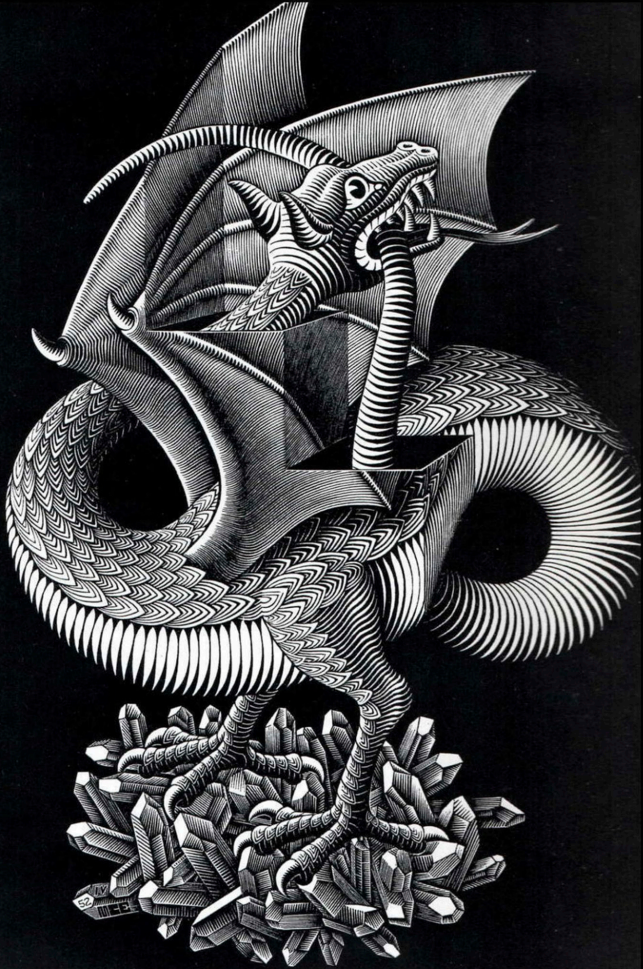


Leonel Severo Rocha
Bernardo Leandro Carvalho Costa
(Orgs.)

O Futuro da Constituição



Constitucionalismo
social em
Luhmann e Teubner



"O futuro da Constituição" é obra integrante de um projeto que tem se consolidado no âmbito da Sociologia Jurídica e do Direito Constitucional. Ao lado de outras publicações sobre a temática, principalmente "Atualidade da Constituição" (Porto Alegre, Editora FI, 2020), as pesquisas aqui consolidadas contam com o apoio do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Partindo-se do pressuposto de que a intersecção entre esses diferentes ramos do Direito é imprescindível à compreensão do fenômeno jurídico-constitucional em uma sociedade globalizada, adota-se uma perspectiva que une **Teoria Constitucional e Sociologia Jurídica** para observação e propostas de resolução de problemas constitucionais globais: o constitucionalismo social.



O futuro da Constituição

O futuro da Constituição

Constitucionalismo social em Luhmann e Teubner

Organizadores

Leonel Severo Rocha

Bernardo Leandro Carvalho Costa



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

Arte de Capa: "Dragon" por Escher

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (Orgs.)

O futuro da Constituição: Constitucionalismo social em Luhmann e Teubner [recurso eletrônico] / Leonel Severo Rocha; Bernardo Leandro Carvalho Costa (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

638 p.

ISBN - 978-65-5917-249-8

DOI - 10.22350/9786559172498

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Constitucionalismo social; 2. Filosofia; 3. Teoria do Direito; 4. Estado; 5. Sociedade; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação **11**

Leonel Severo Rocha
Bernardo Leandro Carvalho Costa

Parte 01 **Origem: fundamentos do constitucionalismo social em Luhmann e Teubner**

1 **23**

Constituição, autopoiese e acoplamento estrutural: Propostas e desafios do constitucionalismo social em Luhmann e Teubner

Leonel Severo Rocha
Bernardo Leandro Carvalho Costa

2 **57**

Epistemologia jurídica e construtivismo autopoietico: descentramento do sujeito lógico do conhecimento (?)

Jayme Camargo da Silva

3 **94**

Direito, política e âmbitos sociais parciais na configuração de uma nova ordem constitucional num mundo globalizado

Laerte Radtke Karnopp

4 **129**

A sociedade, o direito e a teoria dos sistemas: uma análise da visão de sociedade e seu direito de Niklas Luhmann

Leonardo Jensen Ribeiro

5 **156**

Constitucionalismo social e matriz pragmático-sistêmica: Observando a Posição da Constituição na Sociedade Complexa

David Denner de Lima Braga
Selmar José Maia

6 **178**

O meio ambiente no contexto global da fragmentação do direito

Tibério Bassi de Melo

No berço do constitucionalismo societal: recuperando o diálogo de David Sciulli com a sociologia da dominação de Max Weber

Mateