XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

LORENA DE MELO FREITAS

LUÍS CARLOS BALBINO GAMBOGI

ANIZIO PIRES GAVIAO FILHO

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Lorena de Melo Freitas, Luís Carlos Balbino Gambogi, Anizio Pires Gaviao Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-136-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria do direito. 3. Realismo jurídico. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O presente livro Teorias do Direito e Realismo Jurídico é fruto do Grupo de Trabalho homônimo do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, tal foi proposto em 2014.2 pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UFPB e desde então reúne pesquisadores com problemas de pesquisas afins. Na terceira edição do GT, tal livro se apresenta elaborado a partir dos artigos apresentados durante o XXIV CONGRESSO DO CONPEDI BELO HORIZONTE em novembro de 2015.

Todos os artigos passaram - como já de praxe - pelo processo de avaliação cega por no mínimo dois professores, conforme plataforma Publicadireito do Conpedi e são pesquisas produzidas pelos pesquisadores docentes e discentes de Pós-Graduações em Direito do Brasil.

Vale consignar que todos os trabalhos foram desenvolvidos tendo como parâmetro as linhas de pesquisa dos programas aos quais os pesquisadores são vinculados, mas cuja temática central girou em torno do debate sobre pragmatismo e realismo jurídico, que sobremaneira se expressa por meio das teorias da decisão judicial.

O livro não está dividido em partes, os 17 artigos que o compõem tratam sob múltiplas perspectivas do fenômeno jurídico na sua manifestação mais pragmática, ou melhor, investiga-se a natureza do processo judicial, parafraseando o famoso livro do teórico do realismo jurídico e juiz da Suprema Corte Americana Benjamin Nathan Cardozo (The nature of judicial process).

O leitor encontrará aqui os seguintes temas, basilares para um debate de teoria do direito na referência ao Realismo Jurídico: Ativismo judicial, Relativização da coisa julgada, a questão da vinculação aos precedentes judiciais, inferências sobre o comportamento decisional, função criadora do juiz e revisão judicial; além de artigos com maior expressão teórica como referência para discutir problemas práticos, como os artigos baseados no pensamento de Robert Alexy, Hans Kelsen, Barry Friedman,Herbert Hart e Niklas Luhmman; ou mesmo aqueles com fito mais teórico-didático, tais como o debate em torno do pensamento sistêmico, regras de reconhecimento, semiótica e positivismo jurídico.

Como o diálogo entre os artigos é contínuo, estes organizadores optaram por não tentar agregar em partes que pretensamente agrupassem o que a priori poderia ser uma identidade entre alguns artigos, dado que a natureza do próprio olhar realista e, porque não dizer, pragmático em alusão à sua matriz filosófica, advoga o raciocínio hipotético-criativo, abdutivo nas palavras de Charles S. Peirce, como aquele provavelmente mais rico para uma compreensão do fenômeno jurídico. Assim, em consonância com o método pragmático e foco na experiência dos tribunais como inspiração realista, entregamos ao leitor este livro.

Belo Horizonte, novembro de 2014.

Lorena Freitas - Coordenadora do PPGCJ/Universidade Federal da Paraíba

Anizio Pires Gaviao Filho - Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP

Luís Carlos Balbino Gambogi - Universidade Fumec

O CONCEITO DE SISTEMA JURÍDICO: UM OLHAR SOBRE A CISG

THE LEGAL SYSTEM CONCEPT: A LOOK ON CISG

Fabiano Derussi

Resumo

O presente artigo elaborou uma descrição de duas grandes teorias que sustentam a sistematização do direito e como elas podem ser aplicadas no estudo do sistema jurídico brasileiro. Uma delas composta por conceitos de normas primárias e secundárias, outra, com sua divisão entre sistema e subsistema. As teorias adotadas foram aquelas desenvolvidas por Herbert Lionel Adolphus Hart e Niklas Luhmman. Também, para não deixar a discussão na mais pura abstração, fez-se uma comparação sobre os pontos centrais das duas teorias em relação a incorporação da CISG no direito brasileiro, especialmente foi demonstrado de que tipo de normas ela é composta e como se relaciona com o sistema brasileiro enquanto sendo um subsistema, à semelhança daquilo que fora teorizado por Niklas Luman. Após o desenvolvimento, ficou evidenciado que há elementos convincentes que as teorias trabalhadas são ainda atuais, dado que tem especial relevância aos cientistas que trabalham com a teoria do direito, e, porque não, aos juristas que manuseiam a CISG.

