalismo sistêmico, em uma interconexão constante entre policontextualidade, transconstitucionalismo e interconstitucionalidade. O constitucionalismo sistêmico só é possível se visto cientificamente, possuidor de um objeto próprio, estabelecendo-se a delimitação de seus limites operativos, uma vez que, se interligado sem limites, aumentará ainda mais a crise do constitucionalismo moderno.

A autopoiese luhmanniana não estabelece limites determinados aos sistemas especializados, porque são limites de sentido e, por isso, podem ser observados de maneiras diversas. Já no constitucionalismo sistêmico, com a autopoiese estaminal, existe a possibilidade de inauguração de novos limites semânticos de codificação, refletindo num aumento de autorreferência e heteroreferência.

Dessa forma, a produção normativa poderia advir de locais descentralizados, policêntricos, que teriam a mesma comunicação jurídica do sistema constitucional especializado, uma vez que sua observação estaria ligada a uma questão temporal, da qual

normas descentralizadas e centralizadas estariam interconectadas, possibilitando sua autodescrição.

No *segundo* capítulo, é detalhada toda a estrutura do constitucionalismo sistêmico, sua organização operativa e cognitiva, sendo possível a compreensão das informações contidas nos capítulos subsequentes.

No *terceiro* capítulo, é abordada a policontexturalidade na perspectiva do constitucionalismo sistêmico, como uma emancipação do constitucionalismo centralizado, ligado ao Estado nacional, deslocando o centro de gravidade em uma descentralização normativa constitucional, uma vez as novas produções normativas constitucionais serão observadas nas fronteiras do constitucionalismo sistêmico, podendo ser de grande contribuição na formação do sistema especializado, uma vez que sua temporalização é completamente diferente de todos os componentes teóricos eleitos no trabalho.

Por ter a temporalização mais próxima às ocorrências sociais, porque está na fronteira do constitucionalismo, em uma questão de pura paralaxe observativa, sua delimitação de sentido deve ser a mais complexa, uma vez que necessita operacionalizar suas normas descentralizadas dentro da mesma unidade operacional das normas centralizadas. Paradoxalmente, por ser mais aberta a novas informações, deve ser mais fechada em sua filtragem. A policontexturalidade, ao ser interconectada às teorias do transconstitucionalismo e da interconstitucionalidade, atua na vanguarda informativa, no sentido de que recebe as informações sociais em temporalidade próxima às ocorrências sociais, diferentemente das formas constitucionais centralizadas.

As comunicações estaminais na policontexturalidade (re)abastecem o complexo processo comunicativo do constitucionalismo sistêmico, possibilitando a criação de normas jurídicas constitucionais em suas membranas, longe do seu centro tradicional de produção normativa, permitindo o alargamento comunicativo, (re)alocando o Direito como uma facticidade central das sociedades, em que a legitimação de constitucionalidade pode estar no centro ou na periferia, dependendo do ponto de observação e da paralaxe do problema observado.

O nível de programação na policontexturalidade é elevado, servindo às exigências de seus próprios códigos e programações, em uma supercodificação que garanta a autopoiese do sistema constitucional, comunicativamente simétrico entre a periferia e o centro de normatividade.

No *quarto* capítulo é abordado o método transconstitucional de comunicação sistêmica, como um possibilitador semântico e temporal entre a policontexturalidade e a

interconstitucionalidade, apresentando-se como coluna vertebral do constitucionalismo sistêmico, na medida em que promove pontes estáveis de comunicação entre ordens jurídicas de níveis múltiplos, entrelaçando-as de forma transversal, promovendo o diálogo constitucional entre *ego* e *alter*, em um aprendizado mútuo, com troca de experiências e soluções para os problemas constitucionais relativos aos direitos fundamentais e direitos humanos.

O transconstitucionalismo é o grande articulador entre policontextualidade e interconstitucionalidade, o único modelo constitucional sistêmico apto a interligar circularmente múltiplos diálogos constitucionais em um ultraciclo de constitucionalidade, observando problemas constitucionais tanto na fronteira como no centro do constitucionalismo, oferecendo uma historicidade decisional na multiplicidade cultural constitucional.

Dessa forma, a descrição do transconstitucionalismo no constitucionalismo sistêmico será feita na análise de casos constitucionais nos mais diversos níveis de operatividade, sejam centralizados ou descentralizados, gerando um aprendizado recíproco entre os participantes, porém, sem uma forma impositiva de decisão como os demais métodos utilizados.

No *quinto* capítulo é aprofundada a questão interconstitucional, em uma perspectiva constitucional sistêmica, ultrapassando os limites propostos por Canotilho, na busca de uma (re)configuração de sua capacidade comunicativa com outros níveis de constitucionalidade, sejam eles centralizados ou descentralizados.

O constitucionalismo reflexivo na interconstitucionalidade implica uma pluralidade de ordens normativas interligadas organizacionalmente, sem um núcleo centralizador, mas com uma multiplicidade de centros produtores de normatividade, em que a autopoiese organiza seus componentes em um hiperciclo comunicativo, gerando constitucionalidade pela própria constitucionalidade.

O grande avanço da interconstitucionalidade no constitucionalismo sistêmico é a integração intercultural entre culturas constitucionais centralizadas e descentralizadas, em uma interconexão formada pelos mesmos objetivos, ou seja, por princípios comuns entre as ordens jurídicas constitucionais, ligados aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, que dificilmente seriam observados se o sistema fosse apenas centralizado em suas operações normativas.

No *sexto* capítulo ocorre o fechamento do conceito de teoria geral do constitucionalismo sistêmico, em que o centro e a periferia se desenvolvem como funções atreladas aos pontos de observação, e não como estruturas da complexidade. Dessa forma, ao

mesmo tempo em que centro e periferia são antagônicos, complementam-se como uma unidade com dois lados, em uma união estruturada de diálogo semântico entre *ego* e *alter*, na qual uma hiperobservação poderá ser estabelecida, face às novas temporalidades admitidas pelo sistema especializado.

Na teoria geral do constitucionalismo sistêmico, o tempo é um conector de sincronização dos sentidos semânticos comunicativos autorreferenciais que permite a compreensão seletiva de informações pela capacidade de reprodução das operações na continuidade temporal. A análise da capacidade do constitucionalismo sistêmico em estabelecer uma comunicação semântica simétrica temporalmente será o grande desafio da presente tese. Contudo, ele também será o grande propulsor de novas formas de observação sistêmica dos fatos ocorridos nas dobraduras do reflexo gerado pelas múltiplas culturas históricas de constitucionalidade, sob uma unidade sistêmica especializada.

Esta tese busca projetar a teoria geral do constitucionalismo sistêmico como uma teoria apta às necessidades sociais em suas expectativas normativas constitucionais, buscando delimitar os limites dos objetos a serem estudados e suas estruturas operativas na produção autopoietica de normatividade constitucional.

## 2 ENTRE CILA E CARÍBDIS: O ÁRDUO CAMINHO DO CONSTITUCIONALISMO SISTÊMICO

Dentre os deuses e heróis do fascinante legado grego, Cila e Caríbdis ganham elevado destaque como os monstros mais terríveis, pois em sua *Odisseia*<sup>2</sup>, Odisseu, o mais ardiloso e inteligente dos reis gregos, é compelido a passar pelo estreito de Messina, que separa a península Itálica da Sicília, para chegar a sua amada casa, Ítaca. Mesmo havendo um vasto oceano, Odisseu é obrigado a passar por Cila<sup>3</sup> e Caríbdis<sup>4</sup>, os mais temidos monstros da mitologia grega.

Seu ataque é mortal e, por isso, não há como passar por eles sem perdas. Do alto, Cila ataca com suas seis cabeças. Do outro lado, Caríbdes, funesta, por três vezes ao dia, drena tudo que sob as águas paira. Nesse caminho mortífero, Odisseu mirava em Caríbdis esperando os ataques de Cila, pois, inevitavelmente, saindo de uma cairia na outra.

A metáfora grega de Cila e Caríbdis no caminho de Odisseu é utilizada como expressão aos percursos árdus do constitucionalismo sistêmico. Existem gigantes poderosos a serem enfrentados, como os constitucionalismos estatais (Caríbdis), nacionalistas, que entendem qualquer forma de alteração constitucional como retrocesso, ignorando toda identidade reflexiva da Constituição; já o constitucionalismo internacional (Cila) utiliza seus vários braços para agir, ignorando fronteiras, impondo sua força e desrespeitando toda forma epistemológica de comunicação.

Ainda, existem os limites e críticas da própria teoria sistêmica, pois os caminhos do constitucionalismo sistêmico passam por uma limitação de sua aplicação, com padrões típicos de uma teoria geral, que aborda o máximo possível sobre um tema, limitando-se, paradoxalmente, única e exclusivamente aos objetivos propostos.

<sup>2</sup> HOMERO. *Odisseia*. Tradução de Trajano Vieira. São Paulo: Editora 34, 2013. p. 205-219.

<sup>3</sup> Cila (em grego: Σκύλλα) foi o grande amor de Glauco. Ele se apaixonou pela ninfa, que, apavorada com sua aparição e aparência, pôe-se a fugir entre rochedos e águas. Torturado pelo amor não correspondido, Glauco pede ajuda a Circe, que, naquele momento, estava atraída por Glauco. Ela, então, lança sua fúria sobre Cila, criando uma poção coberta de feitiços. Quando Cila mergulha na água enfeitiçada, seu corpo começa lentamente a transformar-se. Monstros horrendos surgem à sua volta, com ensurdecedor alarido. Aterrorizada, a ninfa procura afastá-los e fugir. Então descobre que os monstros são parte de si mesma, nascem de seu corpo. Desesperada corre ao encontro de Glauco e em seus braços chora longamente. Ele também lamenta a beleza perdida, mas se recusa a permanecer com a antiga ninfa, pois o grande amor não existe mais. BULFINCH, Thomas. *O livro da mitologia*. Tradução de Luciano Alves Meira. São Paulo: Martin Claret, 2013. p. 103-106.

<sup>4</sup> Caríbdis (em grego: Χάρυβδις) era uma ninfa, filha de Poseidon, caracterizada pela sua ferocidade extrema. Quando Hércules passou perto de Messina, levando os bois de Gerião, aquela roubou alguns dos animais e devorou-os. Ao tentar investir contra o herói, que tentava recuperar seu gado, Caríbdis foi fulminada por Zeus com um raio e lançada às profundezas do mar, onde se transformou em um monstro marinho. BULFINCH, Thomas. *O livro da mitologia*. Tradução de Luciano Alves Meira. São Paulo: Martin Claret, 2013. p. 365.

Para tanto, entender que os ataques virão inclusive dos tripulantes do barco sistêmico é uma premissa básica para navegar futuramente em águas menos turbulentas. Os sistêmicos ortodoxos, face os perigos do constitucionalismo, e como forma de proteção dos caminhos já navegados, buscarão apenas fazer o que têm feito: fetichizar os textos luhmannianos, refletindo sobre eles sem contribuir com novas observações que possibilitem aumentar os caminhos e observar as passagens antes não observadas.

Na formulação de uma teoria geral do constitucionalismo sistêmico, os limites de investigação fazem parte do núcleo central do problema, pois são estes limites que farão com que o constitucionalismo sistêmico possa ultrapassar Cila e Caríbdis com o mínimo de perdas possíveis. Analisar o real alcance e a aplicabilidade das teorias da policontexturalidade, do transconstitucionalismo e da interconstitucionalidade é o caminho necessário para se poder chegar ao resultado esperado.

Na policontexturalidade, Teubner começa a indagar-se: como as normas atuam dentro das sociedades e por que elas são ou não eficazes? Como explicar, do ponto de vista jurídico, uma norma central estatal que não é aceita pela sociedade em determinados lugares? E, principalmente, se todos tinham conhecimento do crime e o acobertaram, poderia se falar em consciência coletiva de culpa ou de inaplicabilidade normativa?<sup>5</sup>

Teubner busca suas respostas através da ideia de policontexturalidade, que foi desenvolvida primeiramente por Luhmann como necessidade sistêmica na sociedade complexa global, na qual “ninguma autoobservación está en condiciones de entender la plena realidad del sistema [...]”<sup>6</sup>, criando a necessidade de uma multiplicidade de observações para um desenvolvimento dentro da sociedade globalizada.

A policontexturalidade seria a quebra de centralidade de produção normativa sistêmica. Ou seja, o direito não seria mais um produto exclusivamente produzido pelo Estado. Ao contrário, poderia ser produzido em todas as formas sistêmicas, multicêntricas, multiculturais, possibilitando aumento comunicativo ilimitado entre os sistemas.

Não se trata apenas da superação dos conceitos de centralidade normativa. A policontexturalidade mostra-se muito mais radical, uma vez que “policontexturalidade é uma pluralidade de perspectivas mutuamente exclusivas as quais são constituídas por operações

---

<sup>5</sup> TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontexturalidade*. Tradução de Jürgen Volker Dittberner et. al. Piracicaba: Editora Unimep, 2005. p. 21-23.

<sup>6</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Edición Heder, 2007. p. 62.

entre sistema/ambiente e as quais não compartilham um com a outra”<sup>7</sup>, na medida em que o direito deixa de ser puramente um texto, passando a ser comunicação.

Para Teubner, o direito é comunicação, nada mais do que comunicação<sup>8</sup>. Assim, quanto maior for o número de sistemas comunicantes, maior vai ser a capacidade sistêmica de autorreprodução de conhecimentos jurídicos, independente do sistema em que se originarem, pois em todos existe comunicação, linguagem jurídica.

O direito seria um sistema autopoietico, definido por suas operações recursivamente, caracterizado por um sistema de normas jurídicas. Ocorre que, para a teoria dos sistemas autopoieticos, essas normas não necessitam de produção centralizada.

O sistema jurídico seria uma rede de comunicações, sendo que essas comunicações produziriam novas comunicações jurídicas: “las comunicaciones jurídicas son los instrumentos cognitivos mediante los cuales el derecho, como discurso social, es capaz de ‘ver’ el mundo”<sup>9</sup>. Esse processo comunicativo não estaria apenas nas mãos dos juristas, mas da sociedade em geral.

A globalização é policêntrica, visto que está amplamente aberta à diversidade cultural/multicultural, criando possibilidades de novos sentidos para o sistema jurídico, independente de centro ou periferia. Nesse sentido, cabe lembrar as palavras de Rocha<sup>10</sup>, para quem a definição de centro ou periferia depende da posição do observador. Como exemplo pode-se citar o Brasil como centro na produção cultural, mas periferia nas questões de igualdade e de inclusão social.

Os sistemas sociais contemporâneos e complexos são amplos produtores de normatividades jurídicas. Assim, a regulação jurídica se torna contextual<sup>11</sup>, se amoldando aos contextos sociais, ou seja, à sociedade. Através de suas comunicações e costumes, cria direitos para suas próprias relações, independentemente de eles existirem ou não em níveis estatais.

A diversidade na sociedade contemporânea teria seus frutos advindos das novas realidades globais, que ultrapassaram os antigos conceitos de Estado-nação, criando a

---

<sup>7</sup> TEUBNER, Gunther. *Altera pars Audiatur: law in the collision of discourses*. In: RAWLINGS, Richard (Ed.). *Law, society and economy*. Frankfurt: Oxford University Press, 1997.

<sup>8</sup> TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Traducción de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 40.

<sup>9</sup> TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Traducción de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 42.

<sup>10</sup> ROCHA, Leonel Severo. *Observação sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico*. Artigo inédito, não publicado. p. 17.

<sup>11</sup> TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Tradução de Jürgen Volker Dittberner et. al. Piracicaba: Editora Unimep, 2005. p. 39.

normatividade sistêmica através dos processos sociais de comunicação, e não mais unicamente dos modelos estatais.

Para Teubner<sup>12</sup>, a globalização cria um ordenamento jurídico mundial, mas que de forma alguma corresponde a um ordenamento internacional, pois esse seria fruto de comunicações intraestatais, já aquele seria resultado de comunicações sociais, políticas e econômicas.

A principal tese de Teubner trata de identificar como as *irritações jurídicas* podem influenciar as outras culturas jurídicas. Nesse sentido, não basta apenas a perturbação da norma estrangeira, mas sua comunicação e compatibilidade contextual com a norma perturbada. Logo, só haverá reconhecimento das normas advindas do exterior a partir dos próprios fundamentos da norma interior.

Ao contrário, em um conceito homogêneo de *transplante jurídico*<sup>13</sup> apenas haveria uma imposição normativa, que seria inaceitável pelo sistema receptor, o que implicaria diferenças incomunicáveis, havendo uma reação de rejeição normativa do organismo interno em face do organismo externo.

Em outras palavras, no transplante jurídico existe uma imposição de um órgão externo sobre um órgão interno, embora uma falsa impressão de manutenção do órgão jurídico transplantado. Quando se trata de uma irritação jurídica, o órgão interno apenas recebe perturbações do órgão externo, caracterizando-se como um processo autopoietico, pois mantém sua estrutura operacional fechada, embora verifique as perturbações através de seus processos cognitivos abertos.

Em outro viés teórico, sustenta-se que desde o surgimento da Constituição até o período contemporâneo, pós-moderno, diversas foram as crises enfrentadas pela sociedade. Com a crescente complexidade sistêmica, seja pela difícil relação entre o Estado e o direito, ou pelas implosões legislativas simbólicas, uma coisa tornou-se cristalina: as teorias antigas são incapazes de trabalhar a complexidade. Assim, o projeto do transconstitucionalismo busca o diálogo conjunto das ordens jurídicas, como pontes de transmissão de conhecimento.

Em formas jurídicas pré-modernas, o direito era apenas um subordinado do sistema político, um mero instrumento do poder coercitivo do Leviatã. O constitucionalismo moderno ultrapassou esse entendimento, trabalhando a relação entre os sistemas político/jurídico de

---

<sup>12</sup> TEUBNER, Gunther. *A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional*. Tradução de Peter Neumann. Piracicaba: Impulso, 2003. p. 09-12.

<sup>13</sup> TEUBNER, Gunther. *A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional*. Tradução de Peter Neumann. Piracicaba: Impulso, 2003. p. 156.

forma horizontal<sup>14</sup>, sem qualquer grau hierárquico, diferentemente de como era visto em tempos pretéritos.

O transconstitucionalismo pressupõe uma diferenciação entre o constitucionalismo político e o constitucionalismo jurídico, mas, ao mesmo tempo, busca uma conexão entre esses dois sistemas sociais. Portanto, só é possível pensar em um constitucionalismo moderno nas sociedades que desenvolveram a diferenciação funcional entre os sistemas político e do direito.

A diferenciação funcional entre os sistemas cria uma imensa diversidade multicêntrica ou policontextural, ou seja, diferencia cada vez mais o sistema do ambiente. Para Neves, “na medida em que toda diferença se torna ‘centro do mundo’, a policontexturalidade implica uma pluralidade de autodescrições da sociedade, levando à formação de diversas racionalidades parciais conflitantes”<sup>15</sup>. Cada sistema diferente oferece um novo ponto de observação.

Rocha<sup>16</sup> demonstra esse mesmo posicionamento quando afirma que existem pluralidades de pontos de observação que criam seus próprios referenciais, não sendo mais o Estado o único produtor de normatividade, pois outras regras de direito estão surgindo de outros sistemas, forçando novas formas de observação.

A diversidade sistêmica cria uma complexidade de racionalidades, ou seja, cada sistema trabalha com suas próprias pretensões/observações, causando irritações em outros sistemas. O centralismo que era defendido em modelos teóricos antigos fica superado, pois cada modelo sistêmico trabalha com suas observações e descrições (autonomia), criando uma diversidade multicêntrica.

Com a perda da centralidade de produção normativa, o modelo sistêmico jurídico necessita de novas redes comunicativas, nas quais o trabalho cooperativo passa a ser uma questão de necessidade nacional, ajudando a enfrentar os problemas dos parceiros. Automaticamente, criam-se mecanismos de apoio e aprimoramento interno.

O transconstitucionalismo<sup>17</sup> baseia-se na ação em redes de cooperação sistêmica, ou seja, na emergência de novas formas de observação sobre a emergência das ordens jurídicas internacionais, nacionais, transnacionais e supranacionais, sobre os direitos fundamentais e os direitos humanos.

---

<sup>14</sup> Jorge Miranda, ao dissertar sobre o pensamento de Marcelo Neves, sustenta o mesmo posicionamento. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 201.

<sup>15</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 23-24.

<sup>16</sup> ROCHA, Leonel Severo. *Observação sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico*. Artigo inédito, não publicado. p. 12.

<sup>17</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 83.

Essas pontes de conversação entre as ordens jurídicas criariam uma fertilização cruzada de reflexividade, caracterizando uma nova concepção de sentido jurídico em conformidade com a complexidade da sociedade moderna. Os problemas jurídicos, principalmente no que tange a direitos fundamentais, têm se apresentado de forma transnacional, o que implicaria uma necessidade de aprendizado recíproco, por meio de um diálogo transconstitucional.

Segundo Neves, o transconstitucionalismo não é capaz de levar a uma unidade constitucional mundial. Esse não seria o seu sentido, pois o objetivo do modelo teórico é elaborar uma “forma eficaz de dar e estruturar respostas adequadas aos problemas constitucionais que emergem fragmentariamente no contexto da sociedade mundial hodierna”.<sup>18</sup> Assim, a comunicação não significa consenso homogêneo, mas diálogo com finalidade de respostas múltiplas à complexidade.

Nesse sentido, as ordens jurídicas nacionais ou internacionais, por si só, não podem oferecer respostas, pois são sistemas autônomos operando para si mesmos. Não atendem, pois, à complexidade do mundo pós-moderno. Isso faz com que surja a necessidade de uma teoria transconstitucional que seja capaz de dialogar com os diversos problemas jurídico-constitucionais divergentes em uma ordem global.

O paradoxo do desenvolvimento de uma ordem epistemológica dentro do modelo do transconstitucionalismo parte da seguinte reflexão: “Os Estados constituem o direito internacional público. O direito internacional público constitui os Estados”<sup>19</sup>. O Estado é soberano porque o direito internacional público ratifica isso; já o direito internacional público existe, na medida em que o Estado o mantém. Em outras palavras, existe uma relação de necessidade e soberania entre os dois ao mesmo tempo.

A existência dos dois sistemas não impede a comunicação criativa entre ambos, quer dizer, o sistema jurídico pode receber irritações do sistema político. Mas, mais do que isso, ambos podem oferecer contribuições positivas uns aos outros, atuando de forma transversal.

Neves alerta que essa forma transversal de conhecimento, em momento algum, significa “transplante de instituições jurídicas”<sup>20</sup>. Ou seja, usar um ordenamento jurídico que “deu certo” em determinada ordem jurídica e levá-lo para dentro de outra ordem jurídica, *ipsis litteris*. O modelo sistêmico prossegue na matriz luhmanniana, isto é, é autopoietico, mas com

---

<sup>18</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 122.

<sup>19</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 135.

<sup>20</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 173, 186.

a condição de abertura transversal de comunicação, através da qual as influências entram no sistema, se esse permitir.

Nas palavras de Jorge Miranda<sup>21</sup>, o modelo teórico de Neves seria o “acoplamento de ordens jurídicas, com relevo para um transconstitucionalismo pluridimensional de direitos humanos, implica o intercâmbio e o aprendizado recíproco de experiências com racionalidades diversas”. Seria, ainda, o direito constitucional do futuro, pois epistemologicamente traria o reconhecimento de identidade e alteridade, *ego* e *alter*.

Em outras palavras, a Constituição continuará determinando até que ponto o sistema jurídico pode se relacionar com outros sistemas sem perder a sua autonomia operacional. O diálogo proporcionará o desenvolvimento de novas estruturas sistêmicas dentro da sociedade hipercomplexa, mas não trará a destruição das diferenças sistêmicas. Ao contrário, irá propor a aceitação das diferenças, a aceitação do outro no sistema mundial.

Nessa senda, afirma que “o ponto de partida do transconstitucionalismo não é a negação, mas sim a abertura dos constitucionalismos estatais para outras ordens jurídicas, seja do mesmo tipo ou de espécie diversa”<sup>22</sup>, derrubando as barreiras centralistas e criando novas comunicações multicêntricas.

Esse modelo multicêntrico espalha os limites jurisdicionais, trabalhando o transconstitucionalismo em diversas esferas jurídicas, em níveis múltiplos, como, por exemplo, os modelos transconstitucionais entre ordens jurídicas internacionais e estatais; supranacionais e estatais; estatais e transnacionais; estatais e locais extraestatais; e supranacionais e internacionais.

Por fim, a teoria da interconstitucionalidade é (re)configurada por Canotilho, aplicando o modelo de constitucionalismo sistêmico como formas de abóbadas concêntricas, nas quais as Constituições estatais e os tratados internacionais estariam interligados e em grau hierárquico igualitário, havendo uma superação do modelo piramidal kelseniano por um modelo comunicativo em rede sistêmica. O recorte constitucional de sugestões luhmannianas passaria por cinco tópicos relativos à associação do mundo europeu, mas que Canotilho admite ser possível em blocos como o Mercosul<sup>23</sup>.

A *primeira fase* seria a existência de uma rede de Constituições formadas por Estados soberanos, que estariam interligadas em uma constante comunicação; a *segunda fase* seria representada pelas turbulências produzidas pelas irritabilidades sistêmicas lançadas pelos

---

<sup>21</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 187.

<sup>22</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 187.

<sup>23</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a História Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 222.

órgãos políticos supranacionais; o *terceiro momento* seria caracterizado pela recombinação das dimensões constitucionais clássicas, através da comunicação com os sistemas de nível superior; o *quarto tópico* corresponde à coerência constitucional criada entre as normas constitucionais dos Estados e as normas supranacionais, surgindo uma rede intercultural; por *fim*, seria trabalhada uma rede de confiança constitucional, na qual todas as Constituições iriam se comunicar com os mesmos critérios de organização<sup>24</sup>.

A Constituição e a teoria constitucional não são algo imutável dentro da interconstitucionalidade. Ao contrário, devem ser abertas às questões sociais, ligadas estritamente aos complexos problemas criados na sociedade, possibilitando novas formas de observações multiformes, que admitam concepções plurais e diferentes.

A ideia de rompimento com o constitucionalismo dirigente e a criação de uma interconstitucionalidade caminham de mãos dadas com o futuro das legislações, pois, no dirigismo, as sociedades não passavam de “escravos livres”<sup>25</sup>, em que a sociedade poderia fazer o que quisesse, desde que estivesse em liame correspondente à ordem constitucional.

No mesmo sentido, Canotilho ao trabalhar a intertemporalidade de sua teoria, afirma que “não há lei que se curve mais para capturar o tempo do que a Constituição”<sup>26</sup>, pois ela necessita dialogar com os critérios altamente complexos advindos da globalização, sob pena de se tornar inoperante dentro do sistema.

Para Zagrebelsky, não pode haver uma Constituição ou uma teoria constitucional imutável, pelo simples princípio que a Terra pertence às civilizações atuais. Assim “ninguna ley y ninguna constitución son tan sagradas como para no poder ser cambiadas”<sup>27</sup>. Ainda, podemos sustentar que seria uma irracionalidade da capacidade humana permitir que uma lei trilhasse todos os caminhos sociais.

A teoria da interconstitucionalidade busca uma articulação constante entre as constituições e as fontes de legitimação jurídicas diversas. Quando esses mecanismos sistêmicos se unem e dialogam entre si, criam um ambiente de interorganização sistêmica, que é possível graças à autonomia de cada organização.

---

<sup>24</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1425.

<sup>25</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Traducción de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 57.

<sup>26</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O tempo curvo de uma carta (fundamental) ou o direito constitucional interiorizado*. Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. Porto: A. Alves edições, 2006. p. 24.

<sup>27</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Traducción de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 41.

O pressuposto autopoiético da teoria de Canotilho estaria ligado à autodescrição de cada organização jurídica, que seria fechada em suas operações e aberta em suas observações, modelo estritamente ligado à teoria dos sistemas de Luhmann.

Em relação à autorreferência dos organismos, Canotilho afirma que “significa que os pluralismos e dinamismos da vida constitucional são captados através da identidade da referência, pois as regras e os princípios constitucionais autodescritos num texto permanecem os mesmos”<sup>28</sup>, e o sistema não perde sua identidade com a abertura; ao contrário, por ter identidade, ele pode se abrir sem se confundir com os outros sistemas.

A ideia de autonomia e identidade em Luhmann<sup>29</sup> é condição de possibilidade para o desenvolvimento do Estado moderno e de seu sistema legal, pois apenas através de uma autodescrição podemos ter autorreflexividade, que nada mais é do que a forma de descrever as observações do próprio sistema, de evolução por si mesmo.

O sentido de autodescrição na teoria sistêmica e na teoria da interconstitucionalidade em momento algum cria diferenças sociais, na medida em que necessita de todos os modelos de observação social para poder evoluir, cria um verdadeiro modelo intercultural constitucional.

A interculturalidade<sup>30</sup>, dentro do modelo proposto por Canotilho, se caracteriza pela partilha de culturas, ideias de aceitar o outro, pois só assim poderíamos falar em interorganização de teorias culturais, legais e constitucionais. Dessa forma, o autor disserta sobre quatro pressupostos necessários à teoria da interculturalidade dentro da interconstitucionalidade.

A teoria da interconstitucionalidade só é possível através da junção de culturas, porque necessita da abertura cultural para poder se adequar às realidades complexas das sociedades modernas, nas quais deve existir um comunitarismo igualitário entre os ordenamentos, respeitando os indivíduos autônomos dentro de um universalismo.

A interconstitucionalidade não trata, portanto, de suprimir os complexos ordenamentos jurídicos estatais, mas de criar mecanismos aptos à comunicação em rede sistêmica multicultural, suscetíveis aos processos hipercomplexos criados pela globalização, que atua de forma indistinta em todos os Estados do mundo.

---

<sup>28</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1426.

<sup>29</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Edición Heder, 2007. p. 78, 570.

<sup>30</sup> A história da interconstitucionalidade, bem como apontamentos críticos, foram tratados em: ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro das novas observações estatais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 115, p. 473-496, 2017.

Para Ferrajoli, o Estado tornou-se “demasiado pequeno para as grandes coisas”.<sup>31</sup> Na mesma senda, Müller diz que os Estados “são pequenos demais para os grandes problemas, hoje planetários”<sup>32</sup>, criando uma crescente necessidade de evolução e inserção dos blocos econômicos, que, ao mesmo tempo em que criam processos econômicos, criam processos jurídicos, em que o acoplamento entre os sistemas é feito através de tratados e Constituições.

O direito constitucional deixou de ser uma disciplina dirigente e passou a ser uma disciplina dirigida. É inquestionável a perda de sua centralidade jurídico-política, no Estado de modelo westfaliano. A globalização, por meio da comunicação, exige novos modelos epistemológicos, tornando as fronteiras cada vez mais irrelevantes e o Estado em apenas mais um ator no jogo global, e não o único, como era de práxis.

O constitucionalismo global atualmente não é um neutralizador do constitucionalismo nacional, mas vem rompendo com paradigmas e se espraiando nos ordenamentos jurídicos internacionais, aumentando ainda mais a inter-relação e a necessidade de comunicação entre os povos.

O mercado global tem criado uma crescente inibição dos poderes do Estado. Nesse sentido, Julios-Campuzano sustenta que “a resposta será provavelmente o agrupamento regional de Estados-Nação a fim de desenvolver um conjunto compartilhado de princípios constitucionais que assumam plenamente o objetivo último de melhorar as condições de vida dos homens”.<sup>33</sup> O Estado de modelo clássico tem se tornado impotente às provocações globais, criando a necessidade de agrupamento econômico que o professor espanhol tem sustentado.

A mesma posição é adotada por Canotilho<sup>34</sup>, que trabalha a ideia de transcendência da ordem constitucional de validade meramente territorial estatal. Frente a essas novas emergências, o autor denominou um novo modelo de constitucionalismo global, no qual a progressiva imperatividade do direito internacional tornar-se-ia a pedra angular do sistema jurídico.

O modelo autopoietico integrado ao sistema da interconstitucionalidade acabaria com os velhos conceitos de topo hierárquico, centro social, pois não seria possível trabalhar em tal

---

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. X.

<sup>32</sup> MÜLLER, Friedrich. *Globalização e justiça*. Tradução de Peter Neumann. Porto Alegre: Editora PUCRS, 2002. p. 28. (Coleção Filosofia, Goethe Institut Inter Naciones).

<sup>33</sup> CAMPUZANO, Alfonso de Julios. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 65.

<sup>34</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Teoría de la constitución*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 45-55.

modelo com uma supraordenação do Estado, face ao fato de este ser apenas mais um ator do mundo globalizado, e não o único ator.

O velho esquema sujeito-objeto entra em crise no modelo autopoiético, pois “(1) não há sujeito de direcção da sociedade; (2) é irrealista um sujeito de direcção política concebido como processo causal no sentido de intenção e resultado; (3) é insustentável numa sociedade diferenciada afirmar que há projectos de bem comum da sociedade [...]”.<sup>35</sup> Em resumo, a Constituição não pode arrogar o papel de dirigente social, bem como não é cabível um projeto comum, mas sim uma polifonia de vozes multiculturais com diversidades de objetivos.

Em um *último* estágio de sua teoria interconstitucional, Canotilho desenvolve a ideia de um Estado europeu, rompendo diretamente com os clássicos conceitos de Estado-nação.

O autor observa que várias foram as transformações no mundo moderno nas últimas décadas. As fronteiras aos poucos vão desaparecendo, uma vez que as culturas têm se entrelaçado de forma multicultural. As comunicações levam notícias a todos os cantos do mundo, e os governos ditatoriais têm caído dando espaço à democracia, ao passo que a governança do mundo tem se tornado um tema transcendental.

Muito embora a ideia de um governo acima do Estado-nação fosse irreal em tempos passados, vários já foram os passos dados neste ponto, como a criação da União Europeia, a qual defende os interesses dos seus Estados-membros, e da Organização das Nações Unidas, que já atua como um ente supraestatal.

Em vários casos, a ONU atua defendendo os direitos humanos, julgando questões jurídicas originárias dos Estados soberanos, atuando com forças de paz em territórios hostis e, dentre outros aspectos, protegendo o mercado econômico global.

Toda mudança estabelece novos padrões, um novo ponto de mutação, para que, com movimentos de cooperações conjuntas, os Estados possam defender os direitos humanos, elevando os padrões sociais de vida.

Para Arnaud, o sistema organizatório entre os Estados demonstra que em um mundo globalizado é “mais fácil tratar com parceiros reunidos do que com Estados dispersos”<sup>36</sup>. Ou seja, a união dos Estados em blocos econômicos é o futuro do mundo globalizado, em que a cooperação estatal é um fato.

Em um projeto sistêmico, em que teorias nacionais e internacionais estão se transformando a cada dia, “vê-se a crescente substituição da ‘pirâmide’ normativa kelseniana

---

<sup>35</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a história constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 160.

<sup>36</sup> ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras, entre globalização e pós-globalização*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 35.

por séries normativas dispostas na forma de ‘teias de aranha’ emaranhadas, descentralizadas [...]”<sup>37</sup>, (re)configurando o constitucionalismo em algo entrelaçado, interligado e hipercomunicativo.

Sem uma superioridade estatal, o mundo estaria interligado, interagindo constantemente através das teias que formariam o sistema jurídico, acabando de vez com as fronteiras sociais impostas pela doutrina tradicional.

Para Canotilho<sup>38</sup>, a necessidade de uma Constituição europeia formada pela interconstitucionalidade é o ponto crucial para o desenvolvimento da comunidade. Estariam presentes nesse modelo constitucional uma série de considerações e propostas para o futuro dirigente supranacional.

O autor demonstra sua preocupação com a evolução cultural/multicultural europeia, ficando claro que “o modelo federal vai continuar a caracterizar o processo de integração”<sup>39</sup>, em que Estados, que em outros tempos foram divididos por suas fronteiras, ficarão unidos por um federalismo intercultural e guiados por uma lei maior.

Conforme Canotilho, a “Constituição Europeia é recusada não porque se trate de uma constituição dirigente, mas porque, pura e simplesmente, pretende arrogar-se a Constituição supranacional”<sup>40</sup>. Além disso, os conservadores temem uma lei supranacional que possa acabar com a autodeterminação dos povos, com a liberdade e com a soberania estatal, agrilhoando os Estados a seu poder.

Na União Europeia, no Mercosul, tal processo evolutivo do sistema constitucional pode ser uma saída para dirimir futuras questões jurídicas e diretivas dos Estados que compõem a comunidade, preservando a ordem interna e criando diretrizes para a pós-modernidade.

Existe uma crescente interdependência internacional, estreitando cada vez mais as relações entre direito estatal e internacional, podendo ser tratados conjuntamente “direito constitucional internacional e direito internacional constitucional”<sup>41</sup>, pois ambos estão relacionados à estabilidade global.

Os problemas jurídicos, econômicos e políticos tornaram-se multilaterais. Ou seja, afetam todos os Estados, independentemente de suas distâncias territoriais ou de suas linhas

<sup>37</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 80, 81.

<sup>38</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a História Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 245-246.

<sup>39</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Direito internacional*. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 798.

<sup>40</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a História Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 253.

<sup>41</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a História Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 285.

divisórias. Esses fatos passam a ser demonstrados pelas constantes comunicações entre os mecanismos públicos e privados na efetivação dos direitos sociais, principalmente dos direitos humanos<sup>42</sup>, que são universais, interdependentes e indivisíveis.

A interconstitucionalidade trata de um modelo pós-moderno, que não abandona suas memórias, pois necessita delas para evoluir, criando um sistema autorreflexivo, com capacidade para atuar em um mundo global, estatal, regional e municipal, com íntima abertura ao diálogo multicultural.

As três teorias constitucionais sistêmicas (policontexturalidade, transconstitucionalismo e interconstitucionalidade) pouco dialogam entre si, pois não conseguem de forma coerente desenvolver seus espaços de aplicabilidade, seus limites, bem como seu objeto, perdendo, ao final, seu caráter sistêmico de autorreferência. O projeto de uma teoria geral do constitucionalismo sistêmico passa pela necessidade de expor o objeto de estudo, limites e códigos comunicativos, para que possam ocorrer os meios comunicativos sistêmicos em uma produção autopoietica.

---

<sup>42</sup> CANOTILHO J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a História Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 328.

### 3 CONTRIBUTOS PARA UMA TEORIA DO CONSTITUCIONALISMO SISTÊMICO

Nos últimos tempos tem-se assistido a uma proliferação de teorias da justiça, principalmente sobre o constitucionalismo. Na Itália, Zagrebelsky<sup>43</sup> nos oferece o direito dúctil; na Alemanha, Teubner<sup>44</sup> trabalha a policontextualidade e Häberle,<sup>45</sup> o constitucionalismo cooperativo; em Portugal, Canotilho<sup>46</sup> desenvolve a interconstitucionalidade; e, na Espanha, Campuzano<sup>47</sup> propõe uma adequação constitucional dentro da globalização; no Brasil, Marcelo Neves<sup>48</sup> nos oferece o transconstitucionalismo e Lenio Streck<sup>49</sup>, uma teoria da constituição dirigente adequada para Estados de desenvolvimento tardio.

De fato, existem diversos outros estudos, porém, em sua grande maioria, dizem mais do mesmo, em um repetitivismo assustador, mostrando uma escassa originalidade quando refere-se a constitucionalismo.

O objeto desse trabalho é mais restrito e objetivo, mas não menos complexo, pois busca estabelecer limites ao constitucionalismo sistêmico em uma teoria responsável, tanto na questão teórica quanto na prática.

Uma teoria nada mais é do que algo visto de cima, de forma panorâmica, em que o observador pode expor seu ponto de vista. O caminho até a Acrópole em Atenas se chama *theorias*, pois demonstra uma bela vista da Cidade. Assim, quem teoriza apresenta sua observação de algo. Já aqueles que apenas emitem opiniões não percorrem o caminho das *theorias*, ficam na *ágora*, parte baixa da Acrópole, onde nada se cria, apenas se aproveitam as estases teóricas.

Mesmo uma teoria geral, com pretensão de vasta observação, encontra limites, pois nenhuma teoria pode buscar para si o reflexo de todo o objeto. O esgotamento de observação é inviável. Portanto, não existe uma teoria perfeita, todas possuem falhas e limites de

---

<sup>43</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 9. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2009.

<sup>44</sup> TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Tradução de Jürgen Volker Dittberner et. al. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

<sup>45</sup> HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

<sup>46</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a História Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

<sup>47</sup> CAMPUZANO, Alfonso de Julios. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

<sup>48</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>49</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

observação, pontos cegos. A verdade não pode ser reivindicada de forma universal, mas pode ser explicada sob um ponto de vista.

O estabelecimento dos limites do objeto é um importantíssimo requisito para a diferenciação sistêmica. Assim, pode-se falar em uma teoria geral do constitucionalismo sistêmico quando se tem claro o seu objeto e seus conceitos. Um sistema só pode observar a si mesmo. Portanto, o constitucionalismo sistêmico deve gerar seus próprios limites. Mesmo sendo geral, nenhuma teoria é completa, necessitando constantemente de novas observações, perpetuando o processo de observação.

Uma teoria do constitucionalismo sistêmico não pode ter a pretensão de ser uma teoria exclusiva, pois se produz e reproduz constantemente, buscando atender às expectativas sociais dentro do complexo processo de comunicação sistêmica. Como não existe um lugar privilegiado do qual se possa observar, quanto mais comunicação, mais complexidade, mais possibilidades de produção e manutenção do sistema jurídico constitucional.

Os limites do constitucionalismo sistêmico devem ser determinados por sua própria autopoiese, que deverá determinar o objeto de reflexão, o objeto por ele mesmo (autorreferência), a definição do tema e os limites de sentido da observação. As complexidades formadas pelos novos contextos do constitucionalismo sistêmico criam a necessidade de novas observações, possibilitando a distinção do que é constitucionalismo sistêmico e excluindo o que não é. Só assim o constitucionalismo sistêmico poderá ter sua autonomia no plano estrutural e operativo.

Toda teoria nasce de uma fusão de conhecimentos, de teorias precedentes, de certas tradições. Não há teoria sem memória: a memória teórica é sua história, sua maturação ao entorno de seu objeto. A teoria é tempo e tempo é história.

O tempo é o mesmo para todas as teorias, mas cada sistema especializado o observa de forma distinta. Não há no sistema jurídico algo que se curve mais aos anseios sociais do o constitucionalismo, na medida em que deve estar constantemente interligado em múltiplas observações dos contextos sociais, possibilitando com sua historicidade que os novos atos sociais se alterem e se modifiquem com o próprio tempo.

O constitucionalismo sistêmico é paradoxal na questão temporal, pois, ao mesmo tempo em que estabelece suas bases nas Constituições, que por si são produtos históricos e rígidos, utiliza-se também dos fenômenos teóricos contemporâneos para adquirir mais observações da conjuntura social, já que sem isso o sistema jurídico não poderia estabilizar suas expectativas normativas.

O constitucionalismo de bases sistêmicas atua em diferentes níveis e concepções de mundo, tanto em terrenos políticos<sup>50</sup>, quanto jurídicos, pois os conflitos jurídicos evoluem constantemente, de forma complexa, requerendo mais respostas e observações do sistema do direito.

### 3.1 Constitucionalismo Sistêmico como Sistema Autopoiético

A sociedade é um sistema autorreferencial complexo, composto de comunicações especializadas que formam sistemas especializados em segundo grau. Embora o sistema social seja uma unidade, não deixa de ser um sistema que abarca a totalidade das comunicações.

Com a comunicação diferenciada, o sistema se especializa, criando o paradoxo de aumento e diminuição da complexidade. É importante dizer que para a teoria dos sistemas a sociedade não está composta de homens, mas sim de comunicações diferenciadas, em que cada sistema tem sua própria forma especial de se comunicar, através de sua própria linguagem.

O constitucionalismo sistêmico encontra-se dentro do sistema jurídico, abarcando, em seus múltiplos níveis, diversas formas de observações comunicativas, sejam elas centralizadas ou descentralizadas, potencializando o sistema, fazendo com que ele se aproxime cada vez mais do tempo social, criando mais comunicações especializadas, aumentando sua complexidade e oferecendo mais observações comunicativas.

Pela necessidade autorreferente dos sistemas, o observador não pode ser estático, deve observar de modo eficaz as comunicações complexas da sociedade contemporânea. A necessidade de um constitucionalismo sistêmico em tempos modernos mostra-se exigível no sentido de uma grande insuficiência de observação das novas demandas sociais, que acabam não sendo observadas por carência de complexidade adequada.

Os limites do sistema jurídico são definidos por ele próprio, sendo que eles podem ser descritos de forma analítica (observador/intérprete) ou concreta (objeto). A teoria dos sistemas ocupa-se do objeto, porque não pode aceitar que qualquer observador inclua sua carga axiológica e diga o que é ou não direito. O sistema jurídico tem seus limites estabelecidos pelo seu próprio objeto, dizendo o que pode ou não ser jurídico.

---

<sup>50</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 152; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 129.

Luhmann<sup>51</sup> delibera quatro aspectos definidores do sistema: a) a teoria que descreve como se produz, como se produz seus próprios limites, sua própria comunicação é, contemporaneamente, a teoria dos sistemas; b) diferentemente da teoria analítica em que tudo que é dito, é dito por um observador, na teoria dos sistemas o observador é quem diz, mas limitado pelas fronteiras do sistema. O objeto é o próprio limite do objeto. Toda observação do observador será de segunda ordem, pois observará o objeto em uma distinção entre sistema e ambiente, ou seja, o observador terá os limites do próprio objeto para observar, não podendo comunicar hermeneuticamente de forma discricionária, mas refém do objeto, sob pena de comunicar/observar fora do sistema; c) o sistema observante na teoria dos sistemas ganha seus contornos pela epistemologia construtivista ou pragmática<sup>52</sup>, os sistemas não podem ser compreendidos apenas como sistemas especializados em cognição, mas como sistemas de todo tipo, estabelecendo e restabelecendo observações, com a finalidade de regular sua relação com o ambiente. Nos diversos contextos a teoria da observação se produz em segunda ordem. Com a complexidade, o direito tem a função social na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas; d) por último, o direito se apresenta como um sistema auto-observante. O jurista observa o sistema do seu interior, obedecendo somente à linguagem contida dentro do próprio sistema. Ou seja, a auto-observação e a autodescrição do próprio objeto jurídico é a condição científica de sua possibilidade.

Sistema pode ser compreendido como todo ato comunicativo especializado operacionalmente dentro de seus próprios limites; ele produz sua própria diferenciação, o restante é seu entorno<sup>53</sup>. A autorreferência sistêmica só existe quando enfrentamos um entorno estruturado e determinado. Assim, o sistema (re)produz comunicações consigo mesmo e se diferencia de seu entorno, pois sua linguagem é especializada.

É imperativo pensar a sociedade de forma sistêmica, sob pena de o mundo sempre ser regido por forças de dominação hegemônicas, sem qualquer diferenciação entre as comunicações especializadas, fornecidas pela política, economia, direito, religião, dentre outros sistemas especializados.

O sistema jurídico em tempos contemporâneos de globalização tem a função de maximizar de forma previsível os possíveis conflitos jurídicos. Para isso, tem de romper com

---

<sup>51</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 68-70; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 20-22.

<sup>52</sup> ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 30.

<sup>53</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Traducción de Santiago López Pettit y Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990. p. 44.

as teorias clássicas do constitucionalismo, pois não oferecem respostas fora da Constituição; são ligadas única e exclusivamente a ela, interpretando e (re)interpretando conforme o sujeito, esquecendo toda a cientificidade da observação comunicativa do objeto.

O constitucionalismo sistêmico serve como método de observação nas novas influências advindas com a globalização, paradoxalmente aumentando a complexidade comunicativa ao mesmo tempo em que a diminui. As mais variadas manifestações sociais de vida têm buscado respostas no sistema jurídico, sem que ele possa oferecer respostas em seus métodos convencionais. A teoria do constitucionalismo sistêmico, por ser uma teoria geral, busca responder ao máximo possível dos anseios sociais, tornando-a válida como teoria, pois trabalha a comunicação produzida no sistema jurídico de forma centralizada e descentralizada, atuando em múltiplos níveis comunicativos.

O direito é um sistema autopoietico de segundo grau em face da sociedade. Como sistema autopoietico de primeiro grau, é especializado em seus componentes de linguagem e comunicação, tendo todos os seus elementos articulados em um hiperciclo<sup>54</sup> sistêmico. A elevada complexidade do sistema jurídico exige a aplicação de uma teoria capaz de ampliar e delimitar os limites do direito, pois a distinção entre o sistema e o ambiente é a linha mestra da teoria sistêmica. Apenas a teoria geral do constitucionalismo sistêmico é capaz de executar a árdua tarefa de comunicar os múltiplos níveis constitucionais, ao mesmo tempo em que impõe limites de sentido estabelecido por seus próprios códigos.

Os limites de sentido são as distinções comunicativas de um sistema e seu entorno. Assim, a descrição do sistema do direito se dá pela distinção de seu entorno. É pela diferença que temos o conceito do que é jurídico.

Segundo Luhmann<sup>55</sup>, a distinção entre sistema e entorno é posição central na teoria dos sistemas, pois em suas operações o sistema atua de forma interna, por seus próprios mecanismos e dentro de seus próprios limites, mas pode atuar como observador pelo lado exterior do sistema, observando a sua unidade e a diferença para com o entorno, tornando o sistema fechado operativamente, mas aberto cognitivamente.

O Direito gera sua comunicação, que pressupõe sua operação autopoietica de comunicação. Ou seja, os sistemas jurídicos de comunicação são recursivos, pois só podem

---

<sup>54</sup> TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. 53.

<sup>55</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 42; LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 118-121; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 83-88.

dar sentido através de sua própria autorreferência. As operações do sistema devem recorrer às operações do próprio sistema, em um hiperciclo comunicativo.

Para Luhmann<sup>56</sup>, os limites do sistema nada mais são do que a maneira como se concretizam suas operações. Contudo, os problemas dos limites do sistema jurídico são muito mais complexos. A delimitação é ponto-chave na teoria do constitucionalismo sistêmico, sob pena de tratar todos os temas possíveis, independente da operação correta sistêmica.

Segundo Clam<sup>57</sup>, os limites não podem ser especificados, medidos, pois não são espaciais ou materiais, são limites de sentido<sup>58</sup>. Os limites do direito surgem na operação em que se delineiam e (re)delineiam. Não se tem uma moldura em que caibam os limites. Ao contrário, no constitucionalismo sistêmico, normas são produzidas de forma descentralizadas policontextualmente, ficando nas dobraduras salientes do sistema, ao mesmo tempo em que são produzidas no centro do sistema em múltiplos níveis de constitucionalismo.

Muito do que pode ser descrito como direito e não direito corresponde à (in)capacidade de observação e aos pontos cegos do próprio observador, que, de forma insuficiente, não consegue vislumbrar os limites do sistema, pois toda observação está condicionada a um ponto cego, nunca será total, mas parcial.

Apenas com a teoria geral do constitucionalismo sistêmico é possível observar as múltiplas comunicações jurídicas simultaneamente, criando a distinção entre autorreferência e heterorreferência nos policontextos advindos com a globalização.

A autopoiese no constitucionalismo sistêmico é a própria (re)produção dos limites do sistema. As operações são (re)processadas pelas próprias operações. Dessa forma a autopoiese do Direito somente pode ser realizada por operações sociais<sup>59</sup>. Assim, a descrição do sistema jurídico não parte de normas, jurisprudência ou princípios, mas da substância de suas comunicações.

A comunicação do sistema jurídico tem dupla função: produção e manutenção das estruturas sistêmicas. Assim, toda operação é feita pela primeira e última vez; toda forma de repetição corresponde a fixação de estruturas. O direito, em sentido prático, é um produto

---

<sup>56</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 53.

<sup>57</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 169. (Coleção Díke).

<sup>58</sup> TONET, Fernando. *Reconfigurações do Constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 139. TONET, Fernando. Transformações autopoieticas e a viragem teórica sistêmica estaminal. *REDES – Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, UnilaSalle, v. 2, n. 1, p. 13, maio 2014.

<sup>59</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 104; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 65.

histórico, inexistindo um início, apenas um processo contínuo de operações. É uma máquina histórica<sup>60</sup>, mas não uma máquina trivial. Ao contrário, é uma máquina em que cada operação põe em jogo todo o processo operativo, pois cada operação constitui uma nova máquina.

O hiperciclo comunicativo faz com que o sistema jurídico se mantenha atual, se curvando ao tempo social, buscando se aproximar cada vez mais através de suas operações das expectativas sociais.

Sobre as operações no sistema do direito, Luhmann<sup>61</sup> defende duas aquisições que se estimulam reciprocamente: a) a especificação da função do direito, sua generalização congruente de expectativas comportamentais normativas; b) sua codificação binária legal/ilegal, correspondendo a um valor positivo e outro negativo. Segundo o autor, para um jurista saber se uma comunicação pertence ou não ao sistema do direito, bastaria provar se a comunicação está de acordo ou em discrepância com o direito. Assim, função e código atuariam de forma conjunta para dizer o que é direito e o que não é.

Tudo que pode ser aprendido pelo esquema de controle legal/ilegal é direito; o que não puder ser operado por esse binário não pertence ao sistema jurídico. Quando função e codificação são satisfeitas, pode se falar em sistema jurídico autopoietico.

A especificação do sistema jurídico corresponde a sua operação e reflexividade. Pensa-se que a identificação dos limites do sistema do direito é muito mais complexa do que Luhmann sustenta, no sentido de que a codificação binária é lógica, mas não corresponde à complexidade das comunicações contemporâneas. Clam e Teubner<sup>62</sup> defendem um novo conceito de comunicação jurídica. Assim, mesmo de forma distinta, alteram o pensamento luhmanniano. Clam trabalha com substâncias do direito fora do sistema jurídico, em um âmbito extrajurídico; Teubner, com comunicações policontexturais, com validade e eficácia, mas produzidas fora dos padrões binários. Ainda existe a tese defendida da autopoiese estaminal, rompendo com tudo que já foi escrito, pois oferece uma viragem teórica na teoria dos sistemas, abrindo uma aprendizagem de observação intra e extrasistema.

---

<sup>60</sup> FOERSTER, Heinz Von. Principles of self-organization in a socio-managerial context. In: ULRICH, Hans; PROBST, Gilbert J. B. (Org.). *Self-organization and management os social systems*. Berlim, 1984. p. 2-24.

<sup>61</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 116; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 80-81.

<sup>62</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 173. (Coleção Dike); TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves. São Paulo: Saraiva, 2016; TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 137.

A produção normativa poderia advir de formas descentralizadas, policêntricas, que teriam a mesma comunicação jurídica, mas que ainda não adentraram no sistema operacional jurídico. Essa forma autopoietica seria geral e especializada, bem como adentraria no sistema independentemente de seus filtros, pois, se a comunicação fosse estaminal, ela já pertenceria ao sistema, mesmo que esse não o tivesse observado. Essa observação estaria ligada a uma questão temporal, aumentando ainda mais a complexidade, pois o tempo não é linear. Ao contrário, é plural. Na contemporaneidade, o tempo é fragmentado, comprometendo sua função de integrador social.

Cada sistema é autônomo e tem sua própria evolução, porém, a autopoiese estaminal não obedece aos limites temporais próprios de cada sistema, pois se produz fora dos seus ritmos, se produz pela comunicação. Dessa forma, a capacidade de observar as novas produções normativas descentralizadas caracteriza a nova forma do pensar autopoietico.

No constitucionalismo sistêmico, pela sua multiplicidade de níveis e por sua hipercomplexidade, os códigos binários devem ser (re)vistos, aumentando suas fronteiras tanto positivas quanto negativas. Pela necessidade de reflexividade, o constitucionalismo sistêmico deve cumprir com sua alta demanda interpretativa em todos os níveis exigidos pela sociedade contemporânea.

Quando se sustenta uma ampliação da complexidade comunicativa, não se rompe em hipótese alguma com o fechamento operativo, pois, se assim fosse, não se estaria falando de sistemas, mas de ambiente. O questionamento dos mecanismos de codificação sistêmica se faz necessário em tempos de múltiplos níveis constitucionais, pois, em palavras luhmannianas<sup>63</sup>, não existe uma regra específica para dirimir os conflitos constitucionais, razão pela qual se faz necessária a criação de um sistema de funcionamento jurídico para o tratamento de tais conflitos.

A presente tese é de que o direito constitucional teve extrema modificação nas últimas décadas, ultrapassando os textos constitucionais estatais, com a criação de novas comunicações internacionais/regionais relativas a acordos econômicos, ambientais e humanos, aumentando a complexidade constitucional, se fazendo necessária a aplicação da teoria geral do constitucionalismo sistêmico para balizar as expectativas sociais dentro dos novos processos civilizacionais.

---

<sup>63</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 152-153; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 121.

De fato, o constitucionalismo sistêmico pertence ao sistema do direito, ou seja, todas as suas operações estão dentro do sistema, mas possibilitam um exponencial aumento da abertura cognitiva às novas demandas jurídicas, pois ultrapassa as normas constitucionais clássicas, atuando em diversos níveis.

Não existe uma hierarquia própria nesses múltiplos níveis, mas, sim, uma diferenciação especializada<sup>64</sup>, em que o observador pode regular a profundidade de sua observação e descrição sistêmica, atuando simultaneamente na policontextualidade, no transconstitucionalismo e na interconstitucionalidade.

Apenas quando observadas as diferenças dos múltiplos níveis de comunicação do constitucionalismo sistêmico é que se pode estabelecer de forma coerente a unidade do sistema do direito, operando de forma enclausurada<sup>65</sup> e autorreferencial, produzindo e reproduzindo diferenças internas, para assim poder construir vínculos cognitivos com o ambiente.

### 3.1.1 Sentido do Constitucionalismo Sistêmico

Na teoria geral do constitucionalismo sistêmico, o sentido tem lugar privilegiado de análise, pois ele determina o horizonte operativo do sistema jurídico. Trata-se da fronteira entre o sistema e seu entorno. Ele diz o que pode ser direito ou não. O sistema processa o sentido de forma atual, selecionando as operações sistêmicas que fazem ou não sentido.

O sentido é responsável pelo controle e delimitação dos limites do sistema. O sistema especializado estabelece suas estruturas, diminuindo sua complexidade face ao ambiente, o qual não é possível qualquer tipo de controle de complexidade. O sistema do direito só obtém sua autorreferência quando o próprio sistema concebe o sentido/conceito de direito.

O sentido se produz no momento em que as operações do sistema o produzem, “se produce por tanto sólo en el momento en que las operaciones lo determinan, ni antes ni después”<sup>66</sup>, correspondendo, portanto, à operação atual do sistema, se voltando para suas próprias operações de forma autorreferencial.

O sistema é autoconstituído de sentido: “el sentido es, entonces, a toda luces una forma de operación histórica, y sólo su utilización enlaza el surgimiento contingente y la

<sup>64</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Traducción de Santiago López Petitt y Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990. p. 57.

<sup>65</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. *La sociología y la teoría de la sociedad*. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. IX.

<sup>66</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 27.

indeterminación de aplicaciones futuras”<sup>67</sup>. É por meio do sentido que se torna possível diferenciar o *ego* do *alter*, pois os sistemas observam através de seus sentidos; eles criam a distinção em autorreferência e heterorreferência.

Com os limites de sentido o sistema pode desenvolver sua observação, pois sua operação é fechada em seus próprios sentidos. O sentido, segundo Manssilla e Nafarrate<sup>68</sup>, é um meio, algo que não se vê uma quantidade indeterminada de possibilidades, que só serão percebidas em uma seleção específica do sistema, ou seja, um produto de sua operação.

O sentido é um produto de operações. Os sistemas operam por meio de sentidos, diferenciando autorreferência de heterorreferência. Assim, quando se vale da autorreferência, utiliza-se como meio a heterorreferência. Já quando se observa a heterorreferência, utiliza-se a autorreferência. Isso permite o processo de desenvolvimento e construção evolutiva da complexidade do sistema.

Os sentidos criam seus próprios limites, mas “el límite solamente desde el lado de dentro y mediante el sentido de la forma de un límite dejarse que debe haber algo allí fuera”<sup>69</sup>. Assim, cada limite tem ancorado em si suas próprias negações. Os limites do sentido são suas negações, verdadeiro/falso, legal/ilegal, custo/benefício, e as demais determinações que possam ocorrer.

O sentido corresponde à diferença entre o observador e o observado. O sistema do direito acontece como unidade pelas sequências operativas que reproduzem o sistema de forma autopoietica<sup>70</sup>. Assim as operações podem diferenciar o sistema (observador) do ambiente (observado). O sentido cria um círculo de autorreferência, fazendo com que o sistema opere de forma sucessiva, (re)criando suas operações constantemente.

O evento que cria e recria continuamente as operações é o tempo. Trata-se da observação da realidade com base na diferença entre passado e futuro<sup>71</sup>. Em relação ao

<sup>67</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007, p. 30.

<sup>68</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Heder, 2008. p. 55.

<sup>69</sup> LUHMANN, Niklas. *La religión de la sociedad*. Traducción de Luciano Elizaincín. Madrid: Trotta, 2007. p. 17.

<sup>70</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 275; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 285.

<sup>71</sup> ROCHA, Leonel Severo. Tempo, direito e Constituição. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; TRIBÁN, Jiri. *Sociologia sistêmico-autopoietica das Constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 145; LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamentos para uma teoria geral*. Barcelona: Antrhopos; México: Univesidad Iberoamericana; Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 84. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução de Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 89.

passado, a função é de estabilizar expectativas; em relação ao futuro, possui uma função de guia de comportamentos.

Quem observa o tempo é o observado. A identidade do observador é a mesma identidade do sistema. Para que seja possível arquitetar os limites de sentido do constitucionalismo sistêmico, se faz necessário observar suas negações, pois somente é possível observar através de negações. As próprias coisas inobserváveis<sup>72</sup> são condição de observação, pois possibilitam a condição de observação.

O sentido é um meio que serve à comunicação. Representa a experiência momentânea da comunicação, “una actualización de sentido referida a un punto en el tiempo”<sup>73</sup>. Ele se apresenta unicamente em seu tempo, na atualidade.

Os novos casos jurídicos relativos ao constitucionalismo sistêmico nos níveis centralizados ou descentralizados só podem ser observados se tiverem sentido jurídico. Diferentemente do que se tem sustentado no constitucionalismo sistêmico contemporâneo<sup>74</sup>, não cabe ao direito resolver todos os problemas sociais: ele deve ter limites, pois sua operação é específica, seu sentido é específico, embora dinâmico, para reduzir as expectativas normativas sociais, se autoproduzindo no tempo. Ainda, é uma unidade que não pode ser fragmentada, sob pena de haver uma insuficiência de diferenciação funcional.

Sustentar que o constitucionalismo sistêmico contemporâneo é uma ampliação dos sentidos além dos limites do sistema jurídico, previamente estabelecido por suas operações, é o mesmo que dar uma opinião significativa, no sentido semântico. Algo que faz sentido apenas para o observador, uma opinião consciente, mas inconsistente.

Em um novo projeto de uma teoria geral do constitucionalismo sistêmico, o sentido aparece como um enriquecimento dos processos cognitivos observacionais, “um ‘device’ para o aumento do número das possibilidades em um processo estritamente real”<sup>75</sup>, um acoplamento firme entre os processos cognitivos e processos mundanos, fazendo com que as coisas sejam correspondentes e recíprocas.

---

<sup>72</sup> LUHMANN, Niklas. *La religión de la sociedad*. Traducción de Luciano Elizaincín. Madrid: Trotta, 2007. p. 29.

<sup>73</sup> LUHMANN, Niklas. *El arte de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Heder, 2005. p. 232.

<sup>74</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009; NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010; TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Tradução de Jürgen Volker Dittberner et. al. Piracicaba: Editora Unimep, 2005; TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. Ambos os autores ultrapassam os limites do constitucionalismo clássico, trabalhando um constitucionalismo aberto, mais sociológico do que jurídico. Esse tema será trabalhado nos próximos capítulos.

<sup>75</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 157. (Coleção Díke).

O sentido no constitucionalismo sistêmico aumenta o horizonte de possibilidades de observação, pois cada ponto de sentido pode formar uma nova rede de comunicação constitucional centralizada ou descentralizada. Para Luhmann<sup>76</sup>, a observação está relacionada com o sentido, desdobrando-se em dimensões do consciente e da comunicação. Cada um, para si, constitui uma autopoiese de validade plena.

Nesse contexto, o sentido emerge aumentando consideravelmente os processos de autorreferência. Esse processamento de sentido é a observação, responsável pelo desvelamento das diferenças entre sistema e ambiente. Clam<sup>77</sup> sustenta ser uma inauguração mais elevada de autonomia dos sistemas, conscientemente interrelacionados comunicativamente.

O sentido no constitucionalismo sistêmico possibilita a multiplicidade comunicativa das comunicações jurídicas produzidas na periferia do sistema ou no centro, paradoxalmente aumentando a complexidade do sistema do direito, ao mesmo tempo em que consegue limitar seu objeto de atuação operativa, mantendo sua estrutura íntegra e forte para seus acoplamentos comunicativos com outros sistemas de seu entorno.

### 3.1.2 Função do Constitucionalismo Sistêmico

Para que se possa investigar a função da teoria geral do constitucionalismo sistêmico, dentro do sistema jurídico, primeiramente é necessário perguntar: qual a sua importância para o sistema do direito?

A função da teoria geral do constitucionalismo sistêmico não pode estar ligada a finalidades, mas a expectativas de comunicações sistêmicas constitucionais nos múltiplos níveis sistêmicos, pois suas operações dependem de sua função.

Primeiramente, a função do constitucionalismo sistêmico parte de um ponto de vista comparativo. Em um dado problema, devem entrar em comparação todas as variáveis para o caso, verificando se a melhor variável pertence ao constitucionalismo sistêmico ou a outro ramo do sistema do direito.

No processo de diferenciação funcional interna do sistema do direito, feito por sua autorreflexividade, pode-se verificar se as expectativas são constitucionais ou não. Essa diferenciação fornece uma construção recursiva do sistema de acordo com sua função operativa em uma perspectiva autopoietica.

---

<sup>76</sup> LUHMANN, Niklas. *Soziologische Aufklärung 5*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1990. p. 53.

<sup>77</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 159. (Coleção Díke).

Em linhas luhmannianas<sup>78</sup>, a função do constitucionalismo sistêmico corresponde à verificação de que os problemas sociais criados pelas expectativas normativas jurídicas possam ser diferenciados pelo constitucionalismo sistêmico, dentro da autorreferência do sistema do direito.

Em uma sociedade globalizada, com inúmeras carências de constitucionalidade, uma função apropriada à teoria geral do constitucionalismo sistêmico se faz necessária para o desenvolvimento de mecanismos reprodutivos próprios, que definam a diferença através do observador do que é constitucional ou não.

A pergunta sobre qual é a importância da função na teoria geral do constitucionalismo sistêmico deve sempre ser a questão de um observador, que deve pressupor como essa função participa da operação.

As funções são sempre construções de um observador<sup>79</sup>. Dentre as múltiplas funções da sociedade moderna, seria impossível um ajuste de observação se não fossem os sistemas especializados funcionalmente. A semântica comunicativa do constitucionalismo faz sentido pelo uso repetitivo na satisfação da dupla contingência, pois os resultados obtidos pelas decisões judiciais são resguardados pela linguagem já fixada na função operativa do sistema.

Isso faz com que decisões jurídicas importantes no constitucionalismo sistêmico possam ser (re)utilizadas em outros contextos, ou ignoradas de forma contingencial. Mas, de qualquer forma, existe uma ligação temporal entre a decisão atual e a seguinte, “como se produce el excedente de remisiones de sentido”<sup>80</sup>, criando a possibilidade de seleções futuras de todos os excedentes.

No constitucionalismo sistêmico, com a criação de pontes de conversação entre ordens constitucionais diversas<sup>81</sup>, as decisões excedentes podem ser utilizadas num processo de fertilização cruzada de reflexividade entre as ordens jurídicas, em um aprendizado recíproco,

---

<sup>78</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 181; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 165.

<sup>79</sup> LUHMANN, Niklas. *La religión de la sociedad*. Traducción de Luciano Elizaincín. Madrid: Trotta, 2007. p. 103 e 105; LUHMANN, Niklas. *El arte de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Heder, 2005. p. 231; LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 183; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 167.

<sup>80</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 184; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 169.

<sup>81</sup> TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 186. Marcelo Neves trabalha uma centena de casos jurídicos em sua obra, nos quais decisões locais, regionais, nacionais e internacionais são confrontadas. Porém, não concordamos com os limites estabelecidos pelo autor, relativos ao constitucionalismo sistêmico. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

pois, embora exista uma unidade funcional no constitucionalismo sistêmico, ela é multicêntrica e policontextural.

A função do constitucionalismo sistêmico busca assegurar, por vinculações temporais, certas expectativas de previsibilidade na resolução dos conflitos constitucionais. Dessa forma, estabiliza as expectativas simbolicamente generalizadas, criadas pelas múltiplas ordens constitucionais.

A função do sistema do direito pode ser observada de duas formas distintas<sup>82</sup>: *abstratamente*, em que o direito tem ligação aos custos sociais da vinculação temporal e de expectativas; *concretamente*, na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, temporais, objetivas e sociais.

Por seu arcabouço de expectativas normativas, é possível prever quais expectativas encontrarão aprovação social ou não. Assim, o indivíduo pode correr um risco maior quando deposita sua confiança em expectativas que podem ser rechaçadas pelo Direito, ou pode buscar maior segurança, quando as expectativas normativas já foram utilizadas pelo sistema. Isso faz com que o sistema do direito passe mais ou menos confiança dentro de sua complexa função operativa.

As expectativas normativas passam por um processo contingencial<sup>83</sup>, pois as possibilidades apontadas pelo sistema podem ser diferentes das esperadas. Todas as possibilidades já foram, de certa forma, experimentadas por outros. Quando se busca absorver as perspectivas de outro, reconhece-se o *ego* em *alter*, ou seja, entra-se em um nível de dupla contingência.

O sistema do direito tem apenas uma função<sup>84</sup>, mas essa definição de função traz consequências para norma, pois o conceito de norma não é definido como características próprias essenciais, mas em uma distinção ligada à possibilidade de comportamentos para expectativas futuras.

A norma é o resultado da opção de um observador, que dela se utiliza como limitador da contingência em relação à própria contingência, buscando prever as expectativas,

---

<sup>82</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 188 e 189; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 175.

<sup>83</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1, p. 45.

<sup>84</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 189; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 165. (Comentários na nota de rodapé n.º 17) Segundo Luhmann, dentro do sistema do direito, podem existir subfunções, pois, dependendo do observador, a quem não importe o problema da unidade do sistema jurídico, pode-se analisá-lo sobre vários aspectos funcionais, verificando o sentido normativo em cada função.

ajustando-as ao caso ou prevendo frustrações. Segundo Luhmann, “la juridicidad de la norma sólo se puede determinar através de una observación recursiva en el entramado en el que la norma já sido generada”<sup>85</sup>. Dessa forma, quando se observa a produção de expectativas, pode-se verificar se elas condizem ou não com a função operativa de cada sistema.

Diferentemente das teorias jurídicas tradicionais, a norma não pode ser uma fonte do direito, pois, para a teoria dos sistemas, o direito é mantido como sistema autopoietico e opera enclausuradamente, de modo a garantir sua função. A norma pertence à autorreferência do sistema do direito, fazendo parte dele. É por esse motivo que não pode ser vista como uma fonte do direito, como se estivesse fora do sistema.

Caso isso fosse aceito, o sistema do direito não seria operativamente fechado, e suas expectativas normativas poderiam ser influenciadas por normas religiosas, normas econômicas, normas políticas, dentre tantas outras.

O constitucionalismo sistêmico pode transcender muito a estabilização das expectativas normativas, pois, como fonte de comunicação constitucional, existindo um aprendizado recíproco de forma reflexiva, pode-se deixar de atuar, diminuindo a complexidade dos conflitos, pois *ego* pode vislumbrar que o direito está com *alter*.

Da mesma forma que o aumento de complexidade pode ocasionar a diminuição de complexidade, a diminuição de complexidade pode ocasionar o aumento de complexidade, pois em casos em que o direito dirime conflitos, pode criar novos conflitos<sup>86</sup>. Isso faz parte de sua constante evolução. Trata-se de uma condição típica dos sistemas funcionalmente diferenciados, pois essas diferenças fazem parte do fechamento operativo.

O próprio sistema comanda a si. O direito é tudo aquilo que o próprio direito determina como tal. Portanto, para entender a função dentro da teoria geral do constitucionalismo sistêmico, deve-se observar, no constitucionalismo, suas expectativas normativas esperadas constitucionalmente. Esse processo corresponde à conservação da capacidade de aprendizagem do constitucionalismo sistêmico, sua firmeza e flexibilidade, em que o observador possa regular a profundidade de sua observação e descrição do sistema do direito.

A unidade da identidade funcional se mostra como característica básica na teoria dos sistemas, pois a organização e (re)produção dependem de sua autorreferência, “a

---

<sup>85</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 194; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 183.

<sup>86</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 196; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 185.

funcionalidade dos sistemas pressupõe esta interação entre auto-descrição e operações sistêmicas”<sup>87</sup>. As interferências exógenas não entram no sistema, são apenas observadas cognitivamente através de suas próprias produções operativas.

Dessa forma, em uma sociedade dominada por uma contingência crescente, só é possível buscar suas expectativas comportamentais normativas em uma teoria do constitucionalismo sistêmico apta a reduzir essas complexidades, operando funcionalmente na estabilização das expectativas simbolicamente generalizadas, que ainda serão geradas, pois uma grande quantidade de comunicação ainda não foi observada, já que aquela é limitada por essa.

### 3.1.3 Codificação e Programação do Constitucionalismo Sistêmico

A diferenciação funcional do sistema do direito só pode se orientar caso tenha um código e um programa para tanto. O código que identifica o sistema jurídico é o legal/ilegal. Essa codificação binária é responsável por um valor positivo e um valor negativo, aquele reflete a capacidade de comunicação do sistema, os acoplamentos de suas operações; esse consiste na contingência do valor positivo no contexto do sistema.

O código é uma forma de dois lados<sup>88</sup>, uma distinção na qual o lado interno prevê que há um lado externo. Essa diferenciação dentro/fora é própria do sistema. Não se confunde com o ambiente. São as fronteiras positivas e negativas do sistema.

De um ponto de vista prático, os códigos binários são de fácil manuseio, pois um exclui o outro. Então, para o fechamento do sistema, basta que os códigos sejam utilizados em uma regra geral, segundo a qual tudo que é legal é ilegal ou vice-versa.

O código deve designar uma forma com a qual se possa transformar operações em uma duplicação de realidade. Fundando constantemente novas realidades, “el código proyecta *outro tipo de distinción*, pero una distinción que solamente se vuelve posible en base a la duplicación de la realidad de una visión escindida del mundo”<sup>89</sup>. O código é uma distinção condutora pela qual o sistema pode se identificar e identificar sua própria posição no mundo.

---

<sup>87</sup> TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 32.

<sup>88</sup> LUHMANN, Niklas. *Realidade dos meios de comunicação*. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005. p. 38; LUHMANN, Niklas. *La realidad de los medios de masas*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2007. p. 25; LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: DIEZ, Carlos Gómez-Jara (Ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005. p. 74.

<sup>89</sup> LUHMANN, Niklas. *La religión de la sociedad*. Traducción de Luciano Elizaincín. Madrid: Trotta, 2007. p. 59.

Essa distinção é fundamental, pois para o observador a realidade só pode ser observada quando existe algo em que possa fixar a distinção. Assim, a codificação permite que cada observação possa ocorrer de acordo com a distinção efetuada operativamente pelo observador.

Os sistemas autopoieticos produzem suas próprias estruturas fundadas em suas operações específicas. Isso é típico dos sistemas orientados por uma função. O código é a estrutura fundamental para produção das operações sistêmicas.

Segundo Luhmann<sup>90</sup>, deve esperar-se de um código: a) corresponder à função do sistema operativo ao qual está designado; b) ser completo no sentido de definição, ou seja, determinar a totalidade das funções para o sistema em que está designado operativamente; c) dessa forma, deve operar de maneira seletiva, utilizando seus próprios códigos; d) no lado interno do sistema, deve ser utilizado de forma informativa, sem encerrar a capacidade do sistema de irritação, mantendo sua constante evolução; e) manter o sistema aberto em sua capacidade de fornecer novas programações, nas quais pode oferecer ao sistema do direito novos critérios para decisões sobre o valor do código em uma operação específica; f) a utilização de um código no sistema jurídico corresponde à assimetria binária em um valor positivo e um valor negativo de codificação.

A assimetria na forma de sistema e a simetria na forma de código devem coexistir no mesmo sistema. A assimetria garante o fechamento operativo do sistema. Já a simetria do código garante o cruzar limítrofe do binário, pois, quando o sistema recursivamente trabalha com a legalidade, ele deve observar a ilegalidade, criando possibilidades de tratar o ilegal na legalidade. O ilegal é essencial para a operação jurídica. O código só pode ser conceituado se o legal e o ilegal forem valorados pelo sistema<sup>91</sup>, um com valor contrário ao outro.

Somente os sistemas autorreferenciais podem pressupor uma distinção da diferença. O constitucionalismo sistêmico deve ser codificado; deve possuir um programa específico dentro do sistema do direito que impossibilite ser superado por outros programas dentro do próprio sistema, bem como torne impossível sua utilização por outros sistemas, pois sem isso não se poderia falar na diferenciação do constitucionalismo sistêmico em relação a outras observações especializadas.

---

<sup>90</sup> LUHMANN, Niklas. *El arte de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Heder, 2005. p. 310.

<sup>91</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 233; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 233

O sistema só é um sistema porque é diferenciado de seu meio e de outros sistemas. Assim, no caso jurídico, o sistema do direito só pode se diferenciar do sistema político e econômico porque sabe seu modo operativo, seu próprio código binário – legal/ilegal. Assim, “em todas as operações o sistema pressupõe a si mesmo”<sup>92</sup>, de forma reflexiva.

A operação de diferenciação é possível graças ao desenvolvimento de seu próprio código binário: “é esse código que, operando como centro de gravidade de uma rede circular e fechada de operações sistêmicas, assegura justamente a originária autorreprodução recursiva dos seus elementos básicos e a sua autonomia em face dos restantes subsistemas sociais”.<sup>93</sup> Assim, através da autorreferência de seus próprios códigos, o sistema ganha identidade e operatividade.

Nesse contexto, os sistemas são auto-organizados, capazes de gerar seu processo evolutivo através de seus próprios elementos, tornando-se autorreprodutivos. Isto é, são capazes de produzir seus elementos e condições originárias de produção, tornando-se, desse modo, totalmente independentes do meio envolvente<sup>94</sup>.

São os códigos que dizem o que pertence ou não ao sistema jurídico em suas próprias operações, distinguindo o que é direito do que não é. São estruturas pródigas em pré-condições de identidade, capazes de atuar em biestabilidade positiva e negativa.

Luhmann<sup>95</sup> utiliza-se de tautologia para descrever os códigos e a dissolução dos paradoxos do direito. Positivamente, legal é legal. Em uma negação, legal é ilegal. Assim, o direito de um não pode ser o direito de outro. Existe um impeditivo lógico: quem está na legalidade não pode estar na ilegalidade. Dessa forma, a tautologia resolve o paradoxo.

O direito só é fundado pelo desdobramento do paradoxo. O próprio binário só pode ser descrito pelo paradoxo, mas “la paradoja no puede ser observada, porque para ello se necesitará la aplicación del código a sí misma; es decir, decidir si la distinción derecho/no-derecho es, a su vez, algo conforme (o no-conforme) con el derecho”<sup>96</sup>. Ou seja, o paradoxo é

---

<sup>92</sup> DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Tradução de Herman Nébias Barreto et. al. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 96.

<sup>93</sup> LUHMANN, Niklas. Die Codierung des Rechtssystems. In: *17 Rechtstheorie*, 1986. p. 171; TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. XIV.

<sup>94</sup> TONET, Fernando. *Reconfigurações do Constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 120.

<sup>95</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 226; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 223.

<sup>96</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 234; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 234; LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 61-62.

o ponto cego do sistema. Apenas esse ponto cego torna possível a operação de observação do sistema.

Toda observação depende de uma distinção. Essa distinção está ligada à própria codificação do sistema especializado. Porém, toda distinção tem um ponto cego. Nessa linha, Neves demonstra os limites da observação, pois todo sistema se autorreproduz constantemente, mas todo observador tem um ponto cego, um limite de visão, uma fronteira de observação: “o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação”<sup>97</sup>. Isso conduz à máxima luhmanniana de que “eu vejo o que tu não vês”<sup>98</sup>, exigindo uma forma de interação sistêmica comunicativa como possibilidade de evolução social.

O código é o primeiro passo para a dissolução do paradoxo, pois faz com que o sistema disponha de uma possibilidade de observação específica, auto-observação, com distinção entre autorreferência e heterorreferência. Assim, o sistema pode agir em um sistema complexo sem ter de se adaptar a ele, mantendo sua estrutura programática e seu fechamento operacional.

Dessa forma, podemos demonstrar que fora do direito não existe direito, afinal, tudo está contido nele mesmo. O (sistema do) direito “es una historia sin fin, un sistema autopoietico que sólo produce elementos para poder seguir produciendo más elementos: la codificación binaria es la forma estructural que garantiza precisamente eso”<sup>99</sup>. Isso significa que, de uma perspectiva temporal, o sistema é aberto, em razão de seu fechamento, utilizando-se de sua autorreferência.

Os códigos são responsáveis pela criação dos programas. Em uma divisão bipartida, os códigos são um lado do sistema, e os programas são o outro. Enquanto os códigos se responsabilizam pela autorreferência e heterorreferência do sistema, na medida em que não permitem uma perfeição do direito, possibilitando através do paradoxo sua evolução, os programas atuam no nível de estabilização das expectativas no sistema.

Pela distinção entre o código e o programa, é possível aproximar temporalmente as expectativas normativas do sistema do direito. Assim, novas normas podem surgir no sistema

---

<sup>97</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 298.

<sup>98</sup> NEVES, Marcelo. Niklas Luhmann: eu vejo o que tu não vês. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (Org.). *Pensamento alemão no século XX*. São Paulo: Cosac Naify, 2009. v. 1, p. 273; NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 298; NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 67; TONET, Fernando. *Reconfigurações do Constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 119; LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 62.

<sup>99</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 238; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 238.

jurídico para estabilizar essas expectativas, mas de forma operativa fechada, mantendo a estrutura do direito pela sua codificação.

A segurança jurídica é estabelecida pela distinção entre codificação e programação, “la seguridad del derecho debe consistir en primero lugar, y ante todo, en la seguridad de que los asuntos, si se desea, se traten exclusivamente de acuerdo con el código del derecho, y no de acuerdo con el código del poder o de cualquier otro interes no contemplado por el derecho”<sup>100</sup>. Sempre que outros interesses não correspondem à codificação binária do sistema especializado, tem-se uma insuficiência de diferenciação funcional<sup>101</sup>. Ou seja, não se tem sistema do direito, muito menos qualquer forma de segurança jurídica.

Quando se fala em segurança jurídica, em momento algum se fala em completude sistêmica. Ao contrário, o sistema jurídico se permite incertezas, pois promete resolvê-las com o tempo: “o sistema jurídico é incompleto porque, em todas as suas decisões e operações, necessita ficar aquém de sua própria exigência de garantia jurídica”<sup>102</sup>. Afinal, o futuro se visualiza sempre como algo incerto e paradoxal.

A autopoiese do sistema jurídico reside no fato de poder operar de forma uniforme, com produção, manutenção e alteração de estruturas, para poder se distinguir de forma autorreferencial, mas sem perder sua forma estrutural unitária.

O constitucionalismo sistêmico atua com seu próprio código constitucional/inconstitucional, mas de modo mais amplo do que os modelos clássicos de constitucionalidade, pois observa de forma avançada as manifestações da policontextualidade, do transconstitucionalismo e da interconstitucionalidade. Assim, possibilita uma rede reflexiva de comunicação sistêmica, caracterizada por múltiplos níveis de operação e cognição, comunicando além dos marcos estabelecidos até o momento.

---

<sup>100</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 253; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 288.

<sup>101</sup> Marcelo Neves trabalha de forma vasta situações em que o Brasil opera na insegurança jurídica, criando insuficiências de diferenciação funcional, que ele chama de alopoiese. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Luhmann aceita que em casos extremos possa haver a corrupção sistêmica, quando não é possível se falar em fechamento autopoietico, pois o sistema está totalmente aberto e fragilizado às influências do entorno. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 262, 316, 568, 661, 861; TONET, Fernando. *Reconfigurações do Constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 174-184.

<sup>102</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 125. (Coleção Díke).

As articulações sistêmicas das três matrizes do constitucionalismo sistêmico<sup>103</sup> possibilitam uma rede reflexiva, alterando a codificação e a programação sistêmica, em que os textos constitucionais, de diferentes níveis, possam se autodescrever, codificando o que pertence ao constitucionalismo sistêmico e o que não pertence, estabelecendo novos limites de sentido, pois são criadas de forma centralizada/descentralizada.

### 3.2 Comunicação no Sistema Autopoiético

A comunicação se mostra comumente vista como um processo de transmissão de informação, um processo psicológico pelo qual se realiza a transmissão interpessoal de ideias, sentimentos e atitudes que possibilitem e garantam a dinâmica social. Porém, para Habermas<sup>104</sup> e Luhmann<sup>105</sup>, ambos corifeus em suas teorias, a comunicação é a sociedade e a sociedade é a comunicação.

Habermas<sup>106</sup> define a comunicação em termos gerais como integração social que pode produzir algo através da capacidade de estabelecer vínculos, criando critérios públicos de racionalidade com os próprios entendimentos do intersubjetivismo. Assim, a sociedade se apresenta como um mundo de vida simbolicamente estruturado, que se reproduz através da ação comunicativa.

Luhmann<sup>107</sup> disserta que tudo que conhecemos sobre sociedade, sobre o mundo que vivemos, conhecemos apenas pelos meios de comunicação. A comunicação se reproduz por meio da comunicação. Dessa forma, um sistema autorreferencial e autopoiético se compõe de comunicações.

A comunicação existe, pois existe uma expectativa de comunicar. Sem isso, a autopoiese não poderia existir. A comunicação é uma síntese resultante de três seleções

---

<sup>103</sup> As três matrizes foram trabalhadas de forma descritiva e crítica no terceiro capítulo do livro: TONET, Fernando. *Reconfigurações do Constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 145-209. Elas estão fundadas nos pensamentos de Gunther Teubner (policontextualidade), Marcelo Neves (transconstitucionalismo) e José Joaquim Gomes Canotilho (interconstitucionalidade). As três matrizes serão analisadas sob a perspectiva de uma teoria geral do constitucionalismo sistêmico nos capítulos seguintes.

<sup>104</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2005.

<sup>105</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamentos para uma teoria geral*. Barcelona: Antrhopos; México: Univesidad Iberoamericana; Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998; LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução de Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016..

<sup>106</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2005. p. 88.

<sup>107</sup> LUHMANN, Niklas. *Realidade dos meios de comunicação*. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005. p. 15; LUHMANN, Niklas. *La realidad de los medios de masas*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2007. p. 01.

específicas<sup>108</sup>: “el primer término designa la propia selectividad de la información; el segundo, la selección de su contenido; el tercero, la expectativa de éxito, es decir, la expectativa de una selección de aceptación”. Os três tipos de seleção só podem ser realizados em conjunto, não podendo haver comunicação sem que todos estejam presentes no ato comunicativo.

Segundo Luhmann<sup>109</sup>, a comunicação nasce como algo improvável, pois necessita passar por três barreiras: a) a improbabilidade que o outro entenda, dado que cada sujeito tem seu próprio sistema de consciência e pode não entender o que está sendo comunicado; b) a improbabilidade de que o ato comunicativo ultrapasse o círculo dos presentes, ou seja, de que o ato comunicativo ultrapasse as barreiras da localidade e possa gerar novos atos comunicativos fora do círculo de comunicação; por fim, c) a improbabilidade que se aceite a proposta do outro em um ato comunicativo. Tendo em vista isso, toda comunicação, ou seja, o que foi dito por *ego*, esbarra na aceitação de *alter*. Apenas quando se ultrapassa a barreira das três improbabilidades a comunicação pode ocorrer. Sua superação é elemento fundamental para o ato comunicativo completo.

O fechamento operacional do sistema é sua própria independência, pois possibilita que o sistema possa operar por seus códigos, dentro de suas estruturas comunicativas próprias, bem como possa observar seu ambiente, atuando de acordo com sua comunicação especializada. Pode-se dizer que os sistemas se comunicam por acoplamentos frouxos ou firmes: aquele corresponde a toda produção comunicativa realizada cognitivamente pela observação; este corresponde a toda comunicação realizada operativamente pela autorreferência. Essa abertura/fechamento se denomina autopoiese.

### 3.2.1 Meios de Comunicação

Todos os mecanismos que têm tendência generalizadora são chamados de meio de comunicação. Luhmann<sup>110</sup> estabelece três diferentes meios: a) linguagem, que busca orientar a compreensão das comunicações; b) tecnologias e meios de difusão, dirigidos a aumentar a

<sup>108</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para uma teoria geral*. Barcelona: Antrhopos; México: Univesidad Iberoamericana; Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 143; LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução de Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 165.

<sup>109</sup> LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 4. ed. Tradução de Anabela Carvalho. Lisboa: Vega, 2006. p. 42-43; MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Heder, 2008. p. 129.

<sup>110</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Heder, 2008. p. 130.

probabilidade e extensão do alcance comunicativo, (re)produzindo o tempo da comunicação; e c) os meios de comunicação simbolicamente generalizados, que aumentam a probabilidade da aceitação da comunicação determinada.

A linguagem corresponde à clareza da intenção de se comunicar. Quando alguém fala, podemos verificar qual a intenção da pessoa que está se comunicando. Quando mais farta e clara for a linguagem, maior será a possibilidade de comunicação entre os comunicantes.

Sem a linguagem não é possível um sistema de comunicação, porque pressupõe sempre uma perspectiva de regular o agir comunicativo. Ela é responsável pela informação de quem diz algo e como isso é dito.

As tecnologias e meios de difusão são representados pela escrita, impressa, rádios, televisões, e-mails, celulares, enfim, todos os meios disponíveis a comunicação social. Com a ajuda dos meios de difusão, as improbabilidades de comunicação são superadas, pois as informações ficam em interação permanente.

As múltiplas tecnologias de informação criam a possibilidade de comunicação entre os presentes e ausentes, como também resguardam a historicidade. Uma palestra que utilize os novos meios de comunicação pode ser visualizada em qualquer continente do mundo simultaneamente, bem como pode ser (re)vista décadas mais tarde com a mesma interligação temporal dos participantes do evento.

Assim, tempo e espaço são alterados definitivamente, pois a qualquer tempo e em qualquer lugar pode-se ler uma obra escrita em meados do século XVI ou assistir ao vivo uma conferência no continente europeu, enviando questionamentos e participando ativamente no continente sul-americano, por exemplo. Por fim, são os meios simbolicamente generalizados de comunicação, o grau máximo do aperfeiçoamento comunicacional, em que os símbolos correspondem a meios de comunicação entre todos os seres vivos.

Os meios de comunicação simbolicamente generalizados atuam de forma sistêmica, ligados aos códigos comunicativos de cada sistema. Assim, no sistema do direito, o meio de comunicação é a lei; no sistema político, o poder; já na economia, o dinheiro. Dentro dessa perspectiva, o sistema econômico trabalha em um código binário de custo/benefício. Esse é seu código de linguagem. Assim, uma empresa, sempre que buscar novas operações comunicativas, irá operar pelo custo/benefício, analisando suas necessidades pessoais.

Quanto mais dinheiro circular na sociedade, mais comunicações econômicas estarão ocorrendo. O símbolo dinheiro só tem valor no sistema circular próprio da economia. Isso não diminui sua complexidade. Ao contrário, a expande, pois uma pessoa trabalha, compra materiais, alimentos, através do dinheiro. Ele é responsável pela comunicação entre essas

peessoas. É possível imaginar alguém que esteja em viagem em outro país. Mesmo sem saber falar a língua da localidade onde se encontra, pode se comunicar com um meio simbolicamente generalizado, que é o dinheiro, comprando os produtos necessários para sua subsistência.

O meio simbolicamente generalizado dinheiro é extremamente interessante, pois não tem passado, apenas presente. Não importa, no sistema econômico, de quem já foi o dinheiro, apenas de quem ele é, pois seu valor simbólico pertence ao seu *ego* comunicante.

Ainda, não há o que comparar hierarquicamente os meios de comunicação simbolicamente generalizados, pois na sociedade moderna todos os meios cumprem seu papel, não existindo um super meio de comunicação. Ou seja, um meio de comunicação não pode suprir o papel de outro; o direito não pode impor à economia ou à política suas vontades.

### 3.2.2 Comunicação no Constitucionalismo Sistemico

Todo sistema especializado é um sistema que se diferencia dos outros por sua comunicação específica. O processo de diferenciação interna do sistema é sua comunicação. Dessa forma, o sistema do direito só pode ser diferenciado se sua comunicação for unicamente jurídica.

A problemática contemporânea gira ao entorno das novas ordens globais. Ou seja, o modelo histórico de Westphalia entrou em colapso, desacoplando o Estado do Direito, pois novos direitos surgem de forma descentralizada, sem qualquer regulamentação estatal; alguns direitos típicos de governos nacionais estão sendo substituídos por formas supranacionais, transnacionais ou policontexturais de produção normativa.

A falta de uma teoria geral do constitucionalismo sistêmico faz com que a sociedade não consiga canalizar a troca de comunicações jurídicas e políticas em nível global, criando uma multiplicação de Constituições civis pela necessidade de jurisdição dos próprios setores sociais.

A comunicação produzida pelo constitucionalismo sistêmico contribui no aprimoramento da capacidade de observação do sistema do direito, pois, de fato, na contemporaneidade não se tem, de forma clara e definida, quais códigos e programas devem ser executados no constitucionalismo, seu produto, sua operação especializada. Para ilustrar isso, basta observar a infinidade de casos que chegam ao Supremo Tribunal Federal, que pouco dialogam sobre os problemas constitucionais (direitos fundamentais/direitos humanos).

Em sua maioria esmagadora, pairam sobre revisão de contratos bancários, taxas de juros, contas de luz, contas de telefone, demonstrando, portanto, sua baixa constitucionalidade.

A deficiência da maior corte do Brasil em consolidar jurisprudências com votos teóricos, fundamentados e precisos, é desalentadora. Nunca o STF conseguiu responder às seguintes perguntas: “Em qual caso o STF concretizou o direito fundamental de consciência e crença? O de liberdade de reuniões (manifestação)? O de liberdade profissional? O de liberdade de comunicação social em suas vertentes distintas da liberdade de imprensa e da liberdade de radiodifusão?”<sup>111</sup>.

De fato, as decisões dos juízes em geral têm baixíssima qualidade técnica, são decisões retóricas, desprovidas de metodologias constitucionais, encobertas pelo manto da discricionariedade, em que cada um decide conforme sua consciência<sup>112</sup>.

O déficit de constitucionalidade causado pela desordem comunicativa do sistema constitucional produz desconfiança social, fazendo com que “los tribunales se limitan a lo más necesario para fundamentar sus decisiones”<sup>113</sup>. A justificação das decisões proferidas pelos tribunais carrega em si uma baixa autorreferência, conduzida pela incapacidade de diferenciação de seus códigos e funções.

A função paradoxal de desconstruir o constitucionalismo clássico para construir o constitucionalismo sistêmico não parte do zero. Ao contrário, reforma os fundamentos do constitucionalismo clássico em uma perspectiva sistêmica, de interligação comunicativa. Dessa forma, navegar entre Caríbdis e Cila é particularmente urgente, independente dos riscos

---

<sup>111</sup> MARTINS, Leonardo. Comentário. In: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 292.

<sup>112</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Lenio Streck utiliza a decisão do Ministro do STJ – Humberto Gomes de Barros – como prova das denúncias epistemológicas feitas acima: “*Não me importa o que pensam os doutrinadores*. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, *conforme minha consciência*. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros *decidem assim, porque pensam assim*. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a *doutrina que se amolda a ele*. É fundamental expressarmos o que somos. *Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico* – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja”. (grifo nosso) – STJ – AgReg em REsp n.º 279.899/AL, julg. em 03/04/2001, DJ 11/06/2011. ROCHA, Leone Severo; TONET, Fernando. Por quem cantam as sereias de Homero e o paradoxo sistêmico da decisão. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás – UFG*, Goiânia, v. 42, n. 1, p. 140, jan./abr. 2018.

<sup>113</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 377; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 421.

teóricos envolvidos, pois o fechamento operacional do sistema do constitucionalismo sistêmico necessita de comunicações adequadas. Só assim o sistema do direito poderá aumentar sua capacidade de observação em seus múltiplos níveis.

O direito constitucional é uma instituição limitada para enfrentar os problemas da sociedade moderna. O aumento das relações interconstitucionais criou a necessidade de “abertura do constitucionalismo para além do Estado”<sup>114</sup>, pois os direitos constitucionais (direitos fundamentais/direitos humanos) ultrapassam todas as fronteiras.

A comunicação em uma teoria geral do constitucionalismo sistêmico parte de uma necessidade de observação multicêntrica, ou seja, depende do ponto em que se está observando. O centro localiza-se do ponto em que se está observando. Assim, a comunicação binária constitucional/inconstitucional pode ser observada em múltiplos níveis, policontexturais, transconstitucionais ou interconstitucionais, aumentando a capacidade do sistema do direito em “decidir autorreferencialmente”<sup>115</sup>.

A fragilidade da comunicação constitucional autorreferencial cria o que Luhmann chama de “la debilidad metodológica”<sup>116</sup>: os tribunais dilatam a duração dos processos; o excesso de processos, por uma falta de filtro de constitucionalidade, inunda as repartições; perdem-se as diretrizes dogmáticas; os limites entre legislação e jurisprudência dependem do paradoxo decisório, em que a obrigação em decidir acaba por se expressar em soluções aceitáveis, criando uma quimera jurídica sem qualquer substância de constitucionalidade.

A reprodução do sistema do constitucionalismo sistêmico só é possível por uma comunicação constitucional sistêmica. O constitucionalismo deve se articular sobre si mesmo para poder operar suas próprias comunicações. Só a comunicação constitucional pode comunicar constitucionalmente. Dessa forma, definir os limites dessa comunicação parte do paradoxo de que tudo que for comunicado, mesmo que inconstitucional, deve ser justificado pela constitucionalidade multicêntrica.

A observação da comunicação constitucional parte de uma perspectiva cognitiva<sup>117</sup>, em que o sistema jurídico constitucional evidencia seu paradoxo

---

<sup>114</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 120.

<sup>115</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 379; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 424.

<sup>116</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 381; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 426.

<sup>117</sup> CLAM, Jean, *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 185-187. Para o autor, cognição está ligada à própria norma, em que vida pode ser um processo biológico, ou estar ligada a um crime. As categorias cognitivas transformam seu sentido fundamental. O binário norma/cognição seria dividido em dois

constitucional/inconstitucional, na qual a inclusão e exclusão constitucional dependem da cognição de observação multicêntrica, levando ao fechamento operativo e à autopoiese do constitucionalismo sistêmico.

### 3.3 Evolução do Constitucionalismo Sistêmico

Charles Darwin<sup>118</sup> foi o primeiro cientista a trabalhar conceitualmente a evolução de sentido estruturada das espécies, em que a evolução se comportaria de maneira recursiva, pelo esquema de *variação* como algo que se transforma em algo distinto. *Seleção* como adesão positiva dos efeitos que foram variados e *re-estabilização*, momento em que se demonstra se a seleção foi ou não exitosa.

Para Luhmann<sup>119</sup>, a sociedade é resultado de sua evolução. A teoria da evolução tem seu ponto de partida no paradoxo da probabilidade do improvável, na diferenciação entre variação e seleção.

O paradoxo se formula como uma autoimplicação, em que a comunicação improvável, inesperada, cria uma variação para seleção, que deve produzir a estabilidade sistêmica em uma reprodução autopoietica que possibilite sua autoevolução.

Em termos gerais evolutivos, pode-se firmar um caminho próprio da evolução sistêmica<sup>120</sup>: a) a evolução conduz a uma crescente improbabilidade, ou seja, *é cada vez mais provável o improvável*. A evolução necessita desse paradoxo. No sistema jurídico, uma decisão pode se esgotar em uma expectativa ou se desdobrar em várias possibilidades não esperadas. Dessa forma, para entender a teoria evolutiva, deve-se ter como ponto de partida a distinção entre provável/improvável; b) o paradoxo cria diversas expectativas contingenciais, introduzindo o conceito de *complexidade*. Na evolução sistêmica, a evolução possibilita “una

---

momentos: no primeiro, os argumentos cognitivos fundamentariam as questões normativas; num segundo momento, a imbricação de cognição e normatização levaria ao fechamento operativo do direito em uma autopoiese inflexível. A comunicação é uma estrutura que se autoenvolve, um texto que cria seu próprio contexto. O paradigma social é que toda comunicação parte da sociedade, caracteriza-se como uma matriz construtiva de sentidos, a observação do que tem sentido constitucional ou inconstitucional, parte da efetivação da comunicação social.

<sup>118</sup> DARWIN, Charles. *L'origine delle specie*. Traduzione de Mirella Di Castro. Roma: Newton Compton, 2013. p. 9-15.

<sup>119</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 325; MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Heder, 2008. p. 293; LUHMANN, Niklas. *La religión de la sociedad*. Traducción de Luciano Elizaincín. Madrid: Trotta, 2007. p. 184; LUHMANN, Niklas. *El arte de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Heder, 2005. p. 354, 367.

<sup>120</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Heder, 2008. p. 309.

mayor complejidad sin que se sigan efectos destructivos para la autopoiesis”<sup>121</sup>. A evolução é um processo que se orienta na construção de complexidade; c) a *adaptación* refere-se a uma relação entre sistema/entorno variável: o sistema agindo conjuntamente com seus códigos de valores fará a atuação pela forma de acoplamentos estruturais entre o sistema e o entorno; d) *proceso*, utilizado principalmente em teorias históricas, porém, se a evolução ocorre pela diferença entre variação e seleção, o processo se mostra equivocado, pois depende do próprio sistema autorreferencial sua evolução. Assim, a observação própria é que conduzirá a diferença do paradoxo evolutivo.

Em termos particulares da teoria dos sistemas autopoieticos, o esquema darwiniano de *variação, seleção e reestabilização* conduz à dinâmica evolutiva do sistema autopoietico. Em outras palavras, é a diferença entre sistema especializado e entorno que produzem evolução.

A *variação* decorre da mudança do sistema, algo desviante se reproduz através dos elementos sistêmicos, ou seja, novos fenômenos surgem no mundo fático jurídico: “toda variación se presenta, por tanto, como contradicción, no en el sentido lógico sino en el sentido más originario dialógico”<sup>122</sup>. A variação forma uma contradição ao próprio sistema em que atua.

A *seleção*, que é a reação positiva ou negativa à nova variação sistêmica, pode possibilitar a continuidade ou não desse novo elemento. A seleção seria um fruto da variação, ocorrendo forçosamente, pois significaria uma consequência natural.

Para Luhmann, “las selecciones se entienden como respuestas a las perturbaciones y como restablecimiento de un estado de tranquilidad, de una situación estable de la sociedad”<sup>123</sup>. A seleção tem o papel de balizador dos novos elementos, que serão aceitos ou não pela estrutura sistêmica.

<sup>121</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Heder, 2008. p. 309-319. Luhmann não aceita a caracterização da teoria darwiniana como uma teoria do progresso. Ao contrário, defende ser um mal-entendido facilmente reconhecido, pois sistemicamente toda definição implica um processo de observação. Somente um sistema pode se distinguir de seu entorno, sua própria distinção corresponde a uma função evolutiva. LUHMANN, Niklas. *La religión de la sociedad*. Traducción de Luciano Elizaincín. Madrid: Trotta, 2007. p. 184.

<sup>122</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 364; TONET, Fernando. *Reconfigurações do Constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 113; TONET, Fernando. Transformações autopoieticas e a viragem teórica sistêmica estaminal. *REDES – Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, UnilaSalle, v. 2, n. 1, p. 15, maio 2014; LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 304; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 323; LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Santiago do Chile: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 19.

<sup>123</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 393-394.

Por fim, a *estabilização* é a entrada da variação que passou pela seleção do novo sistema. Sendo assim, é o mecanismo que vem assegurar a estrutura inovadora que, segundo Neves, fornece a unidade de reprodução do sistema, criando “duração e capacidade de resistência”<sup>124</sup> sistêmica.

Esses três elementos são estruturas necessárias da unidade da reprodução autopoietica: a evolução só é possível com a intervenção diferenciada da variação, seleção e reestabilização.

A variação afeta, por sua atenção inesperada, as operações da seleção estruturada, cuja reestabilização baliza a relação entre o sistema e o ambiente. A teoria da evolução é circular, pois suas estruturas e operações não podem ser feitas de forma separada. Ao contrário, caso isso fosse aceito, o sistema teria uma incapacidade funcional de coordenação, podendo ultrapassar os limites sistêmicos de forma destrutiva.

Os sistemas autopoieticos são constituídos por uma relação circular autorreferencial<sup>125</sup> entre estrutura e operação: “estos sistemas producen estructuras mediante sus propias operaciones, las que a su vez suponen que las estructuras dirigen el establecimiento de operaciones conectivas”<sup>126</sup>. Tais distinções sugerem uma sequência temporal e devem ser entendidas nesse sentido.

A evolução é sempre uma modificação do status existente no sistema especializado. Quer dizer, a dura estrutura evolutiva exige que os elementos de evolução sejam definidos de forma coordenada, não sequencial, mas circular, pois não se pode começar a transformação estrutural pela seleção ou pela reestabilização, mas apenas pela variação, quando algo inesperado é observado pelo sistema especializado.

Um sistema autopoietico define sua evolução pela seleção de estruturas, pois considera a estrutura seu próprio guia autorreferencial na seleção de novas estruturas. Pode-se falar, então, em seleção da seleção – essa forma de regulação só pode acontecer em sistemas que evoluem autopoieticamente.

Em termos sistêmicos, a evolução é devida à própria evolução, pois é autorreferencial, vem de sua própria autopoiese: “la distinción de variación y selección es la forma del

---

<sup>124</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 02.

<sup>125</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 315; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 338.

<sup>126</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Heder, 2008. p. 326.

concepto de evolución”<sup>127</sup>. O sistema evolui selecionando as variações observadas em seu ambiente, no outro.

A questão do fechamento operacional e sua evolução já está esclarecida nos dias atuais, e o fechamento operacional não exclui a evolução, pois pela diferença o sistema se adapta temporalmente ao seu ambiente. Caso contrário, não haveria evolução, apenas estagnação com as operações realizadas, sem abertura cognitiva.

A variação sempre se mostra como uma contradição às estruturas do sistema. Dessa forma, leva o sistema a uma autocontradição. Sempre carrega em si uma carga negativa. No sistema do direito, está relacionada às expectativas normativas inesperadas. Por isso, no constitucionalismo sistêmico, está ligada a perturbações negativas advindas do ambiente, observando de forma retrospectiva um fato constitucional/inconstitucional ocorrido.

A evolução do sistema constitucional sistêmico é estabelecida em uma difícil observação: saber se o sistema constitucional perturbado tem ou não de conceber os direitos. Em tempos de globalização, isso se torna ainda mais complexo, pois as normas constitucionais deixaram de ser centralizadas em sua exclusividade, passando a ser consideradas em diversos níveis, como as policontexturais, pertencentes exclusivamente à descentralização; as transconstitucionais, atinentes às normas centralizadas e descentralizadas; e, por fim, as interconstitucionais, centralizadas, mas hierarquicamente superiores às teorias clássicas do direito<sup>128</sup>.

A evolução do sistema constitucional só pode ocorrer em uma observação de segunda ordem, apenas quando os conflitos se verbalizam. Quando os perturbados acusam e se defendem na busca de seus direitos é que o sistema do direito pode decidir quem tem ou não

<sup>127</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 373; LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milán: Editore Franco Angeli, 1992. p. 169; LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1993. cap. 3.

<sup>128</sup> Kelsen, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998; Bobbio, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995; Canotilho, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Editora Coimbra, 1982. A supremacia da teoria normativa pode ser vista em dois sentidos: no sentido amplo, corresponde à ideologia da interpretação jurídica; no sentido estrito, à distinção entre legalidade e constitucionalidade. Clève, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional: ações constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 16. (Coleção Doutrina, Processos e Procedimentos). Em Jellinek, as Constituições que não se distinguem, nem por sua origem, nem por seu meio de modificação, da atividade legislativa carecem de significação prática na vida do direito. Jellinek, Georg. *Teoría general del Estado*. Traducción de Fernando de Los Ríos. Montevideo: BdeF, 2005. p. 658-659. No mesmo sentido: Pactet, Pierre; Mélin-Soucramani, Ferdinand. *Institutions politiques. droit constitutionnel*. Paris: Armand Colin, 2004. p. 73; Cadoux, Charles. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Cujas, 1995. p. 173. Vedel, Georges. *Droit constitutionnel*. Paris: Sirey, 1949. p. 117. A concepção hierarquizada das normas que integram o ordenamento jurídico ainda são sustentadas pelas teorias clássicas, mesmo em tempos de globalização e de deslocamento da gravidade do constitucionalismo para além dos Estados nacionais.

razão na demanda jurídica. Em casos policontexturais<sup>129</sup> de normas descentralizadas, isso é complicadíssimo, pois os caminhos de acesso à justiça são conturbados ou até inexistentes.

As expectativas normativas de generalização congruente são importantes, porque constituem a evolução sistêmica. A sociedade não pode amparar o direito no consenso. Ao contrário, na complexidade do dissenso é que se criam possibilidades evolutivas para o sistema jurídico. O consenso excluiria toda e qualquer forma de evolução.

As variações no sistema do direito são imprevisíveis, surpreendentes, mas nada dizem sobre a possibilidade de seleção sistêmica. Aquela trabalha apenas como uma contradição às estruturas, ao passo que a seleção condensa em si a congruência/incongruência, podendo, dessa forma, selecionar ou não livremente a variação.

Em um processo constitucional, “los procedimientos de los tribunales existe un nivel en donde se confirman (o rechazan) las exoectativas normativas que pertenecen al derecho, pues se utiliza ya el código conforme a derecho/no conforme a derecho”<sup>130</sup>. A seleção opera em relação a um constitucionalismo estável, que utiliza a codificação constitucional/inconstitucional. Dessa forma, armazena uma semântica de programações recursivas que são utilizadas em suas autorreferências.

As variações podem muitas vezes passar inadvertidas pelo constitucionalismo sistêmico, porém, as seleções sempre se referem à própria memória do constitucionalismo, verificando se aquela variação pode ou não se materializar no sistema do direito.

A reestabilização do sistema constitucional deve ser baseada dentro de sua própria dinâmica operativa: “el derecho no espera a que las personas entren em conflicto, para luego encontrar una solución justa que coincida com la ley. Más bien, el derecho mismo, por médio de intervenciones regulativas em la vida cotidiana, produce situaciones que luego serán motivo de conflictos”<sup>131</sup>. O sistema constitucional se exerce a si próprio de forma autorreferencial.

---

<sup>129</sup> O constitucionalismo sistêmico na policontexturalidade será trabalhado em capítulo específico.

<sup>130</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 331; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 358.

<sup>131</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 339-340; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 370. O que provoca a variação do sistema constitucional é o que o próprio sistema percebe como irritação, para o qual ele encontra uma forma sistêmica de operar. Em outra posição, Habermas sustenta três consequências relativas à evolução dos sistemas autopoieticos: a primeira de que o direito só regula a sociedade em sentido metafórico. Ao se modificar, se apresenta a outros sistemas como um entorno modificado, que pode parecer a mesma forma; a segunda crítica, se funda na validade normativa estar em seu código binário. As normas seriam apenas expectativas cognitivas. Havendo um engano, o próprio sistema não estaria disposto a revisar. A terceira crítica diz respeito ao fato de que compreendendo-se o direito como um sistema autorreferencial, a justificação racional das decisões não

O avanço evolucionar do constitucionalismo sistêmico em seus múltiplos níveis está no fato de que as Constituições estatais deixarão de desempenhar suas funções de forma plena. Não conseguiram estabilizar as expectativas normativas, criando uma baixa constitucionalidade, principalmente no que tange ao constitucionalismo descentralizado, em que as constituições sociais buscam regular normativamente os espaços deixados pelo constitucionalismo clássico.

### 3.4 O Sentido Autopoietico

O conceito de autopoiese nasceu com os biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela<sup>132</sup>. A denominação *autopoiesis* surgiu em uma pesquisa desenvolvida pelos biólogos, na qual *poiesis* foi explicada como algo que se produz fora de si mesmo. Assim, Maturana acrescentou a palavra *auto*, criando o conceito de *autopoiesis*<sup>133</sup>, que corresponde a um sistema que só pode produzir suas operações na sua própria rede operativa.

---

poderia estar baseada em argumentações jurídicas, pois essas não podem ser racionalizadas. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2005. p. 113-114. Em resposta, Luhmann diz que as informações fazem conhecido o desconhecido. Então, a comunicação pode se entender como uma conversação de informações redundantes. A argumentação fornece o mesmo nível reflexivo, utiliza a razão para ajudar a fundamentar as redundâncias que introduzem variações. LUHMANN, Niklas. *Juristische Argumentation*. Manuscrito, 1991, p. 01 *apud*. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2005. p. 113. Luhmann compreende que a argumentação não pode alcançar o que não pode produzir, ou seja, a argumentação não cria direitos. O próprio direito cria direitos de forma autopoietica. O argumento apenas pode conferir validade a novos direitos e obrigações, mas não pode criá-los. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 401; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 451.

<sup>132</sup> O texto que deu origem a autopoiese, “De máquinas y seres vivos: una teoría sobre la organización biológica”, foi publicado em 1973, após ter sido recusado por mais de cinco revistas especializadas. MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *De máquinas y seres vivos-autopoiesis: la organización de lo viviente*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1997; MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *De máquinas e seres vivos – autopoiese: a organização do vivo*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

<sup>133</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 119; NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 60-61; NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 127. Neves sustenta que etimologicamente as palavras derivam do grego *autós* (por si próprio) e *poiesis* (criação, produção). Significa que o respectivo sistema é constituído pelos seus próprios componentes que ele autoconstrói. São sistemas homeostáticos, caracterizados pelo equilíbrio no fechamento da produção e reprodução de seus elementos. Para Luhmann, a teoria biológica da autopoiese trata a o fechamento com uma concepção radical, na qual, para a relação entre o sistema e o ambiente, necessita de um observador de fora do sistema, ou seja, de outro sistema. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para uma teoria geral*. Barcelona: Antrhops; México: Univesidad Iberoamericana; Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 54; LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução de Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 52. Em sistemas constituídos de sentido, a auto-observação é peça-chave para a reprodução autopoietica.

Nesse sentido, a autopoiese conclui um sistema que se produz a si mesmo, sendo autônomo em seus níveis de operação, autorreproduzindo-se através de seus próprios elementos constitutivos.

O conceito de autopoiese tem se diferenciado no decorrer dos tempos através de seus doutrinadores, como se poderá ver na análise dos modelos autopoieticos nas teorias de Humberto Maturana, Niklas Luhmann, Gunther Teubner e Jean Clam.

### 3.4.1 Autopoiese em Humberto Maturana

Em Maturana, os seres vivos<sup>134</sup> seriam uma espécie de máquinas autopoieticas, pois estariam em uma rede constante de produção, criação, transformação e destruição de seus próprios componentes.

O ambiente seria extremamente importante nas concepções do autor, pois a capacidade de reprodução autopoietica estaria ligada ao espaço onde o organismo se desenvolve. O sentido de reprodução da autopoiese seria produzido pelas distinções<sup>135</sup> entre o organismo e o ambiente.

A autopoiese teria necessariamente de ser aplicada aos seres vivos. Maturana<sup>136</sup> responde à indagação do que são seres vivos afirmando “Los seres vivos, incluidos los seres humanos, somos sistemas determinados estructuralmente. Esto quiere decir que todo ocurre en nosotros en la forma de cambios estructurales determinados en nuestra estructura”. Isso seria resultado da própria dinâmica estrutural interna dos seres vivos.

O autor afirma que todas as transformações só podem ser produzidas dentro da própria estrutura interna dos seres vivos, em uma espécie de troca de comunicações estruturais. Nesse sentido, a geografia estrutural, a conduta do organismo vivo, dependeria dessas trocas congruentes de experiências e informações.

O conceito de autopoiese<sup>137</sup>, como foi concebido originalmente pela teoria biológica, busca explicar os “processos elementares da vida, em particular o nível da célula e do sistema

---

<sup>134</sup> MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001. p. 29.

<sup>135</sup> ROCHA, Leonel Severo. Autopoiese e teoria do direito. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 17.

<sup>136</sup> MATURANA, Humberto R. Biología del fenómeno social. *Revista Ecovisiones*, [S.l.], 2018. Disponível em: <<http://www.ecovisiones.cl/metavisiones/Pensadores/maturana/sistemassociales.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

<sup>137</sup> Segundo Varela, “A autopoiese tenta definir a singularidade do surgimento que produz vida em sua forma celular fundamental. Ela é específica ao nível celular. Há um processo circular ou em rede que gera um paradoxo: uma rede auto-organizadora de reações bioquímicas produz moléculas que fazem algo específico e único: elas criam um limite, uma membrana, que confina a rede que produziu os constituintes da membrana.

nervoso central”<sup>138</sup>, como um organismo autônomo de articulações que constituem o próprio sistema.

Como forma exemplificativa da autopoiese biológica fornecida por Maturana, pode-se imaginar o cérebro humano como organismo autopoietico. O cérebro, através do acoplamento que advém dos sentidos (visão, audição), realiza uma comunicação com o ambiente. Ocorre que o cérebro ainda é mecanismo fechado, “em total acordo com o encerramento operativo”<sup>139</sup>, pois adquire experiências advindas do meio, mas só porque o próprio fechamento as permite.

O ambiente não entra em contato direto com o organismo. Esse contato é feito através das observações que o próprio organismo realiza. O meio não pode impor as informações; apenas pode ser produzida a experiência através de seus próprios meios observacionais.

O ser vivo só pode manter sua vida através das comunicações organizacionais, “en continuo cambio estructural”<sup>140</sup>. Todo sistema se desintegra quando suas trocas estruturais não se conservam, pois sua organização deixa de ser autopoietica, ocasionando a morte do organismo.

Nesse sentido, Rocha<sup>141</sup> afirma que, segundo a teoria de Maturana, um sistema só permanece vivo se sua estrutura for organizacionalmente autopoietica, pois conservaria as funções autorreferenciais, autoprodutivas, no sentido de que esses elementos são produzidos dentro do próprio organismo, em uma rede circular e recursiva.

Para os biólogos, um sistema permanece sistema porque é determinado por suas próprias estruturas. Assim, os organismos autopoieticos representariam uma clausura

Esse *bootstrap* é precisamente o que é único nas células. Uma entidade que se autodiferencia existe quando o *bootstrap* está completo. Essa entidade produziu seu próprio limite. Ela não precisa de um agente externo que diga, “Estou aqui”. Ela é, por si mesma, uma autodistinção. Através do *bootstrap* ela mesma se retira de uma sopa química e física”. VARELA, Francisco. *The emergent self*. In: BROCKMAN, John (Ed). *The third culture*. Nova York: Simon and Schuster, 1996. p. 212. Sobre a questão do *Self* e Autopoiese, ver: ŽIŽEK, Slavoj. *Órgãos sem corpos: Deleuze e consequências*. Tradução de Manuella Assad Gómez. Rio de Janeiro: Cia de Freud, 2008. p. 159-168.

<sup>138</sup> TEUBNER, Gunther, *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 59.

<sup>139</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 133.

<sup>140</sup> MATURANA, Humberto R. *Biología del fenómeno social*. *Revista Ecovisiones*, [S.l.], 2018. Disponível em: <<http://www.ecovisiones.cl/metavisiones/Pensadores/maturana/sistemassociales.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

<sup>141</sup> ROCHA, Leonel Severo. *Autopoiese e teoria do direito*. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 17.

operacional radical, em que cada organismo biológico<sup>142</sup> reside na unidade de suas próprias observações, jamais admitindo o envolvimento de outros organismos em suas autoproduções.

O fechamento radial do sistema autopoietico em suas próprias operações conduz à necessidade de um observador fora do sistema, ou seja, o sistema seria observado apenas por outros sistemas, não existindo uma auto-observação, perdendo o sentido autopoietico luhmanniano.

Importante destacar que na biologia podem existir duas formas de autopoiese, de primeira e segunda ordem<sup>143</sup>. Uma estaria ligada como formas celulares simples; já as outras seriam especializadas, como organismos celulares que desempenham funções essenciais, como locomoção, digestão, respiração dentre outros.

Por fim, Maturana diz que os seres humanos podem ser membros de vários sistemas sociais ao mesmo tempo, basta que realizem condutas próprias de cada sistema, mesmo que um contradiga o outro, como, por exemplo, os sistemas educacionais, religiosos, familiares, que são autônomos em sua unidade, pois sempre que quisermos modificar os sistemas “seamos expulsados como hipócritas o parasitos”<sup>144</sup>, já que não pertencemos a eles, apenas os observamos.

### 3.4.2 Autopoiese em Niklas Luhmann

Em Luhmann, os sistemas autopoieticos são sistemas de comunicação, em que os seres vivos, em particular os seres humanos, não fazem parte dos sistemas sociais, mas constituem aspectos de seu meio. Maturana<sup>145</sup> é contrário ao posicionamento luhmanniano, pois diz que os sistemas de comunicação estariam estritamente ligados aos processos humanos de comunicação, não podendo haver de fato uma comunicação sem esse processo.

A teoria de Luhmann trabalha o pressuposto da diversidade sistêmica social, como possibilidade de um construtivismo de sistemas interconectados em redes de operação,

<sup>142</sup> MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco. *De máquinas y seres vivos*. Santiago: Editorial Universitaria, 1973 *apud*. TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. IV.

<sup>143</sup> SANTOS, Miguel Ramalho. Células estaminais como densidades autopoieticas. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 497.

<sup>144</sup> MATURANA, Humberto R. Biología del fenómeno social. *Revista Ecovisiones*, [S.l.], 2018. Disponível em: <<http://www.ecovisiones.cl/metavisiones/Pensadores/maturana/sistemassociales.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

<sup>145</sup> MATURANA, Humberto R. Biología del fenómeno social. *Revista Ecovisiones*, [S.l.], 2018. Disponível em: <<http://www.ecovisiones.cl/metavisiones/Pensadores/maturana/sistemassociales.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

atuando em clausura operativa e abertura cognitiva, evoluindo através de suas próprias observações, através de uma autorreflexividade<sup>146</sup> permanente.

Para Neves<sup>147</sup>, a concepção luhmanniana do fechamento operativo é a possibilidade de abertura cognitiva. Assim, toda a abertura é baseada no fechamento, o que torna o sistema autônomo perante o meio, que indicaria apenas ruídos para aquele, que só os aceitaria através de observações próprias.

O autor<sup>148</sup> disserta sobre duas perspectivas referentes ao fechamento e a abertura do sistema autopoietico. A primeira corresponde ao próprio controle dos códigos que estabelecem sua constituição, possibilitando seu fechamento em seus próprios elementos; a segunda se dá pelo controle de possibilidades de negação, que permite uma contínua seleção e estabilidade com o ambiente.

O sistema autopoietico é composto de elementos que compõem o próprio sistema, caracterizando-o de forma autônoma e diferenciada perante o sistema e o ambiente. Dessa forma, demarca suas próprias fronteiras, utilizando-se de seus elementos estruturais autorreferenciais, sentido, função, códigos, programação, comunicações especializadas e autodescrições.

Essa reflexão circular, que é feita no interior do sistema, é sua necessidade de vida, uma condição autopoietica em que as estruturas irão referir-se de forma favorável ou contrária de acordo com seus códigos binários próprios, no caso jurídico: legal/ilegal. Assim, um sistema só pode ser caracterizado como sistema quando dispõe de seus códigos binários específicos.

No mesmo sentido, a autoprodução seria a necessidade básica de um sistema, referente ao movimento que ocorre no seu interior. Esses movimentos subsequentes caracterizariam a própria articulação intrasistêmica; em um segundo momento, surgiria a ideia de autopoiese, que só é possível graças ao fechamento operativo, que impede uma confusão com o meio, permitindo que o sistema tenha aberturas cognitivas através da observação.

---

<sup>146</sup> Para Žižek, autorreflexivo “é algo que só existe na medida em que aparece a si mesmo”. ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 287.

<sup>147</sup> NEVES, Marcelo. Autopoiese. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 80; NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 63; NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 130.

<sup>148</sup> NEVES, Marcelo. Autopoiese. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 80-81; NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 63; NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 130.

No presente caso, trabalha-se com o conceito de sistema jurídico autopoiético. “O direito constitui um sistema autopoiético de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoiético de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes”<sup>149</sup>. Essa articulação entre os sistemas produz uma nova realidade, um hiperciclo comunicativo.

A comunicação corresponde à unidade elementar de todos os sistemas sociais. O sistema depende do ato comunicativo para sobreviver, porque “la reproducción de los sistemas comunicativos, sólo es posible por medio de la comunicación”<sup>150</sup>. A recursividade do fechamento e a circularidade comunicativa específica permitem o funcionamento estável do sistema e sua autonomia funcional.

Em Luhmann, o sistema só pode obter comunicação quando constituído de três características: *seleção de informação*, *seleção de autocomunicar* e *seleção de realizar o ato de entender ou não entender*.<sup>151</sup> Essas três características só podem ser realizadas em conjunto, não podendo haver comunicação sem que todas estejam presentes no ato comunicativo.

Em síntese, a comunicação é um próprio sistema autopoiético, na medida em que, ao reduzir todas as operações da unidade do sistema, reproduz a si mesma. Desse modo, “isso significa que o sistema de comunicação determina não só os seus elementos – que são, em última instância, comunicação – como também suas próprias estruturas”<sup>152</sup>. A comunicação torna-se a unidade elementar do sistema.

Em outras palavras, o que não pode se comunicar não interessa ao sistema autopoiético, pois somente a comunicação pode criar comunicação em um sistema. Apenas ela pode proporcionar um sistema autopoiético, reflexivo de suas próprias estruturas.

As construções luhmannianas ganharam contextos inimagináveis depois da entrada da autopoiese na teoria dos sistemas. Luhmann foi excessivo, incansável, em suas pesquisas. Foi tão longe por uma trilha demasiado solitária e montou uma teoria tão elaborada que não pode ser facilmente entendida. Se aparentemente a autopoiese em Luhmann apresenta ganhos parcos, sua pesquisa mostra os efeitos positivos, possibilitando observações atualizadas do

---

<sup>149</sup> TEUBNER, Gunther, *O direito como sistema autopoiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 53.

<sup>150</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Santiago do Chile: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 123.

<sup>151</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 297.

<sup>152</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 297.

mundo contemporâneo, como possibilidade de alargamento comunicacional dentro de uma ótica social complexa.

#### 2.4.2.1 Autodescrição do Sistema do Direito em Luhmann

A positivação do direito moderno permitiu a codificação como código de diferença especializada sistêmica legal/ilegal. Esse código é exclusivo do sistema do direito e adquire seu fechamento operativo pelos seus próprios programas de operação.

Os sistemas jurídicos utilizam de sua própria autorreferência para operar recursivamente em seu fechamento, mas de sua abertura para observar cognitivamente seu ambiente, aprendendo e evoluindo autopoieticamente.

Do lado externo, o sistema (abertura cognitiva) aprende com o ambiente, observa as irritações advindas da variação. No lado interno (operação), conduz sua autoprodução, através de um processo seletivo de informações autorreferenciais produzidas autopoieticamente.

O fechamento autoreferencial do sistema jurídico não constitui sua finalidade última. Ao contrário, “é a condição de abertura”<sup>153</sup> do sistema do direito, pois quanto mais fechado operativamente for o sistema, mais aberto cognitivamente ele poderá ser. Esse paradoxo é indispensável na teoria autopoietica.

Quando o sistema jurídico se observa, ele se autodescreve. Isso nada mais é do que uma operação singular do próprio sistema em que a implicação ou explicação de que uma comunicação é lícita ou não. O sistema descreve sua própria unidade.

Toda autodescrição do sistema do direito deve partir do fato de ele estar relacionado com uma comunicação controversa, com a função e codificação do sistema: “toda comunicación en el sistema debe conformarse de frente a la decidibilidad, concretamente de frente a una decisión que puede tener buenas razones em su favor – aunque éstas sólo residan en remitir al derecho vigente”<sup>154</sup>. No sistema jurídico, não basta expor preferências e interesses próprios como no sistema econômico; as decisões<sup>155</sup> devem ser racionais, razoáveis, justas.

---

<sup>153</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 136.

<sup>154</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 575; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 676.

<sup>155</sup> Ronald Dworkin vai mais longe do que qualquer autor na questão da decisão jurídica. Sustenta que os processos judiciais sempre estão vinculados a “três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de direito e as questões interligadas de moralidade política e fidelidade”. Pode-se dizer que o autor tem uma teoria que ultrapassa o modelo positivista do utilitarismo normativo. Aos juízes caberia um novo papel, a posição de criadores e atualizadores do direito, pois sempre que decidissem sobre um tema importante

O direito tem sua operação na sociedade, pois ele é da sociedade; é nela que executa sua função social, se diferenciando para satisfazer sua própria função autopoiética<sup>156</sup>, como uma estrutura dinâmica devido a sua permanente evolução, reduzindo a complexidade em sua generalização congruente de expectativas comportamentais normativas.

A função de generalização congruente de expectativas normativas deve ser interpretada como uma indicação de comportamentos sociais: “la distinción entre normas y hechos (de cardinal importancia para el sistema) no se identifica em el sentido de facticidad, sino em el de normatividad”<sup>157</sup>. O sistema autopoiético não observa normas como meros fatos ou expectativas de comportamento. Ao contrário, privilegia a simbolização tautológica da norma. A distinção de normas/fatos é essencial ao próprio sistema, como um programa normativo do sistema jurídico.

De acordo com Luhmann<sup>158</sup>, a sociedade não pode ser descrita no sentido da antiga teoria dos sistemas, como um sistema adaptável. Em sentido oposto, sua comunicação se dá

---

estariam modificando as decisões do passado, recriando um novo sentido normativo. A evolução jurídica estaria ligada à boa resposta judicial, “já que o juiz ao julgar escreve a continuidade de uma história”, mas também aos casos, principalmente os difíceis, pois alterariam ou manteriam a jurisprudência atualizada. A decisão proferida pelo juiz não significa que a ele tenha sido conferido o poder discricionário de criar direitos. Ao contrário, ele estaria ligado a uma integridade, ou seja, a concepção moral de um princípio não poderia estar ligada a uma concepção individualista. Assim, Dworkin, pontua que “uma sociedade política que aceita a integridade como uma virtude política se transforma em uma forma especial de comunidade”. A integridade seria responsável pela integração moral e política de todos os cidadãos. É a condição de integridade que pode fornecer um conceito de sociedade plural, “em que cada cidadão deve aceitar as exigências que lhe são feitas e pode fazer exigências aos outros, que compartilham a dimensão moral de quaisquer decisões políticas explícitas”. Assim, a integridade promove a união política e moral de todos os cidadãos. É dentro do modelo de integridade que surge, na teoria de Dworkin, a metáfora do juiz Hércules, comprometido com a moral, focando seu posicionamento muito mais em perguntas do que em respostas, buscando sempre alternativas para o caso jurídico. Assim, o juiz Hércules deveria interpretar o processo da melhor forma possível, levando “em consideração não somente a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas: por quais autoridades e em que circunstâncias”. Dessa forma, um juiz criterioso e metódico em seus atos de decisão. Essa interpretação seria dividida em dois pontos: no primeiro, “começa por selecionar diversas hipóteses para corresponderem à melhor interpretação dos casos pendentes”; em um segundo momento, “começa a verificar cada hipótese dessa breve lista, perguntando-se se uma pessoa poderia ter dado os vereditos dos casos precedentes se estivesse, coerente e consciente, aplicando os princípios subjacentes a cada interpretação”, fechando a análise do juiz Hércules. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 228, 230, 288, 290, 292; ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. Por quem cantam as sereias de Homero e o paradoxo sistêmico da decisão. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás – UFG, Goiânia*, v. 42, n. 1, p. 141, jan./abr. 2018.

<sup>156</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 625; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 741; ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19.

<sup>157</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 573; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 675.

<sup>158</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. cap. 5.

através de seu ambiente, mas não com seu ambiente; ela se encontra limitada por suas operações especializadas.

Na teoria dos sistemas autopoiéticos, o fechamento operacional do sistema especializado é uma condição *sine qua non* de continuidade da autorreprodução<sup>159</sup>. Sem ela haveria a morte do sistema. Dessa forma, quanto mais especializado for o sistema, mais fechado será. E, paradoxalmente, mais aberto será. A sociedade se descreve pelo seu ambiente, mas não consegue se comunicar, apenas observar.

Os principais resultados obtidos na autodescrição do sistema jurídico, sob o ponto de vista luhmanniano, podem ser descritos em quatro pontos<sup>160</sup>: a) a função do direito como estabilizador da generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, analisando os problemas gerais de custos sociais dos vínculos temporais, ou seja, os textos normativos só produzem uma carga de futuro se tiverem extensão temporal de expectativas; b) a validade do direito como um símbolo circulante, dinâmico, em que todo direito deve ter um ponto de partida para cada situação jurídica, uma certeza de direito (o que não corresponde a uma certeza de justiça), sob pena de criar uma insegurança; c) a validade das decisões jurídicas, transferindo-as temporalmente, criando perspectivas de probabilidade/improbabilidade no resultado da causa; d) por fim, a possibilidade de fundamentação racional das decisões, seja com a hermenêutica jurídica de Streck<sup>161</sup>, com os princípios de Dworkin<sup>162</sup> ou com o consenso estabelecido sem coações de Habermas<sup>163</sup>. Enfim, a função normativa do direito corresponde à pretensão de segurança da fundamentação jurídica das decisões.

Toda decisão judicial passa por uma elevada construção interpretativa. Sob um olhar sistêmico, a operatividade do sistema jurídico só pode ser observada se mantida sua integridade, seus próprios códigos. Porém, a obrigatoriedade da decisão se torna o Cavalo de Tróia de todo o sistema jurídico, pois mesmo sem os códigos apropriados, em face da debilidade metodológica contemporânea, em que as observações são reduzidas e a complexidade aumentada, os Tribunais têm de decidir.

---

<sup>159</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Santiago do Chile: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 106. Ver anexo 03.

<sup>160</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 639-642; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 758-762.

<sup>161</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

<sup>162</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>163</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2005.

O paradoxo é o ponto cego do sistema, e só esse ponto cego torna possível a operação da observação<sup>164</sup>. Isso faz com que o direito se torne uma história sem fim. O sistema autopoietico produz elementos para produzir mais elementos, e em sua estrutura o sistema deve buscar as respostas para suas decisões.

O processo circular cria no sistema jurídico mecanismos adequados à solução dos conflitos. Essa paradoxalidade autopoietica do sistema fica nítida em casos complexos, que exigem uma interpretação avançada dos julgadores, os chamados *hard cases*<sup>165</sup>, que são um problema antigo nos processos de diferenciação do sistema do direito.

Em um caso concreto, para se chegar a uma decisão jurídica, pode-se utilizar qualquer lei, mas não todas elas: “las transgresiones al derecho se convierten em algo vital, si es que vivir ha de significar vivir de acuerdo con los criterios de una autodeterminación individual”<sup>166</sup>. Porém, o fato de escolher a melhor lei para decisão corresponde a uma justificação. Os Tribunais decidem buscando padrões aceitáveis de racionalidade jurídica e autorreferência.

O sistema jurídico se torna autodescritivo<sup>167</sup> quando pode dirigir suas próprias operações, com base em sua própria identidade sistêmica. Suas observações se orientam por suas estruturas. O sistema se produz e reproduz por seus próprios elementos autopoieticamente.

