

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS ESFERAS SOCIAIS AUTÔNOMAS, SEGUNDO O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL DE GUNTHER TEUBNER¹

Leonardo Cerqueira e Carvalho ²

SUMÁRIO: Introdução; 1. O tradicional modelo do constitucionalismo político-jurídico; 2. A globalização e suas repercussões sobre a teoria constitucional clássica; 3. O constitucionalismo social na globalização, segundo Gunther Teubner; 4. Os requisitos para a constitucionalização das esferas sociais autônomas; Conclusões; Referências bibliográficas.

RESUMO: A globalização e o aumento exponencial da complexidade social global produzido, principalmente, pelos avanços tecnológicos das últimas três décadas os diversos setores da sociedade provocaram uma crise no constitucionalismo jurídico-estatal. Nesse cenário, ganha musculatura a ideia de constitucionalização dos regimes sociais parciais e a consequente assunção de que, sob determinados critérios, eles podem firmar normas intrínsecas próprias com *status* constitucional. O presente artigo pretendeu responder acerca da exequibilidade desse novo formato constitucional. Para tanto, partiu-se de uma revisão bibliográfica direcionada aos principais autores da sociologia constitucional. Assim, após recordar brevemente as principais características do modelo clássico do constitucionalismo político-jurídico e os principais desgastes sofridos com a integração mundial e a hipercomplexidade da sociedade global, abordou-se a teoria do constitucionalismo social proposto por Gunther Teubner, dando ênfase aos requisitos materiais mínimos necessários para que as normas produzidas internamente pelos sistemas sociais parciais possam alçar à condição de normas constitucionais. Ao final, apresentou-se conclusão positiva quanto à viabilidade, quiçá, emergência, para a constitucionalização de normas produzidas internamente pelos diversos ramos sociais funcionais-autônomos.

PALAVRAS-CHAVE: Globalização. Sistemas sociais autônomos. Gunther Teubner. Constitucionalismo social.

THE CONSTITUTIONALIZATION OF AUTONOMOUS SOCIAL SPHERES, ACCORDING TO THE SOCIAL CONSTITUTIONALISM THEORY OF GUNTHER TEUBNER

ABSTRACT: Globalization and the exponential increase in global social complexity produced, mainly, by technological advances in the last three decades, the different sectors of society caused a crisis in legal-state constitutionalism. In this scenario, the idea of constitutionalization of partial social regimes gains muscle and the consequent assumption that, under certain criteria, they can establish their own intrinsic norms with constitutional status. This article intended to answer about the feasibility of this new constitutional format. To this end, a bibliographic review was started, aimed at the main authors of constitutional sociology. Thus, after briefly recalling the main characteristics of the classic model of political-legal constitutionalism and the main wear and tear suffered by world integration and the hypercomplexity of global society, the theory of social constitutionalism proposed by Gunther Teubner was addressed, emphasizing the material requirements minimum necessary so that the norms produced internally by the partial social systems can raise the condition of constitutional norms. In the end, a positive conclusion was presented regarding the feasibility, perhaps, emergency, for the constitutionalization of standards produced internally by the various functional-autonomous social branches.

KEYWORDS: Globalization. Autonomous social systems. Gunther Teubner. Social constitutionalism.

¹ Artigo Científico apresentado à disciplina “Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional”, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* - Mestrado em Direito Constitucional - pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), em 31 de maio de 2020.

² Advogado, mestrando em Direito Constitucional pelo IDP, sob a orientação do Ministro Gilmar Mendes

INTRODUÇÃO:

Com a icônica queda do muro de Berlin, encerrou-se uma fase “pós-imperial de construção estatal” (BRUNKHORTS, 2011, p.27) e de amadurecimento do direito internacional, ambos iniciados no pós-segunda guerra mundial. O mundo já não possuía mais barreiras geográficas intransponíveis e experimentava, pela primeira vez, um ciclo de transformações razoavelmente homogêneas, com a afirmação de instituições internacionais e transnacionais que alcançavam protagonismo a nível global. Enfim, essa aldeia global (MCLUHAN, 1962) passa a ter um único público e uma sociedade civil mundial que professa uma mesma cultura racional, antes destinada apenas ao ocidente. A democracia e o constitucionalismo são acolhidos como mantras a serem espalhados por todas as nações.

Todavia, de forma paradoxal, o processo de globalização também dá início ao enfraquecimento dos modelos estatais territorialmente delimitados, pois “a conclusão das mudanças revolucionárias do século XX (...) coincide com a globalização da ordem institucional básica da até então rudimentar integração normativa da sociedade mundial” (BRUNKHORTS, 2011, p. 26). Nesse amplo horizonte, as fraturas da sociedade passam a ser expostas sob a luz de holofotes transnacionais. A globalização encerra o estado de latência das constituições parciais sociais e cria a necessidade de um constitucionalismo social (TEUBNER, 2020, p. 51).

De fato, as constituições jurídico-política não conseguiram acompanhar as dinâmicas dos movimentos dos setores sociais autônomos, especialmente os de racionalidades cognitivas, tais como a ciência, os meios de comunicação em massa (v.g. internet) e, principalmente, a economia, que, por intermédio do capitalismo, opção dominante no pós-1989, avança de forma predatória sobre os demais setores sociais. Como alerta Brunkhorst (2011, p. 28):

O novo e consideravelmente fragmentado sistema constitucional da sociedade mundial inclui o poder administrativo do sistema de Estados, mas está longe de retomar o controle do capitalismo sistêmico global (turbocapitalismo global). Ao que tudo indica, parece que, desde 1989, quando o Estado nacional democrático alcançou todo o globo, o capitalismo triunfou sobre a democracia.