Palavras-chave: Normas, Subsistema, Cisg

Abstract/Resumen/Résumé

The present article developed a description of Two Great Theories that support the laws systematization and how they may be applied on the Brazilian legal system study. One of them consists on concepts of primary and secondary rules, the other one with its division between system and subsystem. The theories adopted were those developed by Herbert Lionel Adolphus Hart and Niklas Luhmman. Also, not to let the discussion in the purest abstraction, there was a comparison on the midpoint of the two theories regarding the merger of CISG in Brazilian law, especially it demonstrated what kind of standards it is made and how it relates to the Brazilian system as being a subsystem, similar to what had been theorized by Niklas Luman. After the development, it be came evident that there is convincing evidence that the worked theories are still present, something that has a particular relevance to the scientists who work on the theory of law and why not, the lawyers handling the CISG.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Norms, Subsystem, Cisg

1 INTRODUÇÃO

O conceito de sistema jurídico, muito discutido nas cadeiras introdutórias ao Direito, abordado das mais variadas formas pelos juristas de todo o mundo, traz uma complexidade de teorias e esquemas que se torna difícil identificar de alguma que não tenha coerência, mas, também, que não tenha falhas. A imperfeição, como sempre, é uma das marcas do ser humano.

Diante desta complexidade de teorias, elegeu-se duas entre as mais conhecidas, as quais tiveram destaque no senário internacional, especialmente no mundo ocidental, pertencentes aos autores Herbert Lionel Adolphus Hart e Niklas Luhmman, com o intuito de investigar e contribuir para um melhoramento do estudo e compreensão da teoria do direito, bem como investigar se estas teorias ainda podem ser utilizadas para o estudo de fenômenos jurídicos tipicamente nacionais, como foi a incorporação pelo ordenamento jurídico pátrio da CISG– Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

Tradicionalmente nas cadeiras universitárias que ensinam a teoria geral do Direito, discute-se sobre a características dos diversos tipos de normas que compõe determinado ordenamento jurídico, bem como é discutida e apresentada o direito como um grande conjunto de normas sistematizadas que interagem entre si e com o meio em que habitam, sem muitas vezes investigar se algumas das teorias apresentadas, como as deste trabalho, ainda encontram-se atuais, pertinentes e adequadas, mesmo que em parte, para explicar fenômenos jurídicos também atuais, como a recente incorporação da CISG no ordenamento brasileiro.

Também, foi oportuno incluir a CISG juntamente ao objeto investigado, dado sua relevância no senário internacional, já que foi ratificada por oitenta e oito países, entre eles recentemente o Brasil, e será a fonte de regulação de parcela significativa dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias.

O método utilizado foi a pesquisa bibliográfica, com coleta de informações em obras doutrinárias, artigos científicos e monografias. O tipo da pesquisa foi a básica, pois visa a produzir novos conhecimentos, sem uma aplicabilidade imediatamente prevista.

Organizou-se o trabalho em três partes, sendo a primeira explicativa dos sistemas jurídicos teorizados por H. L. A. Hart; A segunda aborda a brilhante teoria dos sistemas de Niklas Luhmman e, por fim, na última parte é lançado um olhar analítico sobre a CISG enquanto um subsistema jurídico à semelhança das teorias até então apresentadas, para ao

final poder ser concluído sobre a pertinência e atualidade das teorias apresentadas. Contudo, deve ser assinalado que o presente trabalho também não deixa de ser uma análise teórica sobre o tema, sem qualquer intenção de exaurir a discussão, tampouco tem a profundidade necessária para por em xeque as teorias de base utilizadas.

2 O CONCEITO DE SISTEMA JURÍDICO: UM OLHAR SOBRE A CISG

2.1 O sistema jurídico teorizado por Herbert Lionel Adolphus Hart.

Ao definir o direito como sendo uma união de regras primárias e secundárias, H. L. A Hart (2001), procura demonstrar que em um ordenamento jurídico há uma pluralidade de normas que empossam de poderes tanto o setor público quanto o setor privado. Continuando sua linha de raciocínio, há normas que diferem tanto quanto a sua origem, mas como também quanto a sua função. Assim, poderiam existir regras coercitivas dentro de um determinado ordenamento, como regras assessorias. As primeiras impõem deveres, as outras atribuem poderes.

No direito penal, por exemplo, o descumprimento de uma norma jurídica tem como consequência a aplicação de uma sansão pelo poder público. Desta forma, este tipo de norma, está carregado de coercitividade e sua não observância constitui-se num ato ilícito. O fundamento da existência deste tipo de norma jurídica está na conscientização das pessoas para que mantenham um dever de conduta, que pode ser omissiva ou comissiva. Espera-se um determinado comportamento social, sem o qual a sociedade poderia tornar-se insubsistente. É o que Hart (2001, p. 34) chama de “ordens gerais baseadas em ameaças.”

Mas, H. L. A Hart (2001), observa que em um sistema jurídico não podem existir somente normas de cunho coercitivo por meio da ameaça à consciência social. Existem outras que possuem função peculiar. Esta classe de normas teria função instrumental dentro do ordenamento jurídico, atribuindo faculdades aos destinatários para o alcance de seus objetivos individuais. Conferem um poder jurídico para o exercício de certos atos dentro e de acordo com ordenamento jurídico. A sua não observância têm consequências outras, que não seja a coerção.

Assim, a não observância da norma jurídica para a elaboração de um contrato formal, por exemplo, lhe retira a validade jurídica, mas não induz diretamente na aplicação de uma sanção a quem não observou a forma prescrita pela lei. Contudo, uma vez exercitada a

faculdade na utilização da norma jurídica para a prática de atos civis, a norma que inicialmente atribuía um poder, acabara, também, de criar um dever entre as partes.