Pela autodescrição do sistema jurídico se diferenciam suas auto-observações, autorreferências, em que o próprio sistema pode cumprir com sua função de reprodução autopoietica, determinando precisamente o objeto do direito e seus limites de sentido.

### 3.4.3 Autopoiese em Gunther Teubner

Em Maturana, o conceito de autopoiese estava ligado aos organismos vivos celulares e, em Luhmann, a autopoiese ganhou um novo modelo, tornando-se uma autopoiesis social, ligada à autoprodutividade sistêmica.

<sup>164</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 234; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 234.

<sup>165</sup> TONET, Fernando. A necessidade interpretativa dos paradoxos fundamentais do direito. *Direito em Debate – Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí*, Ijuí, ano 26, n. 47, 2017.

<sup>166</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 645; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 767.

<sup>167</sup> LUHMANN, Niklas. *La religión de la sociedad*. Traducción de Luciano Elizaincín. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 277; MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Heder, 2008. p. 499; LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. México: Heder, 2010. p. 477.

Gunther Teubner irá superar os dois conceitos, oferecendo novas observações sobre o modelo autopoietico, principalmente no que tange à rigidez estrutural, admitindo a possibilidade de evolução autopoietica, ou seja, de modelos relativamente autopoieticos, o que não poderia ser admitido nas teorias anteriores. Afinal para Maturana e Luhmann, ou existe autopoiese ou não existe.

Um sistema autopoietico não pode estar contido no tudo ou nada. Para Teubner,<sup>168</sup> o sistema torna-se autopoietico de forma gradual, sofrendo as seguintes modificações: 1) um maior *feedback* entre seus componentes, ou seja, a alimentação que ocorre no sistema com a entrada dos elementos observados no ambiente (*input*); 2) a variabilidade entre seus componentes, a intensidade de articulação, elasticidade sistêmica, possibilidade que o sistema demonstra de expansão estrutural; por fim, 3) é a condição de novos componentes dentro da rede de componentes sistêmicos, respeitando o caráter de diferenciação funcional.

No caso jurídico, os componentes que compõem o sistema podem ser sintetizados, exemplificativamente, em: ação, processo, jurisprudência, normas, súmulas, enfim, elementos que pertencem unicamente ao sistema jurídico, trabalhando na forma de hiperciclo, que corresponde a “observar-se o mundo a partir do sistema; que, finalmente, é o único ponto de partida que se poder ter”<sup>169</sup>, do direito para o direito.

A interrelação cíclica entre os componentes do sistema permite a sua expansão, chegando-se à ideia de hiperciclo, que se caracteriza por ser, em última análise, o elemento que fornece a estabilidade ao sistema, “tornando a produção dos seus componentes mais independente em face do meio envolvente”<sup>170</sup>, assegurando a produção autopoietica.

Essa comunicação proporcionada pelos componentes sistêmicos caracterizariam a posição de Teubner sobre o sistema jurídico, em que “el derecho es comunicación y nada más que comunicación”<sup>171</sup>, pois é um produto de seus próprios elementos estruturais, face à necessidade de operatividade sistêmica fechada.

A autonomia jurídica se desenvolve em três níveis, segundo o autor<sup>172</sup>: *direito socialmente difuso*, *direito parcialmente autônomo* e *direito autopoietico*.

<sup>168</sup> TEUBNER, Gunther, *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 67. Ver anexo 04.

<sup>169</sup> ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 37.

<sup>170</sup> TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 69.

<sup>171</sup> TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Traducción de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 40.

<sup>172</sup> TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 77.

No *direito socialmente difuso*, seus elementos são heteropoiéticos, não havendo diferenciação entre a comunicação do sistema jurídico e a comunicação geral, permitindo que o direito seja exercido pelo uso da força, configurando-se numa forma não jurídica, ligado a ordens não oficiais.

Num segundo nível, o direito seria *parcialmente autônomo*. Nesse momento o direito começa a definir uma linguagem própria, seus elementos constitutivos. Contudo, ainda haveria uma diferenciação dos componentes, podendo haver confusão de normas primárias obrigatórias e secundárias, apenas de identificação simbólicas.

Por fim, em um último momento, o direito se torna *autopoiético*, quando todos os componentes do sistema estão articulados entre si, “as relações auto-referenciais circulares dos componentes do sistema sejam constituídas por forma a permitirem a sua própria articulação e interligação num hiperciclo auto-reprodutivo”.<sup>173</sup> Nesse momento, o sistema seria plenamente autônomo do meio, caracterizando sua unidade e diferença dos outros sistemas.

Assim, Teubner derrubaria os conceitos analíticos normativos e hermenêuticos referentes ao sistema jurídico, pois o direito se define como “un sistema social autopoiético, esto es, como una red de operaciones elementares que recursivamente reproduce operaciones elementares: el derecho nos es un sistema de normas”<sup>174</sup>. O direito não se produz pelas normas, mas pelos elementos do sistema. As normas são geradas por esses elementos, e não ao contrário.

O último momento da obra de Teubner nos remete aos problemas advindos da globalização, quando surge uma hipercomplexidade, que “é a possibilidade de recorrer a diferentes sistemas para o enfrentamento da questão”<sup>175</sup>. O autor oferece uma resposta policêntrica. Para ele, o modelo de produção normativa criado pela Teoria do Estado deixa de ser aplicável, buscando uma nova forma autopoiética, formada pela *policontextualidade*.

---

<sup>173</sup> TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 84.

<sup>174</sup> TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. Traducción de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado De Colombia, 2005. p. 41.

<sup>175</sup> ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 46.

#### 2.4.4 Autopoiese em Jean Clam

O fundamento autopoietico se encontra no cerne da teoria sistêmica. Tal fato faz com que diversos autores, como Clam<sup>176</sup>, busquem novas observações do conceito autopoietico. Para o autor, a autopoiese é uma obra do tempo, que se autoreproduz na recursividade sistêmica de suas operações. Ou seja, nos planos sistêmicos de autorreferência, recursividade e conectividade, a autopoiese se autoreformula pela continuação.

A tese autopoietica do autor<sup>177</sup> é fundamentada em novos sentidos. Assim, para ele, a autopoiese não representa um elemento importado da biologia ou da cibernética. Ao contrário, é uma produção inaugurada nas transformações sociais, um produto da própria teoria sociológica.

O autor busca dar novos sentidos à autopoiese, considerada uma operação puramente sociológica que atua em estruturas incompletas e em constante desenvolvimento. Assim, a operação cria um paradoxo sistêmico, pois se desloca ou se desmembra para novas dimensões. Tais paradoxos podem ser explicados na forma de sistemas autopoieticos *basais* e *derivados*. Sistemas cognitivos são constituídos pela diferença de suas operações, ou seja, sua comunicação está fundada em uma impossibilidade de relações conscientes entre ambos. Nesse paradoxo, surge a diferenciação trazida por Clam<sup>178</sup>, pois os sistemas *basais* são puramente operativos, correspondem à primeira operação binária sistêmica, já os sistemas *derivados* são produtos de uma estrutura prévia, no caso jurídico direito/não direito.

Dessa intervenção resultam operações *basais* e *derivadas*, sendo estabelecido o entendimento de que existe uma consciência interna (estrutura prévia, basal) que pode operacionalizar cognitivamente, através de suas observações, novas comunicações *derivadas*, fazendo com que o sistema atue sempre buscando paradoxos<sup>179</sup>, pois sua incompletude faz com que ele evolua.

Existe uma problemática no que se refere aos limites de que trata a autopoiese derivada, pois ela adiciona a sua “defectividade estrutural à cegueira essencial de toda autopoiese frente aos seus entornos. Não há garantia – no caso de uma autopoiese derivada

<sup>176</sup> CLAM, Jean. Autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 91.

<sup>177</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 147. (Coleção *Dike*).

<sup>178</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 165-180. (Coleção *Dike*).

<sup>179</sup> Toda a operação sistêmica é pensada por Luhmann na superação das operações fechadas, perplexificadas, mediante a introdução de elementos virtuais, advindos de fora do sistema, cuja melhor representação se encontra na “devolução do décimo segundo camelo”.

cujo acontecimento se acresce à basal, como é o direito – de que uma porção considerável de substâncias jurídicas não escape ao processamento sistêmico”<sup>180</sup>. Essa cegueira jurídica corresponde às irritações que são transmitidas para o sistema e recebidas pelos seus próprios acoplamentos. O problema é que os sistemas autopoieticos não podem ser especificados em limitações, pois não são materiais, formais, mas unicamente operativos.

Pensando dessa forma, Clam, amplia o sentido autopoietico, pois, em um sistema cego, que não é capaz de refletir em si sua diferenciação fundadora, poderia deixar elementos jurídicos fora do sistema jurídico, criando uma estrutura extrajurídica. Assim, o autor radicalizaria o sentido autopoietico, porque sustentaria existir margens na produção de sentido jurídico das operações derivadas, pois essas advêm de algo que não tem contato originário.

Tal pensamento (re)constrói o sentido autopoietico, elevando sua complexidade e criando possibilidade de novos conceitos, assim como defendido na autopoiese estaminal sistêmica.

#### 3.4.5 Autopoiese Estaminal<sup>181</sup>

A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, definitivamente, quebrou todos os paradigmas com a introdução dos conhecimentos autopoieticos advindos das teorias biológicas, sendo que, nessa, a autopoiese se caracteriza pelo fechamento de produção e reprodução de seus elementos e, naquela, os sistemas ganham sentidos, observam as comunicações sistêmicas, se referindo para si mesmo (dentro) e para seu ambiente (fora). Assim, a diferença entre sistema e ambiente é o que o caracteriza, paradoxalmente: quanto mais fechado o sistema for em suas operações, mais aberto ele pode ser em suas observações.

<sup>180</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 168. (Coleção *Dike*).

<sup>181</sup> A possibilidade de utilização das células estaminais na teoria dos sistemas autopoieticos de Niklas Luhmann, nunca foi abordada. Cabe destacar, de início, que existem grupos de discípulos do autor, que podem ser divididos basicamente em ortodoxos e heterodoxos. Os ortodoxos fazem reflexões importantíssimas sobre as teorias luhmannianas, mas em momento algum questionam tal teoria, bem como não contribuem para novas observações dentro dos sistemas. Fetichizam os textos de Luhmann como escritos sagrados, buscando uma blindagem crítica de possíveis questionadores, pois (re)escrevem o que já foi dito. Assim transcrevem a teoria dos sistemas autopoieticos, esclarecem alguns pontos, mas não a evoluem. Já os heterodoxos partem dos modelos formulados por Luhmann, mas se sentem livres para pensar e principalmente questionar sua teoria, buscando sempre novas observações, com incursões teóricas independentes. Tal modelo corresponde à própria trajetória de Luhmann, pois este autor se superava constantemente, buscando sempre novas formas de observação, o que é coerente com sua máxima “eu vejo o que tu não vês”. Nesse último grupo nos incluímos. TONET, Fernando. Transformações autopoieticas e a viragem teórica sistêmica estaminal. *REDES – Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 2, n. 1, maio 2014; TONET, Fernando. *Reconfigurações do Constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 137-140.

O problema autopoietico na teoria dos sistemas está nas limitações sistêmicas, pois elas não são materiais ou formais, mas limites de sentido. Tal conceituação possibilita observações diferentes da teoria sistêmica. Clam<sup>182</sup> busca analisar essa premissa através de autopoiese operacional ou derivada, porém, em nossas observações, os estudos biológicos podem ser (re)organizados, (re)interpretados, na teoria sistêmica contemporânea.

As teorias biológicas encaram a autopoiese de primeira e segunda ordem<sup>183</sup> como passos essenciais de seu entendimento: aquela é encerrada em si mesma, essa é multicelular. Pode-se pensar, então, que a maioria das células compõe organismos especializados e uma pequena parcela teriam uma formação celular simples.

Segundo Ramalho Santos<sup>184</sup>, todas as unidades biológicas não possuem fronteiras absolutamente definidas, muito menos as unidades sistêmicas sociais. Assim, (re)observando a teoria dos sistemas sociais, pode-se afirmar que existem comunicações especializadas mesmo fora do sistema, e que apenas não são observadas no momento.

Em sentidos biológicos, o determinismo do fechamento estrutural não pode mais ser sustentado com a entrada das células estaminais, ou seja, as células estaminais desempenham papel essencial entre autopoiese de primeira e segunda ordem, podendo se adequar em ambas e reorganizar tais sistemas celulares.

A introdução das células estaminais cria um verdadeiro paradoxo nos estudos autopoieticos, pois alteram sua densidade, demonstrando em um quadro autopoietico as relações entre seus componentes, e não os componentes em si.

As células estaminais, também conhecidas como células tronco, têm a capacidade de se autorrenovarem e darem origem a novas células especializadas. A vida é uma autorreprodução. Assim, tudo que existe é fruto de uma autopoiese, em que os componentes produzem os próprios componentes.

Em estudos sociais sistêmicos, isso corresponderia à essência da comunicação, em que a autopoiese estaminal estaria presente em tudo, podendo adentrar em qualquer sistema, independente de sua identidade binária, pois o que importaria seria a comunicação, onde quer que fosse produzida.

---

<sup>182</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 165-180. (Coleção *Dike*).

<sup>183</sup> TONET, Fernando. Transformações autopoieticas e a viragem teórica sistêmica estaminal. *REDES – Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 2, n. 1, p. 09, maio 2014; TONET, Fernando. *Reconfigurações do Constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 137-140.

<sup>184</sup> SANTOS, Miguel Ramalho. Células estaminais como densidades autopoieticas. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 499.

Na teoria de Luhmann, o fechamento é a possibilidade de abertura sistêmica. Assim, o fechamento operativo possibilitaria a abertura cognitiva. Porém, para que se determine o fechamento, é necessário ter-se um limite do sistema. No entanto, como já dito, esse não existe, possibilitando variáveis. Autores como Clam<sup>185</sup> sustentam que existe comunicação jurídica fora do sistema jurídico, como um espaço extrajurídico. Concorde-se com esse pensamento. Entretanto, defende-se que a descrição estaminal sistêmica dê maior possibilidade de existência ao espaço jurídico/extrajurídico.

A autopoiese sistêmica estaminal rompe com tudo que já foi pensado e escrito, no sentido de que oferece uma viragem teórica na teoria dos sistemas, abrindo o espaço de aprendizagem intrassistêmico/extrassistêmico, aumentando sua complexidade, bem como possibilitando novas observações.

A produção normativa poderia advir de formas descentralizadas, policêntricas, que teriam a mesma comunicação jurídica, porém, ainda não teriam adentrado no sistema operacional jurídico. Essa forma autopoietica seria geral e especializada, bem como ingressaria no sistema independentemente de seus filtros, pois, se a comunicação fosse estaminal, ela já pertenceria ao sistema, mesmo que esse não tivesse lhe observado. Essa observação estaria ligada a uma questão temporal, aumentando ainda mais a complexidade, considerando que o tempo não é linear, mas plural. Na contemporaneidade, o tempo é fragmentado, comprometendo sua função de integrador social.

Cada sistema é autônomo e tem sua própria evolução, porém, a autopoiese estaminal não obedece aos limites temporais próprios de cada sistema, pois se produz fora dos seus ritmos, via comunicação. Assim, a capacidade de observar as novas produções normativas descentralizadas caracteriza a nova forma do pensar autopoietica.

Por fim, as células estaminais na teoria dos sistemas autopoieticos criam a possibilidade de operação dentro de todos os sistemas, até mesmo dos que ainda não são observáveis e nem plenamente autopoieticos, o que, de forma alguma, quer dizer que não existem, mas que apenas não foram observados.

---

<sup>185</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 169. (Coleção *Dike*).

### 3.4.6 Autodescrição do Constitucionalismo Sistêmico

O constitucionalismo clássico ou neoconstitucionalismo foi importantíssimo como tentativa metodológica no sentido de garantir a força normativa da Constituição<sup>186</sup>, concretizando o processo de interpretação e aplicação normativa constitucional. Tornou-se com o passar do tempo a expressão jurídica da organização política dos povos<sup>187</sup>, na expansão da jurisdição constitucional, das garantias constitucionais, do caráter vinculativo e obrigatório das decisões jurídicas.

Para Streck<sup>188</sup>, a expressão “neoconstitucionalismo” não faz mais sentido nos dias atuais, denominando-se Constitucionalismo Contemporâneo, expressão considerada mais adequada no presente trabalho. Afinal, o neoconstitucionalismo nada mais é do que o processo contínuo das conquistas constitucionais que passaram a surgir no pós-Segunda Guerra Mundial. Nesse sentido, o Constitucionalismo Contemporâneo seria a representação do redimensionamento da práxis político/jurídica, em dois níveis: na Teoria Geral do Estado e da Constituição; na Teoria do Direito, com a reformulação das normas, e na interpretação constitucional.

O Constitucionalismo Contemporâneo tem suas bases no Estado e na Constituição. Em um mundo globalizado, demonstra imensa carência de aplicabilidade, pois ignora o fato de o Estado e o Direito estarem em constante desacoplamento, abrindo espaços em diferentes setores sociais, os quais estão estabelecendo Constituições civis por eles mesmos e se autoconstitucionalizando.

Com a diferenciação funcional do direito e da política dentro da sociedade, não cabe mais ao constitucionalismo atuar em um sistema que lhe é estruturalmente e operacionalmente estranho. Quer dizer, como sistema autopoietico, o sistema do constitucionalismo deve atuar

---

<sup>186</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 48.

<sup>187</sup> DROMI, José Roberto. Constitucionalismo y humanismo. In: CLÈVE, Clèmerson M.; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Doutrinas essenciais de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1, p. 134; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: CLÈVE, Clèmerson M.; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Doutrinas essenciais de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 148-149.

<sup>188</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursiva*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 36-37. Ainda, Duarte faz uma síntese do Constitucionalismo Contemporâneo de Streck, dissertando: “o fenômeno do neoconstitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição ‘extremamente embebedora’ (pervasiva), invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais”. DUARTE, Écio Oto Ramos. *Entre constitucionalismo cosmopolita e pluriversalismo internacional: neoconstitucionalismo e ordem mundial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 51.

dentro dos próprios limites, ou seja, dentro do constitucionalismo. Há uma necessidade de constitucionalizar o constitucionalismo.

Nesse sentido, a teoria geral do constitucionalismo sistêmico abarca diferentes níveis de observação, criando uma nova semântica na definição dos limites do constitucionalismo sistêmico, aumentando a complexidade das operações, dos pontos de observação, em uma rede reflexiva de comunicação constitucional, possibilitando novas respostas às novas expectativas normativas constitucionais.

O constitucionalismo sistêmico autodescritivo tem suas observações orientadas nas estruturas da policontextualidade, do transconstitucionalismo e da interconstitucionalidade. Por sua complexidade, requer um funcionamento operativo próprio, com observações em múltiplos níveis, nas quais sua codificação binária constitucional/inconstitucional é (re)definida por sua estrutura programada autopoieticamente.

O constitucionalismo sistêmico é um subsistema do sistema do direito, mas se especializa para aprimorar a capacidade de observação do sistema jurídico, primando pela generalização congruente das expectativas comportamentais normativas constitucionais, que se mostram extremamente dinâmicas na contemporaneidade.

As ordens jurídicas transnacionais, supranacionais e policontexturais criam a necessidade de um constitucionalismo apto funcionalmente na estabilização de expectativas constitucionais. Contemporaneamente, a codificação especializada do constitucionalismo sistêmico (constitucional/inconstitucional) permite o fechamento operativo do sistema, por seus próprios códigos e programas.

O constitucionalismo sistêmico utiliza de sua autorreferência para operar recursivamente seu fechamento, mas sua abertura cognitiva se baseia na observação dos níveis constitucionais da policontextualidade, do transconstitucionalismo e da interconstitucionalidade, todos utilizando o código constitucional/inconstitucional, existindo um aprendizado recíproco de forma reflexiva.

Em nível operacional/estrutural, a teoria geral do constitucionalismo sistêmico trilha seu próprio caminho: a) o *sentido* de ampliação dos limites de constitucionalidade, transcendendo os níveis de observação, possibilitando uma nova operação autorreferencial do sistema do direito, enriquecendo os processos cognitivos de abertura sistêmica; b) a *função* do constitucionalismo sistêmico corresponde à verificação de que, diante dos problemas sociais criados pelas expectativas normativas jurídicas constitucionais na sociedade globalizada, com inúmeras carências de constitucionalidade, é necessário o desenvolvimento de mecanismos reprodutivos próprios que definam a diferença através da auto-observação

constitucional/inconstitucional (sendo essa a função apropriada à teoria geral do constitucionalismo sistêmico); c) *comunicação* parte de uma necessidade de observação multicêntrica. O centro localiza-se do ponto em que se está observando. Assim, a comunicação binária constitucional/inconstitucional pode ser observada em múltiplos níveis, aumentando a capacidade do sistema do direito em decidir autorreferencialmente; d) *evolução* é um ponto chave no constitucionalismo sistêmico. Caracteriza-se por uma modificação do status existente no sistema especializado constitucional. A dura estrutura evolutiva exige que os elementos de evolução sejam definidos de forma coordenada, circular, na qual a variação advinda das necessidades da sociedade contemporânea tenham grande importância na estabilização das expectativas normativas; a *autopoiese* estaminal permite que o sistema aumente sua autorreferência, pois envolve mais complexidade, (re)define os limites de constitucionalidade, em que constituições sociais (policontexturais) podem ser observadas no mesmo grau dos direitos fundamentais (transconstitucionais) ou em nível centralizado (interconstitucional), elevando o hiperciclo comunicativo<sup>189</sup> de aprendizado recíproco em todas as formas de constitucionalidade sistêmica<sup>190</sup>.

No nível semântico, o constitucionalismo sistêmico cria suas próprias estruturas de autodeterminação: “las reutilizaciones del sentido que ha sido comunicado se deben a un doble requerimiento, y su resultado final será un sentido que queda fijo em el lenguaje y una comunicación socialmente diferenciada”<sup>191</sup>. A repetição garante a reutilização do sentido constitucional, podendo ser empregada em outros contextos constitucionais, sejam policontexturais, transconstitucionais ou interconstitucionais, pois a aprendizagem entre os níveis sistêmicos é recíproca, ultrapassando as noções clássicas do constitucionalismo na Teoria Geral do Estado, pois seus níveis de observação vão além das barreiras estatais.

Um sistema só emerge quando se diferencia comunicativamente, quando uma linguagem especializada diferencia-se da linguagem comum da sociedade. A linguagem do constitucionalismo sistêmico é especializada, pois parte de processos reais de relações

---

<sup>189</sup> Teubner define hiperciclo quando operações comunicativas dentro de uma rede fechada formam ciclos que são, por sua vez, interligados de uma forma circular. TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (corporate codes of conduct) privados e estatais. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 122.

<sup>190</sup> O nível estrutural foi desenvolvido no decorrer do primeiro capítulo, não cabendo nesse ponto específico maior análise sobre os elementos já descritos. Ver anexo 05.

<sup>191</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 184; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 169. Para Warat, a semântica estuda os signos em suas relações com os objetos a que se referem, as palavras se aplicam ao seu objeto, em que a verdade opera como critério e condição de sentidos. WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Colaboração de Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995. 40-45.

comunicativas constitucionais de múltiplos níveis, independentemente da multiplicidade de valores e interesses que possam gerar variação estrutural nas expectativas normativas constitucionais.

#### 4 A POLICONTEXTURALIDADE NO CONSTITUCIONALISMO SISTÊMICO

A policontexturalidade se apresenta como uma forma singular de direito reflexivo, na qual a possibilidade de fragmentação constitucional altera a estabilidade dos conceitos jurídicos tradicionais, transformando e (re)inventando os limites de constitucionalidade na sociedade contemporânea, em níveis diferenciados de observação.

A metodologia policontextural poderia ser observada na forma tradicional, em uma linha limítrofe do sistema do direito. Porém, na teoria dos sistemas autopoieticos, o sistema pode se observar de forma simultânea de diversas e sucessivas maneiras. Dessa forma, não se pode estabelecer um ponto específico de observação, pois ela depende da posição do observador.

Segundo Luhmann, “no hay que olvidar que la sociedad moderna – en la cual tiene que trabajar la investigación – es un sistema policontextural que permite un sinnúmero de descripciones acerca de su complejidad”<sup>192</sup>. O mesmo ocorre no constitucionalismo sistêmico contemporâneo, fragmentado e descrito pela policontexturalidade como forma descentralizada de produção normativa.

A expressão policontextural insere-se no fenômeno em que os Estados perdem sua posição de centralidade na produção do direito, criando diversos espaços para multiplicação de constituições civis. Esses espaços sempre existiram, porém, não eram observados pelo constitucionalismo tradicional. Apenas com as tendências sistêmicas de criação de sistemas normativos alternativos aos ordenamentos jurídicos nacionais se possibilitou essa observação constitucional, que, inegavelmente, alterou as fronteiras de operação do sistema jurídico.

O entrelaçamento dinâmico entre códigos normativos privados e públicos possibilitariam uma tendência de constitucionalização, sendo que “esse argumento é baseado em um conceito de constituição que não está limitado ao Estado nacional e implica que também ordens sociais não estatais desenvolvam constituições autônomas sob circunstâncias históricas e particulares”<sup>193</sup>. No constitucionalismo sistêmico policontextural, diferentes setores sociais produziriam normas constitucionais de forma paralela (descentralizadas) às Constituições dos Estados nacionais (centralizadas).

---

<sup>192</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 21-22.

<sup>193</sup> TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (corporate codes of conduct) privados e estatais. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 111.

O deslocamento do centro de gravidade<sup>194</sup> do constitucionalismo clássico é um dos sinais mais relevantes da mudança das conjunturas dos direitos fundamentais, alterando seu caráter unitário, pelo sentido pluralista de produção normativa constitucional, em que a multiplicidade de ideias e interesses forma diferentes graus de relações fáticas, códigos privados e públicos, materializam-se em uma dinâmica com tendências de constitucionalização.

O pluralismo constitucional implica uma multiplicidade de novos setores de produção normativa que postulam mútuo (re)conhecimento, em uma combinação reflexiva de discursos constitucionais, sem nenhuma espécie de exclusividade de observação. Teubner<sup>195</sup> considera que, na atual conjuntura constitucional, coexistem múltiplos debates setoriais acerca da constitucionalização de distintas esferas da sociedade mundial, tais como economia, ciência, medicina, religião, não apenas em um processo de autorregulação, mas de autoconstituição.

As transformações do constitucionalismo no contexto da globalização demonstram que vários ordenamentos constitucionais podem coexistir em um mesmo espaço jurídico e político. Não há apenas um valor jurídico ou um princípio único que possa dar salvaguarda à generalidade das expectativas normativas comportamentais.

A policontexturalidade não busca um desdobramento de ordenamentos internacionais, ao contrário, trabalha de forma intrassistêmica, autoconstituindo de forma reflexiva a democracia e os direitos esquecidos pelo Estado, possibilitando um hiperprocesso comunicativo, em “un reconocimiento compartido de la legitimidad de las otras visiones constitucionales que sirve de base a un proceso de negociación entre tales visiones alternativas sobre la base del consentimiento y en el marco de una estructura autoritativa asumida”<sup>196</sup>. Não se trata de um diálogo hipotético, mas de comunicações circulares entre as constituições sociais.

A constitucionalização da sociedade global não é produzida pelas instituições políticas internacionais, muito menos pela forma centralizada de produção normativa estatal, mas em um processo policontextural de constitucionalismo social em uma interligação do privado com o público.

---

<sup>194</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 21; HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 103.

<sup>195</sup> TEUBNER, Gunther. Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoría constitucional centrada em el Estado. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Lima: Ara, 2005. p. 87-120.

<sup>196</sup> MANSILLA, Isabel Turégano. *Justicia global: los límites del constitucionalismo*. Lima: Palestra, 2010. p. 159.

As propostas de constitucionalismo social têm como base: a) uma sociedade mundial fragmentada, heterogênea, incapaz de interação coletiva unitária, sem qualquer tipo de hierarquia, que só pode se constitucionalizar em fragmentos, ou seja, em setores sociais; b) o direito global atual não existe como unidade, mas como multiplicidade de sistemas jurídicos, cada um produzindo constitucionalizações separadamente; c) não é possível esperar a integração das Constituições parciais em uma Constituição política única, mas em uma generalização de conexões entre elas<sup>197</sup>. As Constituições policontexturais (sociais) estão postas em uma rede de integração comunicativa.

Ao contrário do que vinham pensando os constitucionalistas clássicos<sup>198</sup>, na possibilidade de se constitucionalizar a Carta das Nações Unidas como uma lei constitucional da comunidade internacional como um órgão soberano, um poder global legítimo, nos mesmos esforços filosóficos kantianos de uma Constituição universal, o constitucionalismo partiu para um viés sistêmico, constitucionalizando uma multiplicidade de subsistemas autônomos na sociedade.

A policontexturalidade combate a ideia de que todo o direito emana do Estado e que ele é o único produtor legítimo de normas. Policentricidade significa a existência de múltiplos centros de produção normativa. A produção normativa jurídica constitucional cada vez menos tem o Estado como fonte central única de produção legal. A produção vem se tornando gradualmente obra de uma multiplicidade de órgãos de regulamentação.

A policentricidade designa “a existência de uma multiplicidade de centros de decisão jurídica em um determinado sistema. Isto exclui a estrutura piramidal do direito esboçada por Kelsen, que fundamenta a maioria de nossas ordenas jurídicas contemporâneas”<sup>199</sup>. A

<sup>197</sup> TEUBNER, Gunther. Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoría constitucional centrada em el Estado. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Lima: Ara, 2005. p. 118-119.

<sup>198</sup> CAMPUZANO, Alfonso de Julios. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002; KANT, Immanuel. *À paz perpétua e outros opúsculos*. 2. ed. São Paulo: Edições 70, 2008. Contrariando as propostas universais, Kallscheuer sustenta que *só o Deus uno conhece o mundo uno*. Ao contrário de um constitucionalismo uno, contemplamos um constitucionalismo policêntrico, crescente e contemporâneo. KALLSCHEUER, Otto. Religiões universais e globalização. In: PETERSEN, Nikolai; SOUZA, Draiton Gonzaga de (Org.). *Globalização e justiça* Tradução de Peter Neumann. Porto Alegre: Editora PUCRS, 2002. p. 109. (Coleção Filosofia, Goethe Institut Inter Naciones).

<sup>199</sup> ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras, entre globalização e pós-globalização crítica da razão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. v. 2, p. 147. Teubner sustenta que a aparição de regimes autônomos não estatais produz necessariamente um colapso na hierarquia clássico normativa, ao passo que os Tribunais ocupam o centro do direito. A periferia está habitada por diversos sistemas autônomos. Tal fato altera drasticamente a situação do constitucionalismo no sistema global, na qual as constituições sistêmicas parciais estão conectadas em uma rede interativa com as constituições estatais, produzindo uma nova

complexidade do tema afasta a maioria dos constitucionalistas, pois não conseguem observar sistemicamente as possibilidades da multiplicidade normativa dos sistemas autônomos, permanecendo obstinadamente em suas cegueiras jurídicas, ignorando os novos fatores civilizacionais contemporâneos.

Segundo Arnaud, “a policentricidade só constitui um problema para os juristas na medida em que eles continuam a levantar a questão da produção da norma jurídica em termos ortodoxos do Estado soberano monocentrista”<sup>200</sup>, ignorando a existência de ordens jurídicas distintas.

Quando se alteram os padrões jurídicos de produção normativa, criando múltiplos contextos de criação constitucional, a observação sistêmica possibilita novos sentidos para o direito. Ignorando centro ou periferia na produção jurídica, na policontextualidade, o observador é quem determinada a constitucionalidade produzida.

A teoria do constitucionalismo sistêmico, para ser frutífera e socialmente adequada, tem por obrigação de ser multicêntrica e policontextual, pois “não há um centro da sociedade, que possa ter uma posição privilegiada para a sua observação e descrição; não há um sistema ou mecanismo social a partir do qual todos os outros possam ser compreendidos”<sup>201</sup>. Toda observação centralizadora é simplista, na medida em que ignora a complexidade contemporânea dos códigos sistêmicos de comunicação constitucional.

O fato mais notório do constitucionalismo contemporâneo é que o direito estatal foi substituído radicalmente por novos programas constitucionais, sendo “perdida la posición central”<sup>202</sup>, não existindo mais um ponto centralizador de axiomas jurídicos, mas uma multiplicidade reflexiva de comunicações constitucionais.

O ambiente do constitucionalismo modificou-se, deixando de ser centralizado e estatal, passando a ser policontextual. Segundo Luhmann, “la comunicación en ella se da *a través* de um entorno, pero *no com él*”<sup>203</sup>, ou seja, toda comunicação no constitucionalismo sistêmico se dá através do ambiente, mas não com ele, limitando-se às suas próprias operações. A policontextualidade amplia o grau de complexidade sistêmica, possibilitando o

competência constitucional. TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. Traducción de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 122.

<sup>200</sup> ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras, entre globalização e pós-globalização crítica da razão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. v. 2, p. 148.

<sup>201</sup> NEVES, Marcelo. Niklas Luhmann: “Eu vejo o que tu não vês”. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (Org.). *Pensamento alemão no século XX*. São Paulo: Cosac Naify, 2009. v. 1, p. 263-264.

<sup>202</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 9. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2009. p. 12.

<sup>203</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 628; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 745.

aumento gradual de suas próprias operações, que, por sua vez, só pode se apoiar nas já existentes, pois pertencem ao sistema autopoietico do direito.

#### 4.1 Da Comunicação Policontextural

No momento em que o constitucionalismo global se emancipa do Estado, sua própria maturidade normativa é inevitável. Diversos são os contextos em que se observam imensas proliferações de normatividade. Sua relação antes incestuosa entre criador e criatura torna-se liberta: a criatura constitucional pode se relacionar em sua autonomia com todas as ordens constitucionais policontexturais.

No plano do constitucionalismo policontextural, atualmente se constroem autonomias relativas ao Estado e a políticas internacionais. Os mais diversos setores da sociedade produzem suas próprias normas jurídicas; a própria sociedade produz para si mesma seu direito. Segundo Teubner, em sua principal tese, “o direito mundial desenvolve-se a partir das periferias sociais<sup>204</sup>, a partir das zonas de contato com outros sistemas sociais, e não no centro de instituições de Estados-nações ou de instituições internacionais”<sup>205</sup>. Tal fato altera todos os estoques de tradição jurídica, no sentido de que a autoprodução normativa é contínua e especializada em nível global.

Segundo Teubner<sup>206</sup>, os códigos internos das empresas, sendo ou não direitos, são para os atores envolvidos imediatamente vinculantes em sua legalidade, porque dotados de sanções eficazes, os quais são aplicados por seus departamentos de *compliance* instituídos para essa finalidade, demonstram seu caráter genuinamente jurídico. A comunicação na policontexturalidade é produzida em diversos contextos. Em sua forma *primária*, é produzida e caracterizada no contexto produtor, mas sua forma *reflexiva* obrigatoriamente deve se adequar à comunicação binária constitucional, ou seja, constitucional/inconstitucional. Apenas assim pode ocorrer a constitucionalização da policontexturalidade.

---

<sup>204</sup> Não concordamos com a divisão feita por Teubner sobre centro e periferia, bem como produção de sentido ligada na observação. Nos filiamos a Rocha, para quem a noção de tempo e espaço no mundo de hoje depende do lugar de onde se está observando. Não existe mais um ponto central de observação. ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 35.

<sup>205</sup> TEUBNER, Gunther. *A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional*. Tradução de Peter Neumann. Piracicaba: Impulso, 2003. p. 14.

<sup>206</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragments constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 101.

O constitucionalismo importa em um nível reflexivo do código binário do sistema do direito, apresentando-se sob o código constitucional/inconstitucional. Sem essa abertura e fechamento do sistema constitucional, o direito não poderia ser autopoiético – ao contrário do que Teubner defende, nem todos os códigos sociais podem ser caracterizados por constitucionalização.

O primeiro ponto a ser debatido são as formas de produção comunicativas *primárias* da policontextualidade, que ocorrem na margem do sistema jurídico clássico, em sua periferia. Porém, os limites do sistema não podem ser especificados; não existe um *layout* sistêmico, pois ele não se constitui de forma espacial, material ou formal, mas unicamente em suas operações de sentido.

Quando se fala em comunicação policontextural normalmente se liga o conceito às organizações internacionais, às corporações privadas, à *lex mercatoria*, à *lex sportiva*, à *lex electronica*, à *lex petrolea* e, por fim, às normatividades sociais dos não observados pelo Estado contemporâneo. Contudo, nem todas elas correspondem de fato a normas jurídicas constitucionais ou fazem parte de um constitucionalismo sistêmico. Muitas apenas têm relevância em seus próprios contextos, isto é, de forma primária se desenvolvem e se aplicam indiscriminadamente sem um processo constitucional válido e eficaz.

A *lex mercatoria* apresenta-se como uma cultura jurídica particular global, pois se refere ao contexto do comércio internacional, em uma forma própria de costumes, princípios gerais e regras emanadas de entidades privadas, organizações internacionais, comunidades comerciais, blocos econômicos, sem ligação ou referência a um sistema particular de leis nacionais.

Segundo Arnaud, “a expressão *lex mercatoria* indica o conjunto de normas não elaboradas por meio de mediação política dos Estados, destinadas a disciplinar de modo uniforme as relações comerciais internacionais do mercado global”<sup>207</sup>. Ou seja, a produção normativa da *lex mercatoria* é policontextural em sua forma primária, caracterizada em seu próprio contexto.

---

<sup>207</sup> ARNAUD, André-Jean. *Lex mercatoria*. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane B. (Org.). *Dicionário da globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 290. No mesmo sentido, Giddens sustenta que as economias capitalistas modernas têm sido influenciadas pela ascensão de grandes corporações empresariais. Com a intensificação da globalização, das relações comerciais e comunicacionais, a maioria das grandes corporações opera em nível econômico internacional, transnacional ou multinacional. Esse crescimento em escala mundial exige novas formas de atuação jurídica na proteção do trabalho, aplicação de tributos e defesa de direitos fundamentais, criando por vezes direitos e garantias que não são estabelecidos pelas leis territoriais onde as corporações estão instaladas. GIDDENS, Antony. *Sociologia*. 6. ed. Tradução de Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Penso, 2012. p. 567-569; GIDDENS, Antony. *Sociologia*. 5. ed. Tradução de Alexandra Figueiredo et al. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 368-370.

De forma clara, na *lex mercatoria*, os Estados perdem sua centralidade na produção normativa de regras comerciais, pois o mercado impõe uma ruptura das fronteiras do comércio; a geração e (re)criação de normas do mercado se impõe mesmo em Estados com políticas protecionistas.

Segundo Teubner, “a *lex mercatoria* do mercado mundial e outras práticas jurídicas ‘isentas de Estado’ fizeram explodir as dúvidas de princípio até então tão bem reduzidas ao silêncio: produzem um Direito global sem Estado”<sup>208</sup>. A comunicação observada globalmente pelo mercado rompe com os modelos clássicos de criação normativa estatal, mas tal fato por si só não pode sustentar uma constitucionalização da *lex mercatoria* em um nível de constitucionalismo sistêmico, pois, para isso, deve ultrapassar o primeiro momento comunicativo ligado estritamente ao contexto comunicado.

O entrelaçamento entre códigos corporativos privados e públicos, para Teubner<sup>209</sup>, materializa-se não apenas em uma dinâmica de juridicização, mas em uma constitucionalização, ao conjugar os códigos corporativos concebidos como constituições no sentido estrito. O autor define a criação de constituições corporativas internacionais. Com o avanço global, as constituições deixaram de serem frutos únicos da produção normativa estatal, criando a possibilidade comunicativa constitucional de constituições autônomas, em que o processo de constitucionalização do centro passa para diferentes setores sociais.

Assim os códigos corporativos desempenham função constitucional quando contêm funções, estruturas e instituições nos seguintes argumentos: a) “na medida em que os códigos corporativos ‘públicos’ e ‘privados’ juridificam princípios fundamentais de uma ordem social e, ao mesmo tempo, estabelecem regras para sua autocontenção, eles preenchem funções constitucionais centrais” nesse momento o código se aproxima reflexivamente de um status constitucional; b) “com suas características de dupla reflexividade e metacodificação binária, ambos os códigos desenvolvem autênticas estruturas constitucionais”. Dessa forma, os códigos corporativos se caracterizam por Constituições por si mesmos, em um duplo processo reflexivo dentro das organizações econômicas e dos processos jurídicos; c) “como instituições constitucionais, os dois códigos não formam uma hierarquia de constituições públicas e privadas, mas uma ligação ultracíclica de redes de normas constitucionais qualitativamente

---

<sup>208</sup> TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito. In: TEUBNER, Gunther. *Filosofia do direito e direito econômico que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 344.

<sup>209</sup> TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (corporate codes of conduct) privados e estatais. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 111.

diferentes”<sup>210</sup>. O ultraciclo emerge quando um clico de perturbações mútuas é desenvolvido entre redes fechadas comunicativamente.

A comunicação policontextural reflexiva – quando produtora de princípios jurídicos fundamentais ligados ao código binário constitucional/inconstitucional – de fato pertence ao constitucionalismo sistêmico. O equívoco de Teubner se caracteriza por sustentar que normas codificadas corporativamente de forma privada e pública representam uma tendência de constitucionalização. Na policontexturalidade sistêmica existe uma imensidade de centros de produção normativa, mas nem todos produzem normas constitucionais, aliás, vários produzem estruturas complexas de códigos binários jurídicos que buscam juridicidade, mas em poucos pontos trabalham de fato questões constitucionais.

Nesse contexto, a policontexturalidade (re)define os limites do constitucionalismo sistêmico, possibilitando uma dupla observação: *primária*, em que se desenvolvem normatividades contextuais, que inclusive podem produzir autopoiese derivadas, no sentido de Clam<sup>211</sup>, em que mesmo que produzam efeitos jurídicos, não correspondem a normas jurídicas constitucionais.

A grande maioria das normas policontexturais tem ligação jurídica de legalidade, pertencendo ao sistema do direito, pois correspondem ao binário legal/ilegal, mas poucas criam ou (re)criam princípios fundamentais. Apenas as normas policontexturais reflexivas constitucionalmente pertencem ao constitucionalismo sistêmico. Ignorar isso é ser cego na reflexão diferenciadora dos dois níveis comunicacionais da policontexturalidade.

Teubner<sup>212</sup> constrói uma complexa teoria do constitucionalismo social, buscando demonstrar que o direito estatal institui-se como criador de direitos fundamentais sociais, mas não garante espaço para a construção de direitos fundamentais nas estruturas sociais. Essas estariam sendo produzidas pela sociedade privada. Em sua tese se cria uma árdua luta para se libertar do Estado. Isso acaba ofuscando-o no que concerne ao constitucionalismo sistêmico de múltiplos níveis, em que a policontexturalidade é produtora normativa de constitucionalidade, mas não compreende a totalidade da produção, pois atua de forma diversa do transconstitucionalismo e da interconstitucionalidade, que, em conjunto, são decisivas para o desfecho de uma teoria geral do constitucionalismo sistêmico.

---

<sup>210</sup> TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (corporate codes of conduct) privados e estatais. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 112.

<sup>211</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 171. (Coleção *Dike*).

<sup>212</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016.

Dessa forma, os códigos jurídicos internos das empresas não podem ser equiparados a normas jurídicas, muito menos constitucionais, como defende Teubner<sup>213</sup>. No mais das vezes, simples regras de conduta correspondem única e exclusivamente à organização empresarial, ou seja, princípios de constituição empresarial não se prestam à constitucionalidade, na medida em que não correspondem a direitos fundamentais.

No mar da constitucionalização, as tendências de normas constitucionais policontexturais codificadas corporativamente, de forma privada e pública, formam apenas ilhas de constitucionalidade. Sozinhas não conseguem barrar Cila e Caríbdis.

#### 4.1.1 Da Comunicação Policontextural no Constitucionalismo Sistemico

A comunicação policontextural na teoria geral do constitucionalismo sistêmico deve ser observada em sua interligação multinível com o transconstitucionalismo e com a interconstitucionalidade. A policontexturalidade é a forma comunicativa mais descentralizada do Estado<sup>214</sup>, produzida na periferia do sistema do direito, porém, é a mais próxima das perturbações e irritações do ambiente, dos acoplamentos sistêmicos e da própria sociedade.

A produção comunicativa da policontexturalidade ocorre de forma derivada e basal. No sentido derivado, a autopoiese não é originariamente operativa, ou seja, não possui toda substância jurídica, mas trabalha no fator paradoxal da incompletude da autopoiese, em que o sentido produtivo pode permitir formar comunicação não operativa na membrana do sistema jurídico, em um ponto fronteiro de comunicação.

A incompletude da autopoiese derivada força a produção autopoietica. Ela “adiciona a sua defectividade estrutural à cegueira essencial de toda autopoiese frente aos seus entornos,

<sup>213</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 101.

<sup>214</sup> Em uma proposta metodológica, a comunicação na policontexturalidade pode ser vista como a periferia comunicativa do constitucionalismo sistêmico, contudo, apenas metodologicamente, pois não concordamos com a definição centro/periferia luhmanniana no que diz respeito à produção normativa do sistema do direito. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 525-537; LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 383; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 429; LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução de Peter Neumann. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 49, p. 165, 1990. Luhmann sustenta que no centro do sistema jurídico estão os Tribunais; na periferia, os demais campos de trabalho, servindo a periferia de zona de contato com outros sistemas de funções da sociedade. Ocorre que, no sistema do direito contemporâneo, a produção de sentido jurídico é de múltiplos níveis, não cabendo mais sua centralização em função dos Tribunais estatais. Dessa forma, quando usarmos o termo periferia, estaremos fazendo alusão estritamente metodológica para uma melhor contextualização da comunicação policontextural. No mesmo sentido de Luhmann, ver: TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Traducción de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 122.

não há garantia – no caso de uma autopoiese derivada cujo acontecimento se acresce à basal, como é o do direito”<sup>215</sup>. Dessa forma, sem a policontexturalidade no constitucionalismo sistêmico, uma porção considerável de substância jurídica pode escapar da operação sistêmica por não ser observada.

Essa cegueira autopoietica corresponde às comunicações que o sistema transmite pelos seus próprios acoplamentos. Assim, apenas quando o sistema filtra a comunicação pelos seus próprios sensores, ele reage comunicativamente. Na contemporaneidade, várias manifestações jurídicas surgem nas fronteiras de sentido do sistema jurídico, sendo extremamente difícil em casos policontexturais desenvolver um sentido absoluto do que é jurídico ou não.

Todavia, tal afirmação não tem correspondência constitucional, pois no constitucionalismo sistêmico existe uma base de garantias fundamentais e sociais que podem ser vislumbradas pelo binário constitucional/inconstitucional. Ocorre que, utilizando a autopoiese estaminal, a policontexturalidade pode aumentar consideravelmente seu nível de observação, pois, diferente da autopoiese derivada e basal, ela cria um giro completo na teoria dos sistemas.

A comunicação por autopoiese estaminal tem a capacidade de se autorrenovar, dando origem a comunicações especializadas. Assim, comunicações fronteiriças do sistema jurídico, caracterizadas pela policontexturalidade, podem adentrar no sistema do direito mesmo de forma diferenciada, pois são comunicações raras, que exigem níveis diversos de observação jurídica.

As comunicações estaminais na policontexturalidade (re)abastecem o complexo processo comunicativo do sistema jurídico, possibilitando a criação de normas jurídicas constitucionais em suas membranas, longe do seu centro tradicional de produção normativa, caracterizando um avanço no papel desempenhado entre autopoiese derivada e basal, ou de primeira e segunda ordem<sup>216</sup>.

Contemporaneamente, a autopoiese estaminal<sup>217</sup> mantém papel essencial na autopoiese de segunda ordem, ou seja, em sua forma especializada, pois apenas através de ampla

---

<sup>215</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 168. (Coleção *Díke*).

<sup>216</sup> SANTOS, Miguel Ramalho. Células estaminais como densidades autopoieticas. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 497.

<sup>217</sup> TONET, Fernando. Transformações autopoieticas e a viragem teórica sistêmica estaminal. *REDES – Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 2, n. 1, maio 2014; TONET, Fernando. *Reconfigurações do Constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 137-140. Na fase inicial do desenvolvimento, todas as comunicações são generalizadas, turbulentas, capazes de ingressar em qualquer sistema especializado. Com apenas algumas especificações, elas passam pelos filtros binários desenvolvidos pelos códigos funcionais de cada sistema. Ou seja, a comunicação é única, mas em sua segregação sistêmica se torna especializada, atuando de forma distinta para

interação entre elas é que o sistema do direito pode se (re)produzir. Diferentemente do que se sustenta na clássica teoria luhmanniana, o fechamento autopoiético de forma determinada se altera drasticamente, no sentido de que os limites do próprio sistema se expandem.

Toda organização operativa do sistema pode ser observada por seu comportamento, porém, é impossível definir fronteiras absolutas quando se disserta sobre sistemas especializados, já que todos são sistemas de sentido sensíveis a mudanças, mesmo aquelas mais complexas de serem observadas. A comunicação policontextural é a única capaz de produzir efeitos jurídicos constitucionais de forma totalmente descentralizada, independente do Estado e de seus Tribunais<sup>218</sup>.

Diferentemente do que sustentou Teubner no passado<sup>219</sup> e no presente<sup>220</sup>, a jurisprudência deixou de desempenhar o ponto fronteiro do direito, deslocando-se para a centralidade do sistema jurídico. Contudo, esse espaço não foi tomado de fato pelas organizações internacionais, corporações transnacionais e atores privados. Ao contrário, as fronteiras da policontexturalidade pertencem a todas as formas reflexivas de comunicação sistêmica estaminal que possibilitem a observação normativa social em múltiplos níveis.

Sempre que direitos fundamentais são observados pelo constitucionalismo sistêmico, independentemente do nível de observação, policontextural, transconstitucional ou interconstitucional, o sistema do direito deve se manifestar, no sentido de que sua estrutura dinâmica evolui em decorrência paradoxal de sua incompletude e necessidade de constantemente agir como estrutura social redutora de complexidades, baseada na generalização congruente de comportamentos normativos constitucionais.

Outro fato de importante relevo é a reflexividade dos sistemas sociais. Teubner defende que o direito não desempenha um papel primário em qualquer Constituição, assim, a constitucionalização é primariamente uma autofundamentação dos meios sistêmicos comunicativos, sejam eles política, economia, ciência, comunicação em massa, saúde, dentre outros, ficando ao direito o papel complementar, no sentido de que primeiro o

---

cada sistema. A comunicação estaminal é pluripotente, pois se antecipa à observação do próprio sistema: quando ele consegue observá-la, já está em plena atuação, independentemente de sua aceitação ou não, pois já pertence ao sistema observador.

<sup>218</sup> LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução de Peter Neumann. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 49, p. 165, 1990. Na proposta de Luhmann, a jurisprudência seria a membrana do sistema jurídico, o ponto de abertura cognitiva, atuando de forma fronteira. Discordamos completamente dessa proposta nos dias atuais, pois a jurisprudência se aproxima dos Tribunais, deslocando os fatores policontexturais para os setores fronteiros do sistema.

<sup>219</sup> TEUBNER, Gunther. Evolution of autopoietic law. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlin: New York: Walter de Gruyter, 1988.

<sup>220</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016.

constitucionalismo é um processo global primário, ficando aos processos jurídicos apenas função secundária<sup>221</sup>.

Para o autor, a Constituição serve como autofundação constitutiva, sendo que o processo constitucional tem papel de duplo fechamento: em primeira ordem, ao ligar entre si operações produzidas pelo próprio sistema, se diferenciando do ambiente; em segunda ordem, ao aplicar suas operações reflexivas em suas próprias operações. Dessa forma, “quando os sistemas sociais parciais definem, por meio desse fechamento duplo, suas fronteiras para fora e sua identidade para dentro, eles se tornam autônomos em sentido estrito”<sup>222</sup>. Esse modelo reflexivo é o mesmo desenvolvido por Luhmann, em que a forma é o meio pelo qual o sistema obtém sua autonomia.

Ocorre que o fato de um sistema obrigatoriamente passar por um momento constitutivo não pode conduzir a um pensamento epistemológico de constituinte, nos formatos de normatividade comunicativa constitucional. O ato constituinte de primeira ordem nos sistemas sociais, estabelecido por Teubner, não é sinônimo do ato constituinte de direitos do sistema jurídico. Se isso fosse aceito, o sistema teria dupla constitucionalização, uma originária, outra normativa-reflexiva.

Mesmo em um processo de metacodificação-híbrido-binário, em que o binário é representado pelo código constitucional/inconstitucional, e a metacodificação, pelos códigos binários legal/ilegal, e, por fim, o híbrido, caracterizado pelo binário direito/economia, deve haver diferenças entre normas comunicativas constitucionais, que correspondem ao constitucionalismo policontextural, e normas meramente constitutivas de sistemas.

De fato, existem no hibridismo dos sistemas sociais normas jurídicas constitucionais policontexturais, que dizem respeito a direitos fundamentais. Elas têm status de constitucionalidade, pois correspondem a direitos. Porém, a metacodificação híbrida, que serve para o “controle de constitucionalidade”<sup>223</sup> das corporações (*compliance* corporativo), não se presta como fundamento de constitucionalidade normativa, podendo inclusive gerar a banalização dos direitos fundamentais, por falta de uma estrutura epistemológica capaz de observar o constitucionalismo em múltiplos níveis.

---

<sup>221</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>222</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>223</sup> TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (corporate codes of conduct) privados e estatais. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 117.

Deve-se ter em conta que a policontexturalidade cria um novo senso jurídico constitucional, em que diferentes espaços sociais, antes não observados, começam a se interligar, se interpenetrar, criando novos direitos, mas, principalmente, produzindo novos direitos fundamentais. Essa não é uma questão de pluralismo constitucional em moldes tradicionais, em que várias Constituições se comunicam, mas de focos de constitucionalidade em fronteiras do direito que estão em ampla expansão, pois, com o constitucionalismo sistêmico, as possibilidades de observação aumentam, graças a uma autopoiese estaminal que rompe com as clássicas barreiras sistêmicas, sem permitir, todavia, a descontinuidade do processo operativo.

A comunicação na policontexturalidade do constitucionalismo sistêmico permite o alargamento comunicativo, (re)alocando o direito como uma facticidade central das sociedades humanas, em que a legitimação de constitucionalidade pode estar no centro ou na periferia, dependendo do ponto de observação.

A operação sistêmica é gerada pelo paradoxo. No constitucionalismo sistêmico policontextural, o paradoxo se desenvolve ao estabelecer limites de constitucionalidade em múltiplos níveis. O próprio observador é o paradoxo entre o centro e a fronteira, “que no puede observarse a sí mismo observado”<sup>224</sup>, levando à conclusão de Clam de que “não existe sempre um paradoxo do direito”<sup>225</sup>. Nesse sentido, a multiplicidade de observações gera multiplicidade de paradoxos em uma garantia extremamente escassa de que, de fato, consiga-se observar o paradoxo teorizado.

Para o autor, “o paradoxo começa a existir como uma matéria da reflexão teórica depois que uma experiência reiterada tiver sido feita, tematizada e transmitida para uma série de inteligências que adquiriram o treino necessário para a efetuação da experiência da paradoxalidade”<sup>226</sup>. Dessa forma, o paradoxo do paradoxo é a sua paradoxologia tematizada. Isso corresponde constitucionalmente aos momentos em que fatos constitucionais são reiteradamente observados e geram novas comunicações constitucionais, independentemente no local de produção, possibilitando que normas constitucionais policontexturais possam surgir nas fronteiras do sistema jurídico e sejam incluídas em sua constitucionalidade.

O direito constitucional é criado a partir de seus próprios paradoxos, que são desenvolvidos na complexa estrutura sistêmica, em que a comunicação constitucional

---

<sup>224</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 26; LUHMANN, Niklas. *Organisation und Entscheidung*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 2000. p. 10.

<sup>225</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 197. (Coleção *Dike*).

<sup>226</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 198. (Coleção *Dike*).

policontextural é observada, rompendo com as ordens normativas tradicionais que impunham ao direito limites toleráveis dentro de uma centralização da produção normativa. Atualmente, os processos normativos constitucionais operacionalizam-se em um processo multifacetado, possibilitando novas formas cognitivas de observação.

Quando se fala em direitos fundamentais de setores sociais excluídos, não corresponde à inexistência deles antes do constitucionalismo policontextural. O fato é que, antes das novas formas de observações advindas da teoria geral do constitucionalismo sistêmico, os excluídos não eram observados.

No momento em que os processos policontexturais comunicam-se constitucionalmente, os paradoxos do sistema jurídico aumentam, as expectativas normativas constitucionais começam a ser observadas e respondidas pelas próprias operações do sistema do direito.

A comunicação policontextural é a forma mais informal de constitucionalidade sistêmica, porém, tem papel fundamental entre os níveis constitucionais (transconstitucionalismo e interconstitucionalidade), pois penetra nas “saliências existentes na dobradura do reflexo gerado pelas profundezas ocultas”<sup>227</sup> no constitucionalismo contemporâneo, haja vista pertencer à estrutura dinâmica do sistema jurídico, que está em permanente evolução, provocado pela necessidade de agir constantemente como uma estrutura social redutora da complexidade e das possibilidades do ser no mundo.

#### 4.2 Da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais (ou eficácia externa em relação a terceiros) pode ser largamente vislumbrada nas teorias clássicas do direito constitucional, em que ocorre uma constitucionalização do direito privado, possibilitando uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas.

O direito constitucional português consagra expressamente, em seu artigo 18.º/1<sup>228</sup>, que os preceitos constitucionais são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades privadas,

---

<sup>227</sup> ROCHA, Leonel Severo. Prefácio. In: TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 09.

<sup>228</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4, p. 220-227. Segundo o autor, “trata-se, sim, de direitos que incidem ou podem incidir tanto nas relações com entidades públicas quanto nas relações com particulares – como os que resultam da reserva da intimidade da vida privada (art. 26.º, n.º 2), da proibição de acesso de terceiros aos ficheiros de dados pessoais (art. 35.º, n.º 4), o direito de rectificação, de resposta e a indemnização por danos sofridos através da imprensa (art. 37.º, n.º 4), os direitos dos jornalistas de todos os órgãos de comunicação social [art. 38.º, n.º 2, alínea b)], os direitos de autor (art. 42.º, n.º 2) *in fine*), a liberdade negativa de associação (art. 46.º, n.º 3), o direito de acção

peessoas privadas ou coletivas, adquirem, portanto, eficácia *erga omnes*. No tocante ao direito constitucional português, as pessoas não são terceiros, nem são externas à eficácia dos direitos, pois estão incluídos na Constituição de forma expressa.

A Constituição portuguesa declarou eficácia imediata no que diz respeito aos direitos fundamentais para os particulares, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, “liberdades e garantias implica que tal como o Estado, também todas as entidades privadas estão sujeitas a um *dever* de não perturbar ou impedir o exercício dos direitos fundamentais”<sup>229</sup>. Dessa forma, conduzem a um dever geral de não perturbar ou infringir direitos alheios.

É amplo o destaque dos direitos fundamentais horizontais, no sentido de que a vinculação privado-privado significa que eles deixam de ter apenas efeitos verticais, criando-se, assim, uma possibilidade de universalização dos direitos, (re)configurando o papel dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos.

Para Canotilho, a eficácia dos direitos fundamentais horizontais irradia diretamente dos próprios direitos fundamentais previstos na Constituição, bem como da legislação ordinária, pois a “ordem civil jurídica não pode deixar de compreender-se dentro da ordem constitucional: o direito civil não é matéria extraconstitucional, é matéria constitucional”<sup>230</sup>. A autonomia dos direitos é expressa pela eficácia imediata em relação a terceiros.

Sistemicamente, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações constitucionais/privadas pode ser vislumbrada nas Constituições sociais. Esses direitos devem “colocar-se hoje também a nível da ‘sociedade civil global’ e do ‘Estado-rede’”. A existência de uma espécie de ‘soberania no ciberespaço’ coloca com acuidade a questão de saber se e como se poderá estender a ‘eficácia externa’ dos direitos, liberdades e garantias aos novos entes”<sup>231</sup>. A soberania exercida no

---

colectiva para defesa de interesses difusos (art. 52.º, n.º 3), a segurança no emprego (art. 53.º), o controlo de gestão [art. 54.º, n.º 5, alínea b)], a independência das associações sindicais (art. 55.º, n.º 4), a protecção dos representantes dos trabalhadores (art. 55.º, n.º 6), a proibição do *lock-out* (art. 57.º, n.º 4) ou os direitos dos consumidores à informação, à protecção da saúde e dos seus interesses económicos e à reparação de danos (art. 60.º, n.º 1)”. Dessa forma, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais equivale ao dever universal de respeito aos direitos dos outros. A própria Constituição portuguesa prevê expressamente os direitos fundamentais com efeito direto a terceiros. QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 277-281.

<sup>229</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. v. 1, p. 385. Segundo os autores, a eficácia das normas dos direitos fundamentais nas relações privadas transforma estes em “*princípios objetivos* da ordem jurídica civil, tornando *inválidos os actos ou negócios jurídicos* contrários aos direitos fundamentais e susceptíveis de serem civil e criminalmente sancionáveis aos factos que os infringem”. A Constituição portuguesa deixa expressamente claro que os direitos fundamentais podem ser aplicados de imediato e sem qualquer restrição ou limitação nas relações privadas.

<sup>230</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1288. O autor não pretende transformar a Constituição em um supercódigo e reduzir o direito civil a um simples direito constitucional concretizado, mas deixa clara a posição que ocupa.

<sup>231</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. v. 1, p. 386.

ciberespaço demonstra que os direitos fundamentais vão muito além do alcance vertical tradicionalmente utilizado pelo Estado.

No Brasil, o texto constitucional nada dispôs sobre a possibilidade dos direitos fundamentais horizontais terem como destinatários os particulares, mas a doutrina e a jurisprudência não deixaram tal tema em aberto, questionando seriamente os limites e as possibilidades de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Para Alexy<sup>232</sup>, é amplamente aceita a ideia de que normas de direitos fundamentais possam produzir efeitos na relação cidadão/cidadão, assim, efeitos horizontais, cabendo apenas a análise da extensão desses direitos, pois, ao contrário da dinâmica Estado/cidadão, entre um titular de direitos fundamentais e um não titular, no caso cidadão/cidadão, ambos são sujeitos de direitos fundamentais horizontais.

O que não se pode ignorar é que, ao se aplicar uma norma de direito privado, também está se aplicando a Constituição, como já sustentado por Canotilho. De fato, o problema de vinculação dos direitos fundamentais por particulares nada mais é do que a possibilidade de composição entre os direitos fundamentais e o direito privado.

Embora ao Supremo Tribunal Federal<sup>233</sup> já tenha reconhecido a existência de uma

<sup>232</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 528.

<sup>233</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário RE 201819/RJ*. Requerente: UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES – UBC. Requerido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, Julgamento: 11 out. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28201819%2E+OU+201819%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ztaexaq>>. Acesso em: 07 jun. 2018. (caso UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES – UBC): I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. **As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado.** Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. **A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros,** especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e,

eficácia direta dos direitos fundamentais horizontais nas relações privadas, alerta Sarlet<sup>234</sup> que não se pode falar na existência de uma doutrina jurisprudencial consistente e dominante sobre o tema.

É nítida a violação dos direitos fundamentais fora do âmbito estatal. Em relações jurídicas privadas, os direitos fundamentais são constitucionais, não se limitam às relações públicas, vão muito além, inclusive nas relações privadas. Dessa forma, não é possível que a ordem constitucional brasileira tenha permitido, apenas por não estar expresso na Constituição, que as associações civis pudessem agir à margem dos princípios constitucionais estabelecidos na lei. A própria autonomia privada estabelecida como uma garantia constitucional não está à mercê da própria norma, no sentido de que o sistema constitucional não se limita a barreiras quando se trata de direitos fundamentais verticais ou horizontais.

Ao julgar ação direta de inconstitucionalidade 4277/DF<sup>235</sup>, o Supremo Tribunal Federal garantiu importante decisão jurídico-social, ao admitir união estável entre casais homossexuais, alterando qualquer padrão ortodoxo do conceito de família, dando tratamento constitucional ao tema dos direitos fundamentais horizontais, sustentando que família é uma categoria sócio-cultural, não um conceito reducionista de homem/mulher. Por família, seja a união heteroafetiva ou homoafetiva, trata-se de uma instituição privada, voluntariamente

---

portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. **A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio.** O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). (grifo nosso).

<sup>234</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 338.

<sup>235</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade ADI 4277/DF*. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e outros. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, Julgamento: 05 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284277%2E+OU+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jylqsdv>>. Acesso: 23 maio 2018. (caso UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO): [...] **A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa.** Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). **Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.** Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela **eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.** (grifo nosso).

constituída, que ao lado do Estado e da sociedade civil deve manter uma relação tricotômica harmoniosa.

Todo negócio jurídico privado que crie possibilidade de escravatura humana, no sentido de coisificação da pessoa humana em uma forma contratual privada deve ser rejeitado, como no célebre caso do *arremesso de anão*, ocorrido na França, em que um indivíduo de baixa estatura aceitava ser arremessado por outros indivíduos. Por óbvio que os direitos fundamentais horizontais obrigam entidades privadas a cumprir o que está expressamente descrito na Constituição e também aquilo que não está, pois toda forma de diminuição da pessoa humana e violação de direitos fundamentais deve ser rejeitada pelo sistema jurídico.

No mesmo sentido, “é evidente que os efeitos em relação a entidades privadas poderão estar, desde logo, expressamente determinados na Constituição, mas o princípio da vinculação das entidades privadas só tem autonomia fora dos casos expressamente previstos na Constituição”<sup>236</sup>. Os atos jurídicos privados que violam direitos fundamentais diretamente estabelecidos na Constituição autorizam o Estado a utilizar a verticalidade dos direitos fundamentais. Porém, os atos privados não expressos na Constituição, mas que pertencem à integridade do sistema constitucional, devem ser obedecidos na forma de direitos fundamentais horizontais.

#### 4.2.1 Da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais Policontexturais

Na teoria geral do constitucionalismo sistêmico, os direitos fundamentais horizontais policontexturais são diversos do que foi visto até o momento, pois, nos clássicos direitos

<sup>236</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. v. 1, p. 386. No mesmo sentido, SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 343. Sobre a evolução da jurisprudência do BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF 132 / RJ*. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimados: Governador do Estado do Rio de Janeiro; Tribunais de Justiça dos Estados; Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Am. Curiae: Conectas Direitos Humanos e outro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, Julgamento: 05 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28132%2EENUME%2E+OU+132%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gvml9zm>>. Acesso em: 07 jun. 2018. (caso UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4815/DF. Ação direta de inconstitucionalidade*. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL. INTIMADOS: Presidente da República e Presidente do Congresso Nacional. Am. Curiae: Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro – IHGB e outros. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF: Julgamento: 10 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284815%2EENUME%2E+OU+4815%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gtao8tn>>. Acesso em: 07 jun. 2018. (caso ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS - ANEL). Em especial, SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 131-165.

fundamentais horizontais, as normas já estão incluídas dentro dos códigos nacionais, são centralizadas, correspondem a um avanço jurídico, mas ainda estão limitadas pela positivação centralizadora.

No constitucionalismo sistêmico, as normas policontexturais fundamentais horizontais estão dispostas em uma rede complexa de comunicação jurídica, ignorando fronteiras, locais constitutivas, bem como produção normativa centralizada ou descentralizada. São normas sociais que emergem na sociedade contemporânea e correspondem às verdadeiras expectativas normativas. A progressiva inclusão da população no *status* de cidadãos abre mundialmente uma fonte secular de legitimação das constituições sociais, criando novos patamares de constitucionalidade.

É pálida a ideia de que direitos fundamentais horizontais possam existir apenas nos ordenamentos jurídicos nacionais, frutos de Constituições estatais, tendo em vista que tal fato cria um patriotismo constitucional narcísico, em que *ego* pensa ser superior normativamente a *alter*, cabendo ressaltar que dificilmente o primeiro terá possibilidade de observação das diversas redes comunicativas formadas pelo segundo na contemporaneidade.

Não é possível que o Estado almeje controlar o conceito social de família. Tal fato foi denunciado por Arnaud, que defendeu a inadequação do direito frente às famílias na sociedade. Os setores da vida social buscam naqueles de elevada tecnicidade novas propostas, pois “não se contenta mais com a rigidez e com o formalismo da produção normativa e regulamentar tradicional”<sup>237</sup>. Nunca se falou tanto em crise do direito regulatório e das instituições jurídicas, pois jamais foram tão afastadas dos problemas sociais do que na contemporaneidade. Os problemas deixaram de ser monocontexturais, passaram a ser policontexturais.

O constitucionalismo clássico é incapaz de oferecer respostas aos problemas policontexturais, mesmo aceitando a sociedade civil global. Canotilho analisa na perspectiva do Estado respostas para casos como “caso do portal *Yahoo* em França (venda de objectos relativos ao regime nazi e ao nazismo) e da divulgação, via *Internet*, do livro do Presidente Mitterrand, feito pelo seu médico particular”<sup>238</sup>. Parece ingênua a proposta de direitos fundamentais horizontais sem uma ligação direta com a policontexturalidade, pois como a Constituição estatal pode proibir vendas globais? Ou, como proibir globalmente a impressão

---

<sup>237</sup> ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras, entre globalização e pós-globalização crítica da razão jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. v. 2, p. 28.

<sup>238</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. v. 1, p. 387.

de um livro? O direito constitucional estatal se tornou pequeno demais para os grandes problemas globais.

Nesse ponto, as Constituições estatais seriam sugestivas às propostas teóricas do transconstitucionalismo, em que os catálogos de direitos fundamentais nelas elencados buscariam eficácia em uma rede comunicativa contra terceiros, em uma eficácia horizontal de direitos fundamentais. Porém, Teubner alerta para esse pensamento, sustentando que, na teoria dos sistemas, “os autores não observam que decisões e argumentações no sistema jurídico forma determinados circuitos fechados que, certamente, se irritam reciprocamente, sem que se sobreponham uns aos outros”<sup>239</sup>. Mesmo que exista uma transferência de conteúdos normativos, isso não garante que direitos fundamentais horizontais sejam colocados nos regimes transnacionais.

Da mesma forma como acontece com o transconstitucionalismo, a interconstitucionalidade encontra sérios limites, porque suas estruturas jurídicas de posituação dos direitos fundamentais horizontais interligam-se de forma vinculante, em uma rede de interlegalidade, expandindo de forma vertical, e não horizontal, os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais horizontais policontexturais são sensíveis às violações turbulentas no âmbito global. O sistema jurídico apenas observa violações aos direitos fundamentais quando eles são violados, não existindo uma antevisão que possibilite bloquear os ataques não observados. De fato, quando ocorre a lesão a um bem jurídico é que se cria a possibilidade de observação e uma resposta.

Os direitos policontexturais, por estarem mais distantes dos centros de produção normativa estatal, estão mais próximos das interferências de perturbações sistêmicas, atendendo às necessidades sociais de forma limítrofe, buscando observações em um nível completamente diferente do estatal, no sentido de que sua produção é descentralizada, não necessitando do formalismo normativo tradicional.

As normas fundamentais policontexturais se tornam válidas no sistema jurídico quando passam pelo filtro constitucional/inconstitucional, coordenando-se em um ciclo comunicativo com outras normas policontexturais que possibilitem a reflexividade dos direitos fundamentais em operações jurídicas descentralizadas.

---

<sup>239</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 228.

Para Teubner, “normas sociais se tornam direito se por meio dele elas são interligadas ao sistema legal da sociedade global, de forma que operações conduzidas por códigos legais binários são a seu turno observadas por operações conduzidas por códigos binários e incorporadas”<sup>240</sup>. A positivação social dos direitos fundamentais constitui sua própria universalização, pois ultrapassa as fronteiras estabelecidas, aumentando a complexidade e a necessidade de novas observações constitucionais.

Não existe um lugar teórico específico de onde se possa observar todos os problemas do constitucionalismo contemporâneo. Ao contrário, são múltiplos os lugares de observação, alterando completamente as clássicas situações de respostas: “o *desenvolvimento constitucional* toma em consideração o arranjo de novas formas organizativas, de novos processos político-sociais e de novas soluções para os problemas nascidos dentro dos sistemas ou subsistemas sociais”<sup>241</sup>. A complexidade constitucional é dinâmica, se auto-organiza e evolui de forma complexa. Normas de validade constitucional são observadas nos mais diversos meios de produção normativa descentralizada, alterando definitivamente o fenótipo das teorias constitucionais clássicas.

O problema dos direitos fundamentais horizontais policontexturais agrava-se por uma crise de reflexividade, pois sistemas regulativos centralizados, no máximo, são reflexivos em si, em sua própria unidade, porém, são dotados de baixa complexidade no que diz respeito a direitos emanados da periferia. Afinal, o constitucionalismo clássico não foi criado para se adaptar às mudanças sociais de forma dinâmica, ao contrário, atua em um vazio estratégico, em que apenas se preocupa com problemas centralizados, exprimindo a incapacidade de sistemas centrais gerarem observações reflexivas sobre problemas periféricos.

A constitucionalização sistêmica se mostra como um processo espontâneo de produção normativa, com os parâmetros impostos pela própria teoria previamente definidos, o que não corresponde a normas constitucionais rígidas (acabadas) que possam ser utilizadas para resolver todos os problemas. Ao contrário, pela sua forma dinâmica e complexa, a teoria atua

---

<sup>240</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 232.

<sup>241</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1333. Canotilho utiliza de forma nítida a teoria dos sistemas ao defender suas ideias de um novo constitucionalismo: “se quisermos captar em poucas palavras a dança molecular da teoria da constituição diríamos que ela tem de lidar com problemas de *complexidade dinâmica, adaptabilidade, auto-organização, emergência e evolução*”, derrubando o patriotismo constitucional, dando início a novas ordens normativas no mundo globalizado. Sobre o tema, ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a História Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006; TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 147-165.

em constante evolução. Segundo King, os críticos da teoria autopoietica em seus ataques “conseguem mal citá-la, mal entendê-la e mal interpretá-la”<sup>242</sup>, pois não são acostumados a trabalhar com questões complexas, já que ainda pensam em buscar respostas acabadas para problemas complexos policontexturais.

No momento em que surgem novos direitos fundamentais em virtude do processo constitucional policontextural, o constitucionalismo passa a ser global, dividido em múltiplos níveis de observação e aplicabilidade. No modelo proposto por Teubner, será uma “colcha de retalhos e muito provavelmente precisará ser identificado caso a caso ao invés de ser escrita de forma significativa ou coerente: uma constituição material ao invés de uma constituição formal”<sup>243</sup>. Sua proposta não é de uma Constituição global, mas de um constitucionalismo caso a caso, em que a interligação entre ordens jurídicas formam um momento singular de produção normativa constitucional, demonstrando que o direito centralizador não é a única forma de produção normativa.

Tal fato é demonstrado pelos regimes privados globais que utilizam Tribunais arbitrais transnacionais para aplicar decisões na *lex mercatoria*, atuando em padrões concretos de direitos fundamentais horizontais, aprovados por uma positivação social, no sentido de que passam pelo mesmo filtro de constitucionalidade das normas produzidas pelo Estado, o

---

<sup>242</sup> KING, Michel. A verdade sobre a autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 43. Entre as diversas críticas feitas à teoria autopoietica, vamos nos debruçar apenas em uma. Boaventura de Sousa Santos, em sua obra *A Crítica da Razão Indolente*, aprecia diversos modelos epistemológicos, chegando ao final em que sustenta que a formulação investigatória mais bem sucedida e articulada seria a sistêmica de Niklas Luhmann, mas que não concordaria com esse pelos seguintes pontos. (1) Boaventura critica o modelo autopoietico, sustentando sua inaplicabilidade na realidade social, já que o direito foi incapaz de regular as crises que ocorreram na família, no trabalho, na educação, na saúde, e em outras áreas caóticas em que a sociedade moderna torna-se carente. (2) O autor diz que não vivemos em uma crise jurídica de um direito autônomo, mas sim, em uma crise política de aplicabilidade social. Assim, os problemas não seriam jurídicos, mas políticos, disso concluindo que a organização autorreferencial sofreria limitações aplicativas. As críticas feitas por Boaventura nos parecem inconsistentes, pois questões primordiais das teorias autopoieticas luhmannianas não foram abordadas em sua obra. Teubner, em seu livro *O Direito como sistema autopoietico* responde a essas questões: o princípio básico do sistema autopoietico é que nenhum sistema deve operar fora de seus limites, ou seja, cada sistema tem uma atribuição e essa deve ser executada. Pensar que o sistema jurídico é o responsável pela implementação de políticas públicas é um erro grave, sob o entendimento interpretativo sistêmico. O direito não tem o papel de alavanca de Arquimedes, capaz de movimentar o mundo. Ao contrário, tem suas limitações formadas pelo próprio sistema, podendo operar somente através de seus próprios sensores. Assim, o sistema jurídico atuará perante a sociedade na forma de elementos jurídicos, normas, jurisprudência, doutrinas, ou seja, única e exclusivamente dentro de seus limites. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 159-161. Ainda, TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 141-144; TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 142-144.

<sup>243</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragments constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 237.

código binário constitucional/inconstitucional, ligado estritamente aos direitos humanos e fundamentais.

As Constituições estatais negligenciam seu lado social na medida em que não observam os excluídos do processo de produção normativa constitucional. Os sistemas sociais são estruturados para não terem uma forma populacional definida, incluindo todos da população de forma estritamente objetiva. Mas o paradoxo da inclusão é a exclusão. Ocorre que, quando um sistema exclui totalmente alguém de seus direitos fundamentais, não leva apenas a exclusão na questão da pobreza, mas da família, da educação, da saúde. Dessa forma, os direitos fundamentais policontexturais são aptos a propor decisões vinculantes que possibilitem o bem-estar social.

Normas centralizadoras não chegam aos excluídos. Ou seja, “um sistema de desigualdade pode estar, no limite, acoplado a um sistema de exclusão”<sup>244</sup>, em que o grau extremo de exclusão é o extermínio, e o grau extremo de desigualdade é a escravidão. A função do constitucionalismo sistêmico é garantir decisões vinculantes e garantidoras de direitos fundamentais horizontais nos setores privados e públicos, nos mais diversos sistemas funcionais globais.

Os setores parciais da sociedade, apoiados no constitucionalismo sistêmico, constituem produtores normativos de direitos fundamentais policontexturais: “os direitos fundamentais atuam não somente como limites dos sistemas funcionais perante a autonomia dos indivíduos, mas também como garantia de inclusão da população em sistemas sociais”<sup>245</sup>. Desse modo, observa-se de forma significativa o crescimento dos direitos fundamentais na sociedade, ao passo que o paradoxo inclusão/exclusão deixou de ser centralizado em uma única instância e foi transferido para os sistemas funcionais.

Para Luhmann<sup>246</sup> os direitos humanos e direitos fundamentais não foram constituídos para honrar ou ratificar a natureza humana. Ao contrário, nasceram para impedir determinações de qualquer tipo de classificação humana. São formas de inclusão proclamadas como um cheque em branco para o futuro. Os direitos fundamentais policontexturais nascem nos mais diversos centros de produção jurídica.

---

<sup>244</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 282.

<sup>245</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 248.

<sup>246</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 852.

A política do constitucionalismo social se funda no fortalecimento democrático dos setores sociais, em que todos devem ter o mesmo direito de acesso e possibilidade de ação. Nesse sentido, Teubner denuncia os códigos de algoritmos da Google, pois não exercem neutralidade entre os usuários: “a eficácia horizontal em relação a terceiros na forma de um direito de acesso deveria fazer com que as obrigações de tolerância ou obrigação decorrentes de contratação sobreponham-se à propriedade privada da rede”<sup>247</sup>. Toda discriminação de acesso a informações dos usuários feita pelos provedores de internet deve ser proibida, sob pena de incluir algumas pessoas no processo de informação e excluir outras.

Os direitos fundamentais horizontais inclusivos se mostram ainda nos primórdios de sua institucionalização, na medida em que ainda são pouco observados pelos centros de produção normativa, velados pelo velho constitucionalismo estatal, que, nas palavras de Habermas<sup>248</sup>, apenas demonstram uma pálida ideia de patriotismo constitucional, constituída pelos “nós” nacional, baseadas apenas no *ego* institucional, ignorando todo o vasto oceano constitucional.

Porém, os direitos fundamentais horizontais defensivos já se mostram bem desenvolvidos no cenário internacional, visto que vários casos de atentados a direitos fundamentais por empresas multinacionais já foram levados a tribunais especializados.

Para Teubner<sup>249</sup>, os direitos fundamentais horizontais defensivos reagem aos problemas que levantam questões relacionadas à diferenciação funcional de sistemas autônomos por seus meios de comunicação, na medida em que os sistemas autônomos buscam transgredir seus limites funcionais específicos, dando como exemplo o caso da política, que se liberta dos vínculos religiosos, morais e econômicos, ligados à antiga ideia de política unicamente estatal. Assim, para seu fechamento operativo, o sistema político cria

---

<sup>247</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 250.

<sup>248</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 3. ed. Tradução de George Sperber et al. São Paulo: Loyola, 2007. p. 157. No mesmo sentido de Habermas, Canotilho defende as constelações constitucionais pós-nacionais, mas denuncia que a “identidade constitucional brasileira” parece não “coabitar” com essas constelações. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo:Coimbra; Saraiva: Almedina, 2013. p. 45. Ainda, sustenta o caráter de autismo nacionalista e patriótico na continuidade da defesa do constitucionalismo dirigente. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente. In: CLEVÊ, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Doutrinas essenciais de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1, p. 115.

<sup>249</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 252.

nova autonomização em novos ambientes, muitas vezes abusando de direitos na busca de um poder imperialista e não democrático.

Os direitos fundamentais horizontais defensivos estabelecem limites aos espaços comunicativos da política, no sentido de que ela não pode interferir nos setores próprios de atuação da sociedade. Essa função excludente dos direitos fundamentais garante a criação de barreiras contra os abusos do poder político e suas tendências de totalização, ou seja, os próprios sistemas sociais policontexturais criam elementos de defesa baseados em normas de direitos fundamentais produzidas de forma descentralizada nos sistemas especializados.

Existe um grave alerta sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na sociedade, ou seja, a possibilidade de fragmentação da sociedade em múltiplos setores autônomos: “o problema da fragmentação da sociedade se encontra no centro da questão dos direitos fundamentais como direitos de defesa. Não existe aquela fronteira da comunicação política/ser humano, na qual os direitos humanos se colocam como guardiões”<sup>250</sup>. O indivíduo está na política, na economia, no direito, na ciência. Os sistemas sociais não podem de fato se comunicar com os seres humanos, mas podem permitir que sejam irritados por eles e, “nessa dinâmica de recursividade, encontra-se a ‘exploração’ do ser humano pelos sistemas sociais (não pelos seres humanos!)”<sup>251</sup>. Assim, o sistema especializado comunica suas irritações em relação aos seres humanos como mecanismo de autopreservação de seu ambiente diferenciado.

Essas comunicações em múltiplos contextos devem ser observadas pelo sistema jurídico como uma revolução constitucional: “as *texturas* da vida – política, económica, social e cultural – terão de se articular com o *texto* e o *contexto* das normas da constituição sob pena de a força normativa destas se dissolver na força normativa dos factos”<sup>252</sup>. Essa afirmação demonstra que os processos policontexturais atuam em notável articulação multinível na formação normativa dos fatos sociais nos mais diversos contextos.

Os múltiplos níveis normativos demonstram que a figura dos direitos fundamentais horizontais e dos direitos humanos na policontexturalidade enfrentam uma problemática relacionada à lesão da integridade psicofísica dos seres humanos, causadas por inúmeros

---

<sup>250</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 255.

<sup>251</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 255.

<sup>252</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo:Coimbra: Saraiva: Almedina, 2013. p. 45.

processos comunicativos globalizados, generalizando qualquer tipo de classificação eficaz dos direitos fundamentais horizontais. Ou seja, “o erro de classificação é evitado se entendermos tanto a ‘velha’ problemática política dos direitos humanos quanto a ‘nova’ problemática policontextural desses direitos de forma que seres humanos não são ameaçados por outros seres humanos, mas por processos comunicativos”<sup>253</sup>, que devem ser identificados entre os tantos comunicadores globais anônimos e autônomos.

Quando se verifica um sistema policontextural de direitos fundamentais horizontais, observa-se uma multiplicidade de dimensões. Teubner<sup>254</sup> termina o agrupamento dos direitos fundamentais em três dimensões: *Direitos fundamentais institucionais* buscam garantir a autonomia dos processos comunicativos sociais, contra os processos totalizantes e hegemônicos das matrizes comunicativas. São representados como normas de colisão, que procuram defender a sociedade em sua integridade artística, científica, religiosa, econômica; *Direitos fundamentais pessoais* são atributos das pessoas e não das instituições. Procuram defender a autonomia individual das comunicações no interior da sociedade; *Direitos humanos* atuam de forma cogente como barreiras negativas da comunicação social, protegendo violações à psique e corporalidade, sempre que transgressões são cometidas pelas matrizes de comunicação.

A divisão metodológica das dimensões dos direitos fundamentais horizontais e direitos humanos na policontexturalidade do constitucionalismo sistêmico demonstram plena interconexão entre si, na medida em que alguns direitos fundamentais pertencem às três dimensões sistematicamente, como a religião, que integra as dimensões institucional, social e pessoal, como uma das primeiras liberdades asseguradas na declaração de direitos humanos e fundamentais.

Segundo Jellinek<sup>255</sup>, a liberdade religiosa foi a primeira expressão da ideia de um direito universal e fundamental da pessoa humana, esta consagrada nas mais diversas

---

<sup>253</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 259.

<sup>254</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 260. O autor ressalta que alguns direitos fundamentais pertencem a mais de uma dimensão, como a liberdade artística, a liberdade de expressão, que podem ser pessoais e institucionais. Ainda existem alguns direitos fundamentais que pertencem às três dimensões, como a liberdade religiosa, correspondendo a instituições, pessoas e direitos humanos.

<sup>255</sup> JELLINEK, Georg. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. Traducción de Adolfo Posada. México: Unam, 2003. p. 115. Segundo Hesse, os direitos fundamentais não podem ser entendidos como um sistema próprio, fechados em si mesmo. Eles se associam em uma especialidade, quando um direito concretiza as garantias de um ou de outro direito fundamental, como a liberdade de fé como um desenvolvimento de livre personalidade. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República*

Constituições, tratados internacionais, leis e costumes, tendo como destinatários poderes públicos, entidades privadas e pessoas em sua singularidade. Dessa forma, a liberdade de consciência religiosa é uma faculdade individual de autodeterminação, que engloba em seu núcleo essencial a liberdade de ter, não ter ou deixar de ter uma religião, se mostrando um direito fundamental e humano de múltiplas dimensões.

### 4.3 Das Colisões e Conexões do Constitucionalismo Policontextual

Com a fragmentação das Constituições em nível global (a multiplicação de normas constitucionais sociais, normas das organizações, normas das instituições privadas, dentre várias outras), o sentido de policontextualidade se tornou ainda mais utilizado, caracterizando-se como a produção normativa em diversos contextos, em múltiplos níveis de observação, criando novas colisões jurídicas antes não observadas.

Esses direitos estão relacionados com a complexidade das relações e, portanto, essencialmente, com os efeitos da diferenciação funcional. Ou seja, são jurídicos na correlação aos códigos de definição sistêmicos. Independentemente do seu local de produção, constituem uma abertura ao futuro da sociedade moderna.

Porém, não existe uma forma correta de resolver os problemas de colisões entre normas jurídicas policontextuais, muito menos em nível constitucional, pois todas as formas de resolução de conflito ainda são pautadas nas propostas clássicas da teoria geral do direito, vindo de forma hierárquica estatal a melhor resposta para dirimir os casos jurídicos, diminuindo a comunicação com a aplicação hierárquica e vertical das decisões.

---

*Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 245. Nesse sentido, ver: WEINGARTNER NETO, Jayme. Artigo 5.º VI da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo/Coimbra: Saraiva/Almedina, 2013. p. 272; WEINGARTNER NETO, Jayme. Liberdade religiosa na jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 481-482. Segundo Teixeira, direitos fundamentais são aqueles positivados nas Constituições e nas leis infraconstitucionais. Os direitos humanos se situam na esfera internacional, sendo ontológicos ao ser humano. Assim, os direitos humanos teriam uma função filosófico-jurídica, ao passo que os direitos fundamentais teriam uma função teórico-normativa, quando positivados pelas legislações estatais os direitos humanos se tornam fundamentais. TEIXEIRA, Anderson, Vichinkeski. O sistema dos direitos públicos subjetivos de Georg Jellinek: reconstruindo as origens dos direitos fundamentais na teoria dos quatro status. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. *Constituição, sistemas e hermenêutica*: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado. São Leopoldo: Unisinos, 2013. p. 09-10. Em Luhmann, “los derechos humanos sirven, em términos de funciones sistémicas, para mantener abierto el futuro de la reproducción autopoiética de los diferentes sistemas. Para o autor nenhuma classificação ou subdivisão deve limitar os homens em seus direitos para o futuro. LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 172. LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 154.

Nesse sentido, ao verificar que os conflitos dominam os regimes policontexturais, no campo das decisões práticas jurídicas, Teubner<sup>256</sup> elenca quatro situações em que as normas transnacionais têm entrado em choque com mais frequência.

No *primeiro* caso, normas jurídicas de dois ou mais regimes jurídicos internacionais colidem em um caso específico, criando um impasse de aplicação, como, por exemplo, o conflito entre direitos humanos e direitos humanitários de guerra; no *segundo* caso, a questão jurisdicional quando um regime jurídico específico tende aplicar normas pertencentes a outro, como a Organização Mundial do Comércio, cumprindo normas do direito internacional do meio ambiente; no *terceiro* caso, quando entram em conflito direito de diferentes instituições em mesmo nível internacional, como a OMC e o Tribunal Internacional de Direito ao Mar; por fim, o *quarto* caso, em que diversos tribunais interpretam a mesma norma jurídica de forma diferente, criando um verdadeiro conflito entre *ego* e *alter*, como a Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Penal Internacional.

Sobre a reflexividade das normas constitucionais criadas em múltiplos contextos e suas colisões, o transconstitucionalismo sistêmico se mostra mais apto do que a policontexturalidade para a construção de uma racionalidade transversal que viabilize o diálogo mútuo entre ordens jurídicas diversas.

Como as normas do constitucionalismo sistêmico são produzidas de forma multicêntrica, o centro se torna o local de observação de sua criação. Isso não pode ser ignorado. O problema jurídico ocorre nos conflitos entre normas jurídicas multicêntricas. Se uma colisão ocorre entre normas constitucionais estatais europeias, o Tribunal de Justiça da União da Europa pode decidir, de forma interconstitucional; se o conflito ocorre entre normas constitucionais e tratados internacionais, o transconstitucionalismo pode ajudar no diálogo constitucional de múltiplos níveis; mas, quando colisões policontexturais ocorrem, o grande embate jurídico fica a cargo da legitimidade clássica da criação normativa.

A sociedade global não conhece nenhuma instância jurídica central que possa decidir sobre todos os casos da humanidade. Ao contrário, do mesmo modo como as normas são produzidas de forma multicêntrica, os tribunais também inovam, criando jurisdição em múltiplos níveis de atuação. O pluralismo constitucional é orientado a novas abordagens metaconstitucionais. Ou seja, com a colisão entre normas jurídicas constitucionais, se força a comunicação e o próprio constitucionalismo é (re)criado constantemente.

---

<sup>256</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 268.

O direito, em sua autopoiese, cria possibilidades de observações próprias; em sua autonomia, possibilita decisões constitucionais para a sociedade complexa, independentemente do *status* do tribunal ou da legislação constitucional utilizada.

Para Teubner, a resposta aos conflitos normativos entre ordens jurídicas transnacionais de produção normativa constitucional é situada em uma solução heterárquica de conflitos, ou seja, as próprias Constituições devem reagir às colisões. Dessa forma, *primeiramente*, no caso da internacionalização, os elementos constitucionais de *alter* são (re)constituídos pelos próprios elementos de *ego*, abrindo a possibilidade de uma aprendizagem recíproca entre ordens jurídicas, o “direito de colisão para os conflitos entre os regimes, que internaliza as universidades estranhas ao direito no direito do regime. Ganha-se com isso em face do efeito de alienação através da reconstrução jurídica dos conflitos e em face da obrigação da tomada de decisão”<sup>257</sup>. Dessa forma os conflitos são decididos.

A desvantagem da internacionalização é a intensificação da fragmentação constitucional do direito, pois as decisões tomadas entre normas jurídico-constitucionais conflitantes são válidas apenas aos participantes da colisão. As normas divergentes não são excluídas dos ordenamentos policontexturais. Ao contrário, cada decisão feita pela internacionalização cria mais normas e possibilidades, aumentando ainda mais a complexidade constitucional.

No *segundo* momento à externalização, em sentido oposto à internacionalização do direito constitucional, “as colisões são, ao contrário tematizadas, disputadas e decididas na cooperação entre regimes. Embora não exista uma obrigação da tomada de decisão, aumentam, no entanto, as chances do consenso”<sup>258</sup>. Dessa forma o papel do constitucionalismo sistêmico policontextural seria o de estruturar os procedimentos de cooperação.

Toda decisão é um paradoxo. Sempre que colisões jurídicas ocorrem, as premissas básicas da decisão devem servir como osciladores paradoxais, em um duplo processo decisivo, ou seja, em um nível de comportamento observável em cada caso constitucional, e em um nível de premissas constitucionais que provavelmente sejam a causa do resultado decisivo. Segundo Luhmann, as premissas das decisões “no fijan todavía las decisiones futuras, no pueden decidir ahora mismo em el futuro. Pero enfocan la comunicación sobre las

---

<sup>257</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 273.

<sup>258</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 273.

distinciones fijadas em las premisas y eso hace probable que las decisiones futuras serán observadas em referencia a las premisas dadas”<sup>259</sup>. No sistema policontextural as decisões não servem para todos os casos futuros, mas podem ser observadas e utilizadas ou observadas e rechaçadas em uma contingência paradoxal.

O maior problema das colisões entre normas jurídicas constitucionais policontexturais é a decisão, pois os modelos clássicos pautados pelo Estado mantinham apenas um pequeno suspiro intelectual no sentido policontextural, já que todo o padrão normativo era centralizado, aceitando apenas os tratados internacionais como forma diversa de centralização. Porém, mesmo sendo internacionais, tais documentos estavam diretamente ligados aos direitos nacionais.

As colisões de direito internacional público e de direito internacional privado ainda se mantêm estruturalmente ligadas aos Estados nacionais, sem nenhuma possibilidade sistêmica de decisão fora do seu próprio alcance de produção normativa.

Nesse sentido, o hibridismo do constitucionalismo policontextural força o sistema a escolher a jurisdição de maior intimidade com a matéria conflitante, ou seja, deve prevalecer o regime que demonstre maior conexão com a causa em litígio, pouco importando o domicílio civil dos conflitantes. A decisão do constitucionalismo policontextural, muito embora seja pautada por normas multicêntricas, deve conter a máxima seriedade jurídica, não se tornando apenas sinônimo de escolher entre as várias possibilidades sistêmicas. Ao contrário, a decisão sempre deve ser fundamentada nas principais normas dos direitos fundamentais policontexturais e dos direitos humanos.

As normas policontexturais ligadas aos direitos humanos e aos direitos fundamentais devem ultrapassar qualquer definição de centro e periferia, pois estas só são periferia na visão daquelas. Segundo Martins, “se os centros não estão forçosamente no lugar piramidal que era o seu, isso que dizer que eles podem estar em todo o lado”<sup>260</sup>. Dessa forma, as antigas periferias produtoras normativas agora podem ser centros, e vice-versa.

Esse entendimento é fundamental, pois garante a eficácia jurídica das normas produzidas de forma multicêntrica, independentemente de seu contexto de produção normativa. A reflexividade do constitucionalismo sistêmico deve ser capaz de observar essas transformações, garantindo que os direitos fundamentais e os direitos humanos sejam aplicados e decididos sem distinção do local de produção normativa.

---

<sup>259</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 263; LUHMANN, Niklas. *Organisation und Entscheidung*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 2000. p. 247.

<sup>260</sup> MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 110.

O sistema jurídico constitucional dispõe de estruturas e processos próprios, assim pode coordenar todas as formas de comunicação policontextual, selecionando operativamente os casos e jurisdições mais condizentes com a colisão normativa, produzindo e (re)produzindo decisões sistêmicas e regulando sua própria auto-poiese.

#### 4.4 Constitucionalismo Policontextual em Rede

Não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos no mesmo espaço territorial, observados cada qual a seu tempo e em sua especificidade. O tempo do constitucionalismo policontextual se reflete nos horizontes do futuro e passado: “esto no sólo quiere decir que cada instante tiene su propio futuro y su propio pasado y que justamente por eso posee su unicidad en la dimensión del tiempo, sino que al experimentarse se percibe también que cada futuro y cada pasado cualquier instante puede disolverse”<sup>261</sup>. O tempo é a expressão da totalidade das possibilidades que se irrompem no próprio tempo.

Pode-se começar o pensamento de uma rede do constitucionalismo policontextual com a pergunta feita por Martins<sup>262</sup>: “a ‘rede’ *conecta* para melhor administrar o diverso ou *une* para melhor o anular?” Atualmente, existe uma tendência globalizadora dos direitos constitucionais fundamentais, conectados pela concorrência, colisão, convergência e justaposição de conflitos, analisados sob o aspecto sistêmico da generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, buscando em sua estrutura dinâmica de múltiplos níveis uma evolução temporal próxima da sociedade contemporânea.

A rede do constitucionalismo sistêmico policontextual arquiteta-se de forma multicêntrica, com normas horizontais e verticais, que se colidem de forma transversal, diagonal, e que buscam reações operativas do sistema do direito, em sua observação constitucional de validação normativa e jurisdicional.

As normas constitucionais policontexturais podem colidir de forma horizontal, vertical, diagonal, em seus regimes autônomos de produção normativa, seja organizacional, privado, estatal ou social, sem qualquer tipo de hierarquia previamente definida. Ou seja, são relações heterárquicas, compostas em uma rede complexa de integração comunicativa.

---

<sup>261</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para uma teoria geral*. Barcelona: Antrhopos; México: Univesidad Iberoamericana; Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 102; LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução de Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 112.

<sup>262</sup> MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 102.

Nesse sentido, Teubner define que as “redes, como uma combinação própria entre relações únicas meramente bilaterais e entrelaçamento multilateral, aparecem nessa visão como resultado de uma coexistência frágil entre diversas ordens jurídicas dos nós da rede, contraditórias em si”<sup>263</sup>. As redes formam uma resposta institucional para os conflitos de racionalidade transversal que surgem no constitucionalismo sistêmico.

A ideia de uma rede de um constitucionalismo policontextural propicia uma conexão entre normas jurídicas, (re)organizando e (re)construindo normas até então estranhas umas às outras, através de suas próprias irritações jurídicas. Ou seja, as normas exteriores ao *ego* podem alterar este ou serem alteradas, em um complexo jogo reflexivo.

A irritação jurídica não atinge o sistema do direito em si, “mas somente as instituições de ligação do direito. Não se está a dizer, assim, que o instituto transferido será reconstruído a partir da perspectiva do nodo direito. O que é decisivo aqui é que a norma transferida implica em um novo ‘regime de produção’”<sup>264</sup>. Isso implica diretamente a observação jurídica, pois as formas de produção normativa voltam ao centro das atenções do sistema.

Uma rede não corresponde à união convergente entre as ordens constitucionais. Ao contrário, cria um hiperciclo comunicativo entre elas, ou seja, dentro de uma rede de constitucionalismo sistêmico, forma ciclos que são interligados de forma circular uns aos outros. As normas desenvolvem-se em espaços jurídicos distintos, independentes e autônomos, mas acabam se comunicando em uma rede complexa no mar de constitucionalidade.

Todo o desenvolvimento do constitucionalismo sistêmico “toma em consideração o arranjo de novas formas organizativas, de novos processos político-sociais e de novas soluções para os problemas nascidos dentro dos sistemas ou subsistemas sociais”<sup>265</sup>. Dessa forma, deve-se trabalhar o constitucionalismo policontextural em uma rede de complexidade

---

<sup>263</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 282. Em sentido parecido, Prián: “Ao contrário de uma constitucionalização da sociedade política global, os diferentes setores da sociedade global estabelecem suas constituições através da diferenciação funcional, e não por meio de uma integração política facilitada pelos esforços políticos deliberativos e pela cooperação dos governos estatais”. PRIÁN, Jirí. A questão da soberania no pluralismo jurídico global. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; PRIÁN, Jirí. *Sociologia sistêmico-autopoiética das Constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 126. Os Estados e suas hierarquias se mostram inadequados para lidar com atores sociais globais não estatais. São insuficientes, no sentido de que não são constituídos de comunicação transconstitucional.

<sup>264</sup> TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Tradução de Jürgen Volker Dittberner et. al. Piracicaba: Editora Unimep, 2005. p. 157; TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 197.

<sup>265</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1333.

dinâmica, de adaptabilidade auto-organizativa, marcada pelas novas aquisições constitucionais evolutivas advindas da globalização e de suas irritações jurídicas.

Em uma rede, as irritações jurídicas transformadas em conflitos entre ordens constitucionais diversas devem ser resolvidas de forma descentralizada, pois não existe uma centralidade pré-existente entre as ordens. De fato, onde quer que seja gerado o conflito, é no ponto de encontro jurisdicional que estará a centralidade de sua resolução.

As redes podem gerar respostas institucionais para as colisões normativas policontexturais, “transformando essas contradições em imperativos internos dos nós da rede, que são situacionalmente compatibilizados uns com os outros”<sup>266</sup>. Sua estrutura é paradoxal, pois permite o compartilhamento de comunicação e conhecimento gerado por essas decisões, ao mesmo tempo em que isso pode ser apenas observado e rechaçado pelas ordens normativas que compõem a rede.

Sempre que se verifica um conflito dentro do sistema constitucional em rede, se observa um nó, que gera uma colisão descentralizada na rede, Mas, para os participantes do conflito jurídico, esse nó é central. São os nós da rede que possibilitam a colisão entre as ordens jurídicas constitucionais, em que *ego* e *alter* obrigatoriamente devem se comunicar em um hiperciclo, em que suas normas internas presentes na colisão devem se comunicar com todas as normas constitucionais (outros ciclos), observando os nós já resolvidos e compartilhados comunicativamente na rede constitucional.

O entrelaçamento em rede autoproduz novos contextos dentro dos próprios contextos do constitucionalismo sistêmico. O duplo sentido da metacodificação binária na policontexturalidade ao mesmo tempo em que preenche funções constitucionais que constituem autonomia dos espaços produtores envolvidos estabelece limites aos mesmos dentro de uma ótica sócio-constitucional.

A policontexturalidade constitucional observada como uma rede plural de comunicações jurídicas em um hiperciclo mostra numerosas dificuldades decorrentes do reconhecimento dessa dispersão normativa não tradicional, aliás, essa é a razão pela qual os juristas continuam obstinadamente cegos quanto às mudanças reflexivas do constitucionalismo sistêmico global.

---

<sup>266</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragments constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 282.

Nesse sentido, o conceito de policontexturalidade como produção normativa descentralizada interligada por redes de comunicação põe em tônica a observação da produção normativa: “tomar o pluralismo como tema de reflexão é um sinal distintivo das disciplinas nas quais os pesquisadores costumam raciocinar fora dos quadros culturais e nacionais dos direitos”<sup>267</sup>. Ou seja, quando se trabalha em uma rede de comunicações sistêmicas, os fatores deixam de ser monocentristas, passando a ser policêntricos.

A produção normativa constitucional tem, cada vez menos, com os processos globalizantes, colocado-se como uma fonte única e central de formação. Ao contrário, a policentricidade designa uma multiplicidade de centros, excluindo a estrutura piramidal do direito desenhada por Kelsen, em que metodologias reflexivas e complexas podem atuar no panorama contemporâneo do constitucionalismo, tendo em vista que é uma exigência da sociedade. Assim, “a reflexividade da vida social moderna consiste no fato de que as práticas sociais são constantemente examinadas e reformadas à luz de informação renovada sobre estas próprias práticas, alterando assim constitutivamente seu caráter”<sup>268</sup>. Em todas as culturas as práticas sociais são constantemente alteradas. A modernidade é marcada pelo novo.

Porém, algumas culturas ainda são regionais, criando conflitos interculturais sempre que novas renovações são observadas pelos sistemas. Ou seja, algumas culturas são pautadas em uma hiperestrutura ao passo que outras são simples. Essa dupla fragmentação da sociedade mundial entre os sistemas sociais e as culturas regionais impulsiona os conflitos que envolvem os direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito da indústria farmacêutica em pesquisar e investir em novas formas de tratamento, frente à exploração de recursos naturais territoriais, que são patrimônio social e de preservação.

Os princípios fundamentais policontexturais estão dispostos em vários níveis da rede reflexiva. A diferenciação da sociedade força a “diferenciação funcional dos estoques de conhecimento ‘modernos’ *versus* incorporação social dos conhecimentos ‘tradicionais’”<sup>269</sup>. Essa acessibilidade ao conhecimento viola as estruturas culturais regionais. As hiperestruturas da sociedade mundial constituídas em redes complexas de comunicação se utilizam dos conhecimentos regionais para uma legitimação do conhecimento público.

Cada um dos participantes da rede comunicativa constitucional deve, a partir de suas próprias estruturas constitutivas, elaborar suas próprias normas de aplicabilidade, na qual o

---

<sup>267</sup> ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras, entre globalização e pós-globalização crítica da razão jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. v. 2, p. 147.

<sup>268</sup> GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 45.

<sup>269</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragments constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 290.

órgão descentralizado mais próximo dos pontos de encontro e referências comuns terá possibilidade de desvelar as causas geradoras dos nós sistêmicos gerados pela policontextualidade constitucional.

O receio de que normas jurídicas constitucionais regionais sempre cairão frente às normas jurídicas formadas nas hiperestruturas da modernidade perde sentido no constitucionalismo sistêmico policontextual, pois este é multicêntrico, ou seja, não existe uma hierarquia normativa, na medida em que a hibridização é o que possibilita a formação das redes comunicativas, garantindo que os direitos tradicionais sejam protegidos pelos próprios recursos da modernidade advindos com a produção normativa sistêmica.

Os nós criados pelas colisões de normas jurídicas ligadas aos direitos fundamentais formados multicentricamente, seja por colisões nos Estados, colisões interconstitucionais, colisões interculturais, colisões inter-regimes, dentre tantas outras, devem ser resolvidos com a criação de normas específicas de colisão, ligadas diretamente a cada situação conflituosa, podendo gerar novas comunicações jurídicas, que podem ou não ser utilizadas para a resolução de outros nós da rede.

Para Teubner<sup>270</sup>, é crucial para as diversas configurações das normas constitucionais que as três ordens constitucionais envolvidas, Estado-nacional, regimes transnacionais e grupos indígenas sejam incorporados socialmente em diversos graus, no sentido do hibridismo da rede reflexiva do constitucionalismo sistêmico.

Para o autor, as Constituições transnacionais dos regimes têm o grau de incorporação social mais limitado, pois são feitas exclusivamente para um setor funcionalmente específico e diferenciado da sociedade, criando normas de direito fundamental especializadas unicamente para sua racionalidade própria. Suas normas não dialogam com os processos sociais, apenas refletem sua própria funcionalidade; as Constituições estatais, ao contrário das transnacionais, atuam em uma ordem jurídica abrangente, atuando em âmbito jurídico político da sociedade garantido um equilíbrio interno dos direitos fundamentais, em que suas normas jurídicas, quando entram em conflito interno com outras normas jurídicas, produzem efeitos de autolimitação mútuos, aplicando uma norma e rechaçando outra, em contextos próprios delineados constitucionalmente; por fim, as ordens normativas indígenas são as mais abrangentes, incorporadas fortemente na sociedade, pois emergem dos âmbitos sociais, no qual o sistema jurídico funcionalmente diferenciado ainda não se formou. Suas normas têm

---

<sup>270</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 300.

interação religiosa, política, cultural, econômica, todas relativas ao conhecimento tradicional<sup>271</sup>.

Sempre que as colisões criarem conflitos na rede, os nós devem ser resolvidos pelos *standards* constitucionais relativos a cada ordem envolvida. Nesse hibridismo não existe um foro central de resolução dos nós sistêmicos. Ao contrário, deve ser resolvido pelos próprios regimes em colisão.

A proposta comunicacional do constitucionalismo sistêmico policontextural passa pela ideia de um princípio da justiça (auto)sustentável, que se renova intensivamente pela irritabilidade normativa, produzindo novas reflexividades, afinal, toda autoirritação possibilita a construção própria do sistema. São elas que fazem o sistema buscar possibilidades próprias para estabilizar suas estruturas e expectativas<sup>272</sup>.

---

<sup>271</sup> Ao aplicar a ideia de hiperciclo comunicativo às redes de direitos fundamentais constitucionais policontexturais, pode-se utilizar nas normativas indígenas a proposta dita de direito socialmente difuso, em que os elementos, estruturas e processos comunicativos no discurso jurídico são idênticos ao da comunicação social geral. Ver: TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 77; TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 300-304.

<sup>272</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 87.

## 5 O TRANSCONSTITUCIONALISMO NO CONSTITUCIONALISMO SISTÊMICO

O transconstitucionalismo apresenta-se como coluna vertebral do constitucionalismo sistêmico, na medida em que promove pontes estáveis de comunicação entre ordens jurídicas de níveis múltiplos, entrelaçando-as de forma transversal, promovendo o diálogo constitucional entre *ego* e *alter*, em um aprendizado mútuo, com troca de experiências e soluções para os problemas constitucionais relativos aos direitos fundamentais e aos direitos humanos.

O método do transconstitucionalismo no constitucionalismo sistêmico não pode ter um ponto de partida específico, nem se apoiar em uma ordem hierárquica superior. Ao contrário, parte de umnexo circular entre as ordens jurídicas constitucionais, buscando respostas ao problema jurídico-constitucional.

Na teoria geral do constitucionalismo sistêmico, o transconstitucionalismo é a ponte mediadora entre a policontextualidade e a interconstitucionalidade, no sentido em que é o único modelo constitucional apto a fazer a ligação circular entre os múltiplos níveis do constitucionalismo.

A sociedade tornou-se policêntrica ou policontextual<sup>273</sup>. Nesse sentido, Luhmann alerta que, na contemporaneidade, as teorias clássicas monocontextuais dificilmente poderão oferecer respostas aos problemas sociais, pois todo sentido corresponde à operação sistêmica em que está disposto. Ou seja, para um direito de múltiplos níveis, múltiplos contextos, apenas teorias reflexivas sistêmicas poderão oferecer uma pluralidade de autodescrições, formando racionalidades diversas.

Para Darío Rodríguez, a humanidade começou a entender a si mesma como um grande sistema caracterizado pela diversidade, “esta sociedad mundial está hecha de comunicaciones. Su límite exterior está demarcado por la comunicación: en su entorno no hay comunicación alguna”<sup>274</sup>. Dentro da sociedade cabem todas as formas de comunicação; os limites da comunicação são os próprios limites da sociedade. Dessa forma, os sistemas especializados, no caso, o sistema do direito no constitucionalismo, não podem ser fragmentados em unidades solitárias de comunicação. Ao contrário, a questão passa pela necessidade de (re)estruturação reflexiva de todos os seus mecanismos comunicativos, independentemente do nível

---

<sup>273</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 21.

<sup>274</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez. Los limites del Estado em la sociedade mundial: de la política al derecho. In: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 25.

hierárquico de produção normativa, seja descentralizado (fronteiriço) ou centralizado (estatal). O transconstitucionalismo oferece uma fertilização circular cruzada entre as ordens jurídicas constitucionais envolvidas no(s) problema(s) constitucionais.

O aspecto revolucionário do transconstitucionalismo está na demonstração fática de que não existe uma razão universal, uma unidade central. Diferente disso, cada sistema é um centro capaz de representar seu ponto de vista na sociedade, independentemente da forma de autoprodução.

A estrutura da sociedade contemporânea se constrói com bases heterárquicas, “todos são centros e vértices. Cada sistema somente poderá observar a sociedade a partir de sua função, o que obsta a possibilidade de um sistema específico postular prerrogativas de qualquer ordem sobre os demais”<sup>275</sup>. Assim, o ponto central da observação depende de cada observador, pois “eu vejo o que tu não vês”<sup>276</sup>, em sentido luhmanniano.

O aprendizado recíproco é problemático e ponto especial de tensão entre ordens jurídicas diversas, no sentido de que todas as ordens normativas constitucionais buscam seu fortalecimento através de sua própria universalização. Ou seja, quanto mais ordens jurídicas aceitarem as imposições constitucionais hierarquicamente superiores, mais expansão racional terá a norma. Porém, contingencialmente, terá grande debilidade de produção e evolução constitucional.

O transconstitucionalismo trabalha com essa dupla contingência<sup>277</sup>, no sentido em que *ego* pode propor respostas diferentes das de *alter* ao problema constitucional, mas buscando um diálogo contínuo de aprendizado, pois a limitação de observação de um começa com a possibilidade de observação do outro.

Com o crescimento sucessivo das comunicações em nível global, novas estruturas policêntricas se formaram, admitindo inúmeras codificações constitucionais de forma simultânea, criando incertezas e indeterminações, sendo que o sistema do direito tem a obrigação de conviver com todas as formas de contingências.

---

<sup>275</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite. Comentário: limites do projeto iluminista. In: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 25.

<sup>276</sup> NEVES, Marcelo. Niklas Luhmann: eu vejo o que tu não vês. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (Org.). *Pensamento alemão no século XX*. São Paulo: Cosac Naify, 2009. v. 1, p. 260. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 298. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 62. NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. *Studia Iuridica*, Coimbra, n. 104, p. 646, 2012.

<sup>277</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1, p. 47.

Dessa forma, o constitucionalismo sistêmico mostrou-se apto a trabalhar com o grande paradoxo da modernidade, em que menos complexidade é condição íntima para mais complexidade. As estruturas constitucionais criaram vínculos umas com as outras, para evitar sua própria destruição. Assim, “é imprescindível que haja vínculos estruturais que possibilitem as interinfluências entre diversos âmbitos autônomos de comunicação”<sup>278</sup>. As interpenetrações possibilitadas pelos acoplamentos estruturais possibilitam comunicações duradouras entre ordens constitucionais.

O transconstitucionalismo não propõe apenas acoplamentos entre ordens normativas constitucionais, mas um hiperentrelaçamento normativo constitucional entre ordens distintas, criando pontes de transição mútuas, não apenas de passagem de informações normativas de um lado para o outro, mas de aprendizado recíproco e de criação normativa constitucional apta aos problemas da sociedade policêntrica.

Para Neves, “o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder”<sup>279</sup> – devem buscar formas transversais de racionalidade e de articulação para resolução dos problemas. Para que isso ocorra, não pode haver um ponto central de observação ou uma norma central de saída para o problema constitucional. Ao contrário, a cooperação exige a superação de qualquer tratamento provinciano de problemas entre *ego* e *alter*.

Os problemas do constitucionalismo contemporâneo perpassam diversas ordens jurídicas constitucionais. Nesse contexto, o transconstitucionalismo implica desenvolver um diálogo circular e não hierárquico entre as ordens envolvidas, pois, na pluralidade normativa, existem múltiplos níveis, que, se pensados pelas tradicionais teorias constitucionais, ficam incomunicáveis.

O direito contemporâneo não pode se basear em apenas uma resposta, advinda de apenas um único projeto teórico para responder aos problemas multicêntricos. É assim que o transconstitucionalismo se fortalece como teoria capaz de possibilitar projetos comunicativos de aprendizado reflexivo, (re)orientando os futuros conflitos, sejam entre os participantes *a priori* ou *a posteriori*.

---

<sup>278</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 35. Em Luhmann: “Los acoplamentos estructurales restringen el campo de las posibles estructuras con las que un sistema puede realizar su *autopoiesis*. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 72.

<sup>279</sup> NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. *Stvdia Iuridica*, Coimbra, n. 104, p. 645, 2012.

O entrelaçamento de ordens jurídicas constitucionais diversas só é possível pela comunicação transconstitucional, que filtra os códigos comunicativos constitucional/inconstitucional das múltiplas normas jurídicas conflitantes, determinando qual a melhor solução para o caso descrito.

A inclusão igualitária das normas constitucionais no debate jurídico é peça fundamental para preservar a figura de uma teoria geral do constitucionalismo sistêmico, pois, sem ela, normas policontexturais não poderiam se comunicar com normas interconstitucionais. Essa conexão, por sua vez, seria o principal auxílio prestado pelo transconstitucionalismo e também o seu limite, no sentido de que sua proposta é uma amplitude de diálogo constitucional, e não uma instância decisória.

O transconstitucionalismo é adequado aos problemas hipercomplexos decorrentes do desenvolvimento e da evolução da sociedade moderna, mas não é uma panaceia que possibilite sozinha enfrentar os problemas do constitucionalismo impostos por Cila e Caríbdis, pois há a imposição de clássicas barreiras, principalmente no sentido de que nas ordens jurídicas “que não estão dispostas a colaborar com o transconstitucionalismo, pois desconhecem os direitos fundamentais e rejeitam a limitação e o controle jurídico-positivo dos detentores do poder”<sup>280</sup>, a relação entre *ego* e *alter* é bloqueada, e o diálogo torna-se improfícuo.

Por isso, a policontexturalidade depende das pontes de comunicação criadas pelo transconstitucionalismo para poder se comunicar com a interconstitucionalidade, criando um enlaçamento entre ordens jurídicas constitucionais, travando verdadeiro embate comunicacional entre ordens fronteiriças e centrais que possibilita a criação de uma rede comunicativa e um entrelaçamento constitucional, não apenas (re)produzindo normas *a priori*, mas normas que podem servir de modelo *a posteriori*.

Os problemas entre múltiplas ordens constitucionais podem ocorrer de diversas formas, entre normas de direito internacional público e direito estatal, entre normas de direito internacional privado e direito estatal, entre normas de direito supranacional e direito estatal, entre normas jurídicas estatais, entre normas jurídicas estatais e transnacionais, entre normas jurídicas estatais e locais extraestatais, entre normas jurídicas de direito supranacional e de

---

<sup>280</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 129-130. TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 192.

direito internacional, entre normas jurídico-constitucionais de múltiplos níveis<sup>281</sup>, filtrando os códigos binários comunicativos constitucional/inconstitucional que dialoguem sobre direitos fundamentais e direitos humanos, independentemente do seu local de produção, pois todas pertencem à tríade da teoria geral do constitucionalismo sistêmico.

### 5.1 Os Múltiplos Níveis de Comunicação Transconstitucional

O transconstitucionalismo possibilita o diálogo entre os múltiplos níveis de constitucionalidade, em um aprendizado mútuo, através de um entrelaçamento normativo, em que as ordens distintas buscam comunicativamente soluções para os conflitos atuais e formam propostas comunicativas constitucionais para os casos futuros.

É o pilar central na teoria geral do constitucionalismo sistêmico, pois possibilita a ligação entre normas hierarquicamente distintas, sejam de produções fronteiriças ou centralizadas, porém não é uma panaceia apta a resolver todos os problemas. Ao contrário, o modelo transconstitucional trabalha apenas de forma horizontal, dependendo mais das partes envolvidas do que do método empregado para resolução do conflito.

O transconstitucionalismo, na teoria geral do constitucionalismo sistêmico, deve atuar exclusivamente como uma racionalidade transversal em temas constitucionais, ligados aos direitos fundamentais e aos direitos humanos. Nessa perspectiva, vários casos que usam a rotulação transconstitucional são casos ordinários, infraconstitucionais, que não têm ligação alguma com normas constitucionais específicas.

É forçoso pensar que todos os casos tratados por Neves<sup>282</sup> demonstrem efetivamente conflitos entre ordens constitucionais de múltiplos níveis, no sentido de que toda relação jurídica tem alguma ligação com as normas constitucionais, mas nem por isso dizem respeito a direitos humanos e direitos fundamentais. Ocorre que a banalização do transconstitucionalismo não o ajuda como um método sério para resolução de conflitos, ao contrário, faz com que ele tenha um demérito de falar tudo sobre tudo. Embora o autor faça diversas ponderações de que o transconstitucionalismo atua em âmbito de direitos

---

<sup>281</sup> TONET, Fernando; SOUZA, Matheus Figueiredo de. Problemas jurídicos multifacetados; como conciliar o diálogo entre cortes em múltiplos níveis? *Revista Caderno de Relações Internacionais*, Recife, v. 9, n. 16, jan./jun. 2018.

<sup>282</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. O autor muitas vezes ultrapassa os limites do transconstitucionalismo, perdendo de vista a linguagem constitucional, tratando de casos em que existem ordens jurídicas diversas colidindo, mas que não correspondem a direitos fundamentais ou humanos, criando uma espécie de “transconstitucionalismo simbólico”. Nesse sentido ver do próprio autor: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

fundamentais e direitos humanos, trabalha em diversos casos que pouco traduzem esta perspectiva.

Um exemplo disso são os casos envolvendo a *lex sportiva*, em que a ordem jurídica construída pelas entidades esportivas na sociedade mundial mantém um alto grau de autonomia perante as ordens jurídicas estatais. Neves<sup>283</sup> defende a quebra do direito constitucional de liberdade contratual e profissional, pois os atletas que pleiteiam seus direitos perante justiças estatais não teriam suas pretensões atendidas em face da autonomia da ordem normativa da *lex sportiva*.

Os tribunais arbitrais esportivos são autônomos aos tribunais estatais. Isso possibilita que todos os esportistas sejam tratados de forma igualitária, sem a proteção específica dos tribunais pátrios. Nesse sentido, o autor demonstra ingenuidade ao defender uma conversação transconstitucional. O Tribunal Arbitral do Esporte (TAS), com sede em Lausane, na Suíça, sustenta suas decisões na busca de uma igualdade entre todos os esportistas, não permitindo que os tribunais estatais apliquem sua jurisdição de forma internacional.

O caso do ciclista espanhol que foi pego pelo *doping* em prova realizada em 5 e 12 de junho de 2005 demonstra como os tribunais pátrios defendem seus esportistas, no sentido de que, na prova e na contraprova do *doping*, realizadas pela Agência Mundial Antidoping, foram encontradas substâncias dopantes. A Real Federação Espanhola de Ciclismo (RFEC) defendeu seu atleta, realizando novos testes e questionando os testes feitos pela União Ciclista Internacional (UCI), acastelando que os processos de análise não foram completos, garantindo ao atleta o direito do *in dubio pro reo*. Porém, o Tribunal Arbitral do Esporte foi decisivo ao afirmar que existe autonomia entre a ordem jurídica do direito esportivo e as ordens jurídicas nacionais, mantendo sua decisão. O Tribunal Arbitral do Esporte apenas submeteu todos os seus atletas a um tratamento igualitário, valendo-se da *lex sportiva* mundial, afirmando, assim, sua força vinculante, a fim de que os Estados nacionais não mostrassem passividade ou acobertassem seus esportistas.

Segundo Neves, esse se trata de um caso transconstitucional, pois trabalha com a ideia de liberdade contratual e profissional, em que a lei estatal entra em conflito com a *lex sportiva*. Ocorre que tal concepção é forçosa. Não se ignora um conflito normativo entre ordens jurídicas diversas (uma ordem estatal e uma ordem transnacional), mas o caso não trata de direitos fundamentais e direitos humanos. Se assim fosse considerado, qualquer relação

---

<sup>283</sup> NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Studia Iuridica, Coimbra, n. 104, p. 625, 2012. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 197.

contratual trabalhista, ou qualquer exame pericial, poderia se tornar um caso transconstitucional.

Sob a tutela do transconstitucionalismo, uma vasta gama de autores<sup>284</sup> tem, indiscriminadamente, sustentado casos de pura legalidade ordinária, contratual, ou seja, que nada dizem sobre direitos fundamentais e direitos humanos, como casos transconstitucionais. Nesse sentido, a teoria geral do constitucionalismo sistêmico busca estabelecer os limites do método transconstitucional, para que não seja utilizado como panaceia para todos os problemas jurídicos.

O simples conflito entre normas jurídicas distintas não corresponde ao projeto transconstitucional, no sentido em que seu diálogo é superior, defendendo e lutando por direitos fundamentais e humanos, independentemente do local de produção normativa, como uma ponte múltipla de entrelaçamentos normativos constitucionais entre ordens policontexturais e interconstitucionais.

### 5.1.1 Transconstitucionalismo entre Normas de Direito Internacional Público e de Direito Estatal

Os Estados constitucionais na Modernidade compreendem a necessidade de uma cooperação<sup>285</sup> legislativo-constitucional em nível internacional. As tendências desse

<sup>284</sup> Ver: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

<sup>285</sup> Os termos de Estado Constitucional Cooperativo foram trabalhados por Häberle, porém, não são os mesmos do presente trabalho. HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Traducción de Hector Fix-Fierro. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2003. p. 68. HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. A Constituição brasileira trata, em seus artigos 4º, 5º, § 2º e § 3º, da abertura do direito constitucional nacional para ordens normativas supranacionais. Assim também ocorre com a Lei Fundamental de Bonn, no artigo 24º, I; com a Constituição Italiana, artigo 11º (“consente, em condições de reciprocidade com outros Estados, nas limitações de soberania necessárias a uma ordem asseguradora da paz e da justiça entre as Nações”); com a Constituição Portuguesa, artigos 8º e 16º. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 725-727. Dispõe o atual art. 8º da Constituição da República Portuguesa (Quarta Revisão/1997): “Art. 8º (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 internamente o Estado Português. 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”. O art. 16, n.º 1 da Constituição Portuguesa preceitua que: “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”. Ademais, o art. 16, n.º 2 aduz que: “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”. A Constituição espanhola, nos artigos 9º (2) e 96 (1), afirma: “As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão de conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha”. Ademais, no art. 96, n.º 1, dita a regra de que: “os tratados internacionais, logo que

constitucionalismo prestigiam o avanço na proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais do homem, fazendo com que exista uma normatização mundial harmônica nesse sentido.

Assim, a própria Constituição brasileira é convidativa aos entrelaçamentos normativos constitucionais. Tal afirmação se mostra explícita ao analisar o caso da colisão de direitos entre a Constituição Federal brasileira e a Convenção Americana sobre Direitos do Homem (CADH), estabelecida no Pacto de São José da Costa Rica.

A Constituição prescreve em seu artigo 5º, inciso LVII, que ninguém será levado à prisão por dívida civil, salvo por inadimplemento de obrigação alimentícia e a do depositário infiel, ao passo que a Convenção, em seu artigo 7º, VII, proíbe qualquer tipo de prisão, salvo a do inadimplemento alimentício. Pela Convenção, resta proibida, assim, a prisão do depositário infiel.

Com a adesão do Estado brasileiro à Convenção Americana sobre Direitos do Homem sem qualquer forma de reserva no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade de aplicação ou revogação de tais diplomas, quando entram em colisão com o ordenamento constitucional pátrio.

Com a observação do direito comparado quanto ao *status* normativo dos tratados sobre direitos humanos e direitos fundamentais, surgiram quatro<sup>286</sup> correntes principais: a) corrente que reconhece a natureza supraconstitucional das matérias reservadas a direitos humanos<sup>287</sup>; b) vertente que estabelece caráter constitucional as matérias reservadas a direitos humanos<sup>288</sup>; c) posicionamento que versa sobre o *status* de lei ordinária as matérias reservadas a direitos humanos<sup>289</sup>; e d) por fim, grupo que estabelece nível supralegal e infraconstitucional as matérias reservadas a direitos humanos<sup>290</sup>.

---

publicados oficialmente na Espanha farão parte da ordem interna espanhola”. A Constituição do Paraguai, no artigo 9º, afirma: “A República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional que garanta a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e do desenvolvimento político, econômico, social e cultural”. A Constituição argentina, no artigo 75, inciso LXXV, também trata do tema: “Corresponde ao Congresso: aprovar tratados de integração que deleguem competências e jurisdição a organizações supraestatais em condições de reciprocidade e igualdade, e que respeitem a ordem democrática e os direitos humanos. As normas ditadas em sua consequência têm hierarquia superior às leis”. Esses são apenas alguns exemplos, dentre tantas outras Constituições.

<sup>286</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 668.

<sup>287</sup> MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O § 2.º do artigo 5.º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 25.

<sup>288</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Caçador. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de direitos humanos I*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.88.

<sup>289</sup> RE 80.0004/SE, rel. Min. Xavier de Albuquerque, DJ de 29.12.1977.

<sup>290</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 668.

Após inúmeros debates e decisões<sup>291</sup>, o entendimento do Supremo Tribunal Federal se solidificou com o julgamento do RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso<sup>292</sup>, que foi o verdadeiro divisor de águas relativamente à orientação constitucional no tema da prisão do depositário infiel. Através deste julgamento, ficou garantido definitivamente que os tratados internacionais são considerados como supralegais e infraconstitucionais, salvo se aprovados dentro das formalidades estabelecidas pelo artigo 5º, § 3º da Constituição Federal, que garante equivalência dos direitos humanos às emendas constitucionais.

Segundo Sarlet<sup>293</sup>, os fundamentos principais do posicionamento do STF são: a) a inconstitucionalidade da prisão do depositário infiel, por violação do princípio da

<sup>291</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 72131*. Pacientes: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha e Sateplan Consorcios Ltda. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. Relator Atual: min. Marco Aurélio. Rel. p/ acórdão, Min. Moreira Alves. Brasília, DF, Julgamento: 1 ago. 2003. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1603947>>. Acesso: 23 maio 2018.

<sup>292</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 466.343/SP*. Recorrente: Banco Bradesco SA. Recorrente: Luciano Cardoso Santos. Relator Atual: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, Julgamento: 5 jun. 2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529>>. Acesso: 23 maio 2018. EMENTA: 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. Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), que negava provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Senhor Ministro Gilmar Mendes, pela Senhora Ministra Cármen Lúcia e pelos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Eros Grau. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 22.11.2006. Decisão: Apresentado o feito em mesa pelo Senhor Ministro Celso de Mello, que pediu vista dos autos, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, nesta assentada, o Senhor Ministro Menezes Direito. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 12.12.2007. Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Celso de Mello, negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 12.03.2008. Decisão: O Tribunal, por votação unânime, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes, em assentada anterior. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 03.12.2008. Tese: **É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.** (grifo nosso). Para Giacomolli, “desse *case* e dos demais julgamentos do STF se infere ser o posicionamento atual acerca dos diplomas internacionais: (a) os comuns possuem paridade normativa com as leis ordinárias; (b) os referentes aos direitos humanos estão acima da lei ordinária”. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 23.

<sup>293</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 497 e 498. O STF, no HC 466.343/SP, através do voto do Min. Gilmar Mendes, DJ 05.06.2009, decidiu que, “[...] **desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel**, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, **estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna**. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação. Assim ocorreu com

proporcionalidade; b) a tendência de normatização supralegal dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos; c) a autorização da prisão do depositário infiel não foi revogada, mas perdeu a eficácia, pois os tratados têm *status* de supralegalidade, excluindo todas as bases legais pertinentes ao tema; d) por fim, o STF vedou qualquer forma de prisão de depositário infiel, inclusive na modalidade de depositário infiel judicial, conforme a súmula vinculante vinte cinco<sup>294</sup>.

Nesse sentido, considera-se equivocado o julgamento do STF. Embora se concorde que seja proibida a prisão do depositário infiel nas relações contratuais, pois atinge diretamente o princípio da proporcionalidade e o da reserva legal, discorda-se do alargamento da decisão para o depositário infiel judicial, no sentido de que não é uma relação contratual que está sendo discutida, mas a própria garantia de efetividade do processo judicial. A súmula vinculante atinge não somente dívidas típicas, mas de certa forma ajuda a formação de fraude processual e sua inexecução, pois possibilita que o depósito judicial se perca sem responsabilidade<sup>295</sup>.

Ainda, há outra posição mais contundente<sup>296</sup>, no sentido de que a decisão do recurso extraordinário criou verdadeira mutação constitucional, alterando texto expresso na Constituição, deixando morta a disposição do depositário infiel, não se vislumbrando uma mera adaptação interpretativa do texto, mas retirando a validade do texto constitucional pátrio.

Em resposta aos questionamentos relativos ao RE 466.343/SP, o Ministro Gilmar Mendes responde que “eventuais antinomias entre o disposto internacionalmente e constitucionalmente devem ser resolvidas pela aplicação da norma mais favorável ao

o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002)”. (grifo nosso).

<sup>294</sup> Súmula vinculante número 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante número 25*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=12683>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

<sup>295</sup> Em palestra proferida no XXIX Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, Ingo Sarlet considerou equivocada a decisão do STF. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 394. SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao artigo 5º, inciso LXVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 472.

<sup>296</sup> FERRAZ, Anna Candida da Cunha; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. O constitucionalismo contemporâneo na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 40-41. (Coleção doutrinas essenciais). As autoras dão um exemplo que ofenderia a Constituição da mesma forma que o RE 466.343/SP: “para exemplo, basta colocar, frente a frente, o caso da prisão perpétua, admitida em documentos internacionais de direitos humanos e proibida pela Constituição brasileira. Qual a norma a ser aplicada? E qual decisão deve prevalecer ante esta teoria: a do Judiciário Nacional ou a do Tribunal Penal Internacional?”. Tais questionamentos são respondidos pelo próprio Ministro Gilmar Mendes na sequência do texto.

indivíduo”<sup>297</sup>, garantindo a aplicação dos direitos humanos e fundamentais do homem em primeiro lugar, independentemente da norma utilizada.

Dessa forma, a solução defendida pelo STF para o caso do conflito jurídico constitucional estatal frente ao direito internacional público, relativo ao que prescreve a Constituição em seu artigo 5º, inciso LVII e ao que defende a Convenção em seu artigo 7º, VII, indica que ele deve ser resolvido sempre na defesa dos direitos humanos e dos direitos fundamentais do homem, preservando o indivíduo no caso concreto.

Em um fato hipotético, caso norma constitucional brasileira entre em conflito com norma do Tribunal Penal Internacional (TPI), deve ser defendido o melhor direito para o indivíduo, mesmo o Estado brasileiro tendo ratificado o Estatuto de Roma, acrescido na Constituição através da emenda constitucional número 45, no ano de 2004, em seu artigo 5º, parágrafo § 4º. Em eventual conflito entre o artigo 5º, inciso XLVII, “b”, da Constituição, que proíbe a prisão perpétua, e o artigo 77º, n.º 1, b, do Tribunal Penal Internacional, que permite a prisão perpétua, deve ser resguardado o direito constitucional estatal, no sentido de que é mais benéfico ao acusado.

Ainda que a decisão interpretativa do STF tenha sido restritiva quanto ao alcance normativo internacional pactuado com o Estado brasileiro, ou seja, supralegal/infraconstitucional, a solução dada pelo Ministro Gilmar Mendes foi positiva para a defesa dos direitos elencados na Convenção Americana sobre Direitos do Homem (CADH).

Nesse sentido, em um “primeiro plano, o esforço com vista à formação de uma racionalidade transversal, que se mostre suportável para ambas as ordens jurídicas envolvidas”<sup>298</sup>, demonstra a abertura constitucional em busca de diálogos transconstitucionais na defesa dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, em um entrelaçamento normativo, não apenas como pontes de transição, mas como cocriação normativa superando

---

<sup>297</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. A justiça constitucional nos contextos supranacionais. In: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 273. No mesmo sentido, Trindade afirma: **“desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional e entendimento em contrário requer demonstração**. A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infrac constitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária, - não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no artigo (5) 2 da Constituição Federal Brasileira”. Assim, Caçado Trindade deixa claro que normas relativas aos direitos humanos devem ser tratadas de forma constitucional. TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de direitos humanos I*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 89.

<sup>298</sup> NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Studia Iuridica, Coimbra, n.104, p. 618, 2012.

qualquer tratamento provinciano de problemas constitucionais, tanto pelos Estados como pelos atores internacionais.