Há, de fato, claro atraso no ritmo com que o acoplamento estrutural da política e o direito tenta absorver o aumento exponencial das complexidades dos setores sociais e entregar respostas eficazes. Isso faz com que grandes corporações multinacionais dedicadas ao comércio internacionais, associações e outras

instituições privadas passem a construir suas próprias regras de conduta e governança. Quer dizer, os setores sociais, especialmente a economia, promovem uma auto normatização social, que passa a conviver com a produção normativa dos Estados nacionais. De outra banda, desvinculam-se da arena judicial como espaços destinados à solução de seus conflitos, privilegiando métodos e procedimentos próprios de resolução de seus conflitos.

O presente artigo, sem a mínima pretensão de esgotar o tema debatido, tenciona responder às seguintes inquietações: especialmente após a consolidação da globalização no pós-1989, há espaço para o estabelecimento de constituições sociais parciais ou ainda persiste a exclusividade do modelo constitucional político-estatal? Sendo possível essa fragmentação, sob que critérios as normas dos setores autônomos da sociedade podem ser consideradas constitucionais?

1. O TRADICIONAL MODELO DO CONSTITUCIONALISMO POLÍTICO-JURÍDICO:

O tradicional constitucionalismo surgiu ao final das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, sendo um produto da vitória do liberalismo sobre a soberania das monarquias europeias. Como explica Ricardo Campos, lembrando as lições de Reinhart Koselleck, nesse período “ocorre uma cisão na dimensão temporal entre espaço de experiência e horizonte de expectativa, onde conceitos incorporam a seus significados um momento de dinâmica ocasionado pela profunda transformação social.” (CAMPOS, 2016, p. 181).

As constituições surgem com a queda no *ius publicum europeum*, sendo um produto da modernidade (*Neuzeit*). Simbolizam a divisão entre Estado e sociedade, necessária àquela época como forma de, concomitantemente, instituir o poder político independente das demais fontes sociais e desvinculado do soberano. Sob a égide da separação dos poderes, as constituições nasceram como um artifício de caráter universal, revelador da vitória do direito positivo sobre o direito natural. Além disso, garantem as liberdades individuais, através da proclamação dos direitos fundamentais.

Por esse prisma, as constituições seriam compostas, basicamente, por dois grupos bastante heterogêneos: o primeiro trata da separação dos poderes, da forma e da organização do Estado e das regras de transformação da própria Carta Política; o segundo cuida dos direitos fundamentais. Ou seja, uma parte está ligada ao

ordenamento do Estado e a outra às relações entre esse e os cidadãos. Espelhando a divisão entre Estado e sociedade, aprofunda-se a dicotomia entre direito público e direito privado.

Independentemente de algumas divergências, os constitucionalistas clássicos, tais como Kelsen (2003), concordam que as constituições estão necessariamente vinculadas à figura de um Estado nação, territorialmente delimitado, que, além de se auto compor e auto organizar, condensa todo o poder político e detém a exclusividade na produção de normas jurídicas em sentido estrito. Seguindo a teoria de Rocha (2005), esse seria uma perspectiva de matriz teórica analítica. Pelo ângulo da sociologia constitucional, todavia, trata-se de uma “reação à diferenciação (moderna) entre Direito e Política e uma tentativa de resolver (ou esconder!) os seus problemas: o problema da soberania política e o problema da positivação (autodeterminação) do Direito.” (CORSI, 2001, p. 173).

Soberania, poder político e positivismo são, de fato, importantes fatores para se analisar o constitucionalismo. Gardbaum (2009), por exemplo, tendo a soberania como lente de observação, identifica quatro estágios da história do constitucionalismo. Na fase pré-constitucionalista, a soberania estava identificada de forma indivisível e absoluta no próprio soberano-monarca (*l'état, c'est moi*). Já no segundo momento, pós-revoluções do século XVIII, o pensamento constitucionalista já consegue evoluir para a soberania popular, ou seja, aquela que é delegada pelo povo a seus representantes, dos quais se pode exigir certos limites morais e/ou políticos no exercício do poder. Na sequência, o constitucionalismo impõe limites ao exercício do poder pelo soberano, especialmente, pela legalização de direitos fundamentais, inclusive os de conotação social, que, frequentemente, passam ser judicializados. Nesse formato, contudo, os limites e mecanismos de fiscalização são produzidos e têm eficácia apenas interna (constitucionalismo doméstico). No terceiro momento do constitucionalismo, essas barreiras territoriais são ultrapassadas e o exercício do poder político e o respeito aos direitos fundamentais passam a ser impostos pelo direito internacional, sendo interpretados e aplicados, também, por atores privados e estatais internacionais. Trata-se de um constitucionalismo global.

Com efeito, assim como aconteceu no período das grandes revoluções burguesas, o pós-segunda guerra mundial inicia um período de elevada pressão interna da sociedade exercida por movimentos de alta complexificação e

diferenciação, que se intensificam com a queda do muro de Berlim e a consolidação da globalização. A essa altura, o conceito clássico das constituições tradicionais, baseado no centralismo político estatal, sua exclusiva repercussão territorial e um absolutismo na produção normativa, entra em crise.

2. A GLOBALIZAÇÃO E SUAS REPERCUSSÕES SOBRE A TEORIA CONSTITUCIONAL CLÁSSICA:

Partindo do sonho dos Romanos e passando pelas grandes navegações, pelo colonialismo, pela forte urbanização do século XIX e, por que não, as duas grandes guerras mundiais, a humanidade sempre procurou diminuir distâncias e diferenças na sociedade mundial. Todavia, apenas com a queda do muro de Berlim escancararam-se as possibilidades de interação dos diversos ramos sociais autônomos, potencializando seus relacionamentos e, conseqüentemente, suas colisões e conflitos, marcas da hipercomplexidade que impregna a sociedade globalizada. A aldeia global não possui mais as amarras que deixavam os regimes sociais parciais em estado de latência. Ao contrário, a fragmentação da sociedade moderna em inúmeros setores sociais autônomos ganhou velocidade e profundidade com a globalização.