Poder-se-ia, porém, indagar se a nulidade do ato jurídico também não deixa de ser uma espécie de sanção. A Hart (2001, p. 41) atribui às nulidades o que chamou de "inconveniência menor", ou seja, não se compara ao que seria a aplicação de uma sansão. Não restam dúvidas que a frustração da execução de um negócio jurídico eivado de nulidade tem consequências sociais indesejáveis, mas compará-la à uma sanção, não passa de uma grande confusão.

Isso se daria em razão de que o não reconhecimento do negócio jurídico pelo ordenamento jurídico, apesar de torna-lo inexequível, ou não gerar o vínculo desejado entre as partes contratantes, não representa a violação de um dever legal, ficando em muito aquém de um delito, sendo uma verdadeira impropriedade atribuir às invalidades de negócio jurídico a natureza de sansão. "O incumprimento por nós da previsão legal não constitui uma 'infração' ou 'violação' de qualquer obrigação ou dever, nem um 'delito' e seria causador de confusão pensar tal facto nesses termos." (HART, 2001, p. 35).

A impropriedade de atribuir as nulidades natureza de sansão pode ser percebida com clareza quando são postos casos em que a nulidade de determinado negócio jurídico não traga nenhum mal aos partícipes.

Esta variedade de tipos de normas jurídicas tem por finalidade demonstrar as características de um sistema jurídico. Quando um sistema é marcado preponderantemente por normas coercitivas, pode-se identificar que aí existe um mecanismo de poder para forçar que determinada conduta seja observada. Ou seja, busca-se um determinado comportamento com base na sansão, mesmo até na órbita extra penal.

Mas, o complexo sistema jurídico descrito por H. L. A Hart (2001) ainda comtempla outros tipos de normas, as chamadas primárias e secundárias. Este, sem sombra de dúvidas, foi um dos pontos de sua teoria mais conhecidos e comentados pela comunidade jurídica internacional.

Define-se as regras primarias, como sendo aquelas que orientem a conduta de todo cidadão a uma ação ou abstenção. Um fazer ou não fazer, independentemente de sua consciência ou vontade. Neste sentido, estas normas seriam coercitivas, impõem deveres. Ressalta-se que se equivoca quem utiliza a expressão norma primária para tratar de normas fundamentais, conforme teorizava Kelsen (1998). Para este último autor, a norma

fundamental entende-se como uma norma mais elevada que as demais, uma norma pressuposta que confere validade as normas não fundamentais, também chamadas de normas inferiores dentro da escala hierárquica normativa.

Norma primária, então, pode ser melhor definida como a norma de observação obrigatória, pois dotada de sanção, a que todo indivíduo deve observância. É a norma em seu fim último, impondo o agir do homem. Pode-se comparar, como exemplo, com as normas penais que sujeitão o transgressor a uma pena na maioria das vezes restritivas de liberdade, ou as normas de cunho administrativo, as quais podem impor ao infrator uma pena pecuniária ou restritiva de direitos, como a suspensão do direito de dirigir.

Já as normas secundárias, tratadas como parasitárias, são aquelas que não atribuem deveres ao indivíduo, mas sim, poderes. O seu não exercício não tem como consequência uma sanção, logo, traz um faculdade ao indivíduo na condução de seus atos e negócios jurídicos. Elas "asseguram que os seres humanos possam criar ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência." (HART, 2001, p. 91).

Vê-se no conceito de regras secundárias até aqui apresentado, que para o direito privado elas são a sua maioria. O exercício da faculdade de contratar vem de uma regra secundária, sem sansão, e implica necessariamente em uma criação de normas primárias, aqui referidas em sentido amplo, restritas as partes contratantes. Por exemplo, quando inserem-se cláusulas penais nos pactos.

Já quanto às normas primárias, vê-se sua predominância na órbita do direito público, quando para fins de resguardar o chamado interesse público, criam-se normas primárias fortemente dotadas de sansão. Destaca-se que devido aos fenômenos da pós-modernidade e da globalização, as normas primárias estão presentes tanto no direito público quanto no direito privado. Há apenas uma predominância entre umas e outras, não havendo um rigor quanto esta separação. Mas, para fins didáticos, o exemplo é o que melhor se apresenta.

Esta distinção entre norma primária e secundária dada por H. L. A Hart (2001) importa em reconhecer uma diferença entre obrigação e dever. O autor esclarece que estes termos não são sinônimos, mas merecem ser empregados em situações bem ímpares. Isto se dá, pois haveria uma enorme diferença entre a coação sofrida por uma vítima de roubo à mão armada e a coação imposta a quem é levado a conduzir-se de determinada maneira por uma norma.

Quando alguém é coagido por um criminoso a entregar-lhe dinheiro, sob ameaça de morte, por exemplo, diz-se que o sujeito foi obrigado à tal fato. Desta forma, o poder da obrigação reside no temor fundado de que o sujeito passivo tem de sofrer um mal iminente, considerável e desproporcional, caso não obedeça ao comando. Assim, diante da certeza de que se não cumprir o comando irá padecer, a vítima, em tese, preferiria ao mal menor. Caso o mal infligido fosse insignificante, certamente a opção tomada seria exatamente contrária. E, neste caso, poder-se-ia, até mesmo falar em opção na mais pura acepção da palavra.

Por outro lado, situação completamente diferente seria a da pessoa que "tem a obrigação de", observar um comando legal. Neste caso, o fator psicológico do temor de um mal maior não seria preponderante para que o sujeito cumpra com o comando legal. Ou seja, mesmo tendo conhecimento de que a esperada punição nunca lhe alcance, ainda assim a obrigação subsiste para o indivíduo. Além de que, quando se afirma que certa pessoa "foi obrigada a", existe uma presunção de que realmente tenha feito. Diferentemente ocorre quando se refere em "ter a obrigação de", que não implica necessariamente no cumprimento da obrigação.

Enfatiza H. L. A. Hart (2001), que embora os homens não deixem de cumprir com suas obrigações por saber da improbabilidade de sofrer sansão, verifica-se um maior acatamento ao comando legal quando as chances da punição se apresentam mais elevadas. Assim, poder-se dizer que Hart adere ao senso de que a certeza da punição é o que confere eficácia as normas.

Contudo, quanto às normas não dotadas de uma sansão, como algumas regras sociais, porque são acatadas? Para tentar explicar a esta indagação, pode-se dizer que H. L. A Hart (2001) adentra ao campo da moral. Eis que surge então o dever. O dever está ligado diretamente a pressão social que é exercido sobre o sujeito para que haja de acordo com aquilo que a sociedade espera. Para ele, a obrigação representa puramente um vínculo à uma regra, enquanto o dever representaria uma dívida latente para com a própria sociedade.

Neste sentido, sendo a obrigação resultado de uma regra, seria a pressão social o elemento primário para que se atribua à uma regra uma obrigação ou não. Quanto maior a importância dada àquilo que se quer proteger, maior será a pressão neste sentido. Esta gradação da pressão é o fator elevaria a obrigação ao patamar de dever. Assim, uma norma que proíbe o uso de violência gera um elo de obrigação. Já a regra que impõe uma conduta pautada na honestidade ou na verdade, gera um vínculo de dever.

Este vínculo, seja de obrigação ou de dever, possuem características de renúncia, sacrifício, do interesse individual em face do interesse coletivo, fator que acaba por criar um constante conflito "em todas as sociedades, entre as verdades quer do advogado, quer do moralista." (HART, 2001, p. 97).

Quanto ao conflito, ele parece ser inerente ao direito. Se onde há Direito também há obrigação, onde houver obrigação resistida, haverá conflito. Poder-se ia ir mais longe afirmando que onde há obrigação sempre haverá conflito, mesmo que a obrigação não seja resistida. Pois se a obrigação implica em uma perda, em um sacrifício, mesmo que não aparente, sempre haveria um conflito de interesses.

Contudo, embora os pontos tratados aqui não esgotam a teoria de H. L. A Hart, a coerência de seu raciocínio apresenta imperfeições em alguns pontos, como na afirmação que uma obrigação sempre seja considerada um sacrifício ou uma renúncia. Sua teoria, também, não consegue explicar precisamente os sistemas jurídicos do Ocidente, embora, tenha caráter generalista.

Estas incoerências apontadas, nem por isso tiram o brilhantismo da teoria, pois se deve levar em consideração à época em que foi elaborada. Embora na atualidade a teoria não é perfeita, muitos de seus conceitos básicos continuam sendo adequados e contemporâneos, especialmente nos países que adotam a *Common Law*:

> [...] sua ideia de norma de reconhecimento é bastante utilizada pelos internacionalistas, sobretudo nos países de *common law*, como Estados Unidos, Reino Unido, Índia, Austrália, Nova Zelândia, África do Sul e vários outros. Quando se discutem os diferentes processos de proliferação normativa, nota-se uma forte evidência nos argumentos de Hart, entre os autores desses países. (VARELLA, 2012, p. 440)

E com o crescente fenômeno da internacionalização do direito contratual, as ideias de Hart acabam transcendendo os Estados que adotam o sistema *Common Law*, e tornam-se presente também nos Estados que compõe o sistema da *Civil Law*, onde predomina os ideais de Kelsen.

Como exemplo do que se afirma, têm-se as normas incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, que tratam dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, por meio da chamada CISG, que pode ser considerada uma espécie de subsistema jurídico com normas contratuais gerais fortemente influenciadas pelo sistema *Common Law*.

Hart coloca a norma como ponto central de seu sistema jurídico, como normas primárias e normas secundárias, normas de obrigação ou normas de poder, mas não foge a

logica de um grande sistema, que tem no reconhecimento da norma pela sociedade e pelo próprio Estado, como sua fonte de validade.

Assim, o funcionamento dos diversos sistemas jurídicos encontram uma segunda teoria explicativa, embora não seja ela a única, mas que ganha importância a partir da análise da existência de diversos sistemas, interagindo entre si, em um verdadeiro ciclo de construção e reconstrução.

2.3 O aperfeiçoamento do conceito de sistema jurídico por Niklas Luhmann.

O jurista alemão Niklas Luhmann, também entende ser o Direito estruturado sob a forma de um complexo sistema. Contudo, o sistema teorizado por Niklas Luhmann, ganha contornos mais precisos daqueles descritos por H. L. A Hart. Para ele, era necessário construir uma teoria de uma sociedade moderna que não se resumisse a meras descrições de procedimentos metodológicos ou na releitura de clássicos do passado, isso porque apesar da relevância de tais obras, eram de, alguma forma, insuficientes para entender o tempo presente.

Assim, Niklas Luhmann (2007) constrói uma teoria multidisciplinar e com caráter universalista. Estuda a sociedade como um organismo biológico, onde não há partes isoladas do todo, o elo capaz de que tais partes possam interagir é a comunicação. Como um sistema autopoiético funcional de forma fechada, a autorreferência seria condição essencial para sua constante reprodução, explicação e vinculação com o seu redor.

O sistema só pode ser explicado a partir de si mesmo, ele se auto explica e se auto reproduz. A ciência, por sua vez, tem o papel de estudar os fenômenos sociais, e não passaria de um subsistema da sociedade. Aliás, Niklas Luhmann (2007) deixa claro em sua teoria que todo sistema comporta dentro de si subsistemas, mas os quais estão todos interligados hierarquicamente ao seu redor, ao seu ambiente, ou seja, com o mundo externo. Por isso, sua teoria pode ser tida como multidisciplinar.

Assim, a sociedade seria um sistema abrangente, ou seja, comporta em si todos os demais subsistemas. Mas, ainda, é um sistema autopoiético, ou seja, se reproduz, se transforma, por meio da comunicação, sendo a comunicação o menor elemento do sistema, capaz de construir uma consciência comum coletiva e, também, pôr os diversos subsistemas sociais em contato.

Nesta visão de sistema social com semelhança a um organismo biológico, ligado pela comunicação, Niklas Luhmann (2007) traz da biologia alguns conceitos como o de "acoplamento estrutural", "cláusula operacional" e "determinação estrutural", os quais foram por ele reelaborados para encaixar-se na sua teoria sistemática comunicativa.

Se o elo entre o sistema e o mundo exterior é a comunicação, quando for necessário algum tempo para que ela opere seus efeitos, poderá, ocorrer o que o aquele autor chamou de desacoplamento temporal entre o sistema e o seu ambiente , ou seja, o seu mundo de contato. Por isso mesmo, o tempo tem grande importância para a operacionalidade do sistema, que deve desenvolver-se de modo a se organizar e se adaptar a seu próprio tempo, estando preparado para suportar e enfrentar eventuais surpresas. Então, o acoplamento estrutural é exatamente os pontos de contato entre o sistema e o seu redor (ambiente).

Já quanto à cláusula operativa, esta é a forma de organização do próprio sistema, a forma de construção de suas estruturas, ou ainda, formas de autoconstrução, já que tudo se produz dentro do sistema mediante operações próprias, que por isso é chamado de autopoiético. Dentre as funções da cláusula operativa descrita por Niklas Luhmann (2007), destaca duas: A primeira deve delinear como o sistema irá se comportar em suas futuras operações e, por segundo, formar as estruturas e esquemas de seleção que permitirão reconhecer e repetir situações invariáveis, generalizando-as.

Em relação a determinação estrutural, esta encontra-se intimamente ligada a autopoiese do sistema, ou seja, o sistema é determinado por si mesmo. E como na teoria de Niklas Luhmann tudo deve ser feito pela comunicação, a comunicação se determina pela própria comunicação, tudo em uma relação verdadeiramente circular, como ocorre em uma estrutura celular. Mas, não se deve confundir comunicação em si mesma com comunicação consigo mesma, isto não seria autopoiese

> Si se basa en el esquema de observación "sistema/entorno", la sociedad puede comunicarse *en* sí misma *sobre* sí misma y sobre su entorno, pero nunca *consigo* misma ni *con* su entorno. Porque ni ella misma ni su entorno pueden comparecer de nuevo en la sociedad — por así decirlo — como interlocutor, como dirección de la comunicación. Intentarlo sería un hablar al vacío, no activaría ninguna *autopoiesis* y, por tanto, no tendría lugar; la sociedad sólo es posible como sistemam autopoiético. (LUHMMAN, 2007, p. 69)

A razão disso seria que nem a comunicação, tampouco o exterior, podem retornar novamente para a sociedade com o mesmo *status quo*. Cada momento seria único na sociedade. E, esta outra teoria é tratada de forma paralela pelo francês François Ost, que a desenvolve com sabedoria em sua obra "O Tempo do Direito".

O sistema referencial de sociedade imaginado por Niklas Luhmann (2007), autopoiético, é também composto por subsistemas. Estes, por sua vez, cumprem com uma função de manutenção das estruturas sociais, do sistema maior. A ciência, por exemplo, seria um subsistema social com o propósito de dar a devida manutenção ao sistema social, que é maior.

Ainda, alguns subsistemas possuem mais energia que outros. Outros, são mais ricos em informação. Os últimos teriam a função de dirigir os primeiros, ou seja, os subsistemas ricos em informação dirigem os subsistemas ricos em energia. Entende-se como subsistema rico em energia aquele que diz respeito ao comportamento e a personalidade dos homens. Assim, as normas sociais enquanto subsistemas ricos em informação controlam e dirigem o comportamento humano, que é representado por um subsistema rico em energia (LUHMANN, 2007).

Diversamente ao que ocorre com a interação social, a organização social não é um fenômeno universal. A organização seria fruto de uma evolução ao longo do tempo que requer um alto desenvolvimento social. É por meio da organização dos sistemas sociais, como a economia e o direito, que se torna possível uma interdependência social, tanto autopoiético como com a cláusula operativa. Também, é por meio da organização, que se torna possível a tomada de decisões que por outro modo não se tomaria.

Assim, a teoria de Niklas Luhmman (2007) defende a ideia que a organização nada mais é do que a comunicação de uma decisão. A organização da comunicação exterior somente é possível por meio de uma hierarquia, que possui duas consequências: A primeira é que dentro de um subsistema possa surgir outro subsistema. A segunda é que dentre a hierarquia de subsistemas, surge o que aquele autor chama de cadeias de comando. E, por meio desta estrutura toda, torna-se possível a manutenção da autoridade sobre os homens.

Mas, esta teoria, apesar de ser de certo modo muito coerente, também não consegue esclarecer alguns pontos de um sistema jurídico, principalmente se for considerada como possível a existência de um sistema jurídico internacional, o qual nem sempre apresenta hierarquia com os seus subsistemas.

> [...] Os subsistemas jurídicos compreendem parte do sistema jurídico com elementos em comum, como o tema ou uma lógica de funcionamento. Um dos pontos a ser discutido no trabalho é a ideia de fragmentação ou unidade do sistema jurídico, em função da maior especialização dos subsistemas com o processo de globalização. Há diferentes autores que defendem que a especialização teria sido tão importante, que os subsistemas teriam ganhado autonomia em relação ao sistema jurídico, havendo vários sistemas jurídicos internacionais autônomos, enquanto outros defendem uma

> nova complexidade do sistema jurídico, com bases de identificação mais amplas, capazes de abarcar as diferentes especificidades dos subsistemas. (VARELLA, 2012, p. 21).

Apesar das divergências, em termos de normas internacionais contratuais, impende-se a identificar uma verdadeira autonomia entre diferentes sistemas jurídicos, especialmente aos que dizem respeito a normas de direito negocial. A pluralidade de fontes jurídicas em matéria internacional comercial, por exemplo, de fato demandam de uma maior análise acerca da coerência com a teoria dos sistemas de Niklas Luhmman, contudo, neste trabalho tal constatação não será investigada, já que fugiria ao problema inicialmente proposto. Traz-se esta incógnita apenas para fins ilustrativos de que toda teoria encontra suas imperfeições, mesmo que de forma apenas aparente.

2.4 A CISG enquanto um subsistema de normas jurídicas contratuais.

A CISG – Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Uncitral, simplificadamente conhecida como Convenção de Viena, como o próprio nome sugere, trata-se de um ato multilateral entre estados que disciplina os contratos internacionais de compra e venda de mercadorias. Embora tenha sido assinada pelo Brasil ainda 1980, somente se incorporou ao ordenamento jurídico pátrio em 16 de outubro de 2014, por meio do Decreto número 8.327/2014.

Considerando o crescente número de transações internacionais, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, a UNCITRAL (*United Nations commission on International Trade Law* - Comisssão das Nações Unidas sobre Direito do Comércio Internacional) já em 1964 havia elaborado dois textos normativos em Haia, onde o primeiro tratava da formação de contratos internacionais e o segundo tratava especificamente apenas sobre contratos de compra e venda.

Como houve baixa adesão dos estados nacionais a estas duas convenções, a UNCITRAL foi forçada a modificar aqueles textos de forma que, culminou, assim, no ano de 1980 a CISG, em Viena, que nasce com o propósito de uniformizar internacionalmente as regra e normas aplicáveis aos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias.

> A CISG estabeleceu um sistema unificado para reger os contratos internacionais de compra e venda de mercadorias. Atualmente sua relevância decorre, basicamente, de três pontos: (i) sua ampla aplicação no Direito Internacional, (ii) a possibilidade de normas de DIPRI aplicarem lei de país signatário da Convenção e (iii) a possibilidade de as partes se submeterem a ela voluntariamente. Além disso, admite-se a adesão parcial ao seu conteúdo.