### 5.1.2 Transconstitucionalismo entre Normas de Direito Internacional Privado e de Direito Estatal

A convivência sempre foi um imperativo da própria natureza humana. Historicamente, relações comerciais são criadas em um intercâmbio social, político, jurídico e econômico. Frente à diversidade de normativas jurídico-constitucionais, o direito internacional privado surgiu como um propulsor apto a atuar em fatos anormais, como, por exemplo, o caso *Yahoo versus França*.

Em todas as relações jurídico-privadas, conflitos legislativos ligados a direitos fundamentais e a direitos humanos podem ocorrer. Em uma observação transconstitucional, todas as normas jurídicas constitucionais (co)existem, interligando-se e comunicando-se umas com as outras, possibilitando um avanço ao constitucionalismo.

Ocorre que em diversos casos a condição jurídica não é de fácil solução, exigindo do transconstitucionalismo respostas aptas aos problemas jurídicos sociais encontrados. No ano 2000, a *Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisémitisme* (LICRA) entrou com uma ação na justiça francesa contra o *site* americano *Yahoo*, pois este estaria realizando leilões de produtos nazistas, incorrendo nos crimes previstos no Código Penal francês, artigo R645-1, que incrimina condutas de vestir, exibir em local público, uniformes, insígnias ou emblemas com reminiscência ao nacional-socialismo.

Segundo a LICRA, o *site Yahoo* estava violando a lei francesa e propagando antissemitismo, que é uma forma especializada de racismo, frequentemente usada com violências e hostilidades com os judeus. O Tribunal francês solicitou auxílio técnico a especialistas sobre o caso, resultando em um relatório informando que 70% dos usuários da internet francesa poderiam ser identificados; os outros 30% não poderiam, pois estariam utilizando a rede de acesso multinacional.

Em sua decisão, o Presidente do Tribunal de primeira instância, o juiz Gomez, emitiu uma ordem, exigindo que o *Yahoo* assumisse a obrigação de reconhecer todos os seus usuários, impondo a mudança de endereço do *site* (de [www.yahoo.com](http://www.yahoo.com) para

[www.yahoo.com.fr](http://www.yahoo.com.fr)), sob pena de pagar multa de cem mil (100.000) francos (15.244,90 euros) por dia<sup>299</sup>.

O *site Yahoo* decidiu não recorrer no Tribunal francês, mas levou o caso ao Tribunal Distrital dos Estados Unidos para o Distrito Norte da Califórnia, em San Jose, pedindo-lhe que afirmasse que o decreto francês não é efetivo nos Estados Unidos, no sentido de que feria a Primeira Emenda americana<sup>300</sup>. Dessa forma, de um lado, o *Yahoo* buscou em seu direito privado ter sua liberdade de expressão e respeito à história memorável; de outro, a LINCR defendeu o direito francês de proibição de vendas e exibição de objetos ligados ao nacional-socialismo, pois seriam uma afronta aos direitos humanos.

O Tribunal de Apelações dos EUA para o Nono Circuito<sup>301</sup>, ao receber a apelação do caso, decidiu que não deve uma ordem estrangeira anular o direito constitucional protegido. A maioria dos julgadores defendeu um posicionamento contra o *site Yahoo*, no sentido que se criaria um precedente novo e preocupante para os provedores de serviços de Internet baseados nos EUA, que podem ser confrontados com ordens judiciais estrangeiras que os obriguem a policiar o conteúdo acessível a usuários da Internet de outro país.

Alguns autores, como Geist<sup>302</sup>, entendem que casos como o do *Yahoo* prejudicam a ordem global comunicativa, pois aumentam o poder dos Estados sobre as regulações na internet. Em sentido oposto, Reidenberg<sup>303</sup> defende que a decisão inaugurou um período democrático na internet, pois houve um triunfo dos valores democráticos e do respeito na

<sup>299</sup> KOSMA, Catherine. *Affaire Yahoo!* “Implications juridiques et économiques”, Francia: Net Iris, 2001. Disponível em: <<http://www.net-iris.fr>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

<sup>300</sup> Amendment I – “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”. Tradução livre: “O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas”.

<sup>301</sup> Decisão na íntegra do caso: Yahoo! Inc., uma Delaware Corporation, demandante, contra a Liga francesa Le Racisme et L’antisemitisme, uma associação francesa; L’union Des Etudiants Juifs De France, uma associação francesa, réus-recorrentes. US Court of Appeals for the Ninth Circuit. *Yahoo! Inc., a Delaware Corporation, Plaintiff-appellee, v. La Ligue Contre Le Racisme et L’antisemitisme, a French Association; L’union Des Etudiants Juifs De France, a French Association, Defendants-appellants*. 433 F.3d 1199 (9th Cir. 2006). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/433/1199/546158/>>. Acesso em: 09 jan. 2018. Dos onze juizes do Tribunal, seis juizes decidindo contra a empresa por diferentes razões, três juizes decidiram que as organizações francesas não estão sob a jurisdição da Califórnia. Outros três juizes concluíram que o caso não é oportuno, o que significa que o *Yahoo* não sofreu nenhum dano em função da decisão da França. “É extremamente improvável que qualquer penalidade, se aplicada, seja dirigida ao Yahoo nos Estados Unidos. Além disso, o desrespeito à Primeira emenda pode nem existir, já que o *Yahoo* já cumpriu em grande parte com a decisão da França por ações voluntárias, não relacionadas à ordem”, ver: <http://old.idgnow.com.br/adPortalv5/MercadoInterna.aspx?GuID=7Da001e9-85Be-4a4F-9BeB-eDaFD8D50256&channelID=2000002>).

<sup>302</sup> GEIST, Michael. The legal implications of the Yahoo! Inc. nazi memorabilia dispute: an interview with professor Michael Geist. *Juriscom.net*, [S.l.], 2001. Disponível em: <<http://www.juriscom.net>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

<sup>303</sup> REIDENBERG, Joel R. The Yahoo! case and the international democratization of the internet. *Fordham University School of Law, Research Paper*, [S.l.], n. 11. 2001.

internet, afirmando que o julgamento francês feito pelo juiz Gomez apenas aplicou a lei e não forçou nenhuma quebra comunicativa. Caso isso tivesse ocorrido, o *site* teria sido totalmente encerrado na França.

De fato, o *Yahoo* continuou no Estado francês e cancelou, sem maiores problemas, todas as formas de manifestação e vinculação de produtos ligados ao nacional-socialismo, ou qualquer outra forma antissemita de discriminação.

Segundo Canotilho, o conhecido caso do portal *Yahoo* na França, pela venda de materiais nazistas, tais como fardas, materiais militares, livros do Presidente Mitterrand e o *Mein Kampf* (de Hitler), “demonstram que a chamada ‘vinculação pública e privada’ através dos direitos fundamentais obedecerá mais a uma lógica regulatória do que a um comendo imposto através do Estado”<sup>304</sup>. Nesse sentido, não cabe a imposição de uma norma estatal sobre a outra, como buscaram LINCRA e *Yahoo*, pois, caso um dos envolvidos tivesse fechado o ciclo comunicativo, tanto *ego* como *alter* teriam perdido.

No mesmo sentido, Plascencia<sup>305</sup> defende que, com a expansão da rede comunicativa do mundo, será cada vez mais comum encontrar casos como o do *Yahoo*, sendo que: “hacia dónde se incline la balanza dependerá, entre otras cosas, de la voluntad de los actores que conviven en la red y del entramado de intereses que entren en juego”. A importância de um constitucionalismo sistêmico, então, passa pela necessidade transconstitucional de possibilitar a comunicação normativa entre ordens distintas, permitindo o entrelaçamento normativo constitucional na defesa dos direitos humanos e fundamentais.

### 5.1.3 Transconstitucionalismo entre Normas de Direito Supranacional e de Direito Estatal

O tema da supranacionalidade é delicado e controvertido, no sentido jurídico de que ela se forma por uma organização criada por tratados internacionais, cujas “competências de natureza legislativa, administrativa e jurisdicional abrangente no âmbito pessoal, material, territorial e temporal de validade, com força vinculante direta para os cidadãos e órgãos dos Estados-membros”<sup>306</sup>. Nesse sentido, pode-se afirmar que o único modelo de

---

<sup>304</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. v.1, p. 387.

<sup>305</sup> PLASCENCIA, David Ramírez. Conflicto de leyes y censura en internet: el caso Yahoo! Comunicación y Sociedad: Departamento de Estudios de La Comunicación Social Universidad de Guadalajara. *Nueva Época*, [S.l.], n. 8, p. 23, jul./dic. 2007.

<sup>306</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 152. NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. *Stvdia Ivridica*, Coimbra, n. 104, p. 621,

supranacionalismo existente no mundo é o da União Europeia, na medida em que seus Estados-membros abriram mão da posição central de controle, buscando, na cooperação com outros agentes, novas possibilidades de governança.

Dessa forma, “un Estado fuerte no es, como se asumió tradicionalmente, un Estado aislado de los conflictos sociales que impone sus políticas frente a grupos sociales potencialmente poderosos, sino um Estado cuya estrecha relación com el resto de actores sociales”<sup>307</sup>, permitindo-lhe desenvolver mais efetivamente seus objetivos políticos, sociais, jurídicos e econômicos.

Esse processo gradual de transconstitucionalização, de cruzamento e interligação constitucional normativa entre ordens jurídicas estatais, demonstra um momento decisivo para a integração europeia, promovendo a coletividade, a defesa de ideais de paz entre os povos europeus.

A União Europeia não é um Estado, mas uma associação de estados *sui generis*<sup>308</sup>. Trata-se de uma transformação radical do modelo de Estado constitucional, no sentido que se funda em uma união de tratados internacionais, formando e criando uma comunidade constitucional de Estados, legitimadas pelos cidadãos europeus.

Dessa forma, a União Europeia não é um Estado, pois não tem soberania originária, não sendo reconhecida pelos Estados internacionais<sup>309</sup>. Também não tem a mesma competência estatal para tratar de assuntos relacionados a critérios de identificação de seus cidadãos, não possui forças militares próprias, bem como não goza do direito de fazer guerras ou paz, pois se trata de “um poder exclusivamente regulador e financiador, não prestando serviços aos cidadãos, como é característica dos Estados”<sup>310</sup>. São os seus membros que produzem bens e serviços, faltando-lhes, dessa forma, diversas características que lhe identifiquem como um Estado.

Assim, a União Europeia constitui-se em um modelo supranacional, na medida em que os tratados internacionais lhe garantiram um avanço no processo de integração, proporcionando

---

2012. Neves observa o desenvolvimento de um direito supranacional na Comunidade Andina, bem como na Corte Centro-Americana de Justiça.

<sup>307</sup> MANSILLA, Isabel Turégano. *Justicia global: los límites del constitucionalismo*. Lima: Palestra, 2010. p. 137.

<sup>308</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 243. v. 1. O conceito de União Europeia é oriundo do Tratado de Maastricht, em seu artigo 7º, pelo que a sua definição deve procurar-se no próprio Tratado da União Europeia.

<sup>309</sup> BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Tradução de Maria Manuela Farrajota et. al. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 71-97.

<sup>310</sup> MOREIRA, Vital. *Republica Europeia: estudos de direito constitucional da União Europeia*. Coimbra: Editora Coimbra, 2014. p. 23.

novas criações constitucionais, bem como tensões, exigindo tribunais aptos a resolução dos problemas.

A real amplitude dos tratados constitutivos criou uma expansão na constitucionalização europeia, que, segundo Machado<sup>311</sup>, representa uma nova *Grundnorm*, no sentido de que o domínio das dimensões constitucionais, nos casos concretos, está sendo estabelecido em bases transconstitucionais, das quais as normas jurídico-estatais e jurídico-internacionais entram em tensão constitucional, que, por vezes, é resolvida pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH).

O Tribunal Europeu de Direitos do Homem evidencia uma constitucionalização em matéria de direitos fundamentais, sendo um tribunal supraconstitucional<sup>312</sup>, principalmente após a imposição aos Estados-membros da União Europeia da adesão à Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH) pelo Tratado de Lisboa<sup>313</sup>. Dessa forma, todos os direitos estabelecidos pela CEDH podem ser sustentados e defendidos no TEDH, criando um verdadeiro transconstitucionalismo entre as normas de direito supranacional e as de direito estatal.

A jurisprudência do TEDH é vastíssima, existindo compilações e comentários quanto aos seus *leading cases*<sup>314</sup>, relativos ao transconstitucionalismo na defesa do direito à vida, ao direito à liberdade, ao direito à liberdade religiosa, ao direito à liberdade de expressão, todos direitos humanos e fundamentais defendidos pelo constitucionalismo sistêmico.

Dentro do âmbito do transconstitucionalismo, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem ganhado grande relevo, no sentido que se conecta as cortes constitucionais (ou

---

<sup>311</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2014. p. 27. *Grundnorm*, tradução livre: norma fundamental.

<sup>312</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Direito internacional*. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 386.

<sup>313</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2014. p. 295. MOREIRA, Vital. *Republica Europeia: estudos de direito constitucional da União Europeia*. Coimbra: editora Coimbra, 2014. p. 225. Moreira alerta quanto à extensão da adesão aos protocolos da CEDH, no sentido de que existem dois tipos de protocolos: primeiro, os protocolos substantivos, que acrescentam novos direitos, consubstanciando o *Bill of Rights* europeu, tais como o direito à propriedade, direito à educação, direito ao voto, proibição de pena de morte, não discriminação, dentre outros; no segundo caso, estão as convenções que versam sobre garantias processuais e judiciais dos direitos enunciados na secção II, dos protocolos substantivos. Dessa forma, a adesão à CEDH, pela imposição do Tratado de Lisboa, diz respeito apenas aos protocolos de segunda categoria, não podendo ser criados novos protocolos de primeira categoria sem a anuência dos membros da comunidade europeia.

<sup>314</sup> Veja-se, por exemplo, os casos *Bozano versus França* (proibição de detenções arbitrárias); *Guzzardi versus Itália* (algumas restrições a liberdades de movimentos assumem uma natureza análoga ao confinamento numa prisão); *Hoffmann versus Áustria* (o fato de, ha hipótese de divórcio, um dos pais ser Testemunha de Jeová não deve ser considerado nos casos de atribuição da custódia de uma criança, constituindo matéria de reserva de intimidade da vida privada protegida pelo artigo 8º da CEDH e não do artigo 9º); *Informationsverein Lentia versus Áustria* (proibição do monopólio estadual de radiodifusão); *Castels versus Espanha* (proteção do direito de expressão política da oposição). Todos os casos podem ser encontrados no endereço eletrônico: [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). MACHADO, Jónatas E. M. *Direito internacional*. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2006. p. 395.

supremos tribunais constitucionais) em uma hierarquia entrelaçada entre as ordens jurídicas vinculadas. Ele possui relevante papel jurídico-normativo, com uma função clara de integração legislativa europeia, sendo que “nunca se limitou a ser a mera *boca da lei*”<sup>315</sup>, ao contrário, luta pelos princípios gerais do direito da União Europeia, tendo em sua jurisprudência mestra a defesa dos direitos humanos e fundamentais, relativos à integração da comunidade.

Ocorre que, em observações sistêmicas, a centralização das decisões em um tribunal superior, como no caso do TJUE, representa o fechamento comunicativo, no sentido que aquela instituição se apodera do controle das decisões. Se, num primeiro momento, o TJUE, proporciona uma integração normativa constitucional entre ordens jurídicas, na forma de uma “hierarquia entrelaçada”<sup>316</sup>, em momento posterior, ele se compromete a decidir os conflitos constitucionais, “por meio de um tribunal centralizado”<sup>317</sup>, fechando a comunicação constitucional a longo prazo.

O constitucionalismo sistêmico fala muitas línguas, sua forma transconstitucional não pode ficar subordinada hierarquicamente a um tribunal hegemônico, sob pena de fechar o sistema comunicativo do sistema constitucional, impossibilitando sua abertura cognitiva, no sentido de só haver autorreferência quando existe heterorreferência<sup>318</sup>. A autopoiese do constitucionalismo sistêmico, em nível transconstitucional, necessita de uma forte carga de heterorreferência, sob pena de *ego* sempre dominar *alter*, quando hierarquicamente superior no nível de decisão jurídico-constitucional.

A unidade de um direito, seja europeu, seja sulamericano, só pode existir se houver possibilidades claras de cooperação entre as diferentes ordens jurídicas para a solução dos conflitos constitucionais envolvendo direitos humanos e direitos fundamentais. Nesse sentido, imperativa a criação de um princípio de contraponto, pelo qual todas as antinomias sejam tratadas por participação não hierárquica, para que possa existir um entrelaçamento normativo transconstitucional entre as ordens normativas supranacionais e ordens normativas estatais.

No mesmo sentido, Neves<sup>319</sup> questiona: como pode haver uma conversação transconstitucional em que possa existir um mínimo de equilíbrio entre consistência jurídica

---

<sup>315</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2014. p. 530.

<sup>316</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 153.

<sup>317</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 269. Teubner fala que o TJUE abarca a colisão de várias constituições da Europa: constituição política, econômica, jurídica e social da União Europeia.

<sup>318</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 70.

<sup>319</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 165.

interna e adequação jurídica externa nas decisões de cada corte? A conversação constitucional no transconstitucionalismo só pode ocorrer se *ego* e *alter* renunciarem o narcisismo e aceitarem o diálogo transconstitucional, utilizando jogos de interpretação cruzados, entrelaçando seus ordenamentos em busca de um sentido comum que possibilite entender a observação do outro.

#### 5.1.4 Transconstitucionalismo entre Ordens Estatais

O transconstitucionalismo entre ordens estatais ocorre de forma frequente, no sentido em que o acesso às decisões dos tribunais superiores de outros Estados foi facilitado pela comunicação global, criando uma verdadeira interação comunicativa entre as ordens normativas, possibilitando uma nova forma de conversação constitucional.

No Brasil, as decisões do Supremo Tribunal Federal demonstram-se abertas aos diálogos transconstitucionais que envolvam o constitucionalismo global. Tal fato pode ser vislumbrado no HC 126.292, em que o Relator Ministro Teori Zavascki adotou o cenário constitucional internacional para fundamentar sua decisão. Nas palavras da Ministra Ellen Gracie, “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema”<sup>320</sup>, afirmando que a execução provisória de acórdão penal condenatório, proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não comprometem o princípio da presunção de inocência estabelecido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Primeiramente, o STF defendia a tese de que o cumprimento imediato da pena era permitido e compatível conforme a ordem constitucional. Posteriormente, o entendimento foi modificado pelo HC 84.078, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, quando o pleno do STF afirmou que a prisão somente ocorre após o trânsito em julgado da decisão condenatória, sob pena de violação da garantia constitucional de presunção de não culpabilidade.

O STF assegurou ser o estado de inocência uma garantia constitucional do indivíduo, “um valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana” que nenhuma autoridade pública pode desrespeitar, segundo o HC 97.665, rel. Min. Celso de

---

<sup>320</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus HC 85886 / RJ - Rio de Janeiro*. Paciente: Marcelo Pires Vieira. Impetrante: Denise Martha Alvariza Garcia Demercian. Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, Julgamento: 6 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2885886%2EENUME%2E+OU+85886%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j4eagcw>>. Acesso: 23 maio 2018.

Mello. No mesmo sentido, o Min. Eros Grau, no HC 94.408, sustenta que “em uma democracia, aqueles que cometeram delitos também são considerados sujeitos de direito e não meros objetos processuais, sem perda da dignidade, nos termos do art. 1º, III, da CF”, entendendo inadmissível a execução antecipada da pena.

Para Giacomolli<sup>321</sup>, apenas o trânsito em julgado da sentença penal condenatória autoriza a perda de presunção de inocência do réu, passando então a ostentar as consequências da condenação, sendo a presunção de não culpabilidade uma regra de manutenção da liberdade do cidadão, como uma verdadeiro *status libertatis*.

Ocorre que mais uma vez esse entendimento foi alterado pelo STF, no julgamento do HC 126.292, em que o Relator Ministro Teori Zavascki admitiu a execução provisória da pena, fundamentando sua decisão em legislações constitucionais internacionais. Na mesma linha, Mendes sustenta que a nova jurisprudência constitucional é mais adequada, por duas razões: “(i) a presunção de não culpabilidade tem âmbito de proteção passível de conformação pela legislação ordinária. Ainda que assim não se entenda, (ii) a garantia de ordem pública autoriza a prisão, em casos graves, após o esgotamento das vias ordinárias”<sup>322</sup>. A presunção de inocência em âmbito constitucional representa positivamente um relevante papel político, mas se caracteriza negativamente pela ausência de concretização normativa, no sentido em que uma norma ordinária permite a prisão (conforme os vastos elementos do Código de Processo Penal)<sup>323</sup>, fazendo com que a presunção de inocência seja uma legislação simbólica<sup>324</sup>.

Reforçando este posicionamento, o direito constitucional comparado demonstra que a prisão apenas após o trânsito em julgado, como garantia de proteção a presunção de

<sup>321</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 108. GIACOMOLLI, Nereu José. Comentários ao artigo 5º, inciso LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 442.

<sup>322</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 579-580.

<sup>323</sup> Sobre as possibilidades de prisão cautelar no decorrer do processo criminal, ver: LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 581-704. ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965. v. 3, p. 418-437. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1010. JARDIM, Afrânio Silva. A Prisão no curso do processo em face da nova Constituição. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza R. de Assis (Org.). *Doutrinas essenciais processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 999.

<sup>324</sup> Sobre legislação simbólica, ver: NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007; NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 67.

inocência, está longe de ser uma questão preponderante entre os ordenamentos e tribunais, como se pode observar:

- a) Estados Unidos: a presunção de inocência não aparece expressa no texto constitucional, porém é vista como corolário da 5<sup>a</sup>, 6<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup> Emendas. O caso *Coffin versus Estados Unidos* em 1895 demonstra a importância das garantias para o País. O Código de Processo Penal americano em seu artigo 16<sup>o</sup> estabelece que todos devem ser presumidamente inocentes até que se estabeleça o veredito efetivo. Porém, não é contraditório executar imediatamente os efeitos da sentença, garantindo o cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes de primeiro grau<sup>325</sup>. Na legislação processual federal, art. 18<sup>o</sup> do Código dos Estados Unidos, § 3143, determina a imediata prisão do condenado, mesmo antes da imposição da pena (alínea *a*), salvo caso excepcionais;
- b) Inglaterra: a legislação trata da liberdade durante o trâmite do recurso da decisão condenatória na Seção 81 do *Supreme Court Act* de 1981. Segundo esse diploma, é garantida ao recorrente a liberdade mediante o pagamento de fiança, contudo, esse direito não é absoluto, muito menos garantido em todos os casos. Ao contrário, atualmente a regra é aguardar o julgamento do recurso já cumprindo pena. Nota-se, enfim, que, mesmo no país em que se originaram os direitos do cidadão contra os abusos do Estado, o princípio da presunção de inocência não é interpretado de modo absoluto<sup>326</sup>;
- c) Canadá: o código criminal defende que a corte julgadora deve o mais breve possível conduzir os efeitos penais após o autor ter sido considerado culpado. A Suprema Corte Canadense julgou o caso *R. versus Pearson* em 1992, considerando que a presunção de inocência não significa impossibilidade de prisão do acusado.

<sup>325</sup> No julgamento do HC 95.306/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, a embaixada dos Estados Unidos comunicou: “De acordo com relatório oficial da Embaixada dos Estados Unidos da América, em resposta à consulta da 2<sup>a</sup> Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, nos Estados Unidos, há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o ‘juízo de primeiro grau’, com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes. Segundo o referido documento, ‘o sistema legal norte-americano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão’”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus HC 95306 / RJ - Rio de Janeiro*. Paciente: Evandro Electo. Impetrante: César Teixeira Dias. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, Julgamento: 16 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2895306%2E+OU+95306%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8nstw3>>. Acesso: 23 maio 2018.

<sup>326</sup> voto do Min. Teori Zavascki. BRASIL. *ADC 43/DF*. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Relator Atual: min. Marco Aurélio. Brasília, DF, Julgamento: 28 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hsv8ouy>>. Acesso: 30 jun. 2018.



pena possa ser iniciada antes do trânsito em julgado, conforme os artigos 494 e 495 do Código de Processo Penal Federal<sup>331</sup>;

- h) Portugal: a Constituição portuguesa, em seu artigo 32, estabelece que todo arguido se presume inocente até o trânsito em julgado. Porém, o Tribunal Constitucional Português interpreta o princípio da presunção de inocência com restrições, no sentido em que tratar a presunção de forma absoluta corresponderia a impedir a execução de qualquer medida privativa de liberdade, mesmo as cautelares.

A determinação do sentido exato dos princípios da presunção de inocência e da presunção de não culpabilidade é de difícil determinação. Considerando-se o rigor verbal e semântico da norma constitucional, o princípio poderia levar à proibição de todas as medidas cautelares, que buscam assegurar as investigações e cursos do processo penal<sup>332</sup>.

- i) Por fim, os próprios tratados internacionais não são absolutos na defesa do princípio da presunção de inocência. A CADH<sup>333</sup> estabelece em seu artigo 8º, 2, que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. No mesmo sentido, a CEDH<sup>334</sup>, em seu artigo 6º, 2, prevê que “qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido comprovada”. Dessa forma, o Tribunal Europeu de Direitos do Homem afirma que a presunção de inocência pode ser esgotada antes mesmo da conclusão do julgamento de primeira instância, demonstrando de forma cristalina que, no momento em que a culpa é provada, pode ocorrer a prisão. O problema é saber quando isso ocorre.

<sup>331</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 85.886*. Paciente: Marcelo Pires Vieira. Impetrante: Denise Martha Alvariza Garcia Demercian. Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, Julgamento: 16 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2293564>>. Acesso: 30 jun. 2018.

<sup>332</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. v. 1, p. 512-526. Segundo os autores, o conteúdo do princípio corresponde aos seguintes elementos: a) proibição de inversão do ônus da prova em detrimento do arguido; b) preferência da sentença de absolvição contra o arquivamento do processo; c) exclusão da fixação de culpa em despachos de arquivamento; d) não incidência de custas sobre arguido não condenado; e) proibição da antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares; f) proibição de efeitos automáticos da instauração de procedimento criminal; g) natureza excepcional e de última instância das medidas de coação; h) princípio do *in dubio pro reo*, implicando em absolvição no caso de dúvida sobre a culpabilidade. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 402.

<sup>333</sup> LEGISLAÇÃO internacional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 424. MOREIRA, Vital; GOMES, Carla Marcelino (Coord.). *Compreender os direitos humanos*. Coimbra: Editora Coimbra, 2014. p. 228. MOREIRA, Vital. *European training and research centre for human rights and democracy*. 3. ed. Austrian: Graz, 2012. p. 225.

<sup>334</sup> MOREIRA, Vital. *República Europeia: estudos de direito constitucional da União Europeia*. Coimbra: Editora Coimbra, 2014. p. 520. O artigo 48º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que corresponde à presunção de inocência e aos direitos de defesa é idêntico aos números 2º e 3º do artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH).

No direito brasileiro, a presunção de inocência vai até o trânsito em julgado, conforme a Constituição Federal. Porém, segundo o STF, isso não impede que, provada a culpabilidade em segundo grau, o autor do crime seja preso, criando uma execução provisória antes do julgamento final<sup>335</sup>. Segundo Barroso, em seu voto no HC 126.292<sup>336</sup>, a execução da pena após a sentença condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende os princípios da presunção de inocência e da presunção de não culpabilidade, por três motivos distintos.

Em primeiro lugar, a Constituição não condiciona a prisão, mas a certeza de culpabilidade. Ou seja, no artigo 5º, inciso LVII, define que “ninguém será considerado *culpado* até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Já no artigo 5º, inciso LXI, prevê que “ninguém será *preso* se não em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente”. Ou seja, existe vasta distância constitucional entre o regime de *culpabilidade* e o da *prisão*.

Em segundo lugar, a presunção de inocência é um princípio e não uma regra, podendo ser aplicado com maior ou menor intensidade, bem como podendo entrar em colisão com outros princípios, não podendo ser interpretado como absoluto.

Por fim, o terceiro motivo corresponde ao fato de que o acórdão penal condenatório proferido em segunda instância esgota todas as vias recursais ordinárias, restando apenas as extraordinárias de recurso, seja no STF ou STJ, para corrigir eventuais erros das decisões de primeiro e segundo grau.

O diálogo entre normas jurídicas estatais no transconstitucionalismo constitui uma grande possibilidade de aprendizado e conversação entre as ordens envolvidas no caso concreto, buscando uma homogeneidade na aplicação das regras constitucionais relativas a

---

<sup>335</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 126.292*. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, Julgamento: 2 set. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311159272&ext=.pdf>>. Acesso: 23 maio 2018. Informativo 814: A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, **não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência**. Esse o entendimento do Plenário, que, por maioria, denegou a ordem em “habeas corpus” que visava a desconstituição de acórdão que, em sede de apelação, determinara a imediata prisão do paciente por força de sentença condenatória de primeiro grau. [...] A Corte destacou, outrossim, que, com relação à previsão constitucional da presunção de não culpabilidade, ter-se-ia de considerá-la a sinalização de um instituto jurídico, ou o desenho de garantia institucional, sendo possível o estabelecimento de determinados limites. Assim, **a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não comprometeria o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade, na medida em que o acusado tivesse sido tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes**, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. (grifo nosso).

<sup>336</sup> voto do Min. Luís Roberto Barroso. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 126.292*. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, Julgamento: 2 set. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311159272&ext=.pdf>>. Acesso: 23 maio 2018.

direitos humanos e fundamentais. Contudo, não basta apenas a citação de doutrinas e jurisprudências estrangeiras, no sentido de que isso não passa de um “bacharelismo”<sup>337</sup> sem nenhum aprendizado, apenas como demonstração de erudição e retórica dos magistrados dos tribunais superiores.

O diálogo transconstitucional entre Tribunais Constitucionais e Cortes Constitucionais corresponde a um avanço na comunicação entre *ego* e *alter*, no sentido de referências recíprocas de aprendizado, buscando soluções para problemas comuns, tanto *a priori* quanto *a posteriori*. A conversação no transconstitucionalismo é um entrelaçamento normativo, não um transplante normativo, significando que não podem existir normas constitucionais mais fortes ou fracas, dependendo do Estado produtor, apenas normas constitucionais mais adequadas ao caso concreto.

### 5.1.5 Transconstitucionalismo entre Ordens Estatais e Transnacionais

No ano de 2014, o Supremo Tribunal Federal, julgou Ação Direta de Inconstitucionalidade, sob número 4.976/DF, cujo relatório foi feito pelo Ministro Ricardo Lewandowski, a qual analisava a constitucionalidade da Lei Geral da Copa, respectivamente aos termos impostos pela *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA). Segundo a Procuradoria Geral da República, os artigos 23, 37 a 47 e 53 da Lei 12.663 de 2012<sup>338</sup>

<sup>337</sup> NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Studia Iuridica, Coimbra, n. 104, p. 622, 2012. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 178.

<sup>338</sup> Art. 23. A União assumirá os efeitos da responsabilidade civil perante a FIFA, seus representantes legais, empregados ou consultores por todo e qualquer dano resultante ou que tenha surgido em função de qualquer incidente ou acidente de segurança relacionado aos Eventos, exceto se e na medida em que a FIFA ou a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.

Parágrafo único. A União ficará sub-rogada em todos os direitos decorrentes dos pagamentos efetuados contra aqueles que, por ato ou omissão, tenham causado os danos ou tenham para eles concorrido, devendo o beneficiário fornecer os meios necessários ao exercício desses direitos.

Art. 37. É concedido aos jogadores, titulares ou reservas das seleções brasileiras campeãs das copas mundiais masculinas da FIFA nos anos de 1958, 1962 e 1970: I - prêmio em dinheiro; e II - auxílio especial mensal para jogadores sem recursos ou com recursos limitados.

Art. 38. O prêmio será pago, uma única vez, no valor fixo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ao jogador.

Art. 39. Na ocorrência de óbito do jogador, os sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial expedido a requerimento dos interessados, independentemente de inventário ou arrolamento, poder-se-ão habilitar para receber os valores proporcionais a sua cota-parte.

Art. 40. Compete ao Ministério do Esporte proceder ao pagamento do prêmio.

Art. 41. O prêmio de que trata esta Lei não é sujeito ao pagamento de Imposto de Renda ou contribuição previdenciária.

Art. 42. O auxílio especial mensal será pago para completar a renda mensal do beneficiário até que seja atingido o valor máximo do salário de benefício do Regime Geral de Previdência Social.

Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, considera-se renda mensal 1/12 (um doze avos) do valor total de rendimentos tributáveis, sujeitos a tributação exclusiva ou definitiva, não tributáveis e isentos informados na respectiva Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física.

seriam inconstitucionais, criando um conflito entre o ordenamento jurídico estatal e as imposições legais feitas pela organização transnacional FIFA.

As organizações transacionais surgem com o íntimo papel de interligar todos os sistemas parciais estabelecidos no sistema mundial, criando processos políticos e jurídicos originais, sem a intermediação direta dos Estados ou órgãos propriamente nacionais. A produção normativa das organizações transacionais é coordenada e possui formação multicêntrica, em que o centro se localiza pelas ordens recebidas pelo observador. Assim, a rede comunicativa transconstitucional criada pelas organizações transacionais possibilita a estabilidade das expectativas recíprocas de diversos atores internacionais. Segundo Teubner<sup>339</sup>, na relação política e jurídica, os processos transacionais substituíram o direito internacional público e o direito internacional privado, no sentido em que estes atuam em descompasso com a necessidade crescente de uma constitucionalização dos sistemas parciais na globalização.

Organizações transacionais como FIFA, OMC, Banco Mundial, FMI, dentre outras, possuem um raio de atuação global, constituindo sua própria lógica sistêmica no que diz

Art. 43. O auxílio especial mensal também será pago à esposa ou companheira e aos filhos menores de 21 (vinte um) anos ou inválidos do beneficiário falecido, desde que a invalidez seja anterior à data em que completaram 21 (vinte um) anos.

§ 1º Havendo mais de um beneficiário, o valor limite de auxílio per capita será o constante do art. 42 desta Lei, dividido pelo número de beneficiários, efetivos, ou apenas potenciais devido à renda, considerando-se a renda do núcleo familiar para cumprimento do limite de que trata o citado artigo. § 2º Não será revertida aos demais a parte do dependente cujo direito ao auxílio cessar.

Art. 44. Compete ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) administrar os requerimentos e os pagamentos do auxílio especial mensal.

Parágrafo único. Compete ao Ministério do Esporte informar ao INSS a relação de jogadores de que trata o art. 37 desta Lei.

Art. 45. O pagamento do auxílio especial mensal retroagirá à data em que, atendidos os requisitos, tenha sido protocolado requerimento no INSS.

Art. 46. O auxílio especial mensal sujeita-se à incidência de Imposto sobre a Renda, nos termos da legislação específica, mas não é sujeito ao pagamento de contribuição previdenciária.

Art. 47. As despesas decorrentes desta Lei correrão à conta do Tesouro Nacional.

Parágrafo único. O custeio dos benefícios definidos no art. 37 desta Lei e das respectivas despesas constarão de programação orçamentária específica do Ministério do Esporte, no tocante ao prêmio, e do Ministério da Previdência Social, no tocante ao auxílio especial mensal.

Art. 53. A FIFA, as Subsidiárias FIFA no Brasil, seus representantes legais, consultores e empregados são isentos do adiantamento de custas, emolumentos, caução, honorários periciais e quaisquer outras despesas devidas aos órgãos da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, em qualquer instância, e aos tribunais superiores, assim como não serão condenados em custas e despesas processuais, salvo comprovada má-fé.

Sustenta o requerente, em suma, que os dispositivos em comento afrontam os artigos 5º, caput, 19, III, 37, caput e § 6º, 150, II e 195, § 5º, todos da Constituição Federal. BRASIL. Lei nº 12.663, de 5 de junho de 2012. Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude - 2013, que serão realizadas no Brasil; altera as Leis nos 6.815, de 19 de agosto de 1980, e 10.671, de 15 de maio de 2003; e estabelece concessão de prêmio e de auxílio especial mensal aos jogadores das seleções campeãs do mundo em 1958, 1962 e 1970. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12663.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12663.htm)>. Acesso em: 2 jan. 2018.

<sup>339</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragments constitutionals: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 91.

respeito aos processos políticos e jurídicos, independentemente do que os Estados nacionais pensem. Nesse sentido, as normas jurídicas transnacionais muitas vezes impõem novas formas de legalidade intraestatalmente, sem precisar observar as normativas estatais.

No que corresponde ao caso Lei Geral da Copa *versus* FIFA, sabe-se que esta não impôs ao Brasil a realização da Copa do Mundo em 2014. Ao contrário, este se candidatou de forma espontânea para realização do evento, assumindo compromissos políticos, econômicos e jurídicos com a organização transacional.

Quando o Brasil formalizou o *hosting agreement*<sup>340</sup> com a FIFA, assumiu o compromisso de cumprir algumas regras estabelecidas por esta, sob pena de não sediar a copa do mundo.

Ao julgar a ADI 4.976/DF, hipoteticamente, o STF poderia ter declarado a inconstitucionalidade os artigos 23, 37 a 47 e 53 da Lei 12.663 de 2012, criando um conflito direto com a FIFA, que, não aceitando a decisão do STF, poderia ingressar com ação no Tribunal Arbitral do Esporte (TAS), em Lausane, na Suíça. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal pode decidir hierarquicamente, pois é supremo no território brasileiro. Mas, com isso, criaria um enorme impacto social, no sentido que a FIFA poderia cancelar a realização da Copa do Mundo no País, por este ter desrespeitado o pacto formalizado anteriormente.

O transconstitucionalismo possibilita a conversação constitucional entre ordens jurídicas diversas, no caso específico, estatal e transnacional, evitando um “belicismo constitucionalista”<sup>341</sup>, que seria prejudicial e desastroso para as múltiplas partes envolvidas no conflito constitucional. Assim, observa-se que os “entrelaçamentos transconstitucionais entre ordens transnacionais e ordens estatais dificilmente se apresentam de forma isolada”<sup>342</sup>, no sentido de que, no geral, uma multiplicidade normativa constitucional é envolvida no caso, sendo normas centralizadas, descentralizadas e até mesmo informais.

---

<sup>340</sup> “*Hosting Agreement* é um termo em inglês que descreve um pacto, uma convenção entre partes. Especificamente neste caso significa o acordo entre o país candidato a sediar determinada competição desportiva, firmado com a entidade internacional de administração desportiva. Na Copa do Mundo de Futebol, o país sede formula um pacto com a FIFA, aceitando alguns pré-requisitos da entidade para concorrer à condição de sede da competição. Cumpre lembrar que este tipo de situação se repete em diversos eventos internacionais, quando países ou cidades – como no caso dos Jogos Olímpicos – se voluntariam para receber determinado evento”. FIFA. Guide to the bidding process for the 2026 Fifa World Cup. Disponível em: <<https://img.fifa.com/image/upload/hgopypqftviladnm7q90.pdf>>. Acesso: 23 maio 2018.

<sup>341</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 195.

<sup>342</sup> NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Studia Iuridica, Coimbra, n. 104, p. 624, 2012. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 216.

### 5.1.6 Transconstitucionalismo entre Ordens Estatais e Locais Extraestatais

Um dos temas mais importantes e preocupantes envolvendo o transconstitucionalismo entre ordem jurídica estatal e ordem jurídica local extraestatal é o que diz respeito ao infanticídio indígena, que, de certa forma, é tratado pelo Estado brasileiro de forma ausente, no sentido que inexistente um projeto jurídico-social para tratar o tema.

Segundo a Constituição Federal em seu artigo 5º, *caput*, todos são iguais em direito, sem distinção de qualquer natureza, sendo garantido o direito à vida. Ao mesmo tempo, na própria carta constitucional é assegurado em seu artigo 231, o direito à cultura e aos costumes indígenas. A lei geral pune o infanticídio como um ilícito criminal, ao passo que a lei consuetudinária indígena entende que o ato de infanticídio indígena é um gesto de amor, uma forma de proteger o recém-nascido de todas as provações e falta de assistência técnica no interior das florestas brasileiras.

Segundo o Ministério da Justiça<sup>343</sup>, a cidade mais violenta do Brasil está situada em Roraima, chamada de Caracarái. Com uma população de 19.000 habitantes, tem uma taxa de 210 homicídios para cada 100 mil habitantes. A média nacional é 29 homicídios para cada 100 mil habitantes. O mais assustador é que, nesta cidade, das 49 pessoas assassinadas, 37 eram índios recém-nascidos, mortos pelas próprias mães, logo após o primeiro choro. Segundo a crença cultural indígena, devem ser mortos os recém-nascidos nos seguintes casos: a) criança que não tem um dos genitores; b) recém-nascidos, em casos de gestação múltipla; c) bebês que possuem alguma deficiência física ou má-formação ou em casos de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo.

O projeto de Lei 1.057/2007<sup>344</sup>, do Deputado Federal Henrique Afonso, representante do Estado do Acre, busca erradicar o problema do infanticídio, utilizando mecanismos

<sup>343</sup> WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Homicídios e juventude no Brasil: atualização 15 a 29 anos*. Brasília, DF, 2014. p. 46. Disponível em: <[https://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2014\\_atualiza15a29.php](https://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2014_atualiza15a29.php)>. Acesso em: 23 maio 2018.

<sup>344</sup> No artigo 2º do Projeto Lei 1.057/2007 são tipificadas como nocivas as seguintes práticas indígenas: Art. 2º. Para fins desta lei, consideram-se nocivas as práticas tradicionais que atentem contra a vida e a integridade físico-psíquica, tais como I. homicídios de recém-nascidos, em casos de falta de um dos genitores; II. homicídios de recém-nascidos, em casos de gestação múltipla; III. homicídios de recém-nascidos, quando estes são portadores de deficiências físicas e/ou mentais; IV. homicídios de recém-nascidos, quando há preferência de gênero; V. homicídios de recém-nascidos, quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão; VI. homicídios de recém-nascidos, em casos de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo; VII. homicídios de recém-nascidos, quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais; VIII. homicídios de recém-nascidos, quando estes são considerados portadores de má-sorte para a família ou para o grupo; IX. homicídios de crianças, em caso de crença de que a criança desnutrida é fruto; X. de maldição, ou por qualquer outra crença que leve ao óbito intencional por desnutrição; XI. Abuso sexual, em quaisquer condições e justificativas; XII. Maus-tratos, quando se verificam problemas de desenvolvimento físico e/ou psíquico na criança. XIII. Todas as outras agressões à integridade físico-psíquica de

estatais, tais como o conselho tutelar indígena, para decidir sobre o futuro do recém-nascido. Porém, o projeto está em uma linha tênue de constitucionalidade, na medida em que a Constituição autoriza essa prática cultural. Esse paradoxo de aplicabilidade ou não de uma sanção deve ser observado frente à culpabilidade dos agentes que cometem o infanticídio, na medida em que um é visto como ato ilícito, passível de criminalização, ao passo que o outro é considerado como ato cultural, necessário aos meios de vida, uma forma de proteção do próprio recém-nascido.

Na lei geral, cuja responsabilidade fica a cargo do Código Penal<sup>345</sup>, matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante ou logo após o parto, caracteriza o crime de infanticídio, tendo como bem jurídico tutelado a vida humana. O ilícito é culpável, uma vez que o agente causador do crime tem consciência do seu ato. O elemento fundamental demonstrado pelo ato consciente constitui o juízo da culpa, ou seja, o cerne dos delitos dolosos reside precisamente no ato de consciência do ilícito com que o agente atuou.

No caso indígena, não existe cognoscibilidade alguma no ato do infanticídio de recém-nascido, pois isso é considerado pela comunidade como uma prática cultural que busca demonstrar o amor pela criança, considerando que ela irá sofrer severamente com as limitações que o território hostil da mata impõe a todos os habitantes. Nesse sentido, não existe qualquer semelhança entre o infanticídio geral e o infanticídio indígena, uma vez que naquele existe elevado grau de consciência (caracterizando o ilícito doloso), ao passo que neste não existe consciência alguma, tratando-se apenas um ato consuetudinário exercido há mais de 500 anos em território brasileiro.

O projeto de Lei 1.057/2007, em seu artigo 4º, busca criminalizar a prática cultural indígena, caracterizando, assim, forte grau de inconstitucionalidade. Segundo Neves, “a simples criminalização das práticas indígenas, em nome da defesa do direito à vida, pode ser vista, outrossim, como um verdadeiro genocídio cultural, a destruição da própria comunidade,

---

crianças e seus genitores, em razão de quaisquer manifestações culturais e tradicionais, culposa ou dolosamente, que configurem violações aos direitos humanos reconhecidos pela legislação nacional e internacional. AFONSO, Henrique. *Projeto de lei nº \_\_\_\_\_ 2007*. Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=A203F9350657866B9C2A61017D3CE1F5.proposicoesWebExterno2?codteor=459157&filename=PL+1057/2007](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A203F9350657866B9C2A61017D3CE1F5.proposicoesWebExterno2?codteor=459157&filename=PL+1057/2007)>. Acesso em: 24 maio 2018.

<sup>345</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. t. 1, p. 631. HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 5, p. 238-266; MELLO, Dirceu. Infanticídio: algumas questões. In: NUCCI, Guilherme de Souza; FRESCO, Alberto Silva (Org.). *Doutrinas essenciais direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 5, p. 351; PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 4, p. 101.

destruindo suas crenças mais profundas”<sup>346</sup>. O diálogo transconstitucional entre a ordem jurídica estatal e a ordem jurídica indígena pode servir para solucionar o problema, pois nele não estão pressupostas nem a necessidade da criação de normas, muito menos a imposição hierárquica de punições.

Ao considerar o contexto, buscar justiça com a criação normativa estatal nada mais é do que a imposição da ordem legal do mais forte ao mais fraco, em que a autonomia coletiva vai contra a individual, forçando *alter* a se submeter aos desmandos de *ego*. Assim, para Neves<sup>347</sup>, a proposta mais adequada ao transconstitucionalismo entre ordens normativas estatais e locais extraestatais, quando envolvam direitos consuetudinários indígenas, reside em garantir uma jurisdição de foro étnico, para que a comunidade indígena resolva seus próprios conflitos e elabore um caminho próprio, produzindo e (re)produzindo sua própria linguagem jurídica.

Porém, o posicionamento de Neves não colabora com o transconstitucionalismo entre a ordem jurídica estatal e a ordem jurídica indígena, no sentido que não se trata apenas de autonomia do sistema jurídico indígena, mas, ao contrário, de seu fechamento<sup>348</sup>. Uma jurisdição étnica apenas manteria a colisão entre as normas jurídicas, criando domínios comunicativos em ambos os casos.

Trata-se de um problema de políticas públicas e conscientização, como já comprovado em vários casos envolvendo a ordem jurídica indígena. Um belo exemplo é o caso de Pituko Waiãpi<sup>349</sup>, que nasceu há 43 anos numa aldeia Waiãpi, localizada no interior do Amapá, com paralisia infantil. Uma assistente social cuidou do indígena até que ele fosse introduzido novamente na aldeia. Atualmente ele é visto como um exemplo, quebrando os preconceitos

<sup>346</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 224; NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. *Stvdia Ivridica*, Coimbra, n. 104, p. 626, 2012.

<sup>347</sup> NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. *Stvdia Ivridica*, Coimbra, n. 104, p. 628, 2012.

<sup>348</sup> A jurisdição indígena pode ser verificada nas Constituições da Bolívia e do Equador, porém, não foram fundadas no método transconstitucional, apenas em um pluralismo jurídico, aumentando ainda mais os conflitos entre *ego* e *alter*. Basta ver as decisões do Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia e da Corte Constitucional do Equador. O Tribunal Constitucional Plurinacional Boliviano, no julgamento do processo 0698/2013, demonstra o verdadeiro descompasso legislativo no que concerne ao conflito de competência jurisdicional envolvendo questões de jurisdição étnica e comum. BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. *Sentença Constitucional Plurinacional n° 0698/2013*. Relator: Magistrada Soraida Rosário Chánez Chire. Sucre, CHUQUISACA, 03 de junho de 2013. *Gaceta Constitucional Plurinacional*. Sucre, 03 jun. 2013. Disponível em: <<http://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=13962>>. Acesso em: 25 maio 2018.

<sup>349</sup> Documentário sobre a tradição indígena do infanticídio. TRADIÇÃO indígena faz pais tirarem a vida de crianças com deficiência física. *Fantástico*, São Paulo, 7 dez. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/12/tradicao-indigena-faz-pais-tirarem-vida-de-crianca-com-deficiencia-fisica.html>>. Acesso em: 24 maio 2018.

até então existentes, tanto é que ele possui uma sobrinha com dois filhos deficientes, demonstrando como é possível modificar positivamente os costumes, desde que os envolvidos tenham acesso à informação e à ajuda estatal.

Nenhuma comunidade indígena impõe a morte aos recém-nascidos. São os pais que, analisando problemas de saúde e sociais, decidem sobre o futuro de seus filhos. O caso de Pituko demonstra que, com acesso à informação e garantia dos meios de subsistência, a própria cultura pode mudar sem a imposição jurídica da lei do mais forte. Segundo Pituko<sup>350</sup>, o que ocorreu foi uma questão cultural. Não sabe dizer se estavam fazendo o certo ou não, mas apenas que estavam lhe protegendo de sofrimentos futuros. O ato de seus pais foi de amor e desespero, na busca de dar uma proteção ao seu filho, com a finalidade de não lhe imputar sofrimentos posteriores.

Julgar os indígenas pelo infanticídio é um atentado contra a legalidade e a humanidade, no sentido de que, na falta de medicamentos, enfermeiros, médicos e centros de assistência, a condição de sobrevivência nas aldeias seria impossível, basta ver que, em eras de globalização, a realidade das terras indígenas pouco se diferencia das eras arcaicas pré-modernas.

O transconstitucionalismo deve ser um propulsor de comunicação entre ordens jurídicas diversas, não um ditador normativo constitucional. No caso dos conflitos entre as ordens jurídicas estatais e as ordens jurídicas indígenas, deve prevalecer o diálogo como condição de troca de experiências e entrelaçamento normativo, possibilitando uma observação jurídico-social para os casos de infanticídio indígenas.

### 5.1.7 Transconstitucionalismo entre Normas Jurídicas Constitucionais de Múltiplos Níveis

O transconstitucionalismo entre normas jurídicas constitucionais de múltiplos níveis se apresenta em situações complexas no conflito de constitucionalidade, quando simultaneamente uma diversidade de ordens jurídicas entram em tumulto pelo mesmo problema jurídico. Os múltiplos níveis não são no sentido hierárquico normativo kelseniano, ao contrário, são níveis distintos de igual comunicação jurídica, ou seja, múltiplos níveis que

---

<sup>350</sup> TRADIÇÃO indígena faz pais tirarem a vida de crianças com deficiência física. *Fantástico*, São Paulo, 7 dez. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/12/tradicao-indigena-faz-pais-tirarem-vida-de-crianca-com-deficiencia-fisica.html>>. Acesso em: 24 maio 2018. Vários são os relatos no documentário sobre os casos de infanticídio indígena. “Não se pode atribuir a isso qualquer elemento de crueldade. Se uma pessoa começa já no nascimento com deformações físicas ou incapacidades muito grandes, você vai ter sempre em si um marginal”, avalia o antropólogo João Pacheco. Sobre o projeto Lei 1.057/2007, sustenta José Afonso da Silva: “Não há como executar essa lei a não ser com violência, que é desaconselhável. E a própria Constituição repudiaria isso”.

correspondem à pluralidade ordens jurídicas de estruturas diferentes, cujas formações são distintas umas das outras, podendo ser internacional, nacional, pública, privada, extraestatal, transnacional, supranacional, centralizadas ou descentralizadas.

Esta multiplicidade normativa constitucional trabalha em uma lógica circular não piramidal, pela qual suas hierarquias são entrelaçadas umas nas outras, formando um hiperciclo comunicativo de normatividade, interligando normas distintas em um mesmo fato jurídico. Neste contexto, não pode haver uma imposição sancionatória, ao contrário, o transconstitucionalismo deve permitir o diálogo para que se apresente, simultaneamente entre as ordens envolvidas, resultados satisfatórios ao problema jurídico constitucional.

Um dos exemplos mais interessantes do conflito transconstitucional entre normas jurídicas constitucionais de múltiplos níveis corresponde à importação dos pneumáticos usados pelo Estado brasileiro, em que as ordens jurídicas do Uruguai, do Paraguai, do Mercosul, da União Europeia e da OMC foram envolvidas, gerando, por fim, a ADPF 101/2006, julgada pelo STF.

A ADPF 101/2006, proposta pela Advocacia Geral da União (AGU), teve por fundamento a defesa das políticas públicas que visam a garantir o direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos dos artigos 196<sup>351</sup> e 225<sup>352</sup>, ambos da Constituição Federal, combatendo a importação de pneumáticos usados, cuja proibição é prevista expressamente em normas infraconstitucionais, como a portaria DECEX 08, de 14 de maio de 1991<sup>353</sup>, cuja única exceção seria a importação de produtos oriundos de países integrantes do Mercosul, conforme portaria SECEX 14, de 17 de novembro de 2004<sup>354</sup>.

---

<sup>351</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 24 maio 2018.

<sup>352</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 24 maio 2018.

<sup>353</sup> O Diretor do Departamento de Comércio Exterior, no uso de suas atribuições, com fundamento no artigo 165 do Decreto nº 99.244, de 10 de maio de 1990, e tendo em vista a necessidade de desregulamentar e agilizar os procedimentos administrativos na importação – XI). BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Departamento de Comércio Exterior. *Portaria DECEX nº 8 de 13/05/1991*. Dispõe sobre o Registro do Importador, aos interessados em atuar como importadores, e revoga os normativos que menciona. Publicado no DOU em 14 maio 1991. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=181250>>. Acesso em: 24 maio 2018.

<sup>354</sup> O SECRETÁRIO DE COMÉRCIO EXTERIOR DO MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR no exercício de suas atribuições, com fundamento no art. 15 do Anexo I ao Decreto nº 4.632, de 21 de março de 2003, tendo em vista o disposto no Decreto n.º 660, de 25 de setembro de 1992 e no Acordo sobre Procedimentos para Licenciamento de Importação, objeto do Decreto

A ADPF 101/2006 foi necessária, pois uma multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, fundou interpretações divergentes quanto à matéria da importação de pneumáticos, criando uma situação de insegurança jurídica. A norma constitucional e as leis infraconstitucionais proibiam a importação, ao passo que os mais diversos magistrados autorizavam a importação judicialmente, fundamentando na livre iniciativa e liberdade do comércio.

Em resumo, o Brasil aceitava a importação de pneumáticos usados para insumo e uso de recapeamento oriundos exclusivamente do Mercosul, proibindo qualquer outra forma de importação. Ocorre que os Tribunais brasileiros, em todos os graus de jurisdição, autorizavam a importação de pneumáticos usados provenientes da União Europeia, sustentando haver uma incoerência na legislação brasileira ao autorizar os produtos do seu bloco econômico e proibindo de outro bloco.

A União Europeia questionou o Brasil na Organização Mundial do Comércio (OMC) em 17 de dezembro de 2007, perante seu Órgão de Solução de Controvérsias (OSC)<sup>355</sup>. A OMC não deu razão a Comunidade Europeia, porém, determinou que o Brasil desse efetividade às suas normas, caso contrário, o Estado brasileiro poderia ser obrigado a receber pneus usados de toda a Europa, “abrindo-se a temível oportunidade de receber pneus usados do mundo inteiro, inclusive dos Estados Unidos da América, que também possuem um número próximo de 3 bilhões de pneus usados”<sup>356</sup>. Nesse sentido, ou o Brasil fecharia as portas para a importação de pneumáticos usados, cumprindo a própria Convenção da Basiléia, em vigor desde 5 de maio de 1992, a qual o Brasil aderiu e cujo texto foi aprovado pelo Decreto n.º 875, de 19 de julho 1993 (garantindo a qualquer Estado o direito soberano de proibir a entrada ou eliminação de resíduos perigosos estrangeiros e outros resíduos no seu território), ou teria que arcar com as consequências, aceitando a importação de todos os Estados, como forma de não discriminação internacional.

---

n.º 1.355, de 30 de setembro de 1994, visando consolidar as disposições regulamentares das operações de importação e do regime aduaneiro especial de drawback. BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Secretaria de Comércio Exterior (Secex). *Portaria SECEX n.º 14, de 17 de novembro de 2004*. Disponível em: <[http://www.infoconsult.com.br/legislacao/portaria\\_secex/2004/p\\_secex\\_14\\_2004.htm](http://www.infoconsult.com.br/legislacao/portaria_secex/2004/p_secex_14_2004.htm)>. Acesso em: 24 maio 2018.

<sup>355</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 246. NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. *Studia Iuridica*, Coimbra, n. 104, p. 632, 2012.

<sup>356</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 101/2006*. Requerente: Presidente da República. Intimados: Presidente do Supremo Tribunal Federal e Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relator Atual: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF. p. 12. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2416537>>. Acesso: 23 maio 2018.

Segundo o Ministério do Meio Ambiente, o Brasil gera aproximadamente 40 milhões de unidades de pneumáticos usados, sendo que, atualmente, existem no País mais de 100 milhões de pneus abandonados à espera de uma destinação ambientalmente e economicamente sustentável e recomendável, sendo indisfarçável o objetivo da importação em dar fim ao problema europeu dos pneus usados, prejudicando diretamente o Estado brasileiro<sup>357</sup>.

A importação de pneumáticos oriundos da Comunidade Europeia foi um verdadeiro *dumping*, em que empresas nacionais compravam pneus abaixo dos preços normais de comercialização, eliminando a concorrência com os pneus provenientes do Mercosul, utilizando o baixo custo nas despesas de administração, de comercialização e de importação para sustentar o *modus operandi* de dar um fim aos pneumáticos europeus, incorrendo diretamente nos códigos *antidumping* elencados no Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT)<sup>358</sup>.

<sup>357</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 101/2006*. Requerente: Presidente da República. Intimados: Presidente do Supremo Tribunal Federal e Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relator Atual: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF. p. 13. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2416537>>. Acesso: 23 maio 2018. A Ministra observa que o “Brasil, sem computar a entrada de pneus usados importados determinada por decisões judiciais, gera anualmente um passivo de aproximadamente 40 milhões de unidade de pneus usados, ao qual precisa dar a correta destinação a fim de prevenir danos ambientais maiores do que aqueles por eles já representados [e segundo] dados do Ministério do Meio Ambiente, atualmente existem no País mais de 100 milhões de pneus abandonados, à espera de uma destinação ambientalmente e economicamente sustentável e recomendável” (fls. 28-29). Esclarece que “o pneu usado pode ser classificado tanto como pneu inservível – aqueles que apresentam danos irreparáveis em sua estrutura, não se prestando a recapagem, recauchutagem e remoldagem –, quanto como pneu reformado – aqueles que foram submetidos a processo de recapagem (processo pelo qual o pneu usado é reformado pela substituição de sua banda de rodagem e dos ombros), e remoldagem (processo pelo qual o pneu usado é reformado pela substituição de sua banca de rodagem, dos ombros e de toda a superfície de seus flancos). Não obstante os pneus usados servíveis ainda poderem ser utilizados pela indústria de reforma de pneus, o fato é que eles efetivamente possuem um ciclo de vida menor do que a do pneu novo, sendo importante salientar que, segundo informações do INMETRO, os pneus de automóveis de passeio somente podem passar por um único processo de reforma, tornando-se inservíveis após uma única utilização e transformando-se em lixo de grande potencial nocivo ao meio ambiente e à saúde pública” (fls. 29-30). Anota que “a importação de pneus usados também tem o indisfarçado objetivo de dar solução ao grande número de pneus velhos produzidos anualmente pela Comunidade Européia, estimada em 80 milhões de unidades – e daí não se estranhe o contencioso provocado pela União Européia contra o Brasil junto à Organização Mundial do Comércio – OMC” (fl. 33). Por isso, adverte que “**a importação de pneus usados sequer impede o exercício da atividade de reforma de pneus, pois, como já se falou, existe um passivo de 100 milhões de pneus no país, aguardando para serem empregados como matéria-prima pela indústria da reforma de pneus.** O fato de supostamente não se tratar da melhor opção comercial no que se refere à lucratividade não tem o condão de significar a inviabilidade do empreendimento” (fl. 38). (grifo nosso).

<sup>358</sup> ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). *Dicionário da globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 184. Segundo Arnaud, o “*dumping* internacional consiste em promover a venda, no mercado interno, de produtos de procedência estrangeira por preço consideravelmente inferior ao de produção nacional ou similares”. Ainda, “a introdução de um bem no mercado doméstico, inclusive sob as modalidades de *drawback*, a preço de exportação inferior ao valor normal, preço efetivamente praticado para o produto similar nas operações mercantis normais, que o destinem a consumo interno no país exportador. De fato, a importação de pneumáticos da Comunidade Europeia era subsidiada para dar um fim ambiental aos pneus, os quais chegam a 3 bilhões atualmente.

A ADPF 101/2006, declarou inconstitucionais as decisões judiciais que vinham autorizando a importação de pneumáticos usados, com base no argumento de que as normas infraconstitucionais vedam essa prática, bem como a Constituição Federal visa a garantir o direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Dessa forma, declarou constitucional todo o conjunto de leis federais que proíbem a importação de pneumáticos usados, dando efeito *ex tunc* para a interpretação que proíbe a importação de pneus usados de qualquer espécie. Assim, decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto, não são desfeitas pela ADPF.

Em sentido oposto, o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul (TPR) rejeitou a pretensão da Argentina de cessar com a importação de pneumáticos usados oriundos do Uruguai, sustentando que a proibição de importação ofenderia as normativas do Mercosul<sup>359</sup>. Em 08 de agosto de 2002, o governo argentino publicou a lei n.º 25.626, a qual proibia a importação de mercadorias como pneumáticos usados, sem discriminar sua origem intra ou extra Mercosul. Considerando que a norma jurídica era incompatível com os direitos estabelecidos no Mercosul, o Uruguai demandou contra a Argentina no Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul (TPR).

Segundo o Uruguai, a proibição imposta pela Argentina de importação de pneumático viola diretamente o Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, em seus artigos 1º e 5º, por inibir injustificadamente a circulação de bens e mercadorias no território do Mercosul. Ou seja, a alteração de condições comerciais pré-existentes não pode ocorrer sem uma justificativa plausível, sob pena de prejudicar o fluxo comercial do bloco econômico.

Ao analisar as normas e os princípios de direito internacional público, bem como as determinações do GATT e da OMC, o Estado uruguaio exigiu a aplicação do princípio do *estoppel*, fundado na boa-fé e na consistência das relações jurídicas. Assim, quando uma parte assume a obrigação com outra e se compromete a adotar certo comportamento ou a reconhecer uma determinada situação jurídica, torna-se impedida pelo *estoppel* de agir em contradição a esse compromisso<sup>360</sup>.

O Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul (TPR) decidiu em favor do Uruguai, considerando a lei do Estado argentino uma violação às normas de comércio estabelecidas no Mercosul. Nesse sentido, fica evidente a dificuldade de contornar controvérsias envolvendo

---

<sup>359</sup> Laudo 1/2005, de 20 de dezembro de 2005; Laudo 1/2007, de 08 de junho de 2007; Laudo 01/2008, de 25 de abril de 2008. ASSUNÇÃO. Tribunal Permanente de Revisão. *Laudos do Tribunal Permanente de Revisão*. Disponível em: <[http://tprmercosur.org/pt/sol\\_contr\\_laudos.htm](http://tprmercosur.org/pt/sol_contr_laudos.htm)>. Acesso em: 29 maio 2018.

<sup>360</sup> BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Tradução de Maria Manuela Farrajota et. al. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 174; BROWNLIE, Ian. *Principles of international public law*. 5<sup>th</sup>. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 646.

uma multiplicidade de normas jurídicas constitucionais, na medida em que nem sempre a solução será satisfatória para as ordens jurídicas envolvidas, caracterizando uma difícil conversação, pois existem vários *egos* e *alters* no conflito constitucional.

No contexto da conversação transconstitucional de múltiplos níveis, Neves sustenta que isso não significa “arroubos ou bravatas internacionalistas, transnacionalistas ou supranacionalistas em detrimento da ordem constitucional brasileira, mas sim a afirmação dessa ordem como parceira na construção de um transconstitucionalismo multiangular”<sup>361</sup>. Ou seja, não deve existir qualquer imposição normativa de ordens transconstitucionais, mas um entrelaçamento normativo constitucional em torno do problema jurídico observado pelas diversas ordens.

Apenas com uma comunicação jurídico-constitucional entre as ordens envolvidas pode-se contornar os conceitos já estabelecidos e criar possibilidade de observação para os problemas transconstitucionais de múltiplos níveis, contribuindo para que normas estatais tenham a igual relevância de normas internacionais, e que normas descentralizadas possam ser discutidas com igualdade perante normas centralizadas, promovendo uma ordem constante de diálogos entre *ego* e *alter*.

#### 5.1.8 Transconstitucionalismo na Dupla Contingência entre *Ego* e *Alter*

O vasto oceano do constitucionalismo implica vários limites de observação aos problemas jurídicos constitucionais. O transconstitucionalismo permite uma multiplicidade de posições de observação para navegar neste oceano, criando possibilidades frutíferas aos diálogos transconstitucionais no dinâmico jogo constitucional, permitindo o entrelaçamento normativo, sem qualquer característica hegemônica de nenhuma das partes envolvidas.

O ponto de partida do método transconstitucional é a dupla contingência entre *ego* e *alter*, em que aquele conta com a possibilidade de uma ação já projetada deste e vice-versa. Buscando no outro problemas comuns de constitucionalidade, sob pena de haver um bloqueio recíproco, “a reconstrução permanente da identidade constitucional por força de uma consideração permanente da alteridade”<sup>362</sup>. Dessa forma, a dupla contingência carrega em si a necessidade de reconhecimento do outro.

---

<sup>361</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 249.

<sup>362</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 270; NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. *Stvdia Ivridica*, Coimbra, n. 104, p. 637, 2012.

Toda forma transconstitucional de entrelaçamento normativo constitucional em que várias ordens jurídicas estejam envolvidas mantém de modo inerente em seu núcleo operativo a dupla contingência, na medida em que *ego* é contingente em suas seleções, ao passo que *alter* será contingente na seleção de *ego*, gerando uma interpenetração de possibilidades diversas.

Para Luhmann, o problema da dupla contingência “pertence a las condiciones de la posibilidad de las acciones y que, por lo mismo, los sistemas de acción, es decir las acciones, sólo pueden constituirse dentro de esos sistemas y únicamente por medio de la solución del problema de la doble contingencia”<sup>363</sup>. Assim, o constitucionalismo sistêmico só pode ocorrer quando *ego* e *alter* experimentam a dupla contingência, em que a indeterminabilidade da situação jurídica confere a ambos um significado formador de uma estrutura transconstitucional criada pela ação comunicativa normativa.

Desde o momento em que os sistemas comunicativos entram em contato uns com os outros, uma relação entre *ego* e *alter* é formada, surgindo o problema da dupla contingência: “*ego* y *alter* han de interpenetrarse mutuamente como actuando de modo contingente. Cada vivencia del comportamiento del otro y cada expectativa toman necesariamente esta forma de la contingencia”<sup>364</sup>, o mesmo vale para si mesmo, no sentido em que toda experiência adquirida só pode ser percebida em um processo reflexivo.

A relação de *ego* e *alter* acontece em uma dupla contingência, atribuindo um para o outro a função de *alter ego*, no sentido de que cada um integra em si mesmo um triplo papel, isto é, “cada uno es para sí mismo, em primer lugar, *ego*, pero sabe también que para el otro es *alter*, y aún sabe, además, que el otro lo contempla como un *alter ego*”<sup>365</sup>. Dessa forma, os

<sup>363</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamentos para uma teoria geral*. Barcelona: Antrhopos; México: Univesidad Iberoamericana; Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 114; LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução de Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 127. Por contingência, Luhmann, entende o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas. Em termos práticos, a complexidade dos fatos representa a seleção forçada de uma solução, e a contingência significa o perigo de desapontamento e a necessidade de assumir os riscos dessa decisão. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1, p. 46.

<sup>364</sup> LUHMANN, Niklas. *La moral de la sociedad*. Traducción de Iván Ortega Rodríguez. Madrid: Trotta, 2013. p. 96.