Realmente, esse fenômeno alterou a dinâmica dos sistemas político e jurídico, bem como dos demais subsistemas da sociedade. “A globalização traz consigo uma série de significados, porém o mais importante deles é a diferenciação funcional dos subsistemas sociais, tais como a política, a ciência, a economia e o direito, ou seja, trata-se de uma *globalização policêntrica* (...) A globalização é um processo policêntrico, no qual diversos âmbitos vitais superam seus limites regionais e constituem, respectivamente, setores globais autônomos” (TEUBNER, 2005, p. 87).

No que tange ao constitucionalismo, parece bastante claro que a globalização provocou efeitos diretos sobre a tradicional visão político-jurídico, ancorada na legitimidade democrática dos Estados nação e limitado por contornos territoriais. A incapacidade de apresentar soluções tempestivas para os problemas da sociedade fragmentada redirecionou a ideia de constitucionalidade para um regime normativo baseado em expectativas cognitivas. O dogma da territorialidade é superado pelo princípio da diferenciação setorial, reflexo da multidivisão da própria sociedade global. “Na sua forma atual, globalização é sinônimo de uma transformação do princípio

fundamental da diferenciação: uma mudança da diferenciação territorial rumo à diferenciação funcional no plano mundial” (TEUBNER, 2003, p. 12).

Repudiando a ideia de um constitucionalismo centralizado na exclusividade da figura do Estado, suposto único centro ou unidade de autoridade constitucional, Neil Walker afirma que “A relação entre as ordens jurídicas sociais é agora horizontal em vez de vertical - heterárquico em vez de hierárquico”³ (WALKER, 2002, p. 337) sendo “possível conceber autonomia sem exclusividade, ou seja, imaginar a autoridade suprema, ou soberania, em termos não exclusivos. Isto é devido ao surgimento de políticas cujas fronteiras impostas não são (ou não meramente) territoriais, mas também setoriais ou funcionais.”⁴ (WALKER, 2002, p. 335) Fechar os olhos para isso, segundo o autor, “é tentar forçar pinos quadrados em orifícios redondos e subestimar a extensão e distorcer o caráter da transformação que está em andamento”⁵ (WALKER, 2002, p. 337).

Poul F. Kjaer (2013), mesmo defendendo que a globalização proporcionou a expansão quantitativa e qualitativa do Estado, concorda que ele não possui uma centralidade essencial na sociedade ou um monopólio sobre todas as operações dos segmentos sociais, agindo como um “verniz fino encobrendo formas particulares e locais muito persistentes de ordenamento social, que operam abaixo do estado”.⁶ Para Kjaer

embora uma parte maior do globo seja gradualmente caracterizada por um tipo moderno de Estado, no qual uma forma limitada, mas generalizada de poder político é implantada em um terreno territorial, isso não significa que todas as operações sociais dentro do território em questão sucumbiram automaticamente ao poder político. O poder político permanece fundamentalmente incapaz de definir ou controlar, por exemplo, as crenças religiosas, a beleza da arte, o valor das notícias ou verdades científicas. A supremacia política existe apenas em relação às funções sociais específicas, embora muito fundamentais, do poder político, como o exercício legítimo da violência física.⁷

³ Tradução livre para “The relationship between social legal orders is now horizontal rather than vertical - heterarchical instead of hierarchical”

⁴ Tradução livre para “it is possible to conceive autonomy without exclusivity, that is, to imagine the supreme authority, or sovereignty, in non-exclusive terms. This is due to the emergence of policies whose boundaries imposed are not (or not merely) territorial, but also sectoral or functional”

⁵ Tradução livre para “is to try to force square pins into round holes and underestimate the extent and distort the character of the ongoing transformation”

⁶ Tradução livre para “vener covering up very persistent private and local forms of social ordering, which operate beneath the state.”

⁷ Tradução livre para “So even though a larger part of the globe is gradually characterized by a modern type of statehood, in which a limited, but generalized form of political power is deployed throughout a territorial terrain, this does not mean that all social operations within the territory in question automatically succumbed to political power. Political power remains fundamentally incapable of defining or controlling, for example, religious beliefs, the beauty of art, the value of news, or scientific truths. Political supremacy exists only in relation to the specific, albeit very fundamental, social functions of political power, such as the legitimate exercise of physical violence.”

Portanto, nesse novo modelo, a centralidade absoluta, hierarquia, preponderância e prevalência do poder político como *locus* medial de controle social sofre uma guinada no sentido de sua desestruturação (TEUBNER, 2020, p. 169/173), inclusive, uma inevitável e radical fragmentação legal. Na verdade, essa ideia de fragmentação do direito segundo diferenciações setoriais da sociedade e não por retirada das fronteiras territoriais já encontrava eco na sociedade mundial (*Weltgesellschaft*), teorizada por Luhmann na década de 1970 (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2012, p. 105).

O pluralismo jurídico oriundo da análise combinada da fragmentação jurídica global e da perspectiva sistêmica do direito aponta para uma interação dinâmica entre as inúmeras “faixas legais” que transitam no sistema social. A partir de uma visão que repudia as soluções estruturalistas e estanques para a questão monista, esse “novo” pluralismo jurídico apresenta-se como uma mudança da cadeia estrutura-norma-unidade-função para uma posição ligada ao processo-ação-diferença-codificação. Qualquer comunicação que observa uma ação sob o código binário legal/ilegal constitui parte integrante do discurso jurídico, já que

O pluralismo jurídico já não é definido como um conjunto de normas sociais conflitantes em um dado campo, mas como uma multiplicidade de diversos processos comunicativos que observa a ação social sob o código binário de legal / ilegal (...). Não é estrutura nem função, mas o código binário que define o que é legal no pluralismo jurídico (...). O novo pluralismo jurídico precisa mudar a ênfase e se concentrar na fragmentação de autoprodução social em uma multiplicidade de discursos fechados.⁸ (TEUBNER, 1991, p. 1.451/1.457)

Ao contrário dos Estados-nação, o direito global não se baseia mais na estrutura, com sua consistência normativa institucionalmente segura, mas, sim, em processos, derivando simplesmente dos modos de conexão entre operações legais que transferem legalidade vinculativa entre ordens legais heterogêneas. A “interlegalidade” operativa toma o lugar da unidade legal da lei global, pois

o direito mundial desenvolve-se a partir das periferias sociais, a partir das zonas de contato com outros sistemas sociais, e não no centro de instituições de Estados-nações ou de instituições internacionais. As *global villages* de áreas sociais parciais autônomas formam a nova Bukowina da sociedade mundial, na qual o direito vivo, de Eugen Ehrlich, ressurgiu nos nossos tempos. Aqui se localiza a razão mais profunda do fato de que nem as teorias políticas nem as teorias institucionais do direito, mas tão-somente uma teoria

⁸Tradução livre para: “Legal pluralism is then defined no longer as a set of conflicting social norms in a given social field but as a multiplicity of diverse communicative processes that observe social action under the binary code of legal/illegal (...). It is neither structure nor function but the binary code that defines what is legal in legal pluralism. (...) The “new” legal pluralism needs to shift emphasis and focus on the fragmentation of social self-production in a multiplicity of closed discourses”

– renovada – do pluralismo jurídico, pode fornecer explicações adequadas da globalização do direito. (TEUBNER, 2003, p. 14)

Com isso, perde força o monismo jurídico em face da multidimensionalidade do pluralismo jurídico global protagonizado por novos atores ou sujeitos produtores de normas, que representam subsistemas sociais autônomos (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2012, p. 1.004). De fato, “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” (TONET, 2018, p. 88).

Nessa perspectiva, até mesmo a consagrada ideia de Luhmann (2016, p. 545/588) sobre a constituição como um acoplamento estrutural que tem por missão promover a religação entre os subsistemas sociais autopoieticos (autorreferenciais) da política e do direito e, dessa forma, permitir ao direito positivo se converter num meio de conformação política, assim como ao direito constitucional se tornar um instrumento jurídico para a implantação de uma disciplinarização política, parece insuficiente, dissolvendo-se no mundo globalizado, policontextual, fragmentado, plural e heterárquico.

Isso ocorreu porque os efeitos da globalização atingiram cada subsistemas sociais em velocidades e intensidades distintas. Os sistemas orientados por estruturas cognitivas (economia, ciência, arte, comunicação em massa, etc.) tiveram uma dinâmica muito mais forte do que os setores de conotação normativa (política e o direito). Com isso, aqueles setores sociais, ao defenderem suas próprias autonomias, destituíram a liderança da política e a sua pretensa exclusividade/legitimidade para produção de normas legais. Passaram a figurar como verdadeiros subsistemas globais, que foram se desligando progressivamente da base político-legal dos Estados nacionais (TEUBNER, 2020, p. 84).

Essa tendência na direção de uma globalização/fragmentação do direito só foi possível com a consolidação da expansão de organizações internacionais, transações formalizadas e órgãos reguladores de regimes, que, para além da lógica dos tratados internacionais, estabeleceram-se como ordens legais autônomas que não se vinculam às fronteiras dos territórios dos Estados nacionais. Áreas como comércio externo, negociações trabalhistas, meio ambiente, atividades profissionais, direitos humanos, direito desportivo e, ultimamente, direito digital, constitucionalizaram-se através de parâmetros fundamentais globais e independentes, que passaram a ser objetos de regulações normativas construídas por novos atores privados, tais como grupos

empresariais multinacionais, sindicatos, entidades de classe profissionais, ONG's, *ISO, Social Accountability International*, tribunais arbitrais internacionais, etc.

Sempre foi intrigante a contradição entre a certeza de autorreprodução dos sistemas sociais autônomos a nível mundial e a exclusividade das instituições nacionais quanto ao reconhecimento de constitucionalização jurídico-política. O amadurecimento da globalização exigiu dos setores sociais uma dinâmica tão acelerada, que não poderia mais acatar uma exclusiva submissão à constituição jurídica-política, verticalmente apresentada pelo Estado nação. Como resultado, aprofundou-se um movimento desconstrutivo do conceito clássico de constituição. Sua fragmentação tornava-se inevitável e a constitucionalização dos setores autônomos da sociedade, através de suas as constituições intrínsecas, uma realidade.

Portanto, as discussões unitário-estatais que remontam os séculos XVII e XVIII são deixadas de lado em face de um constitucionalismo para além do Estado nacional. O conceito de constitucionalidade é ampliado, passando a abranger não somente a constituição política dos Estados nação, mas também as inúmeras constituições sociais não-estatais, que, de forma paralela ao processo legislativo, criam suas próprias normas.

3. O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL NA GLOBALIZAÇÃO, SEGUNDO GUNTHER TEUBNER:

Percebendo esse acentuado descompasso entre a velocidade das dinâmicas sociais e das mudanças normativas constitucionais realizadas pelo sistema político, Teubner afirma que é necessário se afastar desse totalitarismo constitucional e evoluir para uma fragmentação constitucional (TEUBNER, 2020, p. 124). Na verdade, para ele,

No mar da globalidade, formam-se apenas ilhas de constitucionalidade. Mostram-se pedaços esparsos de uma nova realidade constitucional global, que se caracteriza por meio da coexistência de ordens independentes, não apenas aquelas estatais, mas também aquelas de instituições sociais não estatais autônomas. (2020, p. 125)

O cerne desse discurso está na caducidade da ideia de unidade como único paradigma da teoria constitucional, que só se justifica no contexto inicial da modernidade dos séculos XVII e XVIII. Atualmente, deve ser imediatamente abandonado, em favor da constitucionalização das esferas autônomas e funcionalmente diferenciadas. Em tom de metáfora, Pierre Guibentif diz que, para as

doenças da sociedade, os remédios corretos são as constituições, as quais, em tempos de fragmentação mundial, devem ser entendidas como “dispositivos que assegurem a autonomia de cada sistema social diferenciado e o domesticam por dentro, a fim de evitar que agrida seu meio ambiente e, portanto, suas próprias condições de subsistência (2016, p. 46)⁹.

Na verdade, a nova bussola seria o constitucionalismo para além do Estado nacional-territorial, ou seja, sem submissão ou controle de um ponto único, um cume, um órgão central de monitoramento da sociedade. A constituição deve ser observada numa perspectiva sociológica de matriz pragmático-sistêmica (ROCHA, 2005), com foco na “observação da realidade social que põe em discussão outros modos de observação” (CORSI, 2001, p. 171).

Nesse sentido, Teubner fala de uma “dupla fragmentação da sociedade mundial”, a qual se revela por um lado (i) através da autonomização dos setores sociais globais que produzem suas constituições privadas em paralelo com as constituições nacionais, e por outro, (ii) com a perda da ilusão da possibilidade de uma constituição global, obstada especialmente pela fragmentação regional e cultural da sociedade, que estabelece uma pluralidade de bases e princípios próprios (TEUBNER, 2020, p. 303).

O que justifica a necessidade de se abandonar a fixação na unidade constitucional é a impossibilidade desse modelo acompanhar a alta velocidade das dinâmicas sociais espalhadas em todo o globo. Casos de escândalos públicos internacionais de diversas ordens ligados às violações de direitos humanos por empresas multinacionais, risco de mercados de capitais, corrupções na medicina e armazenamento de dados por organizações globais privadas, não encontram no paradigma constitucional monista mecanismos eficazes de solução.

Isso ocorre porque, se na criação das primeiras constituições jurídico-políticas a ideia era conter o poder político através da criação do Estado de direito, agora, a nova ordem constitucional tem outro escopo: liberar as energias de todos os sistemas sociais autônomos, para além dos Estados Nacionais, sem se descuidar com a vigilância sobre as tendências de efeitos destrutivos que isso pode provocar. Partindo da premissa de que uma maior diferenciação na sociedade moderna aprofunda a

⁹ Tradução livre para “dispositifs qui, à la fois, assureraient l'autonomie de chaque système social différencié et le dompteraient de l'intérieur, afin de l'empêcher de porter atteinte à son environnement et donc à ses propres conditions de subsistance.”

fragmentação interna do próprio direito (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2012), Teubner defende que a questão constitucional extrapola as raias do direito público, não sendo restrita ao processo político institucionalizado e às fronteiras territoriais de cada Estado nação.

Assim, a sociedade global contemporânea deve ser vista pela: (a) falta de estabelecimento de um centro jurídico/político e normativo constitutivo; (b) normativamente, contendo impulsos juridicamente restritivos que não estão concentrados em constituições centradas no Estado; e (c) extração da ordem normativa de uma multiplicidade de formas, freqüentemente (mas não necessariamente) articuladas como direitos (THORNHILL, 2011).

Afastando-se das teorias constitucionalistas e filosóficas da constituição, que se fundam, respectivamente, nas figuras do Estado e da política, Teubner reverbera uma nova questão constitucional, que se sustenta, basicamente, na união de quatro grandes plataformas de apoio: a) a moderna teoria dos sistemas autopoieticos (Niklas Luhmann); b) a sociologia da constituição (Chris Thornhill). c) teoria do *private government* (Philip Selznick), e, d) constitucionalismo societal (David Sciulli) (TEUBNER, 2020). Desse somatório, surge o constitucionalismo social, que não é “refém” de um modelo de acoplamento estrutural exclusivo entre o poder e o direito. Na verdade, todos os sistemas sociais podem e devem ser constitucionalizados, pois “numa sociedade fragmentada, formada por uma pluralidade de redes e sistemas funcionais (policontextualizada), não se encontra no plano mundial um equivalente funcional para o Estado nacional.” (TEUBNER, 2005, p. 74).

A tese sustentada por Teubner pode ser sintetizada na perspectiva de que as constituições são decorrentes de processos interdependentes de diferenciação social, caracterizados pela contingência dos direitos constitucionais. As sociedades contemporâneas, detentoras de legitimação política própria e de estruturas jurídicas valiosas, polivalentes, multicamadas e hierarquicamente orientadas, criam uma ordem constitucional informal, desvinculada do centralismo do Estado nação e, ao mesmo tempo, reveladoras de uma força quase constitucional ligada ao setor privado.

4. OS REQUISITOS PARA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS ESFERAS SOCIAIS AUTÔNOMAS:

Como se anotou, o aprofundamento da globalização, a alta fragmentação normativa e o crescimento da autonomia dos sistemas sociais parciais funcionais, especialmente representados pelos regimes transnacionais, reduziram o protagonismo do Estado territorial, passando a se posicionar, lado a lado com a coletividade política, como sujeitos constitucionais.