> Por meio desses mecanismos, então, estima-se que a grande maioria do tráfego de mercadorias esteja, hoje, regulada por suas disposições. (GLITZ, 2014, p. 240).

Atualmente mais de 83 países são signatários da Convenção de Viena, sendo que deste total, segundo estimativa do Banco Mundial, são responsáveis pela produção de 90% de toda a riqueza do mundo. Desta forma, apesar de sua restrita abrangência (contratos internacionais de compra e venda de mercadoria), o texto legislativo da CISG não pode passar despercebido aos olhos do Direito Internacional Privado.

De fato, apesar da importância do setor regulamentado pela CISG, sua aplicação é restrita, ficando de fora de sua incidência os contratos de consumo, contratos de compra e venda de navios, aeronaves, títulos de crédito, valores mobiliários, etc. Sem contar, ainda, que ela "somente regula a formação do contrato, sendo expressamente retirada de sua abrangência a regulação da validade do contrato e de suas cláusulas". (GLITZ, 2014, p. 241).

Além disso, pode-se afirmar que em razão de sua especificidade de comandos e aplicação, a Convenção de Viena inseriu em nosso ordenamento comandos também especiais de formação e interpretação dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias.

> Entretanto, no que se refere à CISG, justamente para que este instrumento sirva como um corpo normativo único a todos os seus membros, a sua interpretação deve ocorrer sempre de forma autônoma, conforme suas próprias provisões e objetivos, de forma independente do direito doméstico. Ou seja, nesta tarefa, o intérprete deverá desvincular-se das concepções que possui acerca de seu direito nacional e realizar a interpretação com base no teor literal da CISG. Inclusive a interpretação do sentido do princípio da "boa fé" deve ser feita conforme as peculiaridades e exigências do comércio internacional e não sob a concepção da boa fé usualmente concebida em cada direito doméstico (GULLO, 2015, p. 16).

A CISG, em sua especialidade, revela um novo corpo jurídico decorrente do processo de descodificação do direito privado, sentida por todo o mundo a partir do século XX, especialmente naqueles países que adotam o sistema da C*ivil Law*. É um fenômeno intimamente relacionado com o avanço da pesquisa científica, do respeito às liberdades individuais e do liberalismo econômico dos estados, seja em prol de um capitalismo de massa ou não, mas que resultou em uma profunda e rápida mudança nas estruturas sociais, cuja regulação não pode ser acompanhada pelos engessados códigos.

As mudanças globais demandaram por parte dos estados respostas rápidas e apropriadas para o disciplinamento dos emergentes problemas, sempre muito específicos, fator que desencadeou uma crescente regulação fora dos códigos, por meio das leis especiais, as quais apesar de terem que se coadunar com o sistema constitucional, são tão peculiares que a função do Código tornou-se apenas residual.

Assim, a teoria dos sistemas de Niklas Luhmman em observar que dentro de um sistema tradicional do estudo do Direito poderia existirem subsistemas, os quais estão acoplados ao todo, ou ao ambiente, por meio da comunicação, e que se auto reproduz sempre que sofrer irritação, encontra correspondência com o processo de incorporação da CISG pelo Brasil, que mesmo ratificada em 1980, pode-se dizer que ficou desacoplada estruturalmente até que uma "irritação" advinda do mercado global forçasse seu transplante jurídico para dentro do sistema jurídico brasileiro.

Cabe destacar que a incorporação da CISG se deu por um ato de soberania do Estado Brasileiro, sendo que a partir de sua ratificação esta passa a ingressar no aparato legislativo do Estado, em uma verdadeira confirmação do monismo estatal enquanto único ente produtor de normas. Para esta teoria, o próprio direito negocial, símbolo último da autonomia da vontade privada, seria possível apenas em razão de uma implícita delegação de poderes do Estado para o súdito.

Apesar da coexistência de subsistemas jurídicos, conforme descrito por Niklas Luhmman, a (in)dependência da CISG pode ser analisada sob dois ângulos. O primeiro deles diz respeito enquanto parte de um sistema maior, que deve obediência às normas de reconhecimento expressamente constitucionalizadas, por isso fala-se de dependência entre sistemas; e, num segundo ângulo, em relação as normas secundárias de mesma natureza, que disponibilizam normas para a manutenção de relações entre particulares, constata-se eminente independência em relação ao chamado direito comum, presente no Código Civil.

Sob o prisma constitucional, a ideia de observância cogente das normas e princípios insculpidos na carta magna é inarredável. Mesmo em se tratando de norma decorrente de tratado internacional, verifica-se na CISG completa ausência de abordagem normativa de forma direta em relação à Direitos Humanos, a própria convenção ingressa no ordenamento pátrio sob a hierarquia de norma ordinária, logo, eventuais incompatibilidades serão de plano afastadas por inconstitucionalidade.

Em relação às normas secundárias, aquelas de criação de outras normas, como teorizava Herbert Lionel Adolphus Hart, identifica-se na CISG uma independência em relação às normas gerais presentes no Código Civil, especialmente no que é pertinente à formação e execução dos contratos, diferindo, assim, na abordagem obrigacional.