<sup>365</sup> LUHMANN, Niklas. *La moral de la sociedad*. Traducción de Iván Ortega Rodríguez. Madrid: Trotta, 2013. p. 97-98. Para Luhmann, cada indicador de uma configuração aceitável de *ego* com *alter* (e como *alter ego* é um modo de observação de seu próprio *alter*) serve como uma condição de estima mútua. *Ego* estima *alter* e vice-versa, possibilitando o processo comunicativo. LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para uma teoria geral*. Barcelona: Antrhopos; México: Univesidad Iberoamericana; Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 114; LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução de Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 127. Para psicologia, *ego* representa as atitudes, valores e interesses de um indivíduo, o componente de personalidade que faz ligações com o mundo exterior; já *alter* representa o outro na interação social. *Alter ego* é o compartilhamento de informações como se o outro fosse um outro eu. VANDENBOS, Gary R. *Dicionário de psicologia da APA*. Tradução de Daniel Bueno, Maria Adriana Veríssimo Veronese, Maria

comunicantes integram para si mesmos um *ser-ego-e-alter* e *alter-ego*, ou seja, cada um se vê obrigado a incorporar sua própria seletividade e pretensões de seleção, face sua própria identidade.

Não pode haver no transconstitucionalismo um ponto de partida para os conflitos jurídicos, fundamentados em uma ordem constitucional superior. De modo inverso, a possibilidade contingencial garante a abertura ao diálogo normativo, permitindo que todos os envolvidos possam usar de forma igualitária suas normas, bem como entrelaçá-las com outras, fundando novas formas de observação para os problemas transconstitucionais.

Essa transversalidade comunicativa luta contra as assimetrias normativas que se apresentam mais fortes que outras, impossibilitando o principal objetivo do transconstitucionalismo: o diálogo comunicativo. Dessa forma, o ponto principal é a promoção de estruturas estáveis, vinculando positivamente as ordens jurídicas ao entorno dos dilemas constitucionais desenvolvidos nos processos complexos globais, oferecendo possibilidades múltiplas de observação aos problemas comuns.

De fato, o transconstitucionalismo “implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder –, que lhe seja concomitantemente relevante”<sup>366</sup>, busque soluções transversais comunicativas para resolver os problemas, assumindo os próprios limites de *ego* e *alter*, e a necessidade mútua de coobservação, no sentido de que o ponto cego daquele é a possibilidade de observação desse.

---

Cristina Monteiro. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 53, 329. Na psiquiatria, *ego* é a parte do aparelho psíquico que faz a mediação entre a pessoa e a realidade. Sua função primária é a percepção da realidade e a adaptação a ela. *Ego* é o principal órgão executivo da realidade, abrangendo a autopercepção e autoconsciência. *Alter* é o outro, a pessoa em qualquer interação social com a qual se integra. CAMPBELL, Robert J. *Dicionário de psiquiatria*. 8. ed. Tradução de Cristina Monteiro. Porto Alegre: Artmed, 2009. p. 47, 253. No mesmo sentido, LAPLANCHE, Jean. *Vocabulário de psicanálise*. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 124; TONET, Fernando. O direito criminal simbólico. *Revista Legis Augustus*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 52-59, jan./jun. 2012.

<sup>366</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 297; NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. *Studia Iuridica*, Coimbra, n. 104, p. 645, 2012; NEVES, Marcelo. Niklas Luhmann: eu vejo o que tu não vês. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (Org.). *Pensamento Alemão no século XX*. São Paulo: Cosac Naify, 2009. v. 1, p. 260; NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 298; LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 62; TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 193.

## 6 A INTERCONSTITUCIONALIDADE NO CONSTITUCIONALISMO SISTÊMICO

A teoria geral do constitucionalismo sistêmico, em sua tríade metodológica (policontextualidade, transconstitucionalismo e interconstitucionalidade), observa que não existe lei que se curve mais ao tempo social do que a Constituição e suas estruturas teóricas. A constante necessidade em responder aos novos desafios trazidos pela plataforma constitucional global faz com que o sistema jurídico se sobrecarregue de novas demandas e expectativas, necessitando de mecanismos complexos de observação, como garantidores dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Assim, apenas com traços de inteligência sistêmica na interação plural de conhecimento constitucional se pode obter flexibilidade capaz de ir além de Cila e Caríbdis.

No vasto oceano constitucional, uma hiperobservação na maximização dos problemas constitucionais só pode ser obtida pela teoria geral do constitucionalismo sistêmico, capaz de observar as dobraduras dos reflexos geradas pelas profundezas ocultas nos textos constitucionais centralizados e descentralizados, oferecendo novas conotações às saliências antes não observadas pelo sistema do direito.

O constitucionalismo sistêmico só pode navegar se puder observar os ataques de Cila e Caríbdis. Quanto à policontextualidade, atua na observação das normas constitucionais descentralizadas, fronteiriças; no que diz respeito à interconstitucionalidade, cuida da centralização concêntrica do constitucionalismo. Em ambos os casos (nas duas teorias), tem-se o transconstitucionalismo como vetor comunicacional, possibilitando a comunicação entre as ordens jurídicas diversas e o entrelaçamento normativo em uma fertilização constitucional cruzada de aprendizado recíproco.

A teoria da interconstitucionalidade estuda as relações interconstitucionais de várias formas de Constituições centralizadas no mesmo espaço político-jurídico-constitucional. Porém, é incapaz de observar fora da centralidade normativa constitucional, criando um paradoxo necessário com a policontextualidade. Quanto maior for a observação da teoria interconstitucional, maior será seu ponto cego em relação às normas descentralizadas e extralocais. Isso ocorre da mesma forma em relação à teoria da policontextualidade, que atuará nas normas descentralizadas, mas não terá observações centralizadas. Assim, a teoria do transconstitucionalismo será o método de interligação sistêmica daquelas, possibilitando uma hiperobservação do constitucionalismo sistêmico.

Primeiramente, cumpre destacar dois pontos nevrálgicos da teoria da interconstitucionalidade sistêmica. O primeiro diz respeito à possibilidade de sua utilização

fora do espaço europeu, e o segundo se refere à interconstitucionalidade como método sistêmico autopoiético em sua reflexividade.

Várias são as acusações pelos doutrinadores brasileiros<sup>367</sup> de que a teoria da interconstitucionalidade, proposta por Canotilho, não poderia ser aplicada no Brasil, pois o Estado ainda não teria cumprido o triângulo dialético, mantendo déficit de constitucionalidade em diversos níveis de sua atuação. A partir desta crítica, a proposta interconstitucional seria apenas para a Comunidade Europeia, no diálogo com as legislações de seus Estados-membros.

Ocorre que Canotilho nunca se limitou a escrever para Comunidade Europeia, ao contrário, acredita que o sistema jurídico ultrapassa essas fronteiras, sustentando a aplicabilidade da teoria constitucional da interconstitucionalidade tanto em suas obras, quanto em suas aulas<sup>368</sup>. Ademais, para o autor, os doutrinadores brasileiros são extremamente

---

<sup>367</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. XIX. Para Marcelo Neves, a teoria da interconstitucionalidade, primeiramente desenvolvida por Francisco de Lucas Pires, e aperfeiçoada por Canotilho, se restringe às relações da ordem jurídica da União Europeia com as ordens constitucionais de seus Estados-membros, não se aplicando ao Brasil. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 139; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forenseibunais, 2004. p. 135; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 88; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 13-25. Citamos obras idênticas, porém de edições diferentes, pois Lenio Streck atualiza seu pensamento em cada nova edição. Segundo Canotilho, um dos interlocutores mais ferrenhos contra suas novas teses é Lenio Streck, por entender que o dirigismo constitucional no Brasil não está morto, mas deve ser adequado a Estados de modernidade tardia, sustentando que o triângulo dialético de Canotilho não foi cumprido. Dessa forma, a teoria da interconstitucionalidade não poderia ser aplicada no Estado brasileiro. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a História Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 134; DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009. O autor defende o dirigismo constitucional como uma função de resistência ao Estado Social, aos direitos fundamentais, ao mínimo vital. Por fim, antes mesmo de Canotilho assumir a teoria da interconstitucionalidade, juristas brasileiros se uniram para discutir a nova edição do livro: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. Nesta nova edição, o autor português rompia com seu modelo original de dirigismo constitucional. Assim, juristas brasileiros se uniram no esforço de questionar com certa perplexidade se o novo posicionamento se aplicaria no Brasil, tendo como resultado a obra: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Porém, basta uma leitura séria da obra *Brançosos* para se verificar que, em diversos pontos, o autor se refere ao Estado brasileiro e a real aplicabilidade da interconstitucionalidade. Tal fato ficou claro quando questionamos Canotilho sobre a aplicabilidade ou não da interconstitucionalidade no Brasil, aula realizada no dia 14 de maio de 2015, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em que Canotilho afirmou: **a teoria interconstitucional se aplica ao Brasil** (grifo nosso). Evento: I Curso Breve em Direito Constitucional IGC/Imed, organizado por Fernando Tonet e Jónatas E. M. Machado, em Coimbra, 2015.

<sup>368</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a História Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006; Há mais de uma década defendemos a aplicabilidade da interconstitucionalidade no Brasil: TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro das novas observações estatais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 115, 2017; TONET, Fernando. *A Constituição dirigente e sua interface global*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo (UPF), 2009.

nacionalistas, ignorando os novos processos civilizacionais, buscando no constitucionalismo dirigente sua salvaguarda, mesmo sabendo que este não consegue estabilizar as expectativas normativas sociais.

O segundo ponto relevante a ser esclarecido corresponde à interconstitucionalidade e às suas raízes sistêmicas. Canotilho<sup>369</sup> afirma que utiliza os conceitos luhmannianos, na medida em que o processo interconstitucional aponta para uma produção normativa que se autodescreva, em um amplo sistema de organização constitucional. Dessa forma, o pluralismo constitucional é captado por identidades contidas nas regras e nos princípios constitucionais das várias Constituições comunicantes, possibilitando uma autorreferência entre elas, no estabelecimento de memória interconstitucional.

Sem os conceitos sistêmicos, a teoria da interconstitucionalidade não teria possibilidade alguma de aplicabilidade – seus métodos, sua estrutura e sua operação são sistêmicos, não restando dúvida que o modelo de abóbodas concêntricas só existe em uma teoria geral do constitucionalismo sistêmico. Por serem figuras geométricas, as abóbodas se deslocam sobre o próprio eixo, cobrindo toda a superfície normativa constitucional, unindo-se em um núcleo concêntrico em um processo reflexivo autopoietico, em que os textos constitucionais possam conectar-se em uma rede autorreferente.

## 6.1 A Interconstitucionalidade e sua Resposta Reflexiva

A teoria da interconstitucionalidade foi desenvolvida primeiramente por Francisco de Lucas Pires<sup>370</sup>, porém, foi Canotilho quem, ao rever seus estudos constitucionais, e (re)escrever sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, em 2001<sup>371</sup>, se utilizou com mais sucesso da teoria, bem como aplicou os conceitos sistêmicos advindos das experiências luhmannianas, necessárias para a aplicação interconstitucional<sup>372</sup>.

Aplicando a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann no que diz respeito à interorganizatividade, Canotilho declara a morte da constituição dirigente, pois essa não teria

---

<sup>369</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a História Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 122, 267 e 268; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1426; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado adjectivado e teoria da Constituição. *Revista da Academia Brasileira de Direito*, Curitiba, n. 3, p. 472, 2003.

<sup>370</sup> PIRES, Francisco Lucas. *Introdução do direito constitucional Europeu*. Coimbra: Almedina, 1997. (Coleção Monografias).

<sup>371</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

<sup>372</sup> ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro das novas observações estatais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 115, p. 476, 2017.

capacidade de comunicação interconstitucional, tornando o Estado um mero expectador das evoluções advindas da pós-modernidade, delineadas pela globalização.

O dirigismo constitucional estava diretamente ligado ao Estado nacional moderno, quando as leis advinham apenas do órgão estatal de forma centralizada. Assim, os programas dirigistas se baseavam em normas-tarefas e normas-fins, programando uma ordem constitucional futura. Ocorre que, com o avanço das tecnologias e com as fortes influências advindas da globalização, aquele perdeu sentido, pois os Estados entraram na era pós-moderna<sup>373</sup>.

O dirigismo foi o tópico maior do constitucionalismo moderno, contudo, perdeu seu sentido quando a centralidade do Estado foi mitigada, obrigando-se a interagir internacionalmente através de acordos, tratados e blocos internacionais, criando novas observações transnacionais, problemas que a norma interna não estava apta a julgar.

Atualmente, não se pode falar em um constitucionalismo, mas em vários constitucionalismos. Nesse sentido, a interconstitucionalidade, por estar baseada em múltiplos contextos civilizacionais, mostra-se como uma forte teoria constitucional, pois ganha autonomia ao se reproduzir com as experiências advindas da sociedade multicultural, bem como pelas exigências do Estado.

Segundo Rui Cunha Martins<sup>374</sup>, a interconstitucionalidade é o constitucionalismo formado por várias vozes, em que, dentro do fogo cruzado de nações, territórios e governos, surge uma norma descentralizada que busca o diálogo constitucional contextual, acima do monólogo constitucional dirigente.

A maior crítica enfrentada por Canotilho, por seus interlocutores brasileiros foi a sua opção pelo método sistêmico, ao trocar o clássico dirigismo constitucional pelo direito reflexivo e, posteriormente, pela teoria da interconstitucionalidade. Para Streck<sup>375</sup>, teorias procedimentalistas, sistêmicas, surgem em momentos de crise constitucional, em que são

---

<sup>373</sup> A modernidade surgiu com o aparecimento dos Estados em 1648, com a Paz de Westfália. Assim, quando surgem os demais atores internacionais no século XX, chama-se este período de pós-modernidade, pois o Estado moderno deixa de ser uma figura central e passa a ser apenas mais um ator internacional.

<sup>374</sup> MARTINS, Rui Cunha. Interconstitucionalidade e Historicidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Studia Ivridica, Coimbra, n. 104, p. 505, 2002; MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 103; ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro das novas observações estatais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 115, p. 477, 2017.

<sup>375</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 136; STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013. p. 75 a 90. Neste texto, Lenio Streck faz críticas mais brandas a Canotilho, demonstrando sua preocupação com a aplicação e interpretação constitucional.

criadas teses, apontado o enfraquecimento da força normativa da Constituição. Mesmo admitindo ser profícuo o diálogo, essas propostas constitucionais entraram no direito brasileiro em meio a uma crise do Estado, do direito e da dogmática jurídica.

No mesmo sentido, Bercovici defende que as críticas aos modelos de Estado e Constituição existentes são provenientes das teorias reflexivas do direito. Segundo o autor, critica-se como utópica a pretensão do Estado e da Constituição em querer regular a vida social, mediante o programa de tarefas do constitucionalismo dirigente. Em seu lugar, o direito reflexivo “propõe-se, não menos utopicamente, na nossa opinião, que vários sistemas agirão coordenados pela idéia de ‘responsabilidade social’”<sup>376</sup>, demonstrando uma fragilidade na argumentação sistêmica.

Ainda, Reis Novais<sup>377</sup> ataca as teorias reflexivas, no sentido de que o Estado nacional estaria perdendo sua soberania, reduzindo substancialmente a participação de seus cidadãos na esfera pública, criando riscos a erosão da estabilidade dos direitos fundamentais elencados no Estado social.

Para Canotilho<sup>378</sup>, estes autores são nacionalistas, todavia, a denominação correta do esforço desses autores corresponde ao patriotismo constitucional<sup>379</sup>, em que o sentido próprio da Constituição deve ser aplicado à realidade político-constitucional do Estado, em que seu sentido deve ser o sentido que os nacionais defendem.

Primeiramente, a teoria da interconstitucionalidade não tem qualquer liame metodológico com a teoria do constitucionalismo dirigente, ou seja, as associações feitas pelos constitucionalistas patrióticos devem ser referentes unicamente à nova opção metodológica utilizada por Canotilho, não propriamente à teoria da interconstitucionalidade.

As alegações de Streck, Bercovici, Reis Novais, dentre outros tantos doutrinadores, são pertinentes, mas não merecem prosperar, porque jogam na mesma vala metodológica todos os procedimentalistas, sustentando que teorias reflexivas surgem em crises estatais, que a Constituição tem de voltar a constituir, que sua força normativa deve ser soberana, que a

---

<sup>376</sup> BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 142, p. 41, abr./jun. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/474>>. Acesso em: 02 jun. 2018.

<sup>377</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional*: resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2014. p. 175.

<sup>378</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *I curso breve em direito constitucional IGC/Imed*. Organizado por Fernando Tonet e Jónatas E. M. Machado. Coimbra, 2015.

<sup>379</sup> A expressão patriotismo constitucional teve origem em 1979, em um artigo de jornal escrito no trigésimo aniversário da República Federal da Alemanha. STERNBERGER, Dolf. Verfassungspatriotismus. *Schriften*. Frankfurt, v. 10, p. 13. 1992.

globalização é má para o Estado nacional, que as Constituições das sociedades periféricas jamais lograrão estatalidade se forem reflexivas.

Essa paranoia produz várias manifestações contrárias às teorias reflexivas autopoiéticas, porém, suas críticas não condizem nem com a teoria sistêmica, muito menos com a realidade constitucional global. É como afirma Michael King: “os críticos da teoria autopoiética, que, em seus ataques, conseguem mal citá-la, mal entendê-la e mal interpretá-la, fazendo-o de forma a dizerem mais acerca de suas perspectivas teóricas, ideológicas ou morais do que em relação ao objeto de sua crítica”<sup>380</sup>.

O constitucionalismo brasileiro passa por grande crise. Primeiro, pelo excesso de patriotismo constitucional; segundo, pelo fato de que há praticamente três décadas vem sufocando as academias com dissertações e teses sobre princípios e regras, chegando a pouquíssimas conclusões. Segundo Neves<sup>381</sup>, o tema se tornou dominante no contexto jurídico constitucional, criando abusos na doutrina, asfixiando os pensamentos teóricos dos tribunais, que se tornaram doutrinadores em sua discricionariedade, julgando e criando suas decisões corretas, sem analisar a contingência e a complexidade sociais.

O autismo constitucionalista ou patriótico, figurado pelos constitucionalistas que defendem o constitucionalismo dirigente, padece da má utopia do sujeito, erguendo o Estado como um homem na direção social, convertendo o direito em seu instrumento funcional de direção. Segundo Canotilho, “qualquer ‘patriotismo constitucional’ será aqui um sentimento débil, pois com a recusa e rejeição, por parte dos Estados, a uma ‘soberania nacional’ e a um ‘poder soberano exclusivo’, também a magna carta de um país perde uma parte o seu simbolismo”<sup>382</sup>. No contexto da interconstitucionalidade, a transformação das ordens jurídicas nacionais assumem um papel mais modesto na ordem global.

A base da reflexividade da teoria da interconstitucionalidade pode ser vista em cinco pontos: a) a existência de uma rede de Constituições de Estado soberanos, interligadas comunicativamente; b) as turbulências produzidas nos diálogos constitucionais entre Estados

---

<sup>380</sup> KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael e SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 43.

<sup>381</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013; TONET, Fernando. *Reconfigurações do Constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 111.

<sup>382</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. p. XI. Segundo Canotilho, mesmo que as constituições continuem a ser simbolicamente a magna carta da identidade nacional, a sua força normativa terá parcialmente de ceder perante novos fenótipos políticos-organizatórios, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas associações abertas de Estados nacionais abertos, tais como União Europeia e Mercosul.

e organizações políticas; c) a (re)combinação das dimensões constitucionais clássicas através de sistemas organizados sistemicamente; d) a articulação simétrica e coerente entre as múltiplas ordens constitucionais inseridas na rede interconstitucional; por fim, e) o entrelaçamento normativo-constitucional, caracterizado por um grau de confiança entre as ordens envolvidas<sup>383</sup>.

A teoria da interconstitucionalidade em sua forma reflexiva visa a uma articulação entre as Constituições de fontes de legitimidade diversas, pois, em nível de complexidade global, o direito só pode reduzir as expectativas normativas sociais se puder organizar-se a si próprio. Ou seja, o direito constitucional deve ser reflexivo, limitando-se aos seus próprios códigos binários. A Constituição, como estatuto reflexivo, deve gerir suas próprias operações: “no sentido da evolução político-social, permite a existência de uma pluralidade de opções políticas, a compatibilização dos dissensos, a possibilidade de vários jogos políticos e a garantia da mudança através da construção de rupturas”<sup>384</sup>. O direito constitucional deixa de ser intervencionista, tornando-se dessubstantivado e pós-intervencionista, ou seja, um direito constitucional pós-moderno.

### 6.1.1 A Interconstitucionalidade e sua Resposta a Canotilho

A teoria da interconstitucionalidade na teoria geral do constitucionalismo sistêmico não tem correspondência com a teoria da interconstitucionalidade firmada por Canotilho, muito embora ambas utilizem a metodologia sistêmica. Esta trai as bases sistêmicas em suas considerações, no sentido em que o autor utiliza a teoria dos sistemas autopoieticos para poder trabalhar a reflexividade organizacional do constitucionalismo europeu, mas logo após volta às bases do seu próprio constitucionalismo dirigente.

Quando Canotilho pergunta: “não será a ‘Constituição Europeia’ a ‘Constituição Dirigente’ dos nossos dias?”<sup>385</sup> Logo após questiona se “a constituição é agora constituição de um Estado-membro da Comunidade Europeia que deve respeitar o ‘direito constitucional

---

<sup>383</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a história constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 122, 267; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1425; MANSILLA, Isabel Turégano. *Justicia global: los límites del constitucionalismo*. Lima: Palestra, 2010. p. 124.

<sup>384</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1389.

<sup>385</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a História Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 206.

européu”<sup>386</sup>. Assim, o sentido da elaboração da Constituição Europeia seria dividido em três objetivos: a) que constitucionalizasse o acervo comunitário regulamentar e jurisprudencial da Comunidade Europeia; b) a resolução dos déficits democráticos, buscando a aproximação dos cidadãos da União Europeia; c) que estruturasse de forma consistente as relações no mundo globalizado<sup>387</sup>.

Para Canotilho, “a Constituição Europeia é aqui recusada não porque se trate de uma constituição dirigente mas porque, pura e simplesmente, pretende arrogar-se a Constituição supranacional”<sup>388</sup>. Portanto, a teoria da interconstitucionalidade desenvolvida pelo autor possui todos os elementos sistêmicos, mas, no final, acaba por se encontrar com o dirigismo constitucional novamente, no sentido que retorna ao grau piramidal kelseniano, em que o fundamento de validade das normas só pode ser encontrado em outras normas. Deixando mais claro, a Constituição Europeia criaria um dirigismo constitucional europeu, em que a norma constitucional europeia representaria o fundamento de validade de outra norma, sendo que a norma superior fundamenta a norma inferior<sup>389</sup>.

Na mesma linha de Canotilho, contudo, sem qualquer ligação com a teoria dos sistemas, Jónatas Machado e Vital Moreira defendem a constitucionalização da União Europeia. Para Machado, a União Europeia é uma organização supranacional dotada de características constitucionais: “o direito da EU pretende vincular todas as instituições e órgãos da EU e todos os Estados membros”<sup>390</sup>. Esse direito constitucional europeu teria incidência nos domínios políticos, legislativos, administrativos e judiciais, dessa forma, a União Europeia poderia reclamar para si a materialidade e a funcionalidade constitucional, como ocorre no dirigismo constitucional.

A União Europeia passa por uma emergência de um constitucionalismo supranacional, tal fato é afirmado pelo autor<sup>391</sup>, quando trata da temática do Tribunal de Justiça da União

<sup>386</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1152.

<sup>387</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a História Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 249.

<sup>388</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1374; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a história constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 253.

<sup>389</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 215. Sobre os fundamentos de validação jurídicas em Kelsen, ver: WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Tradução de José Luis Bolzan. Porto Alegre: Safe, 2002. p. 284. WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 267.

<sup>390</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2014. p. 54.

<sup>391</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2014. p. 58-78. Para o autor, boa parte da doutrina europeia narra o direito constitucional atual como comparação aos

Europeia (TJUE), na qual a interpretação, a integração jurisprudencial e a aplicação do direito comunitário europeu se aproximam muito do direito constitucional nacional. Ou seja, o TJUE, ao firmar decisões, acabou constituindo uma carta constitucional europeia, assumindo um papel muito próximo de um Tribunal constitucional.

É possível notar que os professores de Coimbra<sup>392</sup> orientam suas expectativas no sentido de uma União Europeia com o viés de um Estado europeu social, supranacional, que busca implicar uma constitucionalização econômica de direitos fundamentais, de direitos humanos, institucionalizados e organizados em uma Constituição Europeia.

Ao criar o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), a lógica de integração da comunidade deu o primeiro passo para uma força constituinte, como uma comunidade de direitos, na qual os seus Tratados deveriam ser leis supremas para todos. Porém, o grande marco constitucional foi, sem dúvida, o Tratado de Lisboa, que conferiu força jurídica à carta, tornando-se um verdadeiro direito constitucional da União Europeia<sup>393</sup>, elencando três grandes avanços na defesa dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

O primeiro avanço corresponde aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, como valores nos quais se funda a União Europeia; em segundo lugar, o rol de direitos fundamentais na comunidade europeia deixa de ser aquele expresso nos Tratados, passando a ser também os direitos reconhecidos pela carta dos direitos fundamentais da União Europeia; por fim, a defesa e a promoção dos direitos humanos tornaram-se objetivos comuns de todas as políticas internas e externas da União Europeia, criando um constitucionalismo transversal.

O direito constitucional reflexivo implica uma pluralidade de ordens normativas interligadas organizacionalmente. No momento em que Canotilho utiliza a teoria da interconstitucionalidade para elevar o patamar constitucional europeu, na busca de uma Constituição Europeia, ele rompe com o diálogo interconstitucional, mesmo que o fruto desta Constituição sejam Tratados e decisões vinculantes do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

O fato de haver Tribunais Europeus com competência para julgar os mais diversos casos condiz com a teoria da interconstitucionalidade, no sentido em que ela é formada por uma constitucionalidade centralizada. A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), ou o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), servem como garantidores da eficácia

---

Estados federais, criando uma contratualização de transferência de soberania dos Estados para as comunidades e, depois, para União Europeia.

<sup>392</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. v.1. p. 244-250.

<sup>393</sup> MOREIRA, Vital. *República Europeia: estudos de direito constitucional da União Europeia*. Coimbra: Editora Coimbra, 2014. p. 174, 413.

do projeto interconstitucional e de sua jurisdição, todavia, uma Constituição para a comunidade europeia rompe com a comunicação sistêmica, acabando com seu processo produtivo constitucional reflexivo.

Para Canotilho, o direito constitucional europeu seria uma nova ordem jurídica, uma nova visão de constitucionalidade, sendo que sua compreensão pode ser vista através de cinco pontos distintos<sup>394</sup>: a) criação de direitos constitucionais de aplicação aos Estados-membros e aos cidadãos europeus; b) criação de órgãos de decisão supranacional, o que já ocorre com a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e com o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE); c) intensificação do princípio constitucional comunitário de integração supranacional, mas mantendo a estabilidade de seus membros, a autonomia constitucional nacional e a identidade nacional; d) articulação da supranacionalidade normativa e decisória, com a atribuição de competências específicas, não deixando apenas para a União Europeia as decisões; e) por fim, vinculação de princípios jurídico-materiais aos de competência, em que os direitos fundamentais comuns dos Estados-membros sejam amparados pelos princípios da subsidiariedade e da coesão social.

A interconstitucionalidade sistêmica não permite um núcleo centralizador, pois, caso isso fosse possível, não existiria auto-organização, mas apenas submissão das normas inferiores às superiores, em que a norma de premissa menor buscaria sua validade na de premissa maior, voltando ao modelo kelseniano. No constitucionalismo sistêmico, a autopoiese organiza seus componentes em um hiperciclo comunicativo, gerando constitucionalidade pela própria constitucionalidade. Dessa forma, o limite da constitucionalidade não seria o dirigismo constitucional europeu, mas o próprio limite da comunicação de constitucionalidade na teoria da interconstitucionalidade sistêmica.

## 6.2 A Interconstitucionalidade e sua Interculturalidade

A teoria da interconstitucionalidade sistêmica necessita de um processo de integração intercultural constitucional. Assim, as mais diferentes Constituições poderão ter conteúdos normativos comunicativos, integrados pelo mesmo objetivo. Essa integração é polifônica, descrita por uma constelação normativa constitucional, como uma interação (re)organizativa das culturas constitucionais, estreitando os objetivos ligados aos direitos fundamentais e aos direitos humanos.

---

<sup>394</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1376-1377.

Um projeto de constitucionalismo intercultural permite a abertura para uma ampla variedade de culturas constitucionais, interligadas pela mesma ideia sistêmica, construindo um espaço plural e democrático<sup>395</sup>, estruturando e (re)estruturando novas possibilidades de produção normativa.

A comunicação intercultural estrutura princípios comuns entre as ordens normativas constitucionais integrantes do círculo interconstitucional, possibilitando a ideia de uma cultura constitucional mútua entre os envolvidos comunicativamente, seja de decisões judiciais, jurisprudências, casos específicos, doutrinas e normas que busquem a cultura nas relações de interorganizatividade.

A teoria da interconstitucionalidade tem em sua base a interculturalidade constitucional. Nesse sentido, “a cultura concebida como um acervo de saber em que os participantes na comunicação se munem de interpretações para se entenderem sobre alguma coisa no mundo. Os processos de troca entre as várias Constituições (com a sua história própria e tradições culturais)”<sup>396</sup> formam o produto cultural constitucional intercultural, tendo seu início pelas experiências compartilhadas, histórias, para após tornar-se uma normatividade constitucional entrelaçada sistemicamente.

A constitucionalidade cultural pode ser vislumbrada, segundo MacCormick<sup>397</sup>, em que existe uma pluralidade de ordens normativas institucionais, em que uma reconhece a legitimidade da outra, sem que haja superioridade constitucional entre elas, mas apenas comunicação constitucional cooperativa. Um constitucionalismo democrático não pode ser imutável, ao contrário, deve continuamente alterar suas estruturas auto-organizando suas redes complexas de comunicação. Assim, a proposta intercomunicativa se coaduna com a cooperação constitucional, enfatizando a necessidade de se libertar dos conceitos constitucionais referenciais estatais, buscando um constitucionalismo aberto, estritamente relacionado à ideia cultural de Constituição.

---

<sup>395</sup> ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano (Org.). *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 40.

<sup>396</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1376-1428; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a História Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 271. Segundo Canotilho, “políticas constitucionalizadas fecharam a comunicação com o direito responsável expresso na criação jurídica por meio de pactos e de concertação social, que no direito *reflexivo* gerado na ‘rua’, no ‘asfalto’, no ‘emprego paralelo’, na ‘economia subterrânea’. O constitucionalismo dirigente clássico perdeu seu compromisso social, necessitando de uma readequação pós-positivista”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 13.

<sup>397</sup> MACCORMICK, Neil. *Questioning sovereignty: law, state and nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 104.

A teoria interconstitucional está interligada à epistemologia cultural. Segundo Häberle<sup>398</sup>, a Constituição é um conjunto complexo-cultural cuja representação ocorre na sociedade, o verdadeiro espelho de sua efetividade. A cultura constitucional é algo vivo, em constante evolução numa rede sistêmica de comunicação com outras culturas constitucionais que tenham objetivos próximos.

Segundo Canotilho<sup>399</sup>, a interculturalidade constitucional é diferente da interconstitucionalidade comunitarista de Häberle, embora entenda a importância desta para expressar os outros contextos das cartas constitucionais. Para a interconstitucionalidade, o pressuposto de interculturalidade é básico e essencial no processo de constitucionalização cultural.

Os participantes das comunicações interconstitucionais, nos contextos de Canotilho<sup>400</sup>, podem ser observados das seguintes formas: 1) uma cultura interconstitucional ligada a ideias, valores, ações individuais e coletivas, devem entrar no processo de troca recíproca entre as várias Constituições interligadas; 2) a interconstitucionalidade é uma partilha comunicativa de experiências constitucionais, não necessariamente positivadas, mas culturais; 3) a interculturalidade na teoria interconstitucional representa uma rede comunitária de comunicação, integração e entrelaçamento das mais diversas ordens constitucionais; 4) a

<sup>398</sup> HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 4; HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “prodecimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 13.

<sup>399</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a História Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 272. Canotilho divide a proposta de Häberle em três dimensões: 1) cultura como mediação daquilo que “foi” num determinado momento (aspecto tradicional); 2) cultura como desenvolvimento do que foi em determinado momento, promovendo a transformação social (aspecto ou dimensão inovadora); 3) cultura como “superconceito” de várias manifestações culturais de um determinado grupo humano (dimensão pluralista). Embora o trabalho de Häberle seja de altíssima relevância, três críticas devem ser feitas ao modelo teórico desenvolvido pelo autor, pois existem algumas barreiras que ainda necessitam ser superadas, quais sejam: a) corresponde à dificuldade de se desenvolver a teoria estatal de Häberle, pois exige vários tipos de abordagem, bem como várias formas de concretização. Exemplos disso são as tarefas referentes a cada Estado, as competências, enfim, vários devem ser os pontos que ainda necessitam de estruturação, e o autor não mostra de forma satisfatória esses elementos, apenas traça grossas linhas de pensamento; b) a teoria de Häberle deve superar as teorias clássicas do sistema jurídico, pois, na medida em que o Estado se sustenta como soberano e não solidário, a teoria será inaplicável. No mesmo sentido, deve existir uma equivalência entre os Estados, ou seja, uma igualdade, pois não existe democracia sem isso. Nesse sentido, devem ser criados mecanismos de correspondência, o que o autor deixou de mensurar em sua obra; c) existe um problema central na questão cooperativa, principalmente em se tratando de Estados regionais, onde as disputas territoriais de séculos passados ainda deixam marcas nas culturas. Esse problema se caracteriza quando o Estado é egoísta e não aceita ajudar solidariamente o outro, criando uma dificuldade complexa de ser resolvida na relação entre *ego* e *alter*. Existem Estados fechados em si e agressivos aos outros, alheios a qualquer tipo de cooperação entre Estados ou organizações internacionais. TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 63-64. Vários são os obstáculos que devem ser percorridos pela teoria de Häberle até ter alguma forma de efetivação. É possível dizer que apenas quando as relações intraestatais forem realmente solidárias tal teoria poderá ser aplicada plenamente. Antes disso, será apenas uma teoria do futuro.

<sup>400</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a História Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 274.

interculturalidade constitucional é dinâmica pela conexão interorganizada, em que todos os participantes (*ego* e *alter*) devem buscar o mesmo objetivo: uma comunicação constitucional de aprendizado recíproco, livre e igual.

No momento em que os comunicantes constitucionais se sentem participantes do diálogo constitucional, uma unidade se forma na multiplicidade comunicativa, priorizando os atos comunicativos voltados aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, com valores na democracia, na liberdade, no respeito ao direito cultural do outro, propiciando autonomia a diferença.

Dessa forma, a interculturalidade constitucional deve ser reflexiva, em um projeto auto-organizado que busque pontos em comum com outras culturas constitucionais, possibilitando o diálogo construtivo nos aspectos controvertidos. A cultura constitucional desenvolve-se em condições contextuais próprias, em que o sistema constitucional esteja atuando, criado seus próprios códigos de linguagem, e, assim, suas próprias fronteiras. Para Fonet-Betancourt<sup>401</sup>, a fronteira é uma experiência básica e está em trânsito contínuo. As culturas sempre são processos fronteirços, no sentido que tratam os limites entre o próprio e o alheio, na comunicação entre *ego* e *alter*.

O produto da interculturalidade constitucional, sua historicidade, pode ser vista tanto na policontextualidade, no transconstitucionalismo e na interconstitucionalidade, pois são formas legítimas de produção normativa centralizada ou descentralizada, cujo objetivo primordial é o complexo contato comunicativo entre as ordens constitucionais, criando redes de interação e entrelaçamento entre as culturas jurídicas.

A proposta intercultural na teoria da interconstitucionalidade pode demonstrar de forma positiva o fracasso da criação de uma Constituição para a União Europeia, no sentido que se buscava um monismo cultural constitucional europeu, ignorando a ampla pluralidade normativa constitucional cultural da Comunidade Europeia. O pluralismo constitucional só pode evoluir reflexivamente se for capaz de desenvolver-se em um amplo projeto cultural, sob pena de fracassar novamente.

O projeto cultural constitucional dentro da teoria da interconstitucionalidade inclui padrões de compartilhamento de conhecimentos constitucionais. A auto-organização permite que os membros comunicativos constitucionais possam agir reflexivamente sobre os costumes, crenças e valores mútuos. Assim, a cultura constitucional é o que faz com que a

---

<sup>401</sup> FONET-BETANCOURT, Raul. Pressupostos, limites e alcances da filosofia intercultural. In: SIDEKUM, Antônio (Org.). *Alteridade e multiculturalismo*. Ijuí: Editora Unijuí, 2003. p. 292. Sobre Interculturalidade, ver: FONET-BETANCOURT, Raul. *Interculturalidade: críticas, diálogos e perspectivas*. Tradução de Angela Tereza Sperb. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004.

Constituição seja uma Constituição, aquilo pelo qual o constitucionalismo se torna verdadeiramente constitucionalismo em sua formação. Pode-se verificar o constitucionalismo cultural de duas formas distintas: a) subjetiva-ativa, significando a formação do constitucionalismo como constitucionalismo, como uma *paideia*, capaz de formar um constitucionalismo completo, que desempenhe um papel positivo na sociedade; b) objetiva-passiva, que se distingue em dois significados principais: 1 – designando o conjunto de meios para atualizar ou realizar as potencialidades constitucionais, tendo como principal as grandes produções do passado constitucional, sua própria tradição; 2 – a designação etnológica-etnográfica, como um conjunto complexo de atributos constitucionais direcionados aos estudos comparativos do constitucionalismo e de sua evolução histórica em diferentes locais de produção, por conseguinte, extra-somáticos e transmissíveis por meios diferentes de hereditariedade.

A interculturalidade fomenta o diálogo constante entre os envolvidos no constitucionalismo interconstitucional, firmando novos conhecimentos e experiências, plurificando os mundos constitucionais, no sentido de que o constitucionalismo não é um sistema fechado, mas autopoiético, capaz de apresentar estruturas de observação ligadas à abertura cognitiva, permitindo a evolução e desenvolvimento de toda a teoria constitucional.

Até o momento, o Supremo Tribunal Federal (STF) não publicou nenhuma decisão com diálogos interculturais constitucionais, no sentido próprio da interconstitucionalidade, pelo fato de não haver um projeto concreto de constitucionalização latino-americano, apenas de comunicações esparsas e pontuais. Isso não quer dizer que ele não ocorra no restante do continente. Aliás, tal fato é noticiado pelo próprio STF<sup>402</sup>: a decisão do Tribunal

---

<sup>402</sup> BRASIL. Supremo tribunal Federal. Corte Constitucional do Equador entende que, em questões indígenas, o código penal merece uma interpretação intercultural. *Newsletter – Jurisprudência*, Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=273243>>. Acesso em: 07 jun. 2018. “Corte Constitucional do Equador entende que, em questões indígenas, o Código Penal merece uma interpretação intercultural. O Tribunal Constitucional garante uma interpretação intercultural na observância dos parâmetros convencionais na Consulta de Norma dentro do processo penal contra membros da etnia Waorani. O Plenário do Tribunal Constitucional, em sessão extraordinária, de 6 de agosto de 2014, reuniu e aprovou o processo nº 0072-14-CN proposta pelo juiz Manuel Viteri Olvera e de relatoria do Dr. Álvaro Guerrero, juiz Segundo de garantias criminal de Orellana. O Tribunal Constitucional, no exercício do controle específico da constitucionalidade, determinada entre outras coisas, que, neste caso particular, a aplicação de artigo inserido antes da promulgação do artigo 441 do Código Penal merece uma interpretação intercultural para evitar violações de direitos constitucionais. Considere que os réus pertencem a etnia indígena Waorani e são povos de recente contato. Por outro lado, foi determinado com base em critérios convencionais, que a figura penal do genocídio só pode ser aplicada no caso pelo juiz da causa. Desde que seja verificado de forma detalhada, a realização de todos critérios, como determinada na Convenção sobre a prevenção e punição do crime de genocídio; tudo isso em relação os parâmetros de interculturalidade. A decisão será lançada oficialmente para os cidadãos, uma vez que todas as partes envolvidas e as autoridades competentes já tenham sido notificadas”.

Constitucional do Equador, ao analisar a aplicabilidade do artigo 441 do Código Penal, faz uma interpretação intercultural constitucional, para evitar a violação de direitos fundamentais constitucionais.

No mesmo sentido, Engelmann<sup>403</sup> alerta que as Constituições deverão conter o conteúdo mínimo, ou seja, prever os parâmetros básicos, se tornando um mecanismo flexível para lidar com as inquietações que possam vir a aparecer no mundo globalizado. O projeto cultural constitucional na perspectiva teórica da interconstitucionalidade proporciona uma maior aplicabilidade constitucional, permitindo um avanço na proteção dos cidadãos, seja em seus direitos fundamentais ou em seus direitos humanos.

No momento quando as comunicações interculturais forem acopladas ao projeto teórico da interconstitucionalidade, o navegar em águas constitucionais será mais descomplexificado, no sentido de que as ordens organizativas interligadas terão mais estabilidade em seus sistemas de atuação para aplicação normativa, emanando e recebendo conhecimento já processado pelo filtro de constitucionalidade plural, pré-estabelecido pela tradição cultural constitucional.

### **6.3 A Centralização Normativa Interconstitucional**

Há quase um século o direito constitucional vem se desenvolvendo como um direito constitucional mundial, constituído fundamentalmente pela Carta das Nações Unidas de 1945, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e pelo Pacto dos Direitos de 1996. Esse modelo normativo mundial teve objetivos promissores no que diz respeito à união mundial dos povos e a uma aproximação constitucional dos Estados nacionais, na busca simétrica de direitos fundamentais e direitos humanos.

O mundo nunca foi tão interligado como em seu estado atual. Tal fato criou o modelo de governação transnacional, uma consequência das relações interconstitucionais e intercontexturais desenvolvidas pela sociedade contemporânea. O direito internacional nunca foi tão próximo como nos dias atuais, fazendo que os Estados nacionais só tenham reconhecimento através das prerrogativas internacionais positivadas.

A teoria da interconstitucionalidade não objetiva o fim dos Estados, ao contrário, objetiva a intercomunicação normativa constitucional, em que as normas sejam (re)organizadas em suas formas de comunicação. A velha teoria do Estado não é apta a

---

<sup>403</sup> ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 242.

responder os problemas do presente, no sentido em que não aceita a comunicação sistêmica, trabalha de forma monóloga em sua criação normativa. Nas teorias clássicas, o Estado é o problema, o Leviatã que luta constantemente, ao passo que, na proposta sistêmica, é um agente comunicativo importantíssimo no processo de interligação normativo-constitucional.

O primeiro a pensar em um Estado europeu unificado constitucionalmente foi Winston Churchill, primeiro-ministro do Reino Unido, quando proferiu discurso na Universidade de Zurique, em 19 de setembro de 1946. Com o fim de evitar novas guerras na Europa, Churchill buscava a criação de uma *familia europeia*<sup>404</sup>, que seria denominada de Estados Unidos da Europa, mas, de fato, o que se criou foi a União Europeia.

Nenhum continente foi tão produtivo em evolução estatal como o europeu. Desde a criação do Estado moderno até o Estado pós-moderno, a Europa tem servido de berço de conhecimento e experiências. Quanto mais interdependente é o mundo, mais possibilidades e riscos surgem. Em termos sistêmicos, o aumento de possibilidades caracteriza-se como complexidade, formada pela dupla contingência.

Sem embargos, a União Europeia apresenta uma pluralidade jurídica ímpar, com uma multiplicidade de discursos e autoridades, trabalhando de forma complexa as questões constitucionais em todos os níveis. Moreira<sup>405</sup> sustenta que a União Europeia não é um Estado, mas tem traços inequívocos de estatalidade ou de federação, o que se atribui à sua governação transnacional.

Porém, sua estrutura complexa se mostra anatomicamente complicada, com uma fisiologia pouco desenvolvida face aos equívocos caracterizados nos novos pensamentos. Nesse sentido, por não ser Estado, a União Europeia não teria soberania originária, ou seja, não poderia decidir sobre seus próprios fins, mas, ao mesmo tempo, é um regulador financeiro poderoso, criando um paradoxo: na teoria do Estado moderno, a União Europeia não poderia ter soberania, por não ser Estado, mas os Estados perderiam sua soberania para União Europeia, por não terem um controle real dos problemas nacionais.

---

<sup>404</sup> GIDDENS, Anthony. *Este turbulento e poderoso continente: que futuro para Europa?* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 01. ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro das novas observações estatais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 115, p. 487-492, 2017. Luhmann disserta sobre uma etiqueta geográfica na Europa e suas confusas denominações. LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidade: racionalidade y contingencia en la sociedade moderna*. Traducción: Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997. p. 49.

<sup>405</sup> MOREIRA, Vital. *Republica Europeia: estudos de direito constitucional da União Europeia*. Coimbra: Editora Coimbra, 2014. p. 14.

Não há como se falar em centralização normativa quando se observa a formação normativa constitucional europeia pelas teorias clássicas do direito. Bobbio<sup>406</sup> descreve o ordenamento jurídico como uma unidade normativa, caracterizada por uma hierarquia normativa. Assim, o ordenamento jurídico, além de unidade normativa, forma um sistema em escalonamento normativo. Já em Kelsen<sup>407</sup>, o direito é concebido como uma ordem normativa em que seu fundamento de validade só pode ser observado por outra norma, em uma dinâmica jurídica de que a norma superior fundamenta a inferior, em que todas pertencem ao mesmo sistema escalonado.

No plano jurídico da teoria clássica, a normatividade é vista como um dos pilares do positivismo, constituindo-se em um modelo normativo de organização do direito e do Estado, baseando-se na estruturação monodinâmica do sistema normativo. Bobbio, ao definir a norma fundamental, de características estatais, determina não haver uma busca por conteúdo de fundamentação da norma fundamental, eis que a mesma é um postulado, sendo pressuposta, e não posta. Assim, toda normatividade advinda da norma fundamental seria centralizada, pois um produto legítimo do Estado constitucional.

Ocorre que na teoria geral do constitucionalismo sistêmico, sob os auspícios da interconstitucionalidade, existe uma diversidade de organizações produtoras de normatividade, não apenas o Estado. Porém, todas são legitimadas por ele, bem como ele é legitimado por elas. Dessa forma, pode se afirmar paradoxalmente que os Estados só existem porque as organizações internacionais os reconhecem, e as organizações internacionais só existem, pois são reconhecidas pelos Estados.

Quando se assume que a teoria da norma constitucional foi conduzida para além dos Estados, funda-se uma nova teoria normativa constitucional, em que as normas constitucionais são sistemas normativos abertos de regras e princípios, organizados sistemicamente, em ampla interconexão constitucional.

Canotilho alerta para um *epigonismo* positivista, em que a solução dos casos encontra-se nos textos normativos constitucionais, sendo a aplicação e a interpretação do direito condicionada à precisa e suficiente definição dos códigos constitucionais. Como afirma o autor português: “quem assim procede não sabe nada de direito constitucional”<sup>408</sup>. Os

---

<sup>406</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3. ed. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 199.

<sup>407</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998; KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 215. Ver anexo 01.

<sup>408</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1119.

problemas constitucionais ultrapassam as fronteiras normativas estatais. Por isso, tentar utilizar a norma constitucional do Estado para solucionar um *hard case* que envolva uma pluralidade organizações é pensar ter em mãos a alavanca de Arquimedes, ignorando a existência de outros mundos.

O paradoxo da interconstitucionalidade refere-se às preposições que originariamente apresentam-se de formas contrárias, umas às outras. *A priori*, parece um contrassenso, saindo da lógica ortodoxa, no sentido em que centralização/descentralização normativa são observadas de formas diversas pelas teorias do direito.

Pelas teorias clássicas do Estado e da Constituição, as normas constitucionais centralizadas são produtos exclusivos do Estado nacional; a lei magna do povo, politicamente organizado, aparece como elemento fundamental à finalidade do Estado. Já as normas descentralizadas são produzidas fora das formalidades centralizadoras dos Estados; são produtos de organizações internacionais, não tendo equivalência hierárquica com as normas constitucionais.

Na teoria geral do constitucionalismo sistêmico, especificamente na interconstitucionalidade, a realidade é completamente diferente, fugindo dos conceitos ortodoxos de centralização normativa, (re)configurando estes elementos a partir de uma observação sistêmica reflexiva.

Com a conjunção dos espaços de regulação, houve a exigência de novas observações dos processos de (re)configuração sob os múltiplos lugares de produção jurídica constitucional, instituindo a visão sistêmica da policentricidade constitucional, na qual o Estado deixa de ser o único produtor legítimo de normas constitucionais.

Essa policentricidade designa uma multiplicidade de centros produtivos de normatividade. Porém, na interconstitucionalidade, não pode se confundir os centros produtivos de normatividade com os conceitos da policontexturalidade, no sentido de que, naquela, as normas produzidas advêm dos Estados ou das organizações internacionais que os legitimam como Estados, ao passo que, nesta, elas são engendradas em locais diversos, fronteiriços sem a participação estatal. Dessa forma, as normas constitucionais centralizadas, sob uma visão sistêmica de interconstitucionalidade, são todas aquelas produzidas pelos Estados e pelas organizações internacionais, superando a teoria clássica de produção exclusiva nacional de constitucionalidade.

Para a interconstitucionalidade, a produção normativa constitucional pertence a uma rede complexa de interlocutores dispostos a apreender uns com os outros, em uma tônica constitucional pela qual Estados se unem em uma racionalidade jurídica às organizações

internacionais para legislar sobre direitos humanos e direitos fundamentais, como uma exigência intercultural. A interconstitucionalidade surge como necessidade jurídica nas relações sociais de estraneidade contemporânea, uma vez que todas as operações de natureza constitucional envolvendo direitos humanos e direitos fundamentais interligam culturalmente os sujeitos conflituosos na busca de soluções jurídicas diretas, o que, segundo Arnaud, é a nova regra do jogo<sup>409</sup>.

A autopoiese jurídico-constitucional corresponde ao complexo comunicativo organizacional das relações entre Estados e organizações internacionais. As relações auto-referenciais circulares que compõem a interconstitucionalidade são constituídas de forma que se permitam articulações e interligações produtivas entre os atores envolvidos no processo constitucional.

Apropriando-se dos conceitos de direito autopoietico de Teubner, é possível descrever o constitucionalismo na interconstitucionalidade quando suas complexas estruturas permitem autodescrições. Assim, “as normas possam ser geradas através de precedentes jurisprudenciais ou outros processos de criação jurídica endógena”<sup>410</sup>. As normas jurídicas constitucionais são observadas dentro de suas próprias operações, pelas suas referências operacionais inerentes, (re)produzindo novos componentes sistêmicos de constitucionalidade interconstitucional.

Dessa forma, todas as normas constitucionais produzidas entre os Estados e organizações internacionais interligam-se no formato de abóbodas concêntricas, convergindo para o mesmo centro de observação, no qual ocorre a comunicação entre os atores constitucionais centralizados, pois estão duplamente ligados: pela legitimidade normativa estatal, bem como pela legitimidade internacional das organizações que legitimam o próprio Estado nacional.

A distinção própria do constitucionalismo centralizado na interconstitucionalidade se apresenta distintamente como um sistema operativamente fechado, portanto, recursivamente capaz de recorrer de forma reflexiva às suas próprias operações jurídicas, no sentido de que essas são frutos de situações “de derecho historicamente dada, ya que de otra manera no

---

<sup>409</sup> ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras, entre globalização e pós-globalização crítica da razão jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 30. O autor não trabalha a interconstitucionalidade, mas disserta sobre uma perspectiva transnacional, buscando nas relações contratuais formas jurídicas próprias, pelas necessidades de negociações, principalmente no comércio internacional. Ou seja, seu posicionamento está mais próximo da policontextualidade constitucional sistêmica.

<sup>410</sup> TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 85.

podría en absoluto llegar a la idea de diferenciarse a sí misma como praxis jurídica”<sup>411</sup>. O sistema jurídico constitucional, como uma máquina histórica de integração intercultural, é capaz de aumentar a observação constitucional, mesmo atuando em comunicações específicas.

O aumento de observação é um dos pontos mais importantes da interconstitucionalidade, pois permite maior comunicação constitucional centralizada, possibilitando um constitucionalismo circular e reflexivo, com uma nova estrutura codificada, em que os códigos binários constitucional/inconstitucional não correspondem às propostas clássicas ligadas ao Estado nacional, mas ao direito comunitário. Por isso, “fala-se hoje do princípio da interpretação do direito interno em conformidade com o direito comunitário para exprimir o dever de os órgãos de aplicação do direito, sobre tudo os juízes (*legal review*), interpretarem o direito nacional em conformidade com o direito comunitário”<sup>412</sup>, princípio elencado no artigo 5º do Tratado da União Europeia (TUE).

Fica claro o compromisso dos Estados-membros com os objetivos da União Europeia, buscando uma harmonização jurídico-constitucional para preservar as principais fontes de produção normativa, sejam elas decisões judiciais ou culturas jurídicas observadas pela interculturalidade. Ainda, este ajuste dos Estados está pautado pelo avanço na busca da concretização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, em uma cooperação leal, em que todos os membros busquem mutuamente o cumprimento das obrigações decorrentes dos pactos interconstitucionais.

No plano interpretativo, a norma constitucional nacional deve ser interpretada conforme as normas comunitárias interligadas pelo constitucionalismo interconstitucional. Dessa forma, o princípio da interpenetração deve articular-se com os outros princípios nacionais e comunitários como um método transconstitucional que possibilite a aprendizagem mútua dentro dos padrões interconstitucionais, reforçadas as diretivas comunitárias vinculantes, efetivando a ampliação/limitação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos pelas normas centralizadas.

O constitucionalismo na teoria da interconstitucionalidade assemelha-se aos ordenamentos jurídicos nacionais em razão da hierarquia estruturante das normas, embora sua estrutura normativa seja composta de várias Constituições, tratados e culturas constitucionais,

---

<sup>411</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 113; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 77.

<sup>412</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1227.

tendo como paradoxo fundamental a generalização congruente das expectativas exigidas pelo constitucionalismo contemporâneo, em um ambiente horizontal de diálogo, estruturado verticalmente entre direitos primários e direitos secundários.

Os direitos primários, todos horizontalmente expostos no hiperciclo comunicativo, assumem posição de supremacia no que tange a normas de direito constitucional, podendo ser entendidos como a Constituição das Constituições, derivados da soberania estatal e de seus acordos com as organizações internacionais. São protocolos guias, em um conjunto de princípios dotados de idêntica natureza hierárquica, cumprindo função paramétrica em relação aos direitos secundários, terciários, dentro da interconstitucionalidade.

São os princípios instituidores das comunidades constitucionais que se tornam responsáveis pela formação do todo unitário constitucional, são princípios gerais de harmonização jurídico-constitucional, integrando o direito comunitário originário, com papel de maior relevo interpretativo dos textos constitucionais, exprimindo valores interculturais de integração social, conformando e estruturando o sistema constitucional.

Os direitos secundários e terciários são constituídos pelas normas constitucionais estabelecidas pelo direito primário, tendo sua validade estabelecida nos parâmetros impostos por este. Segundo Machado, “as principais fontes de direito da UE encontram-se mencionadas no artigo 288º do TFUE que refere os regulamentos, as diretivas, as decisões, as recomendações e os pareceres”<sup>413</sup>, tendo como fonte principal o princípio da primazia de aplicação sobre o primado do direito comunitário.

### 6.3.1 A Reflexividade Normativa Interconstitucional

Os sistemas são necessariamente fechados em um processo de clausura operativa, necessitando das observações que ocorrem dentro de si para evoluir cognitivamente. No sistema constitucional interconstitucional, as observações devem ser mais especializadas, pelo fato de estarem em um complexo hiperciclo comunicativo de informações interculturalmente

---

<sup>413</sup> MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2014. p. 200. Diz o artigo 228º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) – Para exercerem as competências da União, as instituições adotam regulamentos, diretivas, decisões, recomendações e pareceres. O regulamento tem caráter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes. As recomendações e os pareceres não são vinculativos. TRATADO sobre o funcionamento da União Europeia (versão consolidada). *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], 7 jun. 2016. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC\\_3&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF)>. Acesso em: 16 jun. 2018. MOREIRA, Vital. *Republica Europeia: estudos de direito constitucional da União Europeia*. Coimbra: Editora Coimbra, 2014. p. 483.

interligadas, envolvendo inúmeros pontos de observação e de produção normativa constitucional.

Uma vez que as observações não têm nenhum contato com o entorno sistêmico, cada uma delas dependeria do ponto em que se está sendo observado. Dessa forma, “las observaciones sólo pueden actuar sobre las observaciones, sólo pueden transformar distinciones en otras distinciones”<sup>414</sup>. O objetivo da observação seria unicamente processar informações que advêm do seu entorno, que, no caso da interconstitucionalidade, se trata dos processos socio-jurídicos envolvendo direitos humanos e fundamentais debatidos nos mais diversos Tribunais.

Quanto maior for o conhecimento do sistema sobre si, maior será a possibilidade de observação, no sentido de que “toda observación del entorno presupone la distinción (autorreferencia/heterorreferencia), que puede hacerse sólo en el mismo sistema”<sup>415</sup>. O sistema poderá apenas observar, dado que os conhecimentos advindos da observação são diferentes dos que operam dentro de si.

Nesse sentido, o acesso aos sistemas se dá através de observações externas, de onde o observador pode compreender o que se passa dentro do sistema, fazendo uma diferenciação do próprio sistema em que atua. O sistema interno nunca está acabado em sua plenitude, ele é dinâmico. Partindo desse pressuposto, a observação é extremamente necessária como evolução sistêmica.

A teoria dos sistemas tenta responder, através das observações, dois pontos relevantes: o primeiro diz respeito à diferenciação do binômio sistema/meio (como seria possível tal distinção); a segunda corresponderia ao tipo de operação necessária para que o sistema se produza<sup>416</sup>.

O primeiro ponto deve ser observado exclusivamente pelo fechamento operativo. É ele que diferencia o sistema do meio e identifica quais são os seus elementos essenciais, estruturais, capacitando a separação entre o observador e o observado. Assim, o sistema deve ser apto a distinguir a totalidade dos organismos que observam dos que estão sendo observados.

---

<sup>414</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 66.

<sup>415</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 66.

<sup>416</sup> ROCHA, Leone Severo; TONET, Fernando. Por quem cantam as sereias de Homero e o paradoxo sistêmico da decisão. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás – UFG*, Goiânia, v. 42, n. 1, p. 137-138, jan./abr. 2018.

Já o segundo ponto corresponde à natural reprodução sistêmica, que proporciona uma recursividade, uma autorreferência e uma circularidade comunicativa endógena sistêmica. Quando todos esses elementos estiverem contidos no sistema, ele poderá ter condição de abertura e evolução, pois terá capacidade de distinguir sistema e meio.

Uma das principais características da observação é a aplicação do conteúdo observado. Assim, “tudo aquilo que um observador descobre sobre o sistema, deve aplicar a si mesmo”<sup>417</sup>. Isso significa que sua operatividade é apenas intrassistêmica. O observador não pode atuar dentro do sistema observado, já que “o observador não é um sujeito situado fora do mundo dos objetos; ele é, ao contrário, um deles”<sup>418</sup>. O observador pertence, assim, ao sistema.

Dessa forma, “en el mundo real hay sistemas que son descritos por otros sistemas, lo cual produce contradicciones lógicas que no pueden resolverse”<sup>419</sup>. Um sistema não pode operar sobre outros sistemas; suas observações são estritamente autorreflexivas, não produzindo heterorreflexividade no interior dos sistemas observados.

Assim, a observação e o observador devem ser considerados como sistemas, “uma vez que a observação não é um ato único isolado, mas sempre se dá em um conjunto de conhecimentos, em uma espécie de memória, em uma limitação de perspectivas, com restrições de ligação em relação a outras operações de observação”<sup>420</sup>. Essas limitações são dadas pelo próprio sistema, através de suas expectativas, que nem sempre serão sanadas. Nesse sentido, “somente por meio da observação das regularidades externas é possível ter acesso às estruturas do sistema”<sup>421</sup>. Todos operam em clausura operativa e abertura cognitiva, através das observações.

Com o advento dos problemas complexos, ou até hipercomplexos trazidos pela pós-modernidade, necessita-se cada vez mais de novas formas de observação, sendo que essas não

---

<sup>417</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 77.

<sup>418</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 154.

<sup>419</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: lineamentos para uma teoria geral*. Barcelona: Antrhopos; México: Univesidad Iberoamericana; Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 55; LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução: Antonio C. Luz Costa et al. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 67.

<sup>420</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 76.

<sup>421</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 66.

podem mais ser unitárias, mas devem ser plurais, analisando todos os sistemas e todos os problemas, buscando sempre respostas que possam contrapor as expectativas<sup>422</sup>.

A teoria dos sistemas “constitui um sistema de auto-observação, recursivo, circular, autopoietico”<sup>423</sup>, dotado de uma dinâmica intelectual fascinante, pois possibilita abordagens aos problemas advindos com o aparecimento da pós-modernidade. Nesse contexto, Marcelo Neves sustenta, em linhas luhmannianas, que “nenhuma teoria pode ser completa”<sup>424</sup>, necessitando sempre de novas observações. O autor demonstra que a contribuição da teoria luhmanniana aponta principalmente para as necessidades da sociedade moderna, em que modelos teóricos simplistas não poderiam mais ser justificados na complexidade global. A interconstitucionalidade necessita de um sistema complexo de operação e de observação para oferecer respostas sociais.

Para Rocha, não existem mais formas de observações verdadeiras, tranquilas e seguras, visto que “a globalização vai nos forçar a um outro tipo de observação que antes nós não tínhamos”<sup>425</sup>. Ou seja, esses elementos observáveis existiam, mas não eram vistos, porque não eram necessários.

Luhmann<sup>426</sup> também alerta para variações ou desordens de observação, uma vez que pode ocorrer uma entropia na observação, onde o observador não consegue tirar nenhuma conclusão acerca desse ato. Existe na sociedade contemporânea um plano inimaginável de comunicações que não podem ser observadas. A alta redundância da comunicação social cria limitações em seus ângulos de observação, pois, na comunicação hipercomplexa, a observação se torna também complexa, criando impossibilidades. Nesse sentido, Clam relata que a “esfera da comunicação social possível não é formalmente definível”<sup>427</sup>, motivo pelo qual é necessária a utilização do método de exclusão comunicativa para poder criar cruzamentos cognitivos comunicacionais.

---

<sup>422</sup> ROCHA, Leone Severo; TONET, Fernando. Por quem cantam as sereias de Homero e o paradoxo sistêmico da decisão. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás – UFG*, Goiânia, v. 42, n. 1, p. 138, jan./abr. 2018.

<sup>423</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 79.

<sup>424</sup> NEVES, Marcelo. Niklas Luhmann: eu vejo o que tu não vês. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (Org.). *Pensamento alemão no século XX*. São Paulo: Cosac Naify, 2009. v. 1, p. 260.

<sup>425</sup> ROCHA, Leonel Severo. *Observação sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico*. p. 12. Artigo inédito, não publicado.

<sup>426</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: lineamentos para uma teoria geral*. Traducción de Silvia Pappé y Brunhilde Erker. Barcelona: Anthopos; México: Univesidad Iberoamericana; Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 69; LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução de Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 76.

<sup>427</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 24. (Coleção *Dike*).

O sistema jurídico constitucional autopoietico é aquele que já está sob proteção da própria codificação sistêmica. Assim, o paradoxo do direito está inerente à sua própria estrutura. O paradoxo seria uma condição performativa, subjetiva do próprio observador, uma vez que não existiria apenas um paradoxo, mas vários, cada paradoxo ao seu tempo, ao seu meio e modo de aplicação.

Nesse sentido, o direito constitucional seria gerado a partir de seu próprio paradoxo. Porém, quando se pensa (se observa) o paradoxo, ele já existe. Quanto mais comunicação existe, mais autorreferente os sistemas têm de ser, mais necessidade de observação é exigida e mais paradoxos são criados.

Na atualidade, o direito constitucional é considerado como sistema a dar respostas, através dos Tribunais, para todos os casos, sendo necessário decidir. Independentemente de ser fácil ou difícil, da decisão ser conservadora ou criativa, a validade jurídica da decisão final não reside na existência ou não de consenso seguro da sentença, mas, sim, na maior possibilidade de observação sistêmica possível (e não na consciência pessoal, como no caso discutido)<sup>428</sup>.

Com a obrigatoriedade da decisão, os Tribunais não podem ter um consenso ao contrário, o direito reduz a complexidade, mas se auto-alimenta dela. As normas jurídicas existentes que pertencem ao sistema jurídico constitucional, incontestavelmente são vigentes, mas, quando aplicadas por métodos dedutivos, ou na debilidade metodológica criada pelo “decido conforme minha consciência”<sup>429</sup>, não conduz a decisões sérias. Acontece, na prática, que os Tribunais apenas se limitam ao que é mais necessário para justificar suas decisões; buscam decisões aceitáveis, e nada mais.

O direito constitucional deve ser compreendido e desenvolvido como uma ciência em si, de forma autopoietica, em que as respostas estejam em suas próprias operações e as tensões externas não o afetem, sendo, portanto, puramente jurídica a argumentação, em um hiperciclo de recursividade. Assim, o paradoxo da decisão jurídica obriga o sistema a buscar soluções para os casos dentro de sua jurisdição constitucional interligadas pela interconstitucionalidade.

---

<sup>428</sup> ROCHA, Leone Severo; TONET, Fernando. Por quem cantam as sereias de Homero e o paradoxo sistêmico da decisão. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás – UFG*, Goiânia, v. 42, n. 1, p. 140, jan./abr. 2018.

<sup>429</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 419; LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 419; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursiva*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Importante salientar que nem a lei, nem os contratos, nem decretos podem decidir, obrigação essa que é apenas dos Tribunais. Ou seja, somente direcionado a eles existe o manejo dos paradoxos do sistema, uma vez que só os operadores do sistema podem ser capazes de observações de validade jurídica.

O direito, por ser pressuposto, é um produto do passado. Desse modo, os Tribunais têm a obrigação de (re)construir esse passado aos olhos do presente. Um Tribunal não se pode apegar à lei, como se fosse a única observação possível. Isso seria o que Ost denomina de “os mortos enterrarem os vivos”<sup>430</sup>, ou seja, os caminhos da justiça ainda fundamentados em grilhões medievais.

Ao contrário, é obrigação dos Tribunais a conexão entre o passado e o projeto futuro – isso é a complexidade. De fato, somente aos Tribunais recai a tarefa de supervisionar a consistência das decisões judiciais. Sistemicamente, é incabível pensar em decisões em que as fundamentações se baseiam em não existir uma normatividade específica ou no sentimento pessoal dos julgadores<sup>431</sup>.

Clam<sup>432</sup> conceitua o direito como um subsistema cuja função é regular as expectativas voltadas à comunicação social. Como a sociedade contemporânea produz uma comunicação policontextual, o direito constitucional sente os reflexos através de novas contingências, que, por sua vez, são entendidas como as possibilidades de decisão apontadas e que poderiam ser diferentes, porém, dentro das próprias observações sistêmicas operativas.

Uma decisão jurídica constitucional correta deve passar por uma autopoiese sistêmica, em que os paradoxos concretizadores e as contingências criadas pelas interculturalidades comunicacionais devem ser analisadas pelos Tribunais. Dessa forma, os observadores devem procurar dentro do próprio sistema jurídico interligado interconstitucionalmente a fundamentação e a validade de suas decisões.

A primeira etapa da decisão na interconstitucionalidade deve passar pela observação dos paradoxos, lembrando que nunca existe apenas um paradoxo para cada observação, ou seja, o consenso não é desejado em um processo sério. Os paradoxos são os responsáveis pelo desfazimento da nodosidade judicial, visto que eles sempre estão à frente de si – quando se pensa no paradoxo, ele já existe; num segundo momento, a decisão deve ser verificada dentro do arcabouço jurídico constitucional existente e de suas contingências, respeitando sempre

---

<sup>430</sup> OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

<sup>431</sup> ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. Por quem cantam as sereias de Homero e o paradoxo sistêmico da decisão. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás – UFG*, Goiânia, v. 42, n. 1, p. 141, jan./abr. 2018.