Porém, não se pode confundir policontextualidade com constitucionalismo social ou constitucionalismo sistêmico. Em outras palavras, nem toda produção normativa de regimes sociais autônomos revela constitucionalidade. Na verdade, a grande maioria não passa de espécies de normas de direito internacional público ou de uma juridificação “privadas”. Quer dizer, formulam apenas normas regulatórias, mas não normas genuinamente constitucionais. Segundo Teubner, a constitucionalização de tais normas sociais somente atingiria tal envergadura quando passassem pelo teste de qualidade consubstanciado na análise de alguns requisitos (TEUBNER, 2020, p. 206 e ss).

De início, é preciso observar que cada constituição parcial tem a função de regular a abstração de um meio de comunicação unitário e, com isso, garantir os efeitos socialmente abrangentes, independentemente do momento histórico. Divididas em constitutivas e limitativas, essas regras têm a tarefa de promover a diferenciação funcional da sociedade. Para tanto, é preciso que tais normas dos regimes sociais parciais globais sejam destravadas das amarras de um rígido acoplamento estrutural entre política e direito e, assim, possam

estruturar uma rede global de comunicação funcionalmente específicas em escala mundial. (...) As constituições dos regimes funcionais globais se concentram essencialmente no problema de que a diferenciação segmentária interna da política e do direito em unidades estatais restringe a interligação global de comunicações especializadas por funções. (TEUBNER, 2020, p. 164)

Ao tempo em que as tradicionais Cartas formais de âmbito estatal possuem normas de caráter majoritariamente constitutivo, as constituições sociais, mesmo sendo bastante libertadoras para os setores parciais, reforçando suas autonomias pelo descolamento do acoplamento estrutural rígido do direito junto à política, reclamam uma normatização limitativa, sob pena de expansionismos colonizadores entre tais setores. O constitucionalismo para além das constituições dos Estados nacionais enfraqueceu os limites às tendências expansivas dos sistemas funcionais especializados, o que libera também uma energia destrutiva orientada pelo individualismo de cada setor e, conseqüentemente, a colisão entre outras dinâmicas

sociais. Em razão disso, surge a necessidade de normas constitucionais sociais que combatam os perigos horizontais à integridade, ou seja, que consigam calibrar o necessário crescimento dos âmbitos sociais a níveis toleráveis, evitando, assim, colisões com outras dinâmicas parciais (TEUBNER, 2020, p. 167).

O instante crucial da constitucionalidade se revela na impossibilidade de proteção de decisão reflexiva e autocrítica sobre a autolimitação do crescimento do sistema social ou a completa destruição de sua energia expansiva. É nesse mínimo *delay* entre o desastre e a sua última proximidade que a constitucionalidade surge e a autolimitação se estabelece para deixar claro o limite entre crescimento necessário e patológico dos sistemas sociais (TEUBNER, 2020, p. 174).

Importante ressaltar que, mesmo sendo as autolimitações processos internos próprios de onde se retiram decisões sobre ações a serem tomadas pelos sistemas sociais autônomos, essa reflexão endógena é provocada por pressões e irritações do ambiente. Em outras palavras, as compulsões internas de crescimento sistêmico somente podem ser contidas por elementos de retenção de mesmo viés. O que existem são intervenções externas que despertam processos internos de descobrimento de soluções bloqueadoras de expansões, com vistas a evitar autodestruição sistêmica e/ou de dano ao ambiente. Nesse sentido, os direitos fundamentais possuem exatamente essa função protetiva, atuando ora como regras de colisão (eficácia excludente), ora como garantidor de participação de indivíduos ou grupos populacionais (eficácia inclusiva).

Também chama a atenção a constatação de que somente a política pode resolver o paradoxo de se colocar regras para limitar as próprias expansões sistêmicas, o que vem sendo feito através das constituições dos Estados nacionais. Os princípios do Estado de direito, por exemplo, surgiram como forma de limitar o poder absoluto do soberano, ou seja, a política colocou limites normativos ao inflacionado expansionismo do próprio sistema político. Como os demais sistemas sociais não podem inculir regras limitativas próprias, as constituições sociais se autofundam e constroem fronteiras internas por intermédio de seu próprio meio de comunicação intrínseco. Quer dizer, o sistema da ciência com a cognição, a economia com os meios de pagamento e assim por diante (TEUBNER, 2020, p. 213).

Ademais, as constituições sociais expressam seu caráter democrático através da forçosa reflexão interna dos sistemas parciais diante do dissenso. Essa reflexão ocorre em multiníveis e tem por finalidade promover “disputas” sobre as prestações

ao ambiente e sua função perante à sociedade, enquanto sistema mais amplo. Ela é realizada por intermédio de múltiplas instituições sociais, que convivem harmoniosamente nos dois âmbitos de diferenciação interna: o organizacional-profissional e o espontâneo. O primeiro é fruto de pressões de aprendizagem realizadas nos âmbitos espontâneos de outros sistemas funcionais e que tem objetivo promover uma adaptação aberta desse aprendizado, ou seja, outros mecanismos de abertura recíproca; já o segundo, que tem o dever de controlar o âmbito organizacional-profissional, se revela por uma multiplicidade descentralizada de processos comunicativos espontâneos e politizados, garantidos institucionalmente, por exemplo, pelos direitos fundamentais. Para Teubner,

Essa diferença espontâneo/organizado é o ponto de cristalização para uma constitucionalização que vai além do estágio constitucional atual. Trata-se, aqui, sempre da questão de ajustar o equilíbrio precário do âmbito espontâneo e do âmbito organizacional de forma sempre renovada e, ao fazê-lo, trabalhar especificamente contra a tendência que o âmbito organizacional tem em subjugar o âmbito espontâneo aos seus interesses próprios. (2020, p. 186)

Outro teste de qualidade anunciado por Teubner diz respeito ao surgimento de meta-código constitucional autônomo.