Esta independência, contudo, é relativa, já que pelos critérios tradicionais de colmatação das aparentes lacunas presentes na CISG, o direito generalista interno do Código Civil poderá ser

perfeitamente utilizado como fonte subsidiária à solução de eventual controvérsia, desde que, é claro, seja o Poder Judiciário brasileiro o órgão jurisdicional competente para o julgamento da contenda.

Ao lançar-se este olhar teórico sobre a incorporação pelo direito brasileiro da CISG, é possível identificar como os subsistemas jurídicos teorizados por Niklas Luhmman interagem para manterem-se íntegros e harmônicos. Nisso reside a atualidade da teoria, em sua autopoiese, que permite esta manutenção, mesmo que se de forma distinta entre diferentes Estados. O modelo brasileiro é um deles.

H. L. A. Hart, com sua teoria de um sistema jurídico composto por normas primárias e secundárias, também guarda pertinência com o modelo brasileiro de validação de normas jurídicas. Como percebe-se as normas de direito negocial, a exemplo da CISG, é composta predominantemente de normas secundárias de criação de outras normas que se tornarão primárias em relação às partes contratantes. Assim, as complexas teorias estudadas, embora inegavelmente sofram com os efeitos das mudanças sociais decorrentes da globalização, continuam guardando justeza e pertinência ao estudo da Teoria do Direito.

3 CONCLUSÃO

O sistema jurídico descrito por Hart, composto por normas primárias e secundárias, de obrigação e de poder, para sua época representou uma quebra de paradigma com as teorias até então existentes, onde que só se identificava uma norma quando esta estava carregada de sanção. Assim, a teorização de Hart ganhou o mundo.

Embora em momento posterior tenha sofrido fortes críticas advindas de Ronald Dworkin, apontando algumas falhas estruturais em sua teoria, Hart elabora um pós-escrito a fim de readequar alguns conceitos que admite serem falhos, mas, por outro, mantem e sustenta a adequação de sua teoria, principalmente por ter um caráter geral. Logicamente, outros autores como Hans Kelsen vão falar em norma fundamental e darão uma sistematização à teoria do direito, mas, a importância da teoria de Hart nem por isso desaparece.

Contudo, é com Luhmman que este sistema se torna ainda mais explicativo. Ao estudar um sistema social como o direito comparando-o a um sistema vivo, que se auto reproduz, que se irrita, o autor consegue explicar vários fenômenos jurídicos até então incompreendidos mesmo para os melhores teóricos da matéria. E com isso, Luhmman

também ganha destaque internacional, inclusive, destaque este merecido, já que o autor consegue sintetizar uma vida de pesquisas em uma única obra, “a sociedade da sociedade”.

Em contrapartida, observando-se as duas teorias apresentadas neste ensaio e comparando-as com a CISG, verifica-se que há coincidência de características que indicam a atualidade das teses, verificando-se a importância de estuda-las e reestuda-las, inclusive facilitam uma melhor compreensão de fenômenos jurídicos de importação jurídica a exemplo do que ocorreu com a CISG.

Entendendo a CISG como um subsistema jurídico de normas secundárias, inclusive podendo ser chamada de microssistema jurídico, com normas e princípios próprias, tanto de aplicação como de interpretação, proporciona ao jurista maior segurança ao trabalhar com o instituto, tanto no meio acadêmico e científico, quanto na labuta profissional da advocacia.

Evidentemente que o presente artigo não esgota a discussão, mas traz um olhar sob um novo ângulo sobre os pontos referenciais, que eventualmente possa nortear outras interpretações e outros olhares sobre os objetos em estudo, fato que por si já gratifica o presente trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Presidência da República: [Brasília], [2014]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em: 16 ago. 2015.

DWORKIN, Ronald. **La Justicia con toga**. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

GLITZ, Frederico Eduardo Zedenin. **Contrato, globalização e Lex Mercatória: Convenção de Viena 1980 (CISG), Princípios Contratuais Unidroit (2010) e Inconterms (2010)**. Rio de Janeiro: Clássica, 2012.

GULLO, Marcelli Fuzaro. **Proposta e aceitação: Estudo comparativo acerca da formação de contratos na convenção das nações unidas sobre contratos de compra evenda internacional de mercadorias e no Código Civil brasileiro**. Institututo Jurídico-Universidade de Coimbra. Lisboa, V. 7, Série D, 2015.

HART, Hebert L. A. **O conceito de direito.** 3. Ed. Lisboa: Fundação Caluste Gulbenkian, 2001.

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

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad.** Trad. Javier Torres Nafarrete. México: Universidad Iberoamericana/Herder, 2007.

OST, François. **O tempo do direito.** Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget. 1999.

VARELLA, Marcelo. **Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade**. Brasília: Uniceub, 2013.

DIMITRUK, Hilda Beatriz (Org). **Cadernos Metodológicos: Diretrizes do trabalho científico.** Chapecó: Argos, 2012.