<sup>432</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 68. (Coleção Dike).

uma integridade sistêmica operacional; por fim, a aplicação da decisão deve ser tomada de modo que o sistema se (re)construa a cada etapa. Assim, o direito constitucional gera a si mesmo de forma autopoietica.

#### 6.4 Interconstitucionalidade no Constitucionalismo Sistêmico

A teoria da interconstitucionalidade no constitucionalismo sistêmico corresponde aos processos interconstitucionais comunicativos entre vários poderes constituintes no mesmo espaço político constitucional, entrelaçados sistemicamente em uma rede interorganizativa. Sua legitimidade se funda na relação constitucional intercultural, em que diversas culturas buscam os mesmos fins constitucionais no que diz respeito a direitos humanos e direitos fundamentais, comunicando-se transconstitucionalmente, de forma horizontal, e estruturando-se interconstitucionalmente, de forma vertical, na validação de suas decisões.

No sistema jurídico constitucional, as “normas concebidas como decisões apenas podem fundar-se noutras decisões, mas a legitimidade não repousa na decisão última. Repousa, sim, no próprio procedimento: é este, e não cada um dos seus componentes que a confere”<sup>433</sup>, as normas constitucionais devem produzir-se sob os critérios intra-sistêmicos, por seus próprios códigos binários constitucional/inconstitucional.

Os novos fenótipos organizativos substituem o paradigma *x* ou *y*, no sentido em que apresentam, ao mesmo tempo, uma necessidade de articulação simultânea, exigindo uma multiplicidade de respostas para uma vasta gama de problemas, muitas vezes contraditórios, e que necessitam uma reconvenção e adaptabilidade autorreferencial permanente.

Os problemas constitucionais complexos criados pelas dobraduras reflexivas do constitucionalismo moderno atribuem à interconstitucionalidade a provocação de “responder aos desafios trazidos à plataforma constitucional pelos processos de reconfiguração político-institucional das últimas décadas e, em particular, à normatividade *em rede* daí resultante”<sup>434</sup>, desenvolvendo uma interligação<sup>435</sup> jurídica entre os envolvidos no processo interconstitucional.

<sup>433</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. 3, p. 341.

<sup>434</sup> MARTINS, Rui Cunha. Interconstitucionalidade e historicidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Studia Iuridica, Coimbra, n. 104, p. 504, 2002; MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 102.

<sup>435</sup> HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 270. Hespánha disserta sobre a integração jurídica comunitária, quando o elenco de normas não decorre da vontade dos Estados, no sentido de que são expressos em tratados e vinculam Estados e cidadãos em uma supremacia do direito comunitário, vinculados a novos Tribunais, como

A interconstitucionalidade determina os limites sistêmicos internos do constitucionalismo centralizado tanto em sua abertura cognitiva, como em seu fechamento operativo, em que várias vozes constitucionais desempenham uma “função descarregante para o direito positivo como subsistema da sociedade moderna, caracterizada pela supercomplexidade. Impede que o sistema jurídico seja bloqueado pelas mais diversas e contraditórias expectativas que se desenvolvem no seu ambiente”<sup>436</sup>. Essa função descarregante está ligada às fronteiras do constitucionalismo centralizado. Assim, as fronteiras criam suas próprias fronteiras, demarcando em um contexto definido a interconstitucionalidade.

A interconstitucionalidade é uma partilha cultural, em que conteúdos comunicativos constitucionais incluem comunidades pela interculturalidade, organizando as substâncias normativas constitucionais em uma ampla rede de acesso. Assim, “os processos de troca entre as várias constituições (com a sua história própria e tradições culturais) produzem uma *cultura constitucional* reconduzível a idéias, valores, acções de indivíduos e de grupos”<sup>437</sup>, sendo os textos constitucionais auto-organizados e compartilhados comunitariamente de forma transconstitucional, livre e igual.

A proposta de um método interconstitucional na teoria geral do constitucionalismo sistêmico só pode ser compreendida com bases teóricas luhmannianas, no sentido de que este autor elaborou uma observação extremamente complexa, que rompeu com todas as bases ontológicas da noese na captação do objeto pela consciência na operação do pensamento.

A autorreflexão sistêmica garante a constância de comunicação intra-sistêmica, dessa forma, o entrelaçamento paradoxal entre os produtores normativos constitucionais propiciam uma continuação autorreferencial. Nesse sentido, “a *auto-referencialização* de aspectos diferenciados da comunicação pode até levar ao seu fechamento em torno de paradoxos que virtualizem a comunicação e a tornem incrivelmente mais produtiva”<sup>438</sup>. Essa hiper-reflexividade é observada na interação intercultural, proporcionando uma policontextualização da comunicação constitucional.

---

Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), Tribunal Europeu de Direitos do Homem (TEDH), dentre outros.

<sup>436</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 2, p. 86. MARTINS, Rui Cunha. Interconstitucionalidade e historicidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Studia Iuridica, Coimbra n. 104, p. 512, 2002; MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 110.

<sup>437</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1428; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a história constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 274.

<sup>438</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 306. (Coleção Díke).

A interconstitucionalidade no constitucionalismo sistêmico se apresenta como uma mudança radical na dinâmica de atuação do sistema de produção normativa constitucional, no sentido de que ele perde a centralidade, com a criação de diversos centros produtores legítimos de constitucionalidade, todos interligados pela interculturalidade, na defesa e desenvolvimento dos direitos humanos e direitos fundamentais.

Seria duma extrema ingenuidade pensar que as grandes estruturas globais não se comunicam, afetando faticamente o constitucionalismo, exigindo novas articulações jurídicas na busca constante por evolução e interação entre as mais variadas Constituições. No mesmo sentido, Zagrebelsky disserta que “la Constitución no se limita a ser sólo un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un certo grado de desarrollo cultural, un médio de autorrepresentación propia de todo o pueblo”<sup>439</sup>. No momento em que os povos se interrelacionam, as culturas são compartilhadas, fundando multiculturas constitucionais.

Essa autorreferência processual que arquiteta uma conjunção de culturas reflexivamente levanta uma pretensão constitucional de formação de uma unidade sistêmica formada por uma pluralidade de elementos. A interconstitucionalidade no constitucionalismo sistêmico atua como uma hiper-reflexividade que permite a referência de vários constitucionalismos no mesmo espaço político constitucional, diferenciando-se do seu ambiente em uma interculturalidade constitucional.

---

<sup>439</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 9. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2009. p. 13-14. Em sentido parecido, embora distante da proposta desse trabalho: CAMPUZANO, Alfonso de Julios. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 83-110.

## 7 TEORIA GERAL DO CONSTITUCIONALISMO SISTÊMICO

Historicamente o constitucionalismo se manifestou em duas etapas distintas, a do constitucionalismo clássico e a do constitucionalismo social. Porém, uma mudança drástica ocorreu nas últimas décadas, desencadeando uma pluralidade de novos constitucionalismos, uns mais focados no Estado nacional ou no Estado mundial, e outros num constitucionalismo sem Estado. Por certo, os constitucionalismos criados pouco se comunicam uns com os outros, deixando de responder as questões complexas geradas na contemporaneidade, desestabilizando cada vez mais as expectativas comportamentais, gerando insegurança jurídica pela falta de reflexividade constitucional.

O constitucionalismo “es la expresión jurídica de la organización política de los pueblos”<sup>440</sup>. Ou seja, a sociedade reivindicou sua libertação da autoridade estatal, decorrente da norma básica kelseniana, (re)definindo seus direitos fundamentais na multiplicidade de normas constitucionais existentes na rede constitucional global.

Não basta a existência de uma multiplicidade de normas constitucionais, formadas em amplos espaços comunicativos, se elas não se comunicam umas com as outras, isto é, se *ego* possa ser superior a *alter* em sua aplicabilidade e negativa de diálogo constitucional. Os direitos fundamentais e humanos não estão descritos apenas em normas constitucionais nacionais, normas constitucionais internacionais, tratados, leis empresariais, leis de conduta, dentre outros tipos de normatividade; eles existem nas dobraduras complexas geradas pelas saliências existentes nas novas conotações do constitucionalismo, as quais exigem um método hipercomplexo de observação sistêmica para poderem operar assimetricamente.

A rápida evolução do constitucionalismo na sociedade global cria a necessidade de uma autoconstitucionalização específica, formada por elementos próprios, desenvolvidos na multiplicidade, em que hierarquias passam a ser inadequadas, em que direitos fundamentais e humanos tornam-se garantidos horizontalmente em todos os níveis de comunicação constitucional, no sentido de que as redes constitucionais não contêm centro nem periferia, pois dependem do seu observador, que se especializa a cada operação sistêmica de comunicação.

---

<sup>440</sup> DROMI, José Roberto. Constitucionalismo y humanismo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Doutrinas essenciais de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1, p. 135. No mesmo sentido: PRIBÁN, Jiri. A questão da soberania no pluralismo jurídico global. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; PRIBAN, Jiri. *Sociologia sistêmico-autopoiética das Constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 121.

Há décadas Teubner destacou que o sistema é formado por unidades de comunicação, que, por seu turno, são autorreprodutivas, gerando elementos, códigos, processos, operações, estruturas e fronteiras definidoras de sua unidade autorreferencial. “Todos estes componentes sistêmicos autoproduzidos são, por sua vez, hipercíclicamente constituídos, no sentido de que se encontram articulados entre si no seio de um hiperciclo”<sup>441</sup>. Desse modo, o constitucionalismo sistêmico é constituído por atos comunicativos particulares na distinção constitucional/inconstitucional, que se (re)produzem nas fronteiras de suas próprias operações, sendo que comunicações constitucionais estimulam novas comunicações constitucionais.

O constitucionalismo contemporâneo só pode se definir sistemicamente se possuir capacidade de distinguir quais elementos pertencem ao sistema ou não. Dessa forma, a teoria geral do constitucionalismo sistêmico, por ser autorreferente, possui capacidade de distinguir os limites do constitucionalismo na hipercomplexidade desenvolvida em cada fato jurídico, no sentido de que as comunicações deixaram de ter um padrão materializado, horizontal ou vertical, transformando-se em uma comunicação interligada e entrelaçada por uma ampla rede comunicativa e reflexiva. A unificação das observações policontexturais, transconstitucionais e interconstitucionais possibilita um aumento revolucionário no que diz respeito à integração das múltiplas vozes constitucionais<sup>442</sup>.

A sociedade (destaca-se, principalmente, a europeia) sempre esteve configurada binariamente, passando as formas de *polis/oikos*, *Estado/sociedade* e, ultimamente, setor público/setor privado. No entanto, até mesmo esta forma de observação tornou-se insuficiente para a compreensão do constitucionalismo em um paradigma de pós-modernidade, quando a desconstrução social e do direito cria uma multiplicidade de racionalidades, observações e descrições parciais que se complementam. Isso faz com que esta rígida dicotomia, aos poucos, vá se liquefazendo, revelando uma fragmentação e uma hibridização social que transfere a construção do jurídico (também) para as relações cotidianas. É nesse sentido que o fenômeno

---

<sup>441</sup> TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 139. Em Teubner, *hiperciclo* tem sentido quando o ciclo de autorreprodução é capaz de alimentar a si mesmo. A conexão do primeiro ciclo de autorreprodução acontece com um segundo, que possibilite a produção cíclica, garantindo as condições da sua própria produção. Já o *ultraciclo* emerge quando um ciclo de perturbações mútuas é desenvolvido entre redes fechadas comunicativamente. TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (corporate codes of conduct) privados e estatais. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 120.

<sup>442</sup> Segundo Luhmann, a reprodução dos sistemas comunicativos só pode ser possível por meio da comunicação. Esta deve assegurar suas conexões, como uma garantia da exigência contínua de (re)produção. LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Santiago do Chile: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 123.

da policontexturalidade tem a capacidade sistêmica de observar as comunicações desenvolvidas e reproduzidas nas periferias do sistema jurídico.

As periferias são desenvolvidas por Clam,<sup>443</sup> que disserta como a autopoiese derivada perde uma vasta porção de substâncias jurídicas no processamento sistêmico fronteiriço. Em sentido parecido, porém mais abrangente, a autopoiese estaminal abre o espaço de aprendizagem intrassistêmico/extrassistêmico, em que a produção normativa constitucional pode ser observada de formas descentralizadas e policêntricas, no sentido em que teriam a mesma comunicação jurídica, porém, ainda não adentraram no sistema operacional do sistema jurídico. Essa forma autopoietica seria geral e especializada, bem como ingressaria no sistema independentemente de seus filtros, no sentido de que, se a comunicação fosse estaminal, ela já pertenceria ao sistema, mesmo que ele não tivesse lhe observado<sup>444</sup>.

O transconstitucionalismo atuaria no espaço entre a fronteira e o centro de observação do sistema constitucional, possibilitando que ambos fossem interligados horizontalmente, sem hierarquia constitucional, em que *ego* e *alter* fossem o verso um do outro, no sentido de que *ego* observa *alter* e *alter* observa *alter-ego*<sup>445</sup>, inexistindo qualquer outra coisa senão linguagem comunicativa.

Muito embora esse processo de desconstrução, característico da contemporaneidade, cresça de maneira exponencial, não é possível desprezar determinadas estruturas adquiridas evolutivamente, pois elas são responsáveis pela “estabilização dinâmica” do sistema e menos suscetíveis a mudanças constantes do que aquelas que estão em contato direto com as demais dimensões sociais e das relações cotidianas, como acontece nas periferias do sistema, podendo ser explicadas por um viés policontextural e estaminal. Aqui residem as estruturas que, apesar de dotadas de certa rigidez e formalidade, tiveram que encontrar uma própria maneira de passar por metamorfose dentro de um processo incessante de globalização, adequando-se às diferenças que foram se mostrando existentes. O exemplo que se observou com clareza foi o caso da interconstitucionalidade sistêmica, responsável por estabilizar as comunicações constitucionais centralizadas, que acontecem dentro de um mesmo espaço

---

<sup>443</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 168. (Coleção Diké).

<sup>444</sup> TONET, Fernando. Transformações autopoieticas e a viragem teórica sistêmica estaminal. *REDES – Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 2, n. 1, maio 2014; TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 137-140; ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. Por quem cantam as sereias de Homero e o paradoxo sistêmico da decisão. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás – UFG*, Goiânia, v. 42, n. 1, jan./abr. 2018.

<sup>445</sup> LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Santiago do Chile: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 13. *Alter-ego* torna-se o próprio entorno do sistema, convertendo-se em seu mundo, por sua descrição e limites.

político-jurídico-constitucional, construindo uma interculturalidade com os mesmos objetivos entre os produtores normativos constitucionais, desenvolvendo no todo uma unidade de múltiplas constitucionalidades.

Esta diferenciação entre um âmbito sistêmico, que possui maior contato com outras dimensões sociais e maior volatilidade estrutural, e outro, que é mais rígido, e, portanto, menos suscetível a mudanças contínuas, não pode ser encarada como mais uma forma dicotômica radical de observação do social. Caso contrário, se a primazia fosse pela primeira, o conflito seria permanente e não poderia se concretizar um “contrato social”. Por outro lado, se houvesse uma sobreposição do segundo modelo, o risco seria de institucionalização da exclusão social por meio do não reconhecimento de discursos autônomos oriundos de diversos âmbitos sociais como partes que constroem mutuamente a realidade.

No constitucionalismo sistêmico, observa-se que centro e periferia se desenvolvem, na verdade, como funções atreladas aos distintos pontos de observação, e não como formas de estruturação da complexidade, implicando uma segmentação secundária oriunda do próprio funcionamento dos sistemas sociais emergidos do processo de modernização e de instauração do primado da diferenciação funcional.<sup>446</sup> Assim, ao mesmo tempo em que os dois âmbitos acima descritos são antagonicos, eles se complementam e são correlatos necessários de existência para um constitucionalismo sistêmico, como uma Forma-de-dois-lados (*Swei-Zeiten-Form*). É assim, portanto, que existe a necessidade de um método dialógico que possibilite a comunicação destas esferas para a integração da estrutura e da semântica constitucional-sistêmica.

Estes fenômenos que foram observados, a policontextualidade, a interconstitucionalidade e o transconstitucionalismo, embora de extrema importância para a compreensão do constitucionalismo em um cenário globalizatório, são apenas observações parciais para cada um dos âmbitos observados de maneira mais abstrata: uma região sistêmica que possui maior contato com outras dimensões sociais e, portanto, mais volátil estruturalmente à variações contínuas; uma região com estruturas mais rígidas e menos suscetíveis à mudanças constantes; e um método de diálogo que possibilita, ao mesmo tempo, a separação e a interligação destes dois âmbitos.

---

<sup>446</sup> Como consequência do próprio funcionamento dos sistemas diferenciados na sociedade mundial, pode haver uma diferenciação secundária em centro ou periferia, que, a partir de razões políticas, tem-se determinado a segmentação regional da sociedade mundial em Estados, apesar do risco permanente de guerra, ao passo que motivações econômicas forçam a diferenciação de acordo com centro e periferia, em regiões altamente desenvolvidas e regiões subdesenvolvidas. LUHMANN, Niklas. *Ecological communication*. Translated by John Bednarz Jr. Chicago: The University of Chicago Press, 1989. p. 85.

Ocorre que a integração destes métodos constitucionais só é possível por meio de uma teoria geral do constitucionalismo sistêmico, possibilitando a formação de uma estrutura determinada das operações e fronteiras do sistema, em que a assimetria (interna) torna-se um conceito fundamental. Isso “significa que, para posibilitar sus operaciones, un sistema selecciona puntos de referencia que, en estas operaciones, dejan de ser cuestionados, se aceptan como preestablecidos”<sup>447</sup>. Assim, independentemente do local em que as normas constitucionais forem produzidas, serão normas constitucionais se constituídas de comunicação constitucional, especificada por direitos fundamentais e humanos.

A autodescrição do constitucionalismo sistêmico ocorre quando o sistema observa suas próprias referências: “las autoobservaciones construyen el *médium*, vale decir, el material de memoria, desde el que se obtienen las formas de la autodescripción”<sup>448</sup>. O nível de auto-observação determina a organização do sistema em si mesmo, por isso, quanto maior for a possibilidade de observação constitucional policêntrica, maior será a complexidade organizativa do sistema constitucional.

Ao redefinir a posição do constitucionalismo pela teoria geral do constitucionalismo sistêmico, cria-se a figura de um “constitucionalismo sem soberano”<sup>449</sup>, sugestivamente utilizando a proposta de Zagrebelsky, porém, em uma soberania do próprio constitucionalismo e não mais das Constituições.

O rasgo notório das perspectivas atuais se verifica pela própria autonomia do constitucionalismo, que, independentemente dos Estados, das Organizações Internacionais e dos tratados econômicos, tem se multiplicado nas novas formas constitucionais, estabelecendo uma cooperação entre todos os comunicantes constitucionais, basta verificar as criações jurisprudenciais em favor dos direitos fundamentais e humanos no que diz respeito à imigração, à proteção do estrangeiro<sup>450</sup>, nos mais diversos tribunais constituídos no mundo.

---

<sup>447</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para uma teoria geral*. Barcelona: Antrhopos; México: Univesidad Iberoamericana; Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 414; LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução de Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 528.

<sup>448</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Santiago do Chile: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 477. No mesmo sentido, Izuzquiza defende que o observador não pode ser uma figura estática, devendo cada sistema se auto-observar e observar seu entorno “de acuerdo con esse nivel de observación, dirigiendo sus propias operaciones para reducir el ámbito de complejidad em que está especializado”. IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción. In: LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidade: racionalidade y contingencia en la sociedade moderna*. Traducción de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997. p. 35.

<sup>449</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 9. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2009. p. 13.

<sup>450</sup> HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 67. Ver artigo 19, al. 4 GG pelo BVerfG do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

O constitucionalismo sistêmico deve ser observado como uma estrutura complexa capaz de reduzir a complexidade com o aumento da própria complexidade, produzindo mais codificações constitucionais, na medida em que a comunicação plural é exigida pelos direitos humanos e pelos direitos fundamentais. Essas exigências sempre existiram no direito constitucional contemporâneo, porém, não eram observadas pelas Constituições dos Estados, no sentido em que essas não possuem maleabilidade e reflexividade suficientes para atender todas as expectativas.

Embora o constitucionalismo sistêmico aumente significativamente as operações sistêmicas, paradoxalmente, ele também as diminui, já que seus próprios códigos operativos determinam a arquitetura do sistema comunicativo. A comunicação constitucional especializada assemelha-se ao farol no oceano, uma vez que guia sobre os perigos marítimos, mas exige afastamento. Dessa forma, ao mesmo tempo em que se amplia a observação pelo constitucionalismo sistêmico, ela também é restringida, na medida em que ele afasta questões não constitucionais.

O fel dos dias constitucionais ocorre pelos códigos comunicativos não possuírem reflexividade alguma, representando temporalmente uma determinada época jurídica, ignorando a necessidade de um constitucionalismo autônomo com múltiplas temporalidades, como já sustentaram diversos constitucionalistas<sup>451</sup>, propiciando instrumentos aptos aos complexos problemas sociais, independentemente da esfera de constitucionalidade exigida pelo caso.

Dessa forma, o constitucionalismo sistêmico cria uma função unificadora, no sentido em que opera com sua autonomia autopoietica, produzindo comunicações que desenvolvem novas comunicações, todas voltadas à observação das complexas questões constitucionais, impulsionadas pela globalização, estimulando cada vez mais uma unidade de múltiplas interfaces.

O deslocamento de gravidade<sup>452</sup>, na conjuntura dos direitos fundamentais, postula um entrelaçamento constitucional entre as comunicações jurídicas, implicando diretamente uma abertura sistêmica do constitucionalismo, por sua observação, mas, sobretudo, um fechamento operativo em face de sua unidade. Essa tendência de constitucionalidade pode ser vislumbrada

---

<sup>451</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O tempo curvo de uma carta (fundamental) ou o direito constitucional interiorizado*. Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. Porto: A. Alves, 2006. Zagrebelsky defende que “ninguma ley y ninguna constitución son tan sagradas como para no poder ser cambiadas”. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Traducción de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2011. p. 41.

<sup>452</sup> Expressão utilizada por PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do Estado constitucional*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 21.

nos três níveis da teoria geral do constitucionalismo, policontextualidade, transconstitucionalismo e interconstitucionalidade. Dessa maneira, em qualquer um dos níveis podem ser produzidas informações para o sistema constitucional, bem como pode acontecer a imposição de suas fronteiras operativas.

Os três níveis do constitucionalismo sistêmico devem ter preocupação acentuada no trinômio *unidade, plenitude reflexiva e coerência*. A unidade sistêmica é o que garante sua autopoiese: sua clausura é sua própria autorreferência, seu elemento estrutural básico, “la clausura circular interna es condición *sine qua non* para la continuidad de la auto-reproducción del sistema y que el cese de la misma significaría la muerte”<sup>453</sup>. Mesmo em uma pluralidade imensa de comunicações, todas devem ser produzidas e reproduzidas entre os três níveis sistêmicos, desenvolvendo sua unidade na pluralidade de comunicações especializadas constitucionais.

A plenitude reflexiva corresponde ao todo do constitucionalismo sistêmico, sua pretensão estrutural, como possibilidade de respostas aos complexos problemas sociais advindos na globalização. Derradeiramente, o constitucionalismo sistêmico depende de sua capacidade reflexiva, no sentido em que este deve se curvar ao tempo social e suas expectativas; suas complexas estruturas são o fundamento de sua evolução diferencial<sup>454</sup>, em sua relação circular entre autorreferência estrutural e operacional.

Por fim, a coerência no constitucionalismo sistêmico corresponde à tendência de todo o constitucionalismo conformar-se como um todo, possibilitando que a história intercultural dos comunicadores constitucionais acabe convergindo para uma ampliação dos direitos humanos e fundamentais, no sentido de que independentemente do nível constitucional o direito possa ser observado por todos.

A unidade do constitucionalismo sistêmico se dirige à definição dos limites do constitucionalismo, bem como sua diferenciação funcional para com seu entorno, caracterizando-se como um sistema recursivo; a plenitude reflexiva inova ao possibilitar a abertura sistêmica, ao compreender que nem todas as informações podem ser observadas, pois existem muitos pontos cegos; a coerência operacionaliza o sistema ao eliminar possíveis antinomias, através de constantes evoluções pela hiperreflexividade do constitucionalismo.

---

<sup>453</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Santiago do Chile: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 106.

<sup>454</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Heder, 2008. p. 326.

## 7.1 Centro e Periferia em Paralaxe

O constitucionalismo sistêmico realiza-se em nível autopoietico por suas operações. Suas estruturas são produzidas e reproduzidas no interior do próprio sistema especializado, sendo que o fato de existirem operações distintas no fechamento operativo não significa que existem graus de operação. Dessa forma, quando se sustenta centro e periferia no contexto sistêmico, isso não corresponde a um sistema mais ou menos autopoietico<sup>455</sup>, mas a pontos distintos de observação.

A paralaxe é o deslocamento do objeto, causando uma mudança no ponto de observação. Assim, quando a policontextualidade opera um fato constitucional por seus meios, a interconstitucionalidade opera o mesmo fato constitucional por outros meios, no sentido em que o ponto de observação de ambos é extremante distinto.

A dificuldade comunicativa dentro do constitucionalismo sistêmico ocorre por sua alta complexidade e por seus pontos distintos de comunicação. Žižek<sup>456</sup>, ao definir a paralaxe, sustenta haver fenômenos idênticos de linguagem, mas mutuamente intraduzíveis, visto que existem pontos diversos dos quais não há síntese nem mediação possível. No constitucionalismo tradicional, tais afirmações são pertinentes, no sentido de que os observadores não se comunicam, por existir um escalonamento previamente estabelecido entre eles.

Porém, no constitucionalismo sistêmico, a premissa não é a mesma. Face sua alta complexidade, suas operações possibilitam observações múltiplas, capacitadas aos processos de expectativas sociais na contemporaneidade. Em um determinado caso jurídico constitucional, que envolva uma questão policontextual e interconstitucional, mesmo aquela sendo periférica e esta central, pode haver uma comunicação sistêmica, na medida em que o transconstitucionalismo pode ser o vetor comunicativo entre ambos, possibilitando a observação mais adequada ao caso concreto, independentemente, do ponto de observação, uma vez que não existe apenas uma observação ou a melhor observação, mas uma multiplicidade de observações e processos autorreferentes.

---

<sup>455</sup> Luhmann defende não existir um sistema mais ou menos autopoietico, o que pode existir é um sistema mais ou menos complexo. LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 74. Em sentido oposto, Teubner defende a possibilidade de uma autopoiese gradual. TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 78. TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

<sup>456</sup> ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 14.

A linguagem especializada do constitucionalismo sistêmico é o *médium* fundamental da comunicação. Sem essa linguagem não seria possível a autopoiese. Em uma multiplicidade de pontos de observação, o sentido a ser comunicado deve ser selecionado dentro de uma infinidade de alternativas constantes na unidade sistêmica. A organização circular do constitucionalismo sistêmico demanda importantes pressupostos de concretização. Nesse sentido, um esboço singular da complexa conceituação de autorreferência, de autopoiese e de clausura operativa deve ser descrita.

A autorreferência produz um fechamento sistêmico recursivo e circular: “el refirise a sí misma es un momento del comportamiento operativo de los elementos, los procesos, los sistemas; nunca constituye su totalidad”<sup>457</sup>. Para Luhmann, a autorreferência nunca é constituída em si mesmo de forma *pura*; o sentido de uma ação não se esgota em si, mas se reflete nas ações consecutivas.

O constitucionalismo sistêmico necessita dos pressupostos organizativos descritos por Luhmann<sup>458</sup>, sob pena de não conseguir cumprir com os processos sociais e jurídicos<sup>459</sup>. A unidade do constitucionalismo sistêmico deve ter uma forma temporal, observada por seus eventos, na diferença entre o *antes* e *depois*, utilizando-se dos meios de linguagem como indicação de seleção ou rechaço no âmbito decisional.

O constitucionalismo sistêmico deve ser autorreferente observando a si mesmo, devendo ter capacidade de distinguir-se de seu ambiente, pois sua autodescrição não pode produzir-se fora de suas próprias estruturas<sup>460</sup>. Embora existam pontos diferentes de observação dos processos constitucionais (policontextualidade, transconstitucionalismo e interconstitucionalidade), todos estão delimitados pela mesma organização sistêmica.

A observação do constitucionalismo sistêmico parte de uma multiplicidade de pontos, não é fixa ou estática. Sua autorreferência é utilizada na própria “identidade sólo para poder

---

<sup>457</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales*: lineamentos para uma teoria geral. Traducción de Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Barcelona: Anthopos; México: Univesidad Iberoamericana; Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 397, 398; LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais*: esboço de uma teoria geral. Tradução de Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 506.

<sup>458</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 68-79.

<sup>459</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais*: constitucionalismo social na globalização. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 191. O autor fala em um conceito de Constituição para o constitucionalismo global, tendo como premissa básica os processos sociais e, secundariamente, os processos judiciais.

<sup>460</sup> MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Heder, 2008. p. 507.

sacar a relucir determinaciones siempre nuevas y para poder abandonarlas de nuevo”<sup>461</sup>. Isso possibilita que o sistema altere suas estruturas dentro de sua própria autopoiese, aumentando a seletividade dos processos constitucionais, propulsionadas pela complexidade.

Mesmo sendo um sistema fechado, o constitucionalismo sistêmico pode referir e analisar diversos outros sistemas, sob os auspícios de sua própria estrutura autopoietica, sob pontos de vista inacessíveis para aqueles sistemas, no sentido de que seu fechamento deve ser compensado pela capacidade cognitiva de observar o seu entorno.

Para Luhmann<sup>462</sup>, a autopoiese só existe quando o sistema se encontra em um estado permanente de incerteza em relação ao seu entorno, produzindo e se reproduzindo na diferenciação entre autorreferência e heterorreferência. Isso só é possível pela auto-organização sistêmica.

As operações de autorreferência, auto-observação e autodescrição são efetivadas no interior do sistema, no sentido de que proporcionam uma interconexão entre todos os elementos, possibilitando o enlace e a interligação entre policontextualidade, transconstitucionalismo e interconstitucionalidade. Toda operação pressupõe suas próprias operações, antecipando outras operações que serão selecionadas pelo sistema.

Isso fica claro no constitucionalismo sistêmico quando se verifica uma pluralidade de ordens jurídicas envolvidas em um conflito específico de constitucionalidade, todas utilizando suas operações normativas para preestabelecer um ponto de observação no diálogo constitucional.

São as operações que realizam a autopoiese no constitucionalismo sistêmico: quanto mais complexo e mais exigido, mais possibilidades de conexão estrutural poderão ser formadas. Ou seja, “la autopoiesis del sistema se realiza al nivel de las *operaciones*. Ella, por esto, es compatible con todas las estructuras que hacen posible la conexión entre operación y operación”<sup>463</sup>. As estruturas são produzidas e reproduzidas em constante evolução autopoietica, acabando com qualquer tipo de conservadorismo, ao mesmo tempo que mantêm suas estruturas de linguagem especializada.

A interconexão entre os modelos constitucionais sistêmicos não segue nenhuma regra pré-determinada. Sua produção e (re)produção pode ocorrer do centro para periferia, da

---

<sup>461</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 69-70; LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Traducción de Santiago López Petitt y Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990. p. 44.

<sup>462</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 70.

<sup>463</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 73.

periferia para o centro, do centro para o centro e da periferia para periferia. Suas conexões são limitadas apenas pela capacidade de observação. Contudo, essa é espraiada no constitucionalismo, uma vez que existem múltiplos pontos de observação na unidade sistêmica.

O constitucionalismo sistêmico é autônomo, pois é autopoietico. Sua clausura operativa abarca operações periféricas, medias e centrais, porém, sem qualquer tipo de hierarquia entre elas. Todas as operações podem ser observadas por pontos distintos da autorreferência, significando que, em alguns momentos, uma terá mais visibilidade do que a outra, o que não quer dizer que uma diminua a outra.

Todo sistema operativamente fechado necessita ser abastecido e (re)abastecido por recursos específicos proporcionados pela linguagem comunicativa, gerando novas operações. Sua clausura operativa “entonces, únicamente significa que el sistema sólo puede operar en el contexto de las propias operaciones y que en esto depende de estructuras producidas, precisamente, con estas operaciones”<sup>464</sup>. Assim, a circularidade comunicativa das operações compõe a auto-organização estrutural do sistema.

Dessa forma, quanto mais fechado operativamente for o sistema, mais aberto cognitivamente poderá ser para com o seu entorno. A clausura não significa exclusão de contatos; ao contrário, a autorreferência tem sua outra face na heteroreferência, no sentido de que aquela utiliza de suas operações próprias especializadas para diferenciar-se desta.

As operações cognitivas só são possíveis dentro do sistema, na medida “que ellas mismas constituyan un sistema que se reproduce a sí mismo y que este sistema observa únicamente cuando es capaz de distinguir entre autorreferencia y heteroreferencia”<sup>465</sup>, ou seja, todo o conhecimento deve ser processado na distinção binária de *ego/alter*, construindo distinções que possibilitem o sentido operativo e a abertura cognitiva.

O constitucionalismo sistêmico visto como um sistema autopoietico distingue-se de seu entorno quando em nível operativo se vê obrigado a observar suas próprias comunicações, diferenciando-se autorreferencialmente. Em todas as operações, as estruturas sistêmicas se modificam; a cada evento, entre *antes* e *depois*, algo é modificado, contudo, certas linhas arquitetônicas são mantidas, no sentido de que servem como garantia de conservação do sistema.

---

<sup>464</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 75; LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 697.

<sup>465</sup> LUHMANN, Niklas. *La realidad de los medios de masas*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2007. p. 09.

Luhmann diz que a teoria dos sistemas autopoietico “distingue, de manera estricta, entre la continuación de la autopoiesis y la conservación de ciertas estructuras, las cuales sirven para garantir suficiente redundancia y conectividad y, con ello, hacen posible la autopoiesis”<sup>466</sup>. As próprias estruturas do sistema são funcionais e contingentes, na medida em que não existe uma regra determinada em sua produção e (re)produção.

Um pensamento constitucional aberto ao seu tempo<sup>467</sup> justifica-se quando as próprias Constituições deixam de desempenhar sua função de estabilizar as expectativas normativas, exigindo do constitucionalismo sistêmico, e principalmente dos observadores, o entendimento de que as próprias estruturas têm sentido e devem estar abertas às possibilidades no horizonte comunicativo.

Este horizonte comunicativo surge na pluralidade de comunicações constitucionais percebidas pelo constitucionalismo sistêmico, captadas por observadores centrais e periféricos, interconectados pela mesma unidade de sentido. Dessa forma, o grande fundamento do constitucionalismo sistêmico é a unidade existente em sua vasta diferença, criado o grande paradoxo unidade/diferença, observada em uma paralaxe, em que o sentido pode ser observado de vários pontos de observação.

A relação paradoxal é definida como “una relación paradójica con la paradoja que constituye su fundamento: trabaja con el presupuesto de incluir la exclusión de la paradoja. O, usando los conceptos de la lógica: la paradoja es un *tertium* (tercero), cuyo *non datur* (no dado) debe ser considerado, esto es, de ser ‘dado’”<sup>468</sup>. Quando se compreende a autodescrição do constitucionalismo sistêmico como uma operação interna que pode ser observada e descrita pela diferença, dentro da unidade, compreende-se que podem surgir observações contingenciais, inclusive de coisas não observadas em outros momentos.

O constitucionalismo sistêmico atrelado à operação de auto-observação diferencia o sistema (autorreferência) e o ambiente (heterorreferência), uma vez que controla a distinção operativa: “las operaciones como producción de diferencia. Algo se vuelve distinto después

<sup>466</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 78.

<sup>467</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a História Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 28; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O tempo curvo de uma carta (fundamental) ou o direito constitucional interiorizado*. Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. Porto: A. Alves edições, 2006.

<sup>468</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 79; TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 247. Refere-se ao fato de os elementos da Teoria Sistêmica Autopoietica serem organizados em circularidades e muitas vezes em proposições que, *a priori*, parecem contrassensos e, portanto, saem da lógica ortodoxa teórica com a qual a ciência é acostumada. LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 899.

de una operación y, mediante la operación, esse algo es distinto que sin ella”<sup>469</sup>. Uma operação pode ser observada e descrita de várias formas, considerando que a observação é realizada de forma múltipla. Em outras palavras, um fato jurídico constitucional pode ser interpretado de modos diferentes na policontextualidade, no transconstitucionalismo e na interconstitucionalidade, gerando respostas contingentes para cada caso/fato jurídico, exigindo do sistema uma maior especialização operativa, especialmente porque esta é uma própria observação.

Tudo que é dito, descrito e comunicado no sistema do constitucionalismo sistêmico é um observador que diz, descreve e comunica. Assim, os limites de sentido do sistema correspondem aos da própria observação, seja ela em autorreferência ou em heteroreferência. Por isso, toda observação é uma observação em paralaxe, ou seja, o mesmo objeto pode ser observado de formas distintas.

Paradoxalmente, a incompletude do sistema é o grande motor da autopoiese, na busca constante de novas (re)configurações com o objetivo de reduzir as expectativas sociais normativas. A cada premissa de decisão o sistema constitucional permite um duplo controle dos processos de decisão: “por una parte, a nivel del comportamiento observable y sus productos, y, por outra, a nivel de las premisas que probalmente senas la causa de resultados no deseados”<sup>470</sup>. O sistema interno é incerto; uma decisão pode ser previsível, no sentido de haver uma história constitucional cultural no sistema, mas as variabilidades internas ocultam, ao mesmo tempo em que decidem uma multiplicidade de respostas paradoxais.

Em nível operativo as decisões são importantíssimas, visto que servem como osciladores sistêmicos, sem criar um caminho dirigente nas decisões futuras. Ao contrário, as decisões futuras são observadas conforme os códigos comunicativos e as premissas já utilizadas, mas sem um mandamento decisional, no sentido de que a cada decisão se criam

---

<sup>469</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 106; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 67.

<sup>470</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 263; CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 167. (Coleção Diké). Para Rocha, toda produção de sentido depende da observação, não havendo no mundo de hoje uma noção de espaço e tempo, onde e quando se possa dizer: “Eu estou no presente, aquilo é passado e aquilo é futuro”, dependendo esses elementos da observação. Dado problema jurídico pode ser mais ou menos complexo, dependendo de uma observação especializada sua operação. ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 34-35; ROCHA, Leone Severo; TONET, Fernando. Por quem cantam as sereias de Homero e o paradoxo sistêmico da decisão. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás - UFG*, Goiânia, v. 42, n. 1, jan./abr. 2018.

novas possibilidades de decisão, de acordo com a complexidade da operação determinada para o caso.

Para Luhmann, as premissas de decisão referem-se a decisões do sistema. Automaticamente, pertencem ao próprio sistema, como uma cultura organizacional não vinculante do próprio sistema: “en dicho caso, también se da por supuesto que el sistema se diferencia de otros sistemas de su entorno por una orientación correspondiente, que le da una individualidade distinta”<sup>471</sup>. Dessa forma, o constitucionalismo sistêmico identifica-se nas decisões constitucionais que envolvam direitos fundamentais e humanos, criando um programa de decisões prescritos comunicativamente. O direito obrigatoriamente convive com a decisão, a obrigação decisional<sup>472</sup>, criando uma busca intensa por sentenças aceitáveis. O paradoxo da decisão que não se pode decidir é buscar uma solução aceitável.

A obrigatoriedade da decisão torna-se o cavalo de Tróia do sistema jurídico, uma vez que, mesmo sem os códigos apropriados, em face da debilidade metodológica contemporânea, em que as observações são reduzidas e a complexidade aumentada, os Tribunais têm de decidir. O paradoxo é o ponto cego do sistema, e só esse ponto cego torna possível a operação da observação<sup>473</sup>. Isso faz com que o constitucionalismo se torne uma história sem fim. O sistema autopoietico produz elementos para produzir mais elementos; em sua estrutura, o sistema deve buscar as respostas para suas decisões.

A complexidade contemporânea exige do sistema constitucional soluções além das métricas clássicas, uma vez que os números racionais de soluções jurídicas muitas vezes são insuficientes, criando uma necessidade sistêmica de inclusão de novas possibilidades na equação como na restituição do décimo segundo camelo luhmanniano<sup>474</sup>, em que a decisão

<sup>471</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 264.

<sup>472</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 106. (Coleção Díke).

<sup>473</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 234; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 233; ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. Por quem cantam as sereias de Homero e o paradoxo sistêmico da decisão. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás - UFG*, Goiânia, v. 42, n. 1, p. 132, jan./abr. 2018.

<sup>474</sup> Segundo Luhmann, “Um rico beduíno estabeleceu a sucessão por testamento a seus três filhos. A partilha foi estabelecida em torno de seus camelos. O filho mais velho Achmed, deveria receber a metade. O segundo filho, Ali, ficaria com um quarto do previsto. O filho mais novo, Benjamin, teria apenas um sexto. Essa disposição [a princípio] parece [resultar] numa divisão desigual, arbitrária e injusta. [Porém], ela corresponde mais exatamente ao valor proporcional dos filhos sob a perspectiva histórica de perpetuação do clã, e esta corresponde precisamente à alegria do pai com o nascimento de cada um deles: o segundo filho seria privilegiado somente no caso de o primeiro morrer sem deixar descendentes varão etc. Daí a proporção de diminuição das partes. Entretanto, e devido a imprevistos, o número [total] de camelos foi reduzido consideravelmente antes da morte do pai. [Assim], quando ele morreu, restavam apenas onze camelos. Como deveriam dividir? Achmed reivindicou, sob protesto, seu privilégio de filho mais velho, ou seja, seus seis [camelos]. Porém, isto seria mais que a metade. Os outros [por isso] protestaram. O conflito foi levado ao

comporta a introdução de um elemento virtual ao mesmo tempo em que expande a possibilidade de observação do problema.

Com precisão, Clam defende que números racionais não são capazes de oferecer soluções para equações em níveis mais elevado, ou seja, “pode ser introduzido o componente que dá acesso ao âmbito dos números irracionais e a questão pode ser levada a uma resolução nesse âmbito”<sup>475</sup>. Ao identificar a limitação da decisão para o caso concreto, surge o paradoxo possibilitador; quando existe uma presunção que algo não tem respostas, torna-se possível a solução do caso.

A paralaxe da decisão judicial depende se o objeto/caso jurídico analisado é observado do centro ou da periferia, pois as contingências podem ser inúmeras se fossem em um ou em outro ponto de observação, mas, quando existem múltiplos pontos, apenas pode haver uma previsibilidade pela historicidade do constitucionalismo, que, analisando seus próprios pressupostos, pode oferecer fundamentos referenciais sistêmicos para decisão ou, paradoxalmente, alterar toda a decisão, mas sem modificar sua estrutura autopoietica.

O paradoxo do direito pode ser visto de duas formas diversas. A *primeira* corresponde aos apontamentos de Luhmann, quando recorre a Pascal: “mais ne pouvant faire qu’il soit force d’obéir à la justice, on a fait qu’il soit juste d’obéir à la force; ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que la justice et la force fussent ensemble et que la paix fût, qui est le souverain bien”<sup>476</sup>. Assim, como não existe um modo de obedecer a justiça e suas decisões, se pensou uma forma de justificar a força como algo justa.

juiz, o que fez a seguinte oferta: eu proponho um camelo meu à vossa disposição, e vocês restituir-me-ão, se Alá quiser, o mais rápido possível. Com doze camelos a divisão ficou simples. Achmed recebeu a metade, quer dizer, seis. Ali recebeu seu quarto, ou seja, três. Benjamin não foi prejudicado, recebendo seu sexto, ou seja, dois. Assim os onze camelos foram divididos e o décimo segundo pôde ser devolvido”. LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 33-34. Sobre o décimo segundo camelo, ver: CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 107. (Coleção Diké). TEUBNER, Gunther. As múltiplas alienações do direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 109-138; NEVES, Marcelo. E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 145-167.

<sup>475</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 107. (Coleção Diké).

<sup>476</sup> PASCAL, Blaise. *Pensées*. Chevalier. Paris: Gallimard La Pléiade, 1954, fragmento 288. Tradução nossa: Mas, como não se podia fazer com que fosse forçoso obedecer à justiça, fez-se que fosse justo obedecer à força; como não era possível fortalecer a justiça, justificou-se a força, a fim de que se juntassem o justo e o forte e se estabelecesse a paz, que é o sumo bem.

A *segunda* forma paradoxal de decisão é detalhada por Clam<sup>477</sup>, em seis aspectos correspondentes à desparadoxalização do sistema jurídico, como resposta a cada um dos aspectos incompreensíveis quando o décimo segundo camelo é introduzido na decisão:

- a) o primeiro aspecto corresponde ao nexu circular entre regra e decisão, em que a regra pertence ao cerne essencial do direito, seus próprios pressupostos; já a decisão exige a regra como seu próprio pressuposto. Ou seja, o paradoxo desparoxante corresponde à necessidade da regra x decisão e da decisão x regra, como um contínuo empréstimo e devolução de elementos virtuais;
- b) a paradoxalidade do direito surge com a positivação jurídica. Sua manutenção é sinônimo de validade jurídica, que busca continuidade, embora possa ser (re)configurada pelo novo. Dessa forma, a validade do direito vem de sua manutenção, ainda que o paradoxo exija sempre mudanças;
- c) a paradoxalidade fundamental do direito corresponde aos limites delimitados por ele. Como um sistema operativo deve desenvolver dentro de si formas de auto-representação, o direito para se dizer direito deve se diferenciar do não direito como paradoxo. Só se pode dizer o que é direito quando pode ser distinguido do que não é direito;
- d) a paradoxalidade da incompletude consiste em que o sistema jurídico é incompleto porque todas as decisões e operações ficam aquém de sua própria garantia jurídica, no sentido de que o direito jamais poderá ser realizado em sua plenitude, pois está em constante evolução;
- e) a geração simultânea e crescimento do direito corresponde a outro paradoxo sistêmico. Direito é gerado da mesma forma que não direito, ou seja, quanto mais direito, mais não direito; cada operação se produz no seu oposto;
- f) por fim, a possibilidade de paradoxalidade no retroacoplamento das decisões que são orientadas em consequência de outras decisões seguidas pelas mesmas orientações pressupostas.

O constitucionalismo sistêmico apresenta uma hipercomplexidade, dado a vasta necessidade sistêmica de generalização congruente de expectativas comportamentais

---

<sup>477</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 119-130. (Coleção Diké). Suprimimos um aspecto desenvolvido por Clam: o paradoxo do início do direito.

normativas constitucionais. Dessa forma, o paradoxo do direito pode parecer um verdadeiro fatalismo às expectativas, mas, ao contrário, o paradoxo no constitucionalismo sistêmico é um possibilitador de novas possibilidades, de novas contingências, observações e operações, independentemente do ponto de observação e de sua paralaxe. Casos policontexturais dialogam, por conseguinte, com casos interconstitucionais e transconstitucionais, gerando mais operações no sistema.

O paradoxo é a gênese do constitucionalismo sistêmico, em razão de produzir mais operações autorreferentes, isto é, “os sistemas precisam operar, porque só pelo desvio de longas sequências operativas conseguem chegar àquilo que originalmente não pôde ser alcançado pelas vias diretas da identificação, da tomada de posse e da conjunção (*coniunctio*) terminante”<sup>478</sup>. A operação significa sempre a introdução de um novo componente no sistema, expandindo as possibilidades de decisão. Assim, quanto mais complexo for o sistema, mais operações ele terá, uma vez que será exigido por suas próprias estruturas a expansão.

## 7.2 A (Im)provável Comunicação no Constitucionalismo Sistêmico

A comunicação é o último elemento de uma operação especializada nos sistemas sociais. No constitucionalismo sistêmico ela se apresenta ainda mais improvável, no sentido que sua base é composta pelas três seleções clássicas<sup>479</sup> (a improbabilidade que o outro entenda; a improbabilidade que o ato comunicativo ultrapasse o círculo dos presentes; a improbabilidade que se aceite a proposta do outro em um ato comunicativo), com a peculiaridade de ter uma ampla periferia produtora de normas descentralizadas, e um centro formal e rígido na produção normativa. Tanto a periferia como o centro observam os fatos jurídicos em paralaxe, uma vez que estão em pontos distintos de observação. Cada observador processa as informações em suas próprias estruturas, que, por sua vez, possuem a forma de temporalização e de estruturação da complexidade, processamento e condensação de sentido e

<sup>478</sup> CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 132-133. (Coleção Diké). Clam diz que o paradoxo é uma situação sem saída que se encontra na base, que só pode ser superada operativamente. Essa operação está dentro do próprio sistema operativo. Assim, o sistema consiste do começo ao fim em operações contínuas.

<sup>479</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: lineamentos para uma teoria geral*. Barcelona: Antrhopos; México: Univesidad Iberoamericana; Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 143; LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução de Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 165; LUHMANN, Niklas. *A Improbabilidade da comunicação*. 4. ed. Tradução de Anabela Carvalho. Lisboa: Vega, 2006. p. 42-43; MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Heder, 2008. p. 129; LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 145.

semânticas distintas umas das outras, tornando, assim, ainda mais improvável a comunicação intrasistêmica entre as diferentes regiões.

O hiperciclo comunicativo no constitucionalismo sistêmico possui o mesmo código binário constitucional/inconstitucional, determinando a linguagem básica de comunicação intrasistêmica. O ultraciclo no mesmo sistema é observado de forma diversa, no sentido de que outros ciclos (periferia/centro) entram em comunicação/perturbação mútua, cada qual com sua semântica de linguagem, bem como com seu tempo de processamento e condensação do sentido, que se caracterizam como dinâmico e volátil, mesmo pertencendo a uma estrutura autopoietica rígida.

Em um *primeiro* momento, pode-se verificar que as exigências sociais no sentido de reduzir as complexidades ligadas às expectativas normativas constitucionais são mais perturbadoras na fronteira sistêmica, ou seja, na periferia do constitucionalismo. Dado que a periferia está perto dos limites externos do sistema com as demais dimensões sociais, e que é marcada, em sua grande parte, por um regime de informalidade, o problema da estruturação da complexidade e sua consequente redução para o interior do plexo organizado é solucionado de forma mais rápida ao longo do tempo, permitindo, inclusive, que as condensações de sentido e as construções semânticas se adaptem de maneira mais agilizada, conferindo, assim, o caráter dinâmico e volátil percebido.

Isso ocorre porque as normas descentralizadas são constituídas de forma dinâmica para cumprir com as exigências. Por outro lado, quando se toma o constitucionalismo central, o problema da redução da complexidade para o interior do sistema, por meio da estrutura, é mais demorado em relação ao suprimento das expectativas, tendo em vista o nível de formalidade (o que é compreensível, pois a maioria destas estruturas foram adquiridas evolutivamente ao longo da história, como, por exemplo, a própria Constituição) dos processos, que devem ser cumpridos como meio para sua alterabilidade. Outro fator que contribui para o elevado formalismo central é o espaço de interpenetração que a Constituição fornece com o sistema político e a necessária responsividade deste: com o fim dos sistemas sociais organizados estratificadamente e a ascensão do Estado de Direito como consequência da separação e não subordinação do direito à política, a Constituição criou um espaço de interpenetração que interliga ambos os sistemas e possibilita uma resposta política para os problemas de referenciabilidade jurídica, e uma resposta jurídica para os problemas de referenciabilidade política. Isso significa que o Estado de Direito, essencial à forma do constitucionalismo central na contemporaneidade, implica a subordinação das decisões políticas ao direito, ao mesmo tempo em que a produção jurídica não pode renunciar a uma

legislação que foi deliberada de forma política,<sup>480</sup> levando a um aumento consequente do formalismo.

Em um *segundo* momento, normas constitucionais, sejam policontexturais, transconstitucionais ou interculturais, pertencem ao mesmo sistema, exigindo um considerável esforço interno no ultraciclo comunicativo entre *ego* e *alter*, no sentido de que cada um destes, embora possua a mesma estrutura constitucional, aplica de forma diversa sua observação semântica aos fatos constitucionais.

O constitucionalismo sistêmico estabelece novas estruturas sistêmicas para processar suas operações, envolvendo o primeiro e o segundo momento das normas constitucionais, com o objetivo de definir uma representação no contexto recursivo das operações constitucionais. Tanto a estrutura como o processo são duas formas de intensificação seletiva nos processos normativos; “a recursividade é um momento constitutivo da identidade da própria operação; e isso pode ser facilmente comprovado quando se pensa que somente mediante uma pré-orientação sobre o que já aconteceu e o que pode acontecer é possível chegar à constituição”<sup>481</sup>. Os processos de criação de constitucionalidade são fluidos e dinâmicos. Ao mesmo tempo, estruturados em uma história multicultural constitucional.

A estabilidade das estruturas no constitucionalismo é moldada na medida em que o observador pode (re)utilizar as estruturas operativas em outros casos jurídicos. Dessa forma, o produto comunicativo é epigenético, uma vez que consiste em modificações hereditárias, dentro de sua própria autopoiese. Novas operações comunicativas dependem de estruturas aptas, “las estructuras que relacionan comunicación con comunicación incluyen la información, es decir, son *estructuras universales*. Comprenden en el sistema todo lo que em él puede ser relevante”<sup>482</sup>. A estrutura restringe, portanto, as operações sistêmicas ao mesmo tempo em que articula novas possibilidades comunicativas.

A estrutura paradoxalmente restringe a comunicação interna do sistema e simultaneamente possibilita sua autocondução comunicativa. Sendo assim, a comunicação produz e reproduz uma diferença entre o sistema e seu entorno, estando a unidade do sistema estabelecida pela relação circular de suas estruturas e operações.

---

<sup>480</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 91.

<sup>481</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 328.

<sup>482</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para uma teoria geral*. Traducción de Silvia Pappé y Brunhilde Erker. Barcelona: Anthopos; México: Univesidad Iberoamericana; Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 258; LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução de Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 317-318.

A organização estrutural depende de uma circularidade reflexiva sistêmica, que pode ser desenvolvida em três pontos luhmannianos<sup>483</sup>: a) a modificação da observação dos problemas constitucionais, admitindo a aplicação de princípios paradoxais, que, por essência, são contingentes; b) a compreensão da unidade na pluralidade do sistema autopoiético, em que as operações e decisões produzam estruturas necessárias para existência de um fechamento operacional; c) a proposta de conexão das decisões constitucionais, reduzindo as incertezas, ao passo que a decisão da decisão seja projetada por estruturas aptas a decidir.

O constitucionalismo sistêmico é altamente estruturado. Entre as estruturas e as operações, existe um processo de hiperciclo, considerando que as estruturas só podem ser constituídas e variadas por operações, que, por sua vez, são especificadas pelas estruturas, isto é, ambos os elementos existem na medida em que conseguem manter sua autopoiese.

Ao descrever o constitucionalismo sistêmico, percebe-se que “las estructuras de sistema son las que, en primer lugar, posibilitan la formación de expectativas de comportamiento relativamente fiables y, con ello, interacciones em sistemas”<sup>484</sup>. As estruturas e operações se traduzem em normas constitucionais e ações, ou regras constitucionais e decisões.

Todas as comunicações internas do sistema são condicionadas às estruturais do próprio sistema, que possibilitam operações. Como existem níveis comunicativos no constitucionalismo, seja periférico/periférico, central/central ou periférico/central, as estruturas devem atuar como um possibilitador contingencial entre *ego* e *alter*, na medida em que informam e possibilitam a aceitação ou a negação da informação.

Toda a autopoiese do constitucionalismo sistêmico deve ser baseada em operações uniformes, pois “en ella se puede distinguir – pero no separar –, la producción, de la estabilidad (transformación) estructural”<sup>485</sup>. As produções podem sofrer alterações no decorrer do tempo, face sua forma dinâmica, mas os códigos sistêmicos constitucional/inconstitucional não possibilitam a separação dos programas.

Os processos normativos constitucionais na policontextualidade podem ser observados pela interconstitucionalidade. Da mesma forma, os processos normativos constitucionais na interconstitucionalidade podem ser observados pela policontextualidade,

<sup>483</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 354.

<sup>484</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociología política*. Traducción de Iván Ortega Rodríguez. Madrid: Trotta, 2014. p. 28.

<sup>485</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 271; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 281.

mas apenas com estruturas adequadas em um diálogo transconstitucional isso será possível, quando *ego* e *alter* não violem o próprio sentido dado pela operação.

Nesse ponto se encontra a grande (im)possibilidade da comunicação no constitucionalismo sistêmico: a semântica estabelecida pelo sentido pré-estabelecido por cada um dos constitucionalismos, uma vez que atuam no mesmo sistema, mas em regiões diversas de observação.

### 7.2.1 A (Im)probabilidade de Processamento de Sentido Semântico na Comunicação Constitucional Sistêmica

As autodeterminações dos sistemas especializados no constitucionalismo sistêmico são denominadas como semântica, na linha de que só por uma vinculação semântica<sup>486</sup> o sentido sistêmico pode ser estabelecido. Ocorre que o termo semântico é vago e propenso a mudanças extremas no tempo, fazendo *jus* sua análise juntamente com a observação da temporalidade do sistema.

A semântica é o patrimônio sistêmico que dá sentido aos conceitos autorreferenciais, possibilitando uma reserva comunicativa para emissão da própria comunicação sistêmica. Dessa forma, estabiliza a função de seleção e seus conteúdos: “todos los médios de comunicaci3n simbolicamente generalizados hay que tener en cuenta que la capacidad para dar forma y origen a sus correspondientes sistemas sociales especializados es algo que se sobreentiende ya de por s3”<sup>487</sup>. Essa capacidade de forma e origem corresponde à semântica de sentido sistemicamente estabelecida por suas operaç3es comunicativas.

N3o 3 poss3vel pensar no constitucionalismo sistêmico sem uma estrutura semântica pr3pria, interligando temporalmente processos operativos entre policontextualidade, transconstitucionalismo e interconstitucionalidade, sob pena de haver um bloqueio comunicativo, por n3o terem uma comunicaç3o orientada no tempo.

<sup>486</sup> Em Warat, a semântica faz parte da semi3tica, em seu segundo n3vel. A primeira vinculaç3o seria a *sintaxe*, que estuda a relaç3o dos signos entre si, construindo toda a linguagem; a segunda vinculaç3o seria a *semântica*, que estuda os signos e suas relaç3es com os objetos, palavra = signo, objeto = significado, tendo como problema central da semântica a verdade, pois esta opera como condiç3o de sentido (Kelsen utilizou a semântica como quesito de validade, sintetizando a norma fundamental gnoseol3gica, em que a norma dá sentido a norma); a terceira vinculaç3o 3 a *pragmática*, parte da semi3tica que estuda a relaç3o dos signos com os usu3rios, as relaç3es casuais 3 a pr3pria comunicaç3o. WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Colaboraç3o de Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: S3rgio Antonio Fabris, 1995. p. 39-48.

<sup>487</sup> LUHMANN, Niklas. *El amor como pasi3n: la codificaci3n de la intimidad*. Traducci3n de Joaqu3n Adsuar Ortega. Barcelona: Ediciones Pen3nsula, 2008. p. 56; SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingu3stica geral*. 2. ed. Traduç3o de Ant3nio Chilini, Jos3 Paulo Paes. S3o Paulo: Cultrix, 2006. p. 81; DEELY, John. *Introduç3o 3 semi3tica: hist3ria e doutrina*. Traduç3o de Viviana de Campos Figueiredo. Lisboa: Fundaç3o Calouste Gulbenkian, 1995. p. 208.

Desde Ashby e Parsons, os sistemas complexos encontram seus problemas nas questões relacionadas ao tempo. Isso porque não podem se apoiar, exclusivamente, em relações uma-a-uma entre os eventos que acontecem interna e externamente. Os sistemas complexos, que existem junto a ambientes complexos, necessitam de tempo para processar as informações e oferecer as respostas<sup>488</sup>. Assim, o tempo determina a estruturação do constitucionalismo, na medida em que sua autorreprodução é orientada pela semântica histórica dos produtores de normatividade constitucional. Dessa forma, “o Tempo é a sucessão contínua de instantes nos quais se desenvolvem eventos e variações das coisas. Para a Teoria dos Sistemas, é a observação da realidade a partir da diferença entre passado e futuro”<sup>489</sup>. O tempo institucionaliza as relações sistêmicas na observação comunicativa intrasistêmica.

O tempo na teoria luhmanniana, segundo Rocha<sup>490</sup>, pode ser vislumbrado em duas perspectivas. Primeiramente com relação ao passado, na função de estabilizar expectativas, e, em relação ao futuro, como um guia de comportamento; num segundo momento, como diferença fundamental entre o sistema e o ambiente. Para o autor, tais compreensões exigem entendimento mínimo de quatro grandes teorias: a teoria dos meios de comunicação; a teoria da evolução; a teoria da diferenciação; e a teoria da autodescrição, demonstrando que a matriz sistêmica é altamente complexa.

O tempo é um conector de sincronização dos sentidos semânticos comunicativos autorreferenciais do constitucionalismo sistêmico que permite a compreensão seletiva de informações pela capacidade de reprodução das operações na continuidade temporal. Cada sistema desenvolve-se em seu próprio tempo. No constitucionalismo sistêmico, a questão se torna mais complexa, uma vez que as auto-observações são produzidas em pontos distintos do sistema, do qual a temporalidade também é distinta, necessitando de um conector semântico altamente complexo, capaz de interligar períodos temporais diversos.

A semântica no plano da orientação constitucional deve ser simétrica, visando particularmente a reprodução (não) hierárquica do constitucionalismo, em que normas constitucionais descentralizadas e centralizadas tenham a mesma importância no diálogo constitucional, constituindo direitos fundamentais e humanos, independentemente do local de

---

<sup>488</sup> LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Madrid: Trotta, 1998. p. 72.

<sup>489</sup> ROCHA, Leonel Severo. Tempo, direito e constituição. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; TRIBÁN, Jiri. *Sociologia sistêmico-autopoietica das constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 137; ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 30.

<sup>490</sup> ROCHA, Leonel Severo. *Tempo*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p. 801.

produção normativa, utilizando a pluralidade de informações, comunicações e observações para constituir a unidade do sistema.

Em Neves<sup>491</sup>, a delimitação semântica é empregada entre simetria e assimetria, sendo a primeira ligada aos processos autopoieticos como uma necessidade, no sentido de não haver hierarquia na reprodução operativa (interna) do sistema. Já a segunda seria assimétrica, uma vez que no plano cognitivo necessita de diferenciações para articular sua aprendizagem com o ambiente.

As mudanças semânticas estão atrás das mudanças estruturais em uma considerável distância, basta observar as ocorrências sociais em que as leis constitucionais deixam de ser aplicáveis, por caírem em desuso, seja por terem perdido seu objeto ou por estarem dessincronizadas com as percepções sociais contemporâneas.

Mesmo o constitucionalismo sistêmico sendo extremamente próximo aos anseios sociais, por uma questão própria de autonomia e de necessidade constante de evolução, nunca atinge seu fim, na medida em que modifica suas estruturas continuamente, alterando suas percepções semânticas com o tempo, modificando a história constitucional a cada operação.

Na dimensão temporal do constitucionalismo sistêmico, sua garantia de autonomia depende da entrada e da saída de informações. Essas necessitam ser temporalmente interligadas, dessa forma, “el sistema debe tener tiempo, de tal manera que su estructura no se desintegre durante el tiempo que necesite para reacciones y posponer decisiones”<sup>492</sup>. O sistema não pode apenas se autoconservar; ele deve constantemente evoluir sob pena de perecer na complexidade contemporânea.

A dimensão temporal luhmanniana é a condição de autonomia do sistema, no sentido de que sua autoprogramação depende da administração temporal de um tempo suficiente para aplicar as programações internas do sistema. Com outras palavras, existe um tempo de reflexão em cada sistema especializado; cada sistema necessita de sua autonomia temporal para suprir as expectativas sociais.

No mesmo caminho, toda comunicação constitucional vincula seu próprio tempo, determinada pelo estado em que o sistema se encontra entre o antes e depois, sendo que “a esta fijación de sentido de un sistema de comunicación le llamaremos semântica”<sup>493</sup>. A

---

<sup>491</sup> NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 113-114. Em resumo, simetria corresponde a operações normativas; assimetria, a operações cognitivas.

<sup>492</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociología política*. Traducción de Iván Ortega Rodríguez. Madrid: Trotta, 2014. p. 125.

<sup>493</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 184; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 168.

fixação do objeto de sentido é importante, na medida em que é ela que proporciona a continuidade das operações comunicativas pela repetição semântica.

Apenas em uma dimensão temporal o observador pode realizar uma operação de modo concreto, em sincronia com o sentido semântico do próprio sistema, pois toda observação se (re)utiliza das distinções entre aquilo que está no sistema e aquilo que não está. Sua seleção é sempre simultânea com a própria observação; só o próprio observador pode efetuar distinções.

Nesse momento, a observação em paralaxe e a observação paradoxal se entrelaçam estruturalmente em uma relação circular, de modo que as estruturas do constitucionalismo colocam os observadores em pontos distintos de observação e seus objetos também se alteram no decorrer do espaço temporal semântico.

A policontextualidade observa as exigências normativas constitucionais por uma temporalidade, mais ligada às sincronias sociais, por ser descentralizada, ao passo que a interconstitucionalidade observa as mesmas exigências por outra temporalidade, face sua estrutura formalizada. O objeto normativo constitucional em causa pode não ser observado pela interconstitucionalidade, na medida em que pode se perder temporalmente no caminho, deixando de ser necessário.

Para melhor compreensão dessa complexa relação entre os sentidos semânticos desenvolvidos em cada uma das regiões sistêmicas, é necessário deixar nítido dois conceitos: 1) por *semântica* entende-se o patrimônio conceitual da sociedade, ou seja, o conjunto de formas utilizáveis para a função de seleção dos conteúdos de sentido que surgem no sistema social<sup>494</sup>; e 2) por *sentido* compreende-se o *medium* que permite a criação seletiva de todas as formas sociais e psíquicas. A evolução da semântica acontece de maneira proporcional ao desenvolvimento dos meios de difusão de comunicação e à mutação da estrutura da sociedade: quando ocorre uma variação da estrutura social, acontece uma variação ulterior nas relações entre as comunicações, mudando a seletividade e os níveis de contingência. Ela se relaciona com o sentido, na medida em que estes são condensados e tornam-se reutilizáveis quando disponíveis para a emissão da comunicação. Dessa forma, é possível diferenciar entre uma “semântica fronteira” e uma “semântica central”, pois frente ao grau de rigidez estrutural que determina a formalidade ou volatilidade, a condensação de sentido em cada uma destas regiões acontece de maneiras e em tempos diferentes.

---

<sup>494</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *GLU: glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Traducción de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos; bajo la dirección de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 143.

Como arguido anteriormente, a transformação de complexidade desestruturada para uma complexidade organizada e a condensação das estruturas na região que cumpre a função periférica acontecem de forma mais rápida, justamente pela proximidade que esta região possui com os outros tipos de comunicações, das demais construções de sentido dos sistemas autônomos, entre outros. Isso faz com que variação, seleção e (re)estabilização consigam ser processadas de maneira mais ágil, conseqüentemente levando a mudanças nas relações entre as comunicações, alterando os níveis de contingência e a seletividade. A seleção é a forma pela qual o sentido se condensa e se torna disponível para comunicação em eventos posteriores, constituindo-se semântica. Portanto, as constituições de sentido e o patrimônio conceitual da periferia são tão dinâmicos quanto o seu processo de evolução.

Já no centro do sistema, pela formalidade e rigidez típica, além da necessidade de cumprimento de processos como meio para a alterabilidade estrutural, percebe-se uma região mais engessada do que a periferia. Isso reflete diretamente na sua semântica e no sentido que ela carrega. Por exemplo: no constitucionalismo central, categorias clássicas, como povo, soberania, governo, ainda são supervalorizadas, em detrimento da região além das fronteiras do formalismo, que já lida com categorias atreladas a fenômenos como a transnacionalidade, governança, cidadania global/hipercidadania, entre outros.

Por causa desse problema de temporalização de organização da complexidade estruturada, típico de sistemas (hiper)complexos, as “semânticas fronteira e central” muitas vezes não encontram correlações de sentido entre si. Isso explica porque as periferias insistem em um discurso de que o Estado está fragmentado frente a um processo incessante de globalização, ao mesmo tempo em que o Estado, em pleno século XXI, possui dificuldades de reconhecimento dos discursos sociais como contribuintes ativos na construção da racionalidade de legalidade do sistema do direito como um todo. Vale mencionar, ainda, que, sem a existência de uma esfera que permita o diálogo por meio “tradução” das condensações de sentido fronteira e central, há uma grande possibilidade de que *ego* e *alter* não se reconheçam como lados de uma mesma forma, excluindo-se mutuamente, levando ao que pode ser chamado de *autismo constitucional*.

Esse fenômeno pode se manifestar em conformidade com os três níveis comunicativos constitucionais: quando o direito estatal exclui as formas de produção descentralizadas (centro exclui as manifestações periféricas); quando o direito estatal exclui os ordenamentos internacionais ou demais ordenamentos estatais com o qual divide um mesmo espaço político (centro exclui outras manifestações centrais); ou quando uma forma periférica não reconhece outras produções descentralizadas (periferia exclui outras manifestações periféricas). No

entanto, o autismo constitucional é um evento que dificilmente ocorre dentro do constitucionalismo sistêmico, já que que centro e periferia, embora autônomos, são interdependentes, bem como há o desenvolvimento de uma terceira dimensão que propulsiona a compreensão semântica de ambos os lados.

O transconstitucionalismo surge como o grande propulsor semântico de comunicação entre o centro e a fronteira sistêmica. Hermeneuticamente, ele desenvolve um papel chave no constitucionalismo sistêmico, na medida que possibilita *ego* e *alter* observarem a semântica constitucional em sua unidade. Ao mesmo tempo em que observa suas questões constitucionais, possibilita que a policontextualidade (fronteira) se comunique com a interconstitucionalidade (centro), descrevendo semanticamente as operações constitucionais em um superentrelaçamento na dinâmica constitucional (re)construída na observação do outro, possibilitando que o ponto cego seja o possibilitador da operação de observação<sup>495</sup>.

O constitucionalismo sistêmico é formado por uma multiplicidade de histórias constitucionais que foram unidas em virtude de uma semântica histórica que varia as estruturas sistêmicas ao longo da diferenciação do passado e futuro, “sin embargo, ninguna de estas variaciones puede romper la referencia de sentido de tempo mismo, ya que los sistemas autorreferenciales son sistemas cerrados, y el sentido sólo puede remitirse al sentido”<sup>496</sup>. O tempo corresponde à interpretação da realidade na diferença entre o passado e o futuro.

Ao se especializar semanticamente, o sistema facilita sua autorreferência, proporcionando às estruturas operativas novos limites temporais para se aperfeiçoar entre passado e futuro, (re)organizando sua própria história constitucional. Ou seja, aquilo que é diferenciado semanticamente pelo tempo sistêmico nada mais é do que a concatenação selecionada entre o passado e o futuro.

---

<sup>495</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 234; LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 234; NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 297; NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Stvdia Ivridica, Coimbra, n. 104, p. 645, 2012; NEVES, Marcelo. Niklas Luhmann: eu vejo o que tu não vês. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang. *Pensamento alemão no século XX*. São Paulo: Cosac Naify, 2009. v. 1, p. 260. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 298; LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 62; TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 193.

<sup>496</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para uma teoria geral*. Barcelona: Antrhopos; México: Univesidad Iberoamericana; Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 94; LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução de Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 102.

Luhmann<sup>497</sup> alerta que, ao conectar o passado e o futuro, o presente pode sofrer ao mesmo tempo pressão temporal e tempo vago, aquela nas operações sistêmicas, esta na espera das operações. O tempo sistêmico liga-se às expectativas: quanto maiores mais exigência de diminuição temporal deve ter o sistema. Dessa forma, o próprio tempo é móvel e observado de formas distintas.

No interior do constitucionalismo sistêmico, pode haver contradições temporais entre a semântica operativa de *ego* e *alter*, pois é possível que observem o mesmo problema constitucional em temporalidades distintas. Nesse sentido, a teoria geral do constitucionalismo sistêmico possibilita uma ampla observação dos tempos constitucionais, na medida em que atua de forma policêntrica/centralizada ao mesmo tempo, entrelaçando os diálogos e as múltiplas histórias constitucionais na mesma unidade sistêmica.

Quando o tempo, em termos sistêmicos, se define como uma observação entre o passado e o futuro, o sistema assume papel de máquina histórica, uma estruturação histórica incalculável e imprevisível, apenas com uma memória dos processos contínuos de aprendizado, frente aos mesmos códigos e sentidos: “los sistemas autopoieticos consisten en una sucesión de eventos”<sup>498</sup>. O sistema conecta evento a evento por meio de suas informações especializadas que impõem os limites semânticos do próprio sistema.

Toda decisão ocorrida dentro do sistema ocupa um ponto de extrema relevância, no sentido de que pertence ao seu próprio tempo, face o passado estar disposto em seu núcleo categórico ligado à memória da unidade sistêmica, e o futuro, em um estado de imprevisibilidade. Com isso, paradoxalmente, o tempo está interligado e desconectado, no sentido de que sem o desconhecido não é possível falar em autopoiese<sup>499</sup>.

<sup>497</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para uma teoria geral*. Barcelona: Antrhopos; México: Univesidad Iberoamericana; Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 180; LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução de Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 212.

<sup>498</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 354. Luhmann diz que “la información reproduce los límites del sistema y esto nunca puede superar los límites del sistema; no puede nunca producirse desde el exterior hacia el interior ni desde el interior hacia el exterior”.

<sup>499</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 25, 62, 82, 89, 126, 188-216, 232, 500-518; LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para uma teoria geral*. Barcelona: Antrhopos; México: Univesidad Iberoamericana; Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 92; LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução de Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 100; ROCHA, Leonel Severo. Tempo, direito e constituição. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; TRIBÁN, Jirí. *Sociologia sistêmico-autopoietica das constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 137; ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 30.

No constitucionalismo sistêmico, o tempo é a verdadeira interpretação da realidade constitucional na relação do passado estruturado em sua memória e do futuro em suas possibilidades contingenciais. Apenas com uma semântica previamente estabelecida o sentido sistêmico constitucional pode ser autorreferência, permitindo a reorientação da pluralidade normativa na unidade sistêmica autopoietica constitucional.

## 8 CONCLUSÃO

Al final de nuestras investigaciones no nos es posible escribir outro libro dentro del libro. Niklas Luhmann<sup>500</sup>

Os passos que trilham a finalização de uma tese de doutorado em direito são feitos de forma sucessiva. Cada etapa é progressiva e busca o aumento do diálogo, com novas ideias e propostas para sua estruturação. Portanto, esse não é o momento em que faremos a reflexão de todos os resultados já discutidos, mas é o espaço em que será possível fazer apontamentos e reflexões sobre as questões analisadas e aventadas.

O trajeto da tese em momento algum se mostra retilíneo. Sua sinuosidade constante impõe um devotado ato reflexivo. A finalização de um diálogo torna-se um processo complexo, uma vez que se comunica com as pretensões já apontadas no passado, buscando um liame intrínseco com o futuro das propostas críticas, advindas de uma autorreflexão, demonstrando as limitações humanas.

A teoria dos sistemas autopoieticos demonstrou-se capaz de atender às expectativas científicas as quais lhe foram exigidas, mas, ao fim, pode-se verificar um grande paradoxo: quanto melhor é o método científico, mais pode ser observada através de suas estruturas. Porém, suas estruturas não mostram o futuro do constitucionalismo sistêmico, mas, sim, os caminhos que foram deixados de lado no percurso. Dessa forma, ao compreender a vasta construção histórica cultural do constitucionalismo, pode-se corrigir os caminhos passados, mas nunca prever seu futuro.

O constitucionalismo por muito tempo se mostrou como um barco sem tribulação no vasto oceano constitucional, muitas vezes buscando navegar em águas mansas. Porém, sua tripulação era de ovelhas, em que os mortos enterraram os vivos, através de suas propostas de uma antiga modernidade que não aceitava novas observações e sua própria realidade, como se este fosse tão sagrado que não pudesse ser modificado.

O constitucionalismo sistêmico foi forçado a enfrentar Cila e Caríbdis, com o objetivo máximo de poder ultrapassar os riscos e dificuldades dos caminhos náuticos pré-estabelecidos, com o mínimo de perdas possíveis. Ao largo de sua observação, verificou-se que Cila e Caríbdis são como a luz de um farol, um verdadeiro paradoxo: ao mesmo tempo em que guiam sobre os perigos à frente, exigem imediato afastamento, sob pena de colisão.

---

<sup>500</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para uma teoria geral*. Barcelona: Antrhopos; México: Univesidad Iberoamericana; Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 433; LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução de Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016. p. 552.

Com Cila, ataca-se o constitucionalismo clássico do alto; Caríbdis, por sua vez, o ataca das profundezas. Isso quer dizer que os constitucionalistas internacionais atacam o constitucionalismo clássico pelo fato de ser nacionalista, ao passo que os constitucionalistas nacionais criticam as novas teorias constitucionais por não terem surgido com a Constituição, por uma mera questão de temporalidade e egocentrismo, que apoia suas regras constitucionais no fato de terem sido criadas antes. Fica claro que o constitucionalismo fora dos padrões sistêmicos não tem capacidade alguma de reflexividade, nenhum comprometimento com a alta complexidade exigida pela sociedade contemporânea, muito menos com as múltiplas culturas constitucionais que atualmente dividem os mesmos problemas normativos constitucionais.

A teoria dos sistemas autopoieticos possibilitou uma grande revolução dos processos constitucionais, no sentido de que criou condições para uma pluralização do constitucionalismo, como expressão do desenvolvimento cultural humano, exigindo uma (re)estruturação reflexiva do sistema jurídico, fundamentalmente constituído pelos conjuntos próprios do próprio sistema constitucional, densificando o constitucionalismo, (re)alocando-o como uma facticidade central das sociedades.

Num primeiro momento, verificou-se que o maior problema dos modelos constitucionais sistêmicos, na formulação original de seus autores, é a incapacidade de limitação de suas próprias teorias, uma vez que são utilizadas como uma panaceia, um elemento que pode curar todos os males, ignorando a principal métrica designada pela observação e o problema jurídico constitucional observado. Teubner, muito embora crie uma fantástica possibilidade de aumento observativo, principalmente no que tange a normas descentralizadas (nunca antes observadas dentro do formalismo constitucional clássico), acaba por não impor limites semânticos a sua própria criação, muitas vezes sustentando suas ideias em simples questões de *compliance* organizacional e códigos de conduta, esquecendo completamente dos códigos semânticos que fazem algo ser ou não constitucional.

No mesmo caminho, Neves cria uma teoria complexa de comunicação constitucional, entrelaçando ordenamentos jurídicos distintos, de múltiplos níveis, em uma comunicação simétrica que se baseia em racionalidades transversais, tentando os aproximar temporalmente e semanticamente, sendo a verdadeira coluna vertebral das teorias constitucionais sistêmicas. Infelizmente, a teoria original peca por não impor limites muito bem delineados em seu objeto, ou seja, embora preze por uma atuação voltada para direitos humanos e fundamentais, o teórico brasileiro acaba trabalhando casos que pouco dizem sobre o direito constitucional, alguns que são meras relações contratuais e não condizem com a própria definição que propôs

ao longo de seu *Transconstitucionalismo*. Seu calcanhar de Aquiles é a decisão, no sentido de que fica à mercê do bom diálogo entre *ego* e *alter*, sem nenhuma forma de estruturação normativa pela multiplicidade de culturas constitucionais em uma unidade sistêmica especializada.

De outra banca, Canotilho, (re)formula a criação interconstitucional de Lucas Pires, utilizando os métodos de matriz sistêmica para apoiar seu projeto, desenhando um novo sentido arquitetônico ao constitucionalismo, em que Constituição, normas internacionais, normas regionais e normas cooperativas estatais estariam linearmente equivalentes, como abóbodas concêntricas de construção constitucional. Infelizmente, o autor utilizou a teoria sistêmica com a finalidade de produção de um novo modelo constitucional dirigente, que seria a Constituição europeia. Porém, acrescentou pitadas de reflexividade, que, no final, apenas serviriam para a elevação da pirâmide kelseniana.

A interconstitucionalidade demonstrou-se um projeto de constitucionalismo centralizador, que não limita sua observação às culturas centralizadoras que lhe compõe, produzindo uma interculturalidade ilusória, incapaz de observar as culturas fronteiriças e descentralizadas.

Tal fato demonstra que nenhum dos modelos constitucionais sistêmicos é capaz de passar por Cila e Caríbdis, uma vez que não se comunicam, são produzidos e reproduzidos em pontos esparços do sistema, sem nenhuma capacidade de observação elevada, que, em sua autorreferência, entenda a existência de pontos cegos e busque novos pontos de observação que possam contribuir com informações e evolução sistêmica.

Outro elemento importantíssimo corresponde ao fato de que os problemas jurídicos constitucionais são dinâmicos, modificando seus pontos de irritação constantemente, aumentando a complexidade da observação em forma de paralaxe. Dito em outras palavras, não se espera que se possa observar Cila e Caríbdis de um mesmo ponto, como se os ataques fossem ocorrer no mesmo lugar. Seria uma ingenuidade pensar que qualquer uma das teorias constitucionais de matriz sistêmica analisadas poderiam suprir todo o campo de observação, preservando o sistema jurídico e garantido uma redução das expectativas normativas constitucionais na sociedade contemporânea, cada vez mais diversificada em culturas de direitos fundamentais e humanos.

Porém, com a teoria geral do constitucionalismo sistêmico, novos métodos são estabelecidos, ultrapassando as observações até então delineadas cientificamente, na medida em que não trabalha mais com um nível específico de constitucionalidade, mas com múltiplos níveis, todos observados em sua temporalidade específica e densificados em um sentido

semântico próximo, capaz de gerar comunicação sistêmica constitucional especializada para enfrentar Cila e Caríbdis com o mínimo de perdas possíveis, uma vez que estas são esperadas pela questão lógica de insuficiência de observação geral, que se constitui como verdadeira capacidade para evolução sistêmica constitucional.

Uma vez feitas essas ressalvas, separados os métodos constitucionais sistêmicos incapazes de responder às expectativas normativas constitucionais exigidas pela sociedade contemporânea, ao passo que, unidas por uma metodologia adequada, podem superar os objetivos de seus próprios criadores, pelo aumento significativo de nível comunicativo semântico, codificado entre os participantes do diálogo constitucional e superação de vários limites observativos, cabe a tese (re)afirmar seus objetivos e definir seus argumentos justificativos de uma teoria geral do constitucionalismo sistêmico.

Os limites do constitucionalismo sistêmico correspondem à maneira com que o sistema delimita suas operações. Contudo, os limites não podem ser identificados ou medidos, uma vez que não são espaciais ou materiais, são limites de sentido. Na teoria geral do constitucionalismo sistêmico, é possível observar uma multiplicidade de comunicações jurídico-constitucionais simultaneamente, criando uma distinção entre autorreferência e heteroreferência, independentemente do contexto em que a observação se encontrar, uma vez que tanto a paralaxe e o paradoxo da observação são previstos pela teoria.

A reformulação semântica do sentido no constitucionalismo sistêmico é a chave para a possibilidade do ultraciclo comunicativo na unidade sistêmica, tendo em vista que o próprio sistema constitucional obtém sua autorreferência quando concebe sentido aos conceitos constitucionais. Este sentido é produzido em cada operação constitucional, correspondendo sempre a uma operação atualizada do sistema, da qual os limites sistêmicos se desenvolvem, pois a observação estará condicionada ao próprio fechamento operativo em seu sentido.

Quando a teoria geral do constitucionalismo sistêmico (re)combina os sentidos semânticos da policontextualidade, transconstitucionalismo e interconstitucionalidade, surge o constitucionalismo sistêmico como um sistema que pode desenvolver suas operações, criando seus limites próprios, como uma unidade sistêmica ligada pelas sequências próprias de operação na diferenciação entre sistema (observador) e ambiente (observado).

Ao se fundamentar o sentido semântico do constitucionalismo sistêmico, a função se conecta automaticamente às expectativas de comunicação sistêmicas constitucionais nos múltiplos níveis sistêmicos, uma vez que a operação depende da função especializada. Em sua autorreferência, a função pode verificar os problemas sociais criados pelas expectativas normativas constitucionais, delimitadas aos direitos fundamentais e direitos humanos,

independentemente do local onde surgiu a informação/provocação, possibilitando, pela multiplicidade de níveis constitucionais, construir decisões por normas jurídicas descentralizadas, centralizadas ou mistas, interpretadas no entrelaçamento normativo constitucional.

As funções sempre são construídas por um observador. A teoria geral do constitucionalismo sistêmico, por ter um amplo campo de observação, permite mais operações, um maior fechamento sistêmico em sua comunicação especializada, ocasionando paradoxalmente uma maior abertura, visto que sua complexidade lhe confere uma maior arquitetura de seus limites semânticos comunicativos.

Uma vez constituída na unidade funcional por meio da diferenciação sistêmica interna entre constitucional e não constitucional, é possível organizar e (re)organizar sua autorreferência, pressupondo uma interação entre a autodescrição e a operação sistêmica, bloqueando interferências exógenas, que serão observadas apenas cognitivamente, por suas próprias produções operativas.

Porém, o que diferencia o constitucionalismo sistêmico de outros constitucionalismos é sua codificação especializada, programada em múltiplos contextos, refletindo a capacidade do sistema em se comunicar sistemicamente e acoplar operações, mantendo sua estrutura fechada operativamente.

O código é realmente uma forma com dois lados, um interno (intrassistêmico) e outro externo (extrassistêmico). Eles são as fronteiras positivas e negativas do próprio sistema, como um binário constitucional/inconstitucional. Em uma observação policontextual, as operações são especificadas de acordo com seus códigos, gerando um centro de gravidade próprio em uma rede circular reflexiva de comunicações.

As articulações feitas pela teoria geral do constitucionalismo sistêmico possibilitam uma rede altamente reflexiva, alterando a codificação e a programação sistêmica, em que os textos constitucionais de diferentes níveis possam se autodescrever codificando o que pertence ao constitucionalismo sistêmico e o que não pertence, estabelecendo novos limites de sentido, uma vez que são produzidos de forma centralizada/descentralizada.

Dessa forma, toda a (re)produção do constitucionalismo sistêmico só é possível com códigos especializados, que se articulam gerando comunicações especializadas, que delimitam os limites de atuação. Esta observação parte de uma perspectiva cognitiva em que o constitucionalismo sistêmico evidencia seu próprio paradoxo constitucional/inconstitucional, considerando que inclusão e exclusão constitucional dependem da cognição de observação multicêntrica.

Ao criar suas próprias estruturas de autodeterminação semanticamente definidas, o constitucionalismo sistêmico é capaz de reutilizar reflexivamente os contextos constitucionais já observados, ultrapassando as barreiras antes impostas de observação centralizada ou descentralizada, emergindo das profundezas como um novo modelo apto a reduzir as expectativas normativas sociais.

É no entrelaçamento de ordens jurídicas constitucionais diversas que o constitucionalismo sistêmico surge como um possibilitador de soluções decisórias para os casos, uma vez que todo debate jurídico é igualitário, com aproximação simétrica e temporal dos múltiplos níveis constitucionais, determinados de acordo com suas observações.

A teoria geral que nesta pesquisa tentou-se explicitar dispõe de vários níveis de reflexividade, garantido suas próprias estruturas construtivistas. Assim, a observação mais próxima semântica e temporalmente do problema constitucional estabelecido poderá gerar informações para uma operação especializada. Dessa forma, sempre que houver colisões normativas na rede reflexiva de constitucionalidade, os nós jurídicos envolvidos devem ser desfeitos pela ordem jurídico constitucional mais próxima simétrica e temporalmente.

Os problemas constitucionais criados pelas dobraduras reflexivas do constitucionalismo moderno atribuem à teoria geral do constitucionalismo uma alta provocação em responder às necessidades trazidas pelas expectativas normativas sociais, em que toda a rede recursiva obrigatoriamente deve participar, como uma partilha cultural-constitucional de substâncias normativas de acesso a uma multiplicidade de comunicações constitucionais especializadas.

A autorreferência do processo teórico desenvolvido arquiteta uma conjunção de múltiplas culturas constitucionais em uma unidade sistêmica especializada, em que paradoxalmente a unidade é formada pela pluralidade de elementos, em uma hiperreflexividade, seja no mesmo espaço jurídico constitucional ou em espaços distantes, atualizando constantemente as conexões entre as normas centralizadas e descentralizadas, formando um ultraciclo comunicativo.

A teoria geral do constitucionalismo sistêmico, por ser autopoietica, possui capacidade de distinguir os limites do constitucionalismo na hipercomplexidade desenvolvida em cada fato jurídico, no sentido de que as comunicações deixaram de ter um padrão materializado, horizontal ou vertical, transformando-se em uma comunicação interligada e entrelaçada por uma ampla rede comunicativa e reflexiva. O grande ponto positivo que esta teoria geral possibilita à compreensão constitucional contemporânea, de matriz sistêmica, é uma organização interna heterárquica, em um ultraciclo, entre diferentes âmbitos comunicativos,

que são naturalmente distintos. A unificação das observações policontexturais, transconstitucionais e interconstitucionais possibilita um aumento revolucionário no que diz respeito à integração das múltiplas vozes constitucionais.

Agradando ou não, desde que as Constituições dos Estados deixaram de desempenhar suas funções quanto às expectativas normativas, novas formas de constitucionalismo foram criadas, tendo as teorias reflexivas um avanço sensível frente às outras, alterando todos os limites de constitucionalidade até então observados. Quando a multiplicidade de vozes constitucionais se unifica sob o prisma de um sistema autopoiético, com suas bases estabelecidas pela teoria geral do constitucionalismo sistêmico, pode-se vislumbrar um avanço no constitucionalismo contemporâneo, com observações que se debruçam temporalmente no sentido de atender às expectativas normativas sociais.

Com certeza os paradoxos são compreendidos pela teoria geral do constitucionalismo sistêmico, bem como os pontos cegos. Por isso, a conclusão formulada tem o risco da imprevisibilidade do sistema, mas somente o tempo poderá demonstrar que outros caminhos poderiam ter sido concluídos. De qualquer forma, o risco pode ser positivo ou negativo. Esta teoria é fruto da contingência histórica do constitucionalismo.

A teoria geral do constitucionalismo sistêmico é uma proposta teórica que compreende as exigências normativas sociais e trabalha os limites de suas próprias operações, comprometida com as demandas da sociedade complexa e plural. É essa compreensão que garante o enfrentamento do tema, uma vez que Odisseu, ao sair de Cila, caía em Caríbdis, sem qualquer possibilidade de defesa.

Passar por Cila e Caríbdis sem perdas é impossível, uma vez que existem vários pontos cegos, e estes deixam o constitucionalismo muitas vezes indefeso no oceano constitucional. Mas, com a teoria geral do constitucionalismo e sua complexa autopoiese, múltiplas observações são geradas para o mesmo ataque, podendo temporalmente ser decidida qual a melhor defesa.

## REFERÊNCIAS

- AFONSO, Henrique. *Projeto de lei n° \_\_\_\_\_ 2007*. Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=A203F9350657866B9C2A61017D3CE1F5.proposicoesWebExterno2?codteor=459157&filena me=PL+1057/2007](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A203F9350657866B9C2A61017D3CE1F5.proposicoesWebExterno2?codteor=459157&filena me=PL+1057/2007)>. Acesso em: 24 maio 2018.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 528.
- ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras, entre globalização e pós-globalização crítica da razão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. v. 2.
- ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras, entre globalização e pós-globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 35.
- ARNAUD, André-Jean. Lex mercatoria. In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane B. (Org.). *Dicionário da globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). *Dicionário da globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras, entre globalização e pós-globalização crítica da razão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. v. 2.
- ASSUNÇÃO. Tribunal Permanente de revisão. *Laudos do Tribunal Permanente de Revisão*. Disponível em: <[http://tprmercosur.org/pt/sol\\_contr\\_laudos.htm](http://tprmercosur.org/pt/sol_contr_laudos.htm)>. Acesso em: 29 maio 2018.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: CLÈVE, Clèmerson M.; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Doutrinas essenciais de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, n. 142, abr./jun. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/474>>. Acesso em: 02 jun. 2018.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. 3. ed. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. *Sentença Constitucional Plurinacional n° 0698/2013*. Relator: Magistrada Soraida Rosário Chánez Chire. Sucre, CHUQUISACA, 03 de junho de 2013. Gaceta Constitucional Plurinacional. Sucre, 03 jun. 2013. Disponível em:

<<http://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=13962>>. Acesso em: 25 maio 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 24 maio 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.663, de 5 de junho de 2012*. Dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e à Jornada Mundial da Juventude - 2013, que serão realizadas no Brasil; altera as Leis nos 6.815, de 19 de agosto de 1980, e 10.671, de 15 de maio de 2003; e estabelece concessão de prêmio e de auxílio especial mensal aos jogadores das seleções campeãs do mundo em 1958, 1962 e 1970. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12663.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12663.htm)>. Acesso em: 2 jan. 2018.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Departamento de Comércio Exterior. *Portaria DECEX nº 8 de 13/05/1991*. Dispõe sobre o Registro do Importador, aos interessados em atuar como importadores, e revoga os normativos que menciona. Publicado no DOU em 14 maio 1991. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=181250>>. Acesso em: 24 maio 2018.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Secretaria de Comércio Exterior (Secex). *Portaria SECEX nº 14, de 17 de novembro de 2004*. Disponível em: <[http://www.infoconsult.com.br/legislacao/portaria\\_secex/2004/p\\_secex\\_14\\_2004.htm](http://www.infoconsult.com.br/legislacao/portaria_secex/2004/p_secex_14_2004.htm)>. Acesso em: 24 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 85.886*. Paciente: Marcelo Pires Vieira. Impetrante: Denise Martha Alvariza Garcia Demercian. Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, Julgamento: 16 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2293564>>. Acesso: 30 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade ADI 4277/DF*. Requerente: Procuradora-Geral da República. Intimados: Presidente da República e outros. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, Julgamento: 05 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284277%2EENUME%2E+OU+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jylqsdv>>. Acesso: 23 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADC 43/DF*. Requerente: Partido Ecológico Nacional – PEN. Relator Atual: min. Marco Aurélio. Brasília, DF, Julgamento: 28 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28466343%2EENUME%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hsv8ouy>>. Acesso: 30 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4815/DF. Ação direta de inconstitucionalidade*. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros – ANEL. Intimados: Presidente da República; Presidente do Congresso Nacional. Am. Curiae: Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro – IHGB e outros. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF: Julgamento: 10 jun. 2015. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284815%2E%2E+OU+4815%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gtao8tn>. Acesso em: 07 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 101/2006*. Requerente: Presidente da República. Intimados: Presidente do Supremo Tribunal Federal e Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relator Atual: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2416537>>. Acesso: 23 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF 132 / RJ*. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimados: Governador do Estado do Rio de Janeiro; Tribunais de Justiça dos Estados; Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Am. Curiae. Conectas Direitos Humanos e outro. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, DF, Julgamento: 05 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28132%2E%2E+OU+132%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gvml9zm>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Corte Constitucional do Equador entende que, em questões indígenas, o código penal merece uma interpretação intercultural. *Newsletter – Jurisprudência*, Brasília, DF, 2014. Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=273243>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus HC 85886 / RJ - Rio de Janeiro*. Paciente: Marcelo Pires Vieira. Impetrante: Denise Martha Alvariza Garcia Demercian. Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, Julgamento: 6 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2885886%2E%2E+OU+85886%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j4eagew>>. Acesso: 23 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus HC 95306 / RJ - Rio de Janeiro*. Paciente: Evandro Electo. Impetrante: César Teixeira Dias. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, Julgamento: 16 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2895306%2E%2E+OU+95306%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8nstw3>>. Acesso: 23 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 126.292*. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, Julgamento: 2 set. 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311159272&ext=.pdf>>. Acesso: 23 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 72131*. Pacientes: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha e Sateplan Consorcios Ltda. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. Relator Atual: min. Marco Aurélio. Rel. p/



CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Editora Coimbra, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado adjectivado e teoria da Constituição. *Revista da Academia Brasileira de Direito*, Curitiba, n. 3, p. 472, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *I curso breve em direito constitucional IGC/Imed*. Organizado por Fernando Tonet e Jónatas E. M. Machado. Coimbra, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O tempo curvo de uma carta (fundamental) ou o direito constitucional interiorizado*. Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados. Porto: A. Alves edições, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Os métodos do achamento político. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Coimbra; Saraiva: Almedina, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente. In: CLEVÈ, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Doutrinas essenciais de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Teoría de la constitución*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. v. 1.

CLAM, Jean, *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução de Nélcio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

CLAM, Jean. Autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. (Coleção *Dike*).

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional: ações constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (Coleção Doutrina, Processos e Procedimentos).

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *GLU: glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Traducción de Miguel Romero Pérez, Carlos Villalobos; bajo la dirección de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1996.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DARWIN, Charles. *L'origine delle specie*. Traduzione de Mirella Di Castro. Roma: Newton Compton, 2013.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Tradução de Herman Nébias Barreto et. al. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

DEELY, John. *Introdução à semiótica: história e doutrina*. Tradução de Viviana de Campos Figueiredo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. t. 1.

DROMI, José Roberto. Constitucionalismo y humanismo. In: CLÈVE, Clèmerson M.; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Doutrinas essenciais de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.

DUARTE, Écio Oto Ramos. *Entre constitucionalismo cosmopolita e pluriversalismo internacional: neoconstitucionalismo e ordem mundial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 51.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGELMANN, Wilson. A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965. v. 3.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução de Carlo Coccioli. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. O constitucionalismo contemporâneo na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Direito constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. (Coleção doutrinas essenciais).

FIFA. Guide to the bidding process for the 2026 Fifa World Cup. Disponível em: <<https://img.fifa.com/image/upload/hgopypqftviladnm7q90.pdf>>. Acesso: 23 maio 2018.

- FOERSTER, Heinz Von. Principles of self-organization in a socio-managerial context. In: ULRICH, Hans; PROBST, Gilbert J. B. (Org.). *Self-organization and management of social systems*. Berlin, 1984.
- FORNET-BETANCOURT, Raul. *Interculturalidade: críticas, diálogos e perspectivas*. Tradução de Angela Tereza Sperb. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004.
- FORNET-BETANCOURT, Raul. Pressupostos, limites e alcances da filosofia intercultural. In: SIDEKUM, Antônio (Org.). *Alteridade e multiculturalismo*. Ijuí: Editora Unijuí, 2003.
- GEIST, Michael. The legal implications of the Yahoo! Inc. nazi memorabilia dispute: an interview with professor Michael Geist. *Juriscom.net*, [S.l.], 2001. Disponível em: <<http://www.juriscom.net>>. Acesso em: 09 jan. 2018.
- GIACOMOLLI, Nereu José. Comentários ao artigo 5º, inciso LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.
- GIDDENS, Anthony. *Este turbulento e poderoso continente: que futuro para Europa?* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- GIDDENS, Antony. *Sociologia*. 5. ed. Tradução de Alexandra Figueiredo et al. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- GIDDENS, Antony. *Sociologia*. 6. ed. Tradução de Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Penso, 2012.
- GONÇALVES, Guilherme Leite. Comentário: limites do projeto iluminista. In: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Traducción de Hector Fix-Fierro. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 2003.
- HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “prodecimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. 3. ed. Tradução de George Sperber et. al. São Paulo: Loyola, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade y validez*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2005.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007.

HOMERO. *Odisseia*. Tradução de Trajano Vieira. São Paulo: Editora 34, 2013.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 5.

IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción. In: LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidade: racionalidade y contingencia en la sociedade moderna*. Traducción de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997.

JARDIM, Afrânio Silva. A Prisão no curso do processo em face da nova Constituição. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza R. de Assis (Org.). *Doutrinas essenciais processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 999.

JELLINEK, Georg. *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. Traducción de Adolfo Posada. México: Unam, 2003.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Traducción de Fernando de Los Ríos. Montevideo: BdeF, 2005.

KALLSCHEUER, Otto. Religiões universais e globalização. In: PETERSEN, Nikolai; SOUZA, Draiton Gonzaga de (Org.). *Globalização e justiça* Tradução de Peter Neumann. Porto Alegre: Editora PUCRS, 2002. p. 109. (Coleção Filosofia, Goethe Institut Inter Naciones).

KANT, Immanuel. *À paz perpétua e outros opúsculos*. 2. ed. São Paulo: Edições 70, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael e SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KOSMA, Catherine. *Affaire Yahoo! “Implications juridiques et économiques”*, Francia: Net Iris, 2001. Disponível em: <<http://www.net-iris.fr>>. Acesso em: 09. jan. 2018.

LAPLANCHE, Jean. *Vocabulário de psicanálise*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LEGISLAÇÃO internacional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. 4. ed. Tradução de Anabela Carvalho. Lisboa: Vega, 2006.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. Tradução de Peter Neumann. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 49, 1990.

LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Madrid: Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Santiago do Chile: Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. Die Codierung des Rechtssystems. In: *17 Rechtstheorie*, 1986.

LUHMANN, Niklas. *Ecological communication*. Translated by John Bednarz Jr. Chicago: The University of Chicago Press, 1989.

LUHMANN, Niklas. *El amor como pasión: la codificación de la intimidad*. Traducción de Joaquín Adsuar Ortega. Barcelona: Ediciones Península, 2008.

LUHMANN, Niklas. *El arte de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Heder, 2005.

LUHMANN, Niklas. El derecho como sistema social. In: DIEZ, Carlos Gómez-Jara (Ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: Comares, 2005.

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

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. *La moral de la sociedad*. Traducción de Iván Ortega Rodríguez. Madrid: Trotta, 2013.

LUHMANN, Niklas. *La realidad de los medios de masas*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2007.

LUHMANN, Niklas. *La religión de la sociedad*. Traducción de Luciano Elizaincín. Madrid: Trotta, 2007.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007. p. 525-537; LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

- LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidade: racionalidade y contingencia en la sociedade moderna*. Traducción: Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997.
- LUHMANN, Niklas. *Organisation und Entscheidung*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 2000.
- LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. México: Heder, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Traducción de Darío Rodríguez Mansilla. Santiago do Chile: Universidad Iberoamericana, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *Realidade dos meios de comunicação*. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução de Antonio C. Luz Costa; Roberto Dutra Torres Junior; Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis: Vozes, 2016.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamentos para uma teoria geral*. Barcelona: Antrhopos; México: Univesidad Iberoamericana; Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1998.
- LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Traducción de Santiago López Petitt y Dorothee Schmitz. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990.
- LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1992.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1.
- LUHMANN, Niklas. *Sociología política*. Traducción de Iván Ortega Rodríguez. Madrid: Trotta, 2014.
- LUHMANN, Niklas. *Soziologische Aufklärung 5*, Opladen: Westdeutscher Verlang, 1990.
- LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1993.
- LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milán: Editore Franco Angeli, 1992.
- MACCORMICK, Neil. *Questioning sovereignty: law, state and nation in the European Commonwealth*. Oxford: Ocford University Press, 2002.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. 2. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2014.

- MACHADO, Jónatas E. M. *Direito internacional*. 3. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.
- MANSILLA, Darío Rodríguez. Los limites del Estado em la sociedade mundial: de la política al derecho. In: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRETE, Javier Torres. *Introducción a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. México: Heder, 2008.
- MANSILLA, Isabel Turégano. *Justicia global: los límites del constitucionalismo*. Lima: Palestra, 2010.
- MANSILLA, Darío Rodríguez. *La sociología y la teoría de la sociedade*. In: LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedade*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007.
- MARTINS, Leonardo. Comentário. In: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MARTINS, Rui Cunha. Interconstitucionalidade e Historicidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Studia Iuridica, Coimbra, n. 104, 2002.
- MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito: the brazilian lessons*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MATURANA, Humberto R. Biología del fenómeno social. *Revista Ecovisiones*, [S.l.], 2018. Disponível em: <<http://www.ecovisiones.cl/metavisiones/Pensadores/maturana/sistemassociales.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2018.
- MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.
- MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *De máquinas y seres vivos-autopoiesis: la organización de lo viviente*. Santiago de Chile: Editorial Universitária, 1997.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O § 2.º do artigo 5.º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MELLO, Dirceu. Infanticídio: algumas questões. In: NUCCI, Guilherme de Souza; FRESCO, Alberto Silva (Org.). *Doutrinas essenciais direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 5.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A justiça constitucional nos contextos supranacionais. In: NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 2.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MOREIRA, Vital. *European training and research centre for human rights and democracy*. 3. ed. Austrian: Graz, 2012.
- MOREIRA, Vital. *Republica Europeia: estudos de direito constitucional da União Europeia*. Coimbra: editora Coimbra, 2014.
- MOREIRA, Vital; GOMES, Carla Marcelino (Coord.). *Compreender os direitos humanos*. Coimbra: Editora Coimbra, 2014.
- MÜLLER, Friedrich. *Globalização e justiça*. Tradução de Peter Neumann. Porto Alegre: Editora PUCRS, 2002 (Coleção Filosofia, Goethe Institut Inter Naciones).
- NEVES, Marcelo (Coord.). *Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NEVES, Marcelo. Autopoiese. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.
- NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- NEVES, Marcelo. *Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- NEVES, Marcelo. E se faltar o décimo segundo camelo? Do direito expropriador ao direito invadido. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 145-167.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NEVES, Marcelo. Niklas Luhmann: “Eu vejo o que tu não vês”. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang (Org.). *Pensamento alemão no século XX*. São Paulo: Cosac Naify, 2009. v. 1.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

- NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Studia Iuridica*, Coimbra, n. 104, 2012.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.
- OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.
- PACTET, Pierre; MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. *Institutions politiques. droit constitutionnel*. Paris: Armand Colin, 2004.
- PASCAL, Blaise. *Pensées*. Chevalier. Paris: Gallimard La Pléiade, 1954.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do Estado constitucional*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- PIRES, Francisco Lucas. *Introdução do direito constitucional Europeu*. Coimbra: Almedina, 1997. (Coleção Monografias).
- PLASCENCIA, David Ramírez. Conflicto de leyes y censura en internet: el caso Yahoo! Comunicación y Sociedad: Departamento de Estudios de La Comunicación Social Universidad de Guadalajara. *Nueva Época*, [S.l.], n. 8, p. 23, jul./dic. 2007.
- PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 4.
- PRIBÁN, Jirí. A questão da soberania no pluralismo jurídico global. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; PRIBAN, Jiri. *Sociologia sistêmico-autopoiética das Constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: Teoria Geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- REIDENBERG, Joel R. The Yahoo! case and the international democratization of the internet. *Fordham University School of Law, Research Paper*, [S.l.], n. 11. 2001.
- ROCHA, Leone Severo; TONET, Fernando. Por quem cantam as sereias de Homero e o paradoxo sistêmico da decisão. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás - UFG*, Goiânia, v. 42, n. 1, jan./abr. 2018.
- ROCHA, Leonel Severo. Autopoiese e teoria do direito. In: SCHWARTZ, Germano (Org.) *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ROCHA, Leonel Severo. *Observação sobre autopoiese, normativismo e pluralismo jurídico*. Artigo inédito, não publicado.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. Prefácio. In: TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ROCHA, Leonel Severo. Tempo, direito e constituição. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; PRIBÁN, Jirí. *Sociologia sistêmico-autopoiética das constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. A interconstitucionalidade como produção jurídica descentralizada dentro das novas observações estatais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 115, 2017.

ROCHA, Leonel Severo; TONET, Fernando. Por quem cantam as sereias de Homero e o paradoxo sistêmico da decisão. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás - UFG*, Goiânia, v. 42, n. 1, jan./abr. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Miguel Ramalho. Células estaminais como densidades autopoiéticas. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao artigo 5º, inciso LXVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. 2. ed. Tradução de Antônio Chilini, José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 2006.

STERNBERGER, Dolf. Verfassungspatriotismus. *Schriften*. Frankfurt, v. 10, p. 13. 1992.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET,

Ingo Wolfgang (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Coimbra: Almedina, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forenseibunais, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursiva*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TEIXEIRA, Anderson, Vichinkeski. O sistema dos direitos públicos subjetivos de Georg Jellinek: reconstruindo as origens dos direitos fundamentais na teoria dos quatro status. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. *Constituição, sistemas e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. São Leopoldo: Unisinos, 2013.

TEUBNER, Gunther, *O direito como sistema autopoiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TEUBNER, Gunther. *A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional*. Tradução de Peter Neumann. Piracicaba: Impulso, 2003.

TEUBNER, Gunther. Altera pars Audiatur: law in the collision of discourses. In: RAWLINGS, Richard (Ed.). *Law, society and economy*. Frankfurt: Oxford University Press, 1997.

TEUBNER, Gunther. As múltiplas alienações do direito: sobre a mais-valia social do décimo segundo camelo. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 109-138.

TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (corporate codes of conduct) privados e estatais. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Tradução de Jürgen Volker Dittberner et. al. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. Traducción de Carlos Gómez-Jara Díez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

TEUBNER, Gunther. Evolution of autopoietic law. In: TEUBNER, Gunther (Ed.). *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Berlin: New York: Walter de Gruyter, 1988.

TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. Globalización y constitucionalismo social: alternativas a la teoría constitucional centrada em el Estado. In: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Ed.). *Teoría de sistemas y derecho penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Lima: Ara, 2005.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TEUBNER, Gunther. Os múltiplos corpos do rei: a autodestruição da hierarquia do direito. In: TEUBNER, Gunther. *Filosofia do direito e direito econômico que diálogo?* Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

TONET, Fernando. *A Constituição dirigente e sua interface global*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo (UPF), 2009.

TONET, Fernando. A necessidade interpretativa dos paradoxos fundamentais do direito. *Direito em Debate – Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí*, Ijuí, ano 26, n. 47, 2017.

TONET, Fernando. O direito criminal simbólico. *Revista Legis Augustus*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 52-59, jan./jun. 2012.

TONET, Fernando. *Reconfigurações do constitucionalismo: modelos constitucionais sistêmicos na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TONET, Fernando. Transformações autopoieticas e a viragem teórica sistêmica estaminal. *REDES – Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 2, n. 1, maio 2014.

TONET, Fernando; SOUZA, Matheus Figueiredo de. Problemas jurídicos multifacetados; como conciliar o diálogo entre cortes em múltiplos níveis? *Revista Caderno de Relações Internacionais*, Recife, v. 9, n. 16, jan./jun. 2018.

TRADIÇÃO indígena faz pais tirarem a vida de crianças com deficiência física. *Fantastico*, São Paulo, 7 dez. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/12/tradicao-indigena-faz-pais-tirarem-vida-de-crianca-com-deficiencia-fisica.html>>. Acesso em: 24 maio 2018.

TRATADO sobre o funcionamento da União europeia (versão consolidada). *Jornal Oficial da União Europeia*, [S.l.], 7 jun. 2016. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC\\_3&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF)>. Acesso em: 16 jun. 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Caçador. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de direitos humanos 1*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

**US Court of Appeals for the Ninth Circuit. *Yahoo! Inc., a Delaware Corporation, Plaintiff-appellee, v. La Ligue Contre Le Racisme et L'antisemitisme, a French***

*Association; L'union Des Etudiants Juifs De France, a French Association, Defendants-appellants*. 433 F.3d 1199 (9th Cir. 2006). Disponível em:

<<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/433/1199/546158/>>. Acesso em: 09. jan. 2018.

VANDENBOS, Gary R. *Dicionário de psicologia da APA*. Tradução de Daniel Bueno, Maria Adriana Veríssimo Veronese, Maria Cristina Monteiro. Porto Alegre: Artmed, 2010.

VARELA, Francisco. The emergent self. In: BROCKMAN, John (Ed). *The third culture*. Nova York: Simon and Schuster, 1996.

VEDEL, Georges. *Droit constitutionnel*. Paris: Sirey, 1949.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Homicídios e juventude no Brasil: atualização 15 a 29 anos*. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <[https://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2014\\_atualiza15a29.php](https://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2014_atualiza15a29.php)>. Acesso em: 23 maio 2018.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Tradução de José Luis Bolzan. Porto Alegre: Safe, 2002.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Colaboração de Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Artigo 5.º VI da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo/Coimbra: Saraiva/Almedina, 2013.

WEINGARTNER NETO, Jayme. Liberdade religiosa na jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 9. ed. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Traducción de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2011.

ŽIŽEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.

ŽIŽEK, Slavoj. *Órgãos sem corpos: Deleuze e consequências*. Tradução de Manuella Assad Gómez. Rio de Janeiro: Cia de Freud, 2008.

## GLOSSÁRIO

**Acoplamento estrutural:** surge no contexto dos sistemas como uma necessidade, face à clausura operativa. Assim, o acoplamento estrutural liga um sistema ao outro (sistema/entorno), sem que haja fusão entre ambos. Tal ligação ocorre em eventos específicos, como nos casos em que o sistema jurídico se comunica com o sistema político, através da Constituição. Esta é a ponte entre os dois sistemas, embora cada um mantenha sua autonomia. Utilizando o acoplamento estrutural, o sistema opera/observa suas relações com o entorno.

**Alopoiese:** palavra derivada do grego, *állos* (outro, diferente) e *poíesis* (criação, produção), ocorre quando o sistema é determinado por injunções diretas do mundo exterior, perdendo em significado a própria diferença entre sistema e ambiente.

**Alter:** a definição de *alter* envolve numerosos problemas, no sentido que pode ser utilizado o mesmo termo para diferentes áreas teóricas. Aqui *alter ego* é um modo de observação de seu próprio *alter*) serve como uma condição de estima mútua. Para psicologia, *alter* representa o outro na interação social. *Alter ego* é o compartilhamento de informações como se o outro fosse um outro eu. Na psiquiatria, *alter* é o outro, a pessoa em qualquer interação social com a qual se integra.

**Autopoiese:** palavra derivada do grego, *autós* (por si próprio) e *poíesis* (criação, produção), o conceito se encontra no cerne da teoria dos sistemas. Apresenta-se como uma operação circular, indefinida, que se efetua com base numa estrutura incompleta e contingente e, nesse processo, inventa possibilidades fáticas para além das impossibilidades lógicas, pois o paradoxo designa uma perplexidade lógica que paralisa o pensamento. Assim, o sistema opera de forma autorreferencial em meio a todo um entorno que circunda e que o pressupõe, produzindo uma operação de crescente diferenciação sistema/entorno.

**Autorreferência:** o conceito exclui toda continuidade entre sistema e entorno. Isso implica que cada descrição que o sistema faz do entorno (portanto, toda heterorreferência e toda abertura) só é possível com a construção do sistema. A complexidade do mundo não pode de maneira alguma ver-se refletida no sistema ou ser produzida por ele, porque isso implicaria a dissolução do sistema no fim de sua autopoiese.

**Código:** refere-se à linguagem dos vários sistemas funcionais diferenciados, constituindo-se em um sistema binário. Corresponde especificamente ao sistema jurídico (legal/ilegal), político (poder/não poder), econômico (custo/benefício). Qualquer terceiro não pertencente ao código específico é excluído pelos filtros sistêmicos.

**Código elaborado:** forma de fala que implica o uso deliberado e construído de palavras para designar significados precisos semanticamente, e adaptáveis a vários contextos culturais.

**Complexidade:** significa que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar.

**Comunicação:** a comunicação é a operação própria dos sistemas sociais. O que não pode comunicar não pode influir no sistema. Só a comunicação pode influenciar a comunicação, assim, são operações individuais, elementos constitutivos dos sistemas sociais.

**Constituição:** é um acoplamento estrutural entre política e direito; um mecanismo de interpenetração entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito. Na medida em que ela possibilita uma solução jurídica do problema de autorreferência do sistema político, também o faz na forma de uma solução política do problema de autorreferência do sistema jurídico.

**Contingência:** corresponde ao fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas.

**Convergência espaço-temporal:** o movimento do tempo está associado ao movimento do espaço, no sentido em que se pode medir um pelos termos do outro.

**Direito:** é uma das estruturas do sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas. O direito é um subsistema social autopoiético de comunicação, que se autonomizou do sistema social geral graças à emergência de um código próprio e diferenciado suficientemente estável para funcionar como centro de gravidade e princípio energético de um processo de autoprodução recursiva, fechada e circular, de comunicações especificamente jurídicas.

**Diferenciação:** o termo é ponto básico de partida da teoria dos sistemas autopoieticos, pois os sistemas se constituem e se desenvolvem conservando e aumentando a diferenciação com seu entorno. Quanto mais diferenciado for o sistema operativamente, melhor ele observará a complexidade de seu entorno e mais aberto ele será cognitivamente.

**Dupla contingência:** corresponde às expectativas de um outro como minhas próprias. Só é possível se reconheço o outro como um outro eu.

**Ego:** a definição de *ego* envolve numerosos problemas, no sentido que pode ser utilizado o mesmo termo para diferentes áreas teóricas. Aqui *Ego* estima *alter* e vice-versa, possibilitando o processo comunicativo. Para psicologia, *ego* representa as atitudes, valores e interesses de um indivíduo, o componente de personalidade que faz ligações com o mundo exterior. Na psiquiatria, *ego* é a parte do aparelho psíquico que faz a mediação entre a pessoa e a realidade. Sua função primária é a percepção da realidade e a adaptação a ela. *Ego* é o principal órgão executivo da realidade, abrangendo a autopercepção e autoconsciência.

**Entropia:** medida da variação ou desordem em um sistema.

**Estrutura:** são condições de limitação no âmbito das relações operacionais de um sistema. O sistema autopoietico deve ter uma estrutura comunicativa entre seus próprios componentes constitutivos.

**Evolução:** a evolução autopoietica dos sistemas, ou seja, suas inovações ocorrem com variação, seleção e estabilização. *Variação* (1ª fase): trata-se de algo novo, sob o ponto de vista do observador (o que não necessariamente representa algo novo, mas algo que ainda não foi observado). *Seleção* (2ª fase): trata-se de algo que pode ser chamado como “filtro” que seleciona a variação e possibilita que o sistema rechace ou trate elementos como passíveis de novas interpretações ou significações. *Estabilização* (3ª fase): momento quando a variação já passou pela fase de seleção, e o sistema passa a reduzir a complexidade que o referido elemento terá em questão de significância para a estrutura do sistema.

**Expectativas:** são condições de referência ao sentido do próprio sistema, indicadas por determinadas situações. Buscam orientar de forma estável a comunicação frente à complexidade e contingência sociais.

**Função:** corresponde à verificação de que os problemas sociais criados pelas expectativas normativas jurídicas possam ser diferenciados pelo constitucionalismo sistêmico, dentro da autorreferência do sistema do direito.

**Globalização:** interdependência crescente entre os povos, na medida em que as relações econômicas e sociais se comunicam mundialmente com ampla intensidade.

**Hiperciclo:** tem sentido quando o ciclo de autorreprodução é capaz de alimentar a si mesmo. A conexão do primeiro ciclo de autorreprodução acontece com um segundo, que possibilite a produção cíclica, garantindo as condições da sua própria produção.

**Hosting Agreement:** é um termo em inglês que descreve um pacto, uma convenção entre partes.

**Identidade:** elemento de diferenciação que serve ao próprio sistema como ferramenta de autodelimitação.

**Inclusão (exclusão):** elemento de observação que trata tanto do alcance operativo de um sistema quanto da observação que ele pratica do entorno.

**Informação:** ponto amplo que qualifica tanto os elementos da comunicação quanto os de simples observações, geralmente tratando-se de “novidades” para o sistema observado.

**Interação:** relação intrínseca à sociedade (e aos sistemas em si); qualifica o fato de que, mesmo com seu fechamento operativo, os sistemas praticam observações, realizam acoplamentos estruturais.

**Linguagem:** qualifica os simbolismos através dos quais os sistemas praticam a comunicação. É um elemento que passa pelos mais diversos e específicos níveis de filtragem e de evolução.

**Meios de comunicação simbolicamente generalizados:** trata de certa significação básica da comunicação, que, pelo fato de ser um acontecimento improvável (a comunicação), é possibilitada em grande parte por essa generalização simbólica.

**Meios de difusão:** são as mais diversas formas pelas quais a informação (comunicação) pode ser “transportada”, deixando de ser instantânea dentro da sociedade. Nada mais é do que o advento da escrita e das possibilidades de gravar a comunicação e a reproduzir nos mais diversos lugares, independentemente do tempo quando ela foi originalmente criada.

**Organização:** essência do sistema, é o que qualifica as características basilares que precisam ser mantidas na autopoiese para que ele não deixe de existir durante sua evolução.

**Paradoxo:** refere-se ao fato de os elementos da Teoria Sistêmica Autopoietica serem organizados em circularidades e muitas vezes em proposições que, *a priori*, parecem contrassensos e, portanto, saem da lógica ortodoxa teórica com a qual a ciência é acostumada. Paradoxo é uma situação sem saída que se encontra na base, que só pode ser superada operativamente. Essa operação está dentro do próprio sistema operativo. Assim, o sistema consiste do começo ao fim em operações contínuas.

**Paralaxe:** deslocamento aparente de um objeto quando se muda o ponto de observação, fenômenos idênticos de linguagem, mas mutuamente intraduzíveis, visto que existem pontos diversos dos quais não há síntese nem mediação possível.

**Pluralismo cultural:** a coexistência de várias culturas em uma mesma sociedade.

**Programa:** parte da estrutura do sistema (vide estrutura), que serve para tanto simplificar operações internas do sistema quanto ordenar a forma como elas acontecem.

**Racionalidade:** elemento de estruturação que possibilita que o sistema processe sua própria complexidade e a complexidade observada do entorno, tanto para praticar a autopoiese quanto para processar o que é ou não variação.

**Redundância:** característica própria da comunicação, uma vez que a comunicação precisa ser redundante para que uma informação possa ser confiável, assim como necessita ser simbolicamente redundante para fazer sentido.

**Semântica:** intrínseca à comunicação, a semântica é o que permite a observação do sentido que a informação tem ao virar comunicação. A semântica é um elemento mutável de acordo com o momento, a forma e o receptor da comunicação.

**Sentido:** tem lugar privilegiado de análise, pois ele determina o horizonte operativo do sistema jurídico. Trata-se da fronteira entre o sistema e seu entorno. Ele diz o que pode ser direito ou não. O sistema processa o sentido de forma atual, selecionando as operações sistêmicas que fazem ou não sentido.

**Sistema e entorno:** a divisão entre sistema e entorno é o ponto basilar do fechamento sistêmico do qual Luhmann trata em sua teoria. Sistema nada mais é que a soma de toda a comunicação que se fecha operativamente e consegue diferenciar sua identidade em relação à diferença do entorno, ao passo que este nada mais é do que tudo o que é identificado pelo sistema como não sendo parte do sistema em si.

**Sistema Psique:** um dos três grandes sistemas (social, vivo e psique). Formado pelo pensamento humano, representa a subjetividade de cada psique em seu sentido mais puro.

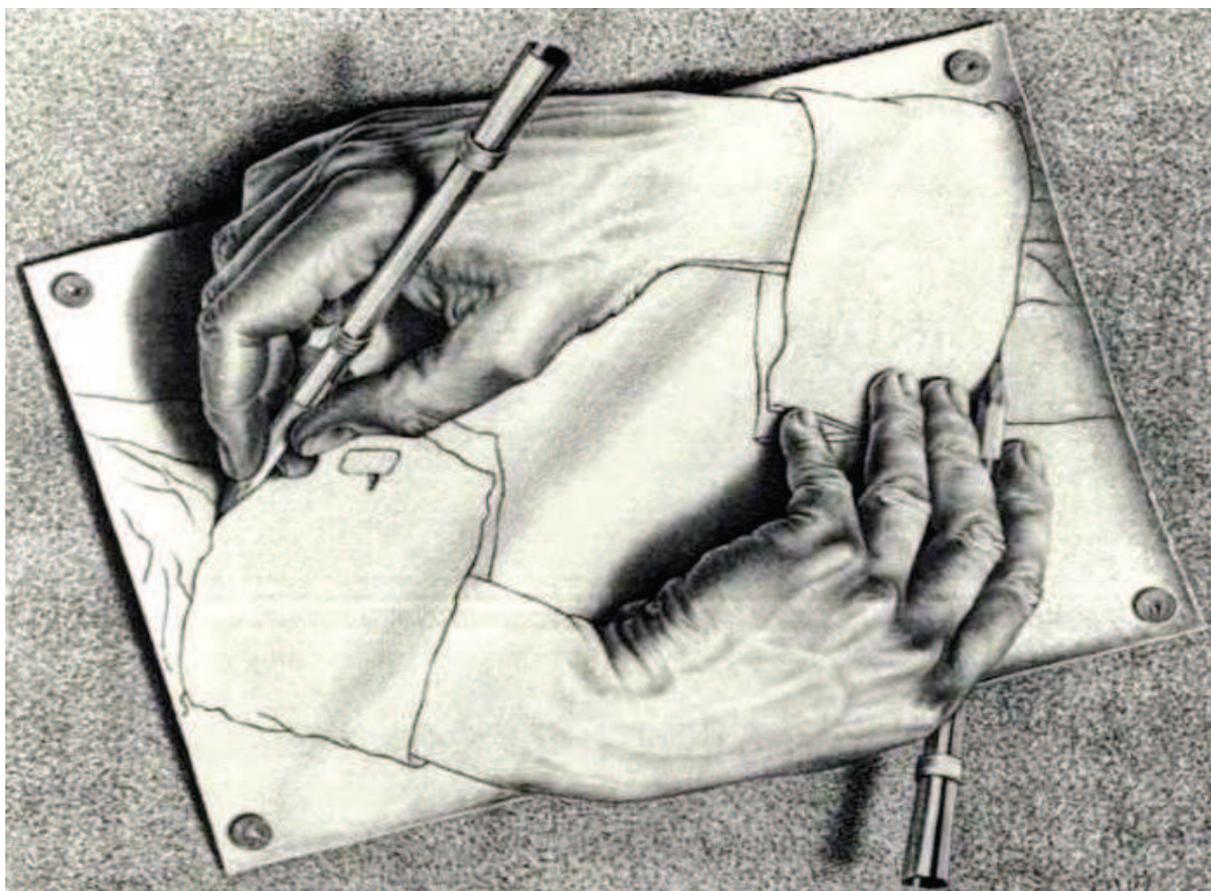
**Sociedade:** formada por toda a comunicação, a sociedade é, de forma muito simplificada, um tipo de sistema social (pode-se dizer: “o Sistema Social”) que compreende toda a gama de complexidade criada pela comunicação e é capaz de trabalhá-la internamente. A sociedade é o redutor de complexidade que permite a interação entre os sistemas sociais.

**Tempo:** é o elemento de descomplexificação de cargas de complexidade; é o que permite a cada sistema, a partir da observação e da relação passado/futuro, lidar com somente parte de sua carga total de complexidade em determinado momento, possibilitando, assim, uma forma de redução de complexidade aos sistemas.

**Ultraciclo:** emerge quando um ciclo de perturbações mútuas é desenvolvido entre redes fechadas comunicativamente.

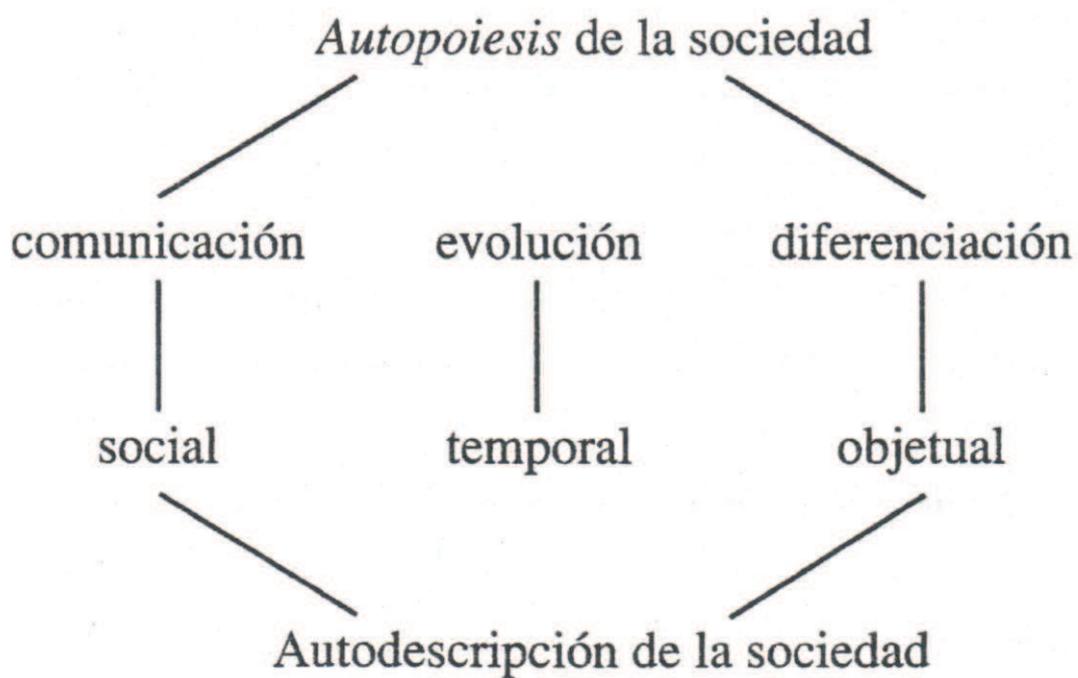
ANEXO A – PIRÂMIDE KELSENIANA<sup>501</sup>

<sup>501</sup> [http://grupomdfa.blogspot.com.br/2010/10/piramide-de-hans-kelsen\\_9917.html](http://grupomdfa.blogspot.com.br/2010/10/piramide-de-hans-kelsen_9917.html). Acesso em 13/06/2012.

ANEXO B - DRAWING HANDS<sup>502</sup>

---

<sup>502</sup> MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. Tradução Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 29.

ANEXO C – LA AUTOPOIESIS<sup>503</sup>

<sup>503</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de La sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Heder, 2007, p. 901.

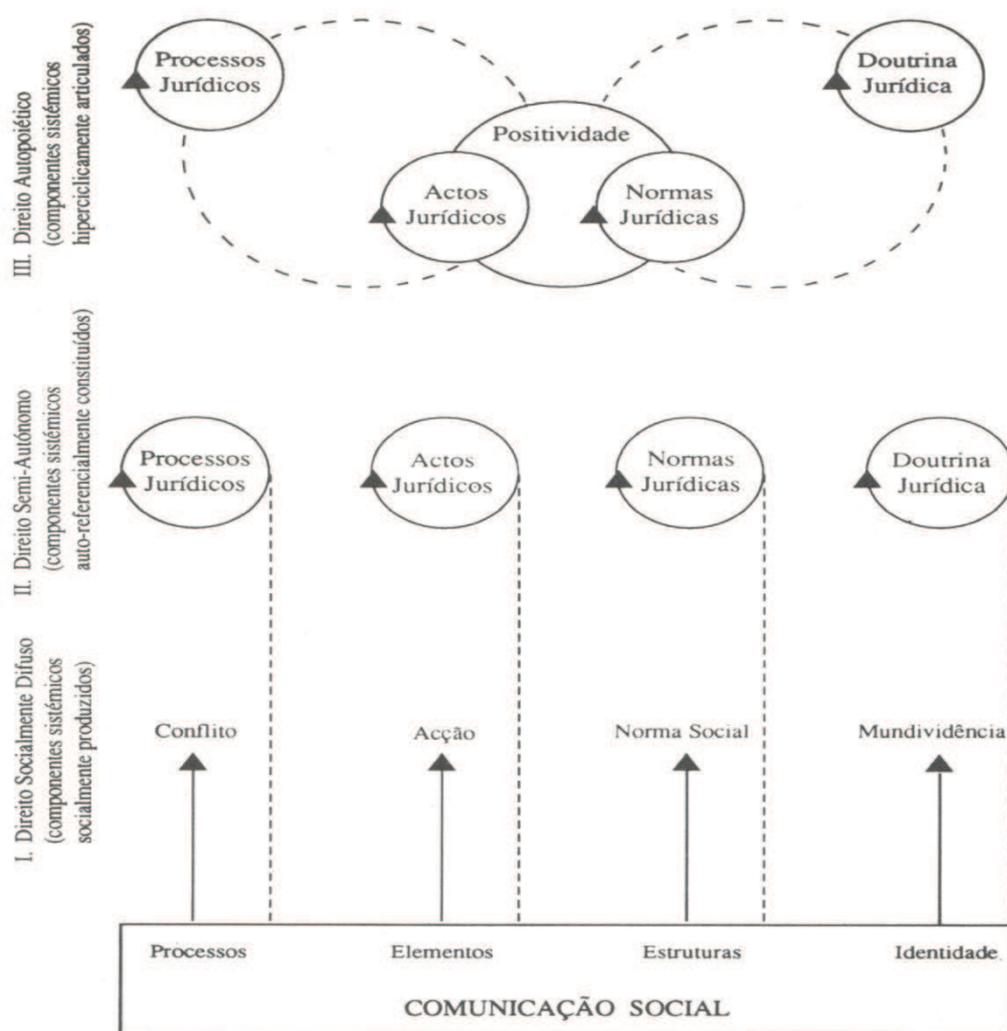
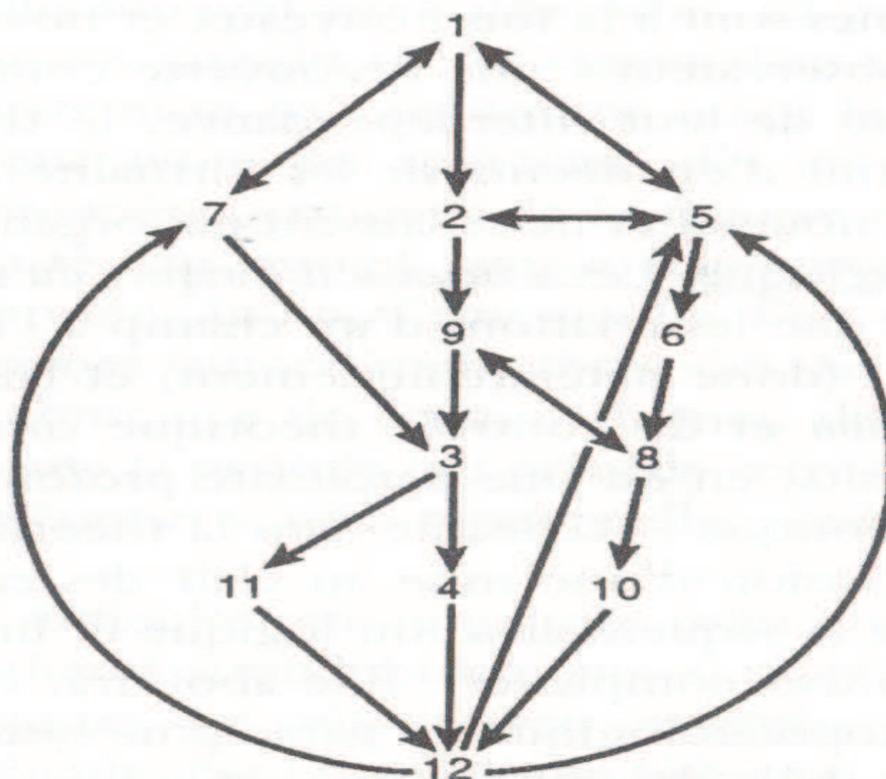
ANEXO D – GRAUS DA AUTONOMIA JURÍDICA<sup>504</sup>

Fig. 1 — Graus da Autonomia Jurídica.

<sup>504</sup> TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 78.

ANEXO E - SISTEMA<sup>505</sup>

1. Sistemas sociais como objeto geral
2. Dupla contingência e limites sistêmicos
3. Sistema e ambiente
4. Interpenetração: sistemas pessoais e sociais
5. Sentido
6. Esquematização das dimensões de sentido
7. Complexidade
8. Experiência e ação
9. Comunicação
10. Tempo
11. Capacidade de resolução e recombinação
12. Autorreferência

<sup>505</sup> CLAM, Jean. Autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 84.