Como já se aduziu, as constituições sociais devem ser entendidas como acoplamentos estruturais entre direito e o sistema social-alvo e não somente entre direito e política, como desenhado inicialmente por Luhmann. O estágio final da constitucionalização do sistema social somente é atingido quando esse acoplamento se apresenta de uma forma tão densa e perene que surge um código constitucional autônomo, que diferencia a constitucionalidade da mera juridificação do sistema social parcial. Teubner o rotula de metacodificação híbrido-binária (2020, p. 218). Trata-se do meta-código “constitucional/inconstitucional”, que impõe às decisões uma nova fase adicional ao código jurídico binário “lícito/ilícito”. Além disso, sua hibridez faz com que essa reflexão seja imposta aos típicos códigos dos demais sistemas sociais. As irritações e pressões recíprocas formadas pelo acoplamento estrutural forte entre sistemas autônomos parciais iniciam um processo contínuo de dupla linguagem que reclamam constantes traduções pelas constituições sociais.

Nesse ponto, importante perceber que existem as comunicações policontexturais primárias, isto é, aquelas que possuem apenas relevância em seus próprios contextos, onde se desenvolvem e se aplicam de forma indiscriminada, materializando-se numa dinâmica de juridicização e, portanto, sob o binário código do subsistema do direito (legal/ilegal). Essas comunicações, porém, podem ou não

assumir caráter constitucional. Tudo depende se elas alcançam uma posição de policontextualidade reflexiva, pela qual re(criam) princípios fundamentais e passam a se submeter ao código constitucional/inconstitucional (TONET, 2018, p. 91).

Nas constituições sociais o protagonismo não está nos processos jurídicos, que possuem apenas atuação secundária, mas, sim, nos processos sociais. Isso ocorre porque elas almejam primeiramente a autofundação constitutiva (*Selbstkonstitution*) mediática de um sistema social, ou seja, a fixação de fronteiras para o ambiente (fechamento de primeira ordem) e o estabelecimento de sua identidade própria (fechamento de segunda ordem). Já a constitucionalização (*Konstitutionalisierung*), por sua vez, fica para um segundo momento e está ligada à dupla reflexividade entre o sistema social auto constituído e o direito que, na sua reflexividade, serve de suporte para essa auto fundação. Ou seja,

É pressuposto para uma constituição em sentido estrito, portanto, que se produza um acoplamento estrutural de mecanismos reflexivos do direito – ou seja, de normatizações jurídicas secundárias, nas quais normas são aplicadas a normas – com mecanismos reflexivos do setor social em questão. (TEUBNER, 2020, p. 210)

Nesse ponto, importante fazer menção à discordância de Fernando Tonet (2018, p. 94) à teoria de Teubner quanto à probabilidade de constitucionalização da produção normativa privada, como os códigos de conduta internos das empresas multinacionais. É que, enquanto para os defensores do constitucionalismo social há uma tendência de constitucionalização dessas normas, para os estudiosos do constitucionalismo sistêmico, a maioria dessa produção normativa não supera a ligação jurídica de legalidade, restritos ao código binário legal/ilegal.

Todavia, para ambos os autores, a passagem para a constitucionalidade é bastante estreita, condicionada à policontextualidade reflexiva de dupla observação (primária e secundária). Quer dizer, a condição para que se cogite de constitucionalização e não mera juridificação do sistema social parcial é que se tenham presentes não apenas normas primárias, mas, também, normas secundárias. Para Teubner, o critério decisivo para a distinção é a "reflexividade medial", que ocorre, por exemplo, quando

o poder regula o poder, quando operações monetárias regulam o fluxo de dinheiro, quando meta-teorias, epistemologia e metodologia regula o que é uma operação científica e o que é superstição, quando regras secundárias regulam regras primárias - geralmente, quando as regras especiais de meio de comunicação de um sistema funcional se torna reflexivo e regula uma operação de segunda ordem por suas operações de primeira ordem - só

então chegamos ao *proprium* de uma constituição. (TEUBNER, 2011, p. 277)¹⁰

CONCLUSÃO

Como afirma Elmauer, “De modo não muito distinto ao do período que marca o estabelecimento da sociedade moderna, bem como da diferenciação funcional dos sistemas jurídico e político, vivemos na atualidade uma fase de radical transformação do constitucionalismo.” (2016, p. 13). De fato, com o aprofundamento da globalização, o constitucionalismo iniciado na modernidade, fundado no monopólio jurídico-político do Estado nação territorialmente delimitado, experimenta uma grave crise, diante do seu enfraquecimento interno, aliado a uma pressão por novas formas de constitucionalização para além de suas fronteiras.

Segundo Marcelo Neves, o Estado deixou de ser o *locus* privilegiado de solução dos problemas constitucionais (2009, p. 256), cenário propício para o surgimento das “constituições intrínsecas”, que esvaziam o excessivo caráter intervencionista estatal ainda predominante. As constituições parciais definem a operacionalidade diferenciadora de um certo âmbito social com relação às expectativas, regras e instituições, exigindo, para isso, conformidade das respectivas normatividades.

É indiscutível a urgência na promoção de um constitucionalismo social a nível global, mediante o qual as demandas das diversas esferas sociais autônomas possam ser atendidas na forma e tempo adequados. A ideia de constitucionalizar todos os ramos sociais autônomos parte da impossibilidade de uma constituição político-jurídica-territorial responder de maneira condizente com todos os seus pleitos. Ou seja, é necessário que os regimes sociais produzam normas jurídicas relativamente de forma autônoma e parcialmente desvinculada do poder político de qualquer Estado nação, criando uma espécie de direito global, ordenamento normativo *sui generis*, fruto de reflexões setoriais próprias. No presente momento constitucional da sociedade global, tende-se para a *multilateralização do constitucionalismo* (ELMAUER, 2016).

¹⁰ Tradução livre para “power regulates power, when monetary operations regulate the flow of money, when meta-theories, epistemology and methodology regulate what is a scientific operation and what is superstition, when secondary rules regulate primary rules - more generally, when the special communication medium of a function system becomes reflexive and regulates in a second-order operation its first-order operations - only then have we reached the *proprium* of a constitution.”

A ideia de Constitucionalismo da sociedade (*Gesellschaftskontitutionalismus*) ou constitucionalismo social, portanto, afasta qualquer proposição reducionista de constituição atrelada ao poder político e ao Estado-centrismo, passando a revelar que as ordens sociais parciais devem ser constitucionalizadas, independentemente de forma escrita e formal, passando a produzir, de forma descentralizada, suas próprias normas de regência, em busca de uma estabilização.

O Estado perde sua centralidade e superioridade hierárquica, transferindo para a sociedade várias tarefas, dentre as quais, a exclusividade na produção de normas (poli-centralidade), inclusive, as constitucionais, que, paulatinamente, passam a ser obra de uma multiplicidade de setores sociais. Abandona-se a perspectiva de um ponto centralizador de axiomas jurídicos em face de uma de multiplicidade reflexiva de comunicações constitucionais, que são produzidas em diversos contextos (TONET, 2018, p. 90/91). Há um entrelaçamento dos códigos normativos privados e públicos.

Essa auto regulação ocorre porque a análise reflexiva dos diferentes discursos sociais, agora, ignora a existência de centro e periferia, o que remete à possibilidade de constitucionalização de acordo com o ponto do observador. De fato, inexistindo um único local privilegiado e específico para a descrição social correta, os regimes autônomos não estatais como o direito, a política, a economia, a religião, a ciência, a arte, etc., enfim, todos os subsistemas sociais, movimentam-se no sentido de validação, não apenas de suas próprias normatividades, mas de uma auto constitucionalização.

Entretanto, é necessário não cair na armadilha de acreditar que todas as normas produzidas pelos sistemas sociais autônomos podem ser qualificadas como constitucionais e não como meras regulamentações que ensejam juridificação. A condição para a constitucionalização de normas próprias dos setores sociais é o acúmulo de uma policontextualidade reflexiva de dupla observação (primária e secundária).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRUNKHORTS, Hauke. **Rumo a uma nova ordem global: vinte anos após 1989 e além.** In: RBCS, vol. 26, n. 77 out. 2011, pp. 25-30. acesso em 12/05/2020 em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092011000300004.

CAMPOS, Ricardo. **A metamorfose do direito global para uma genealogia do direito além do estado nacional no limiar do século XIX. Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas.** Coordenação Pedro Fortes, Ricardo Campos, Samuel Barbosa./ 1ª edição./ Curitiba: Juruá, 2016. v. 1.

CORSI, Giancarlo. **Sociologia da Constituição.** Tradução de Juliana Neuenschwander Magalhães. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n.º 39 (2001).

ELMAUER, Douglas. **Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno.** Direito. UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília, v. 2, n. 2, p. 11-43, 1 abr. 2016.

FISCHER-LESCANO, Andreas & TEUBNER, Gunther. **Colisões de regimes – a busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global.** In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p.105-155, jan./mar. 2012.

GARDBAUM, Stephen, **Human Rights and International Constitutionalism** (2009). Ruling the world? Constitutionalism, international law and global government, Jeff Dunoff and Joel Trachtman, eds., Cambridge University Press, 2009, UCLA School of Law Research Paper No. 08-01, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1088039>.

GUIBENTIF, Pierre. **For a Sustainable World Society by the Self-Constitutionalization of Differentiated Social Systems**, 93 Droit et Societe 455 (2016), Mar 31 16:44:19 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline).

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KJAER, Poul F. **Transnational Normative Orders: The Constitutionalism of Intra- and Trans-Normative Law**, 20 Ind. J. Global Legal Stud. 777 (2013). FONTE: Conteúdo baixado da HeinOnline Data da transferência: Ter 31 de março 14:32:03 2020.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

TEUBNER, Gunther. **The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism**, 13 Cardozo L. Rev. 1443 (1991).

_____. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional**. Tradução do alemão: Peter Naumann. Revisão técnica: Dorothee Susanne Rüdiger. Impulso, Piracicaba, 2003. https://siposg.furg.br/selecao/download/1065/Teubner2003_PluralismoJrco.pdf. acesso em 21/04/2020.

_____. **La constitucionalización de la sociedad global**. In: El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global. Lima: ARA Editores. 2005.

_____. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. Série IDP- linha Direito Comparado – 2ª ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

_____. **Horizontal Effect Revisited: A Reply to Four Comments**, 40 R & R 275 (2011). DATE DOWNLOADED: Tue Mar 31 14:38:11 2020 SOURCE: Content Downloaded from HeinOnline. acesso em 20/04/2020.

THORNHILL, Chris. **Constitutional Law from the Perspective of Power: A Response to Gunther Teubner**. 20 Soc. & Stud legal. 244 (2011). ALWD 6a ed. Heionline. Acesso em 09/04/2020.

TONET, Fernando. **Entre Cila e Caríbdis: O árduo caminho do constitucionalismo sistêmico**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Vale dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, 2018.

WALKER Neil, **The Idea of Constitutional Pluralism**, 65 Mod. L. Rev. 317 (2002).
FONTE: Conteúdo baixado da HeinOnline, Data da transferência: Qui 23 Abr 13:57:26 2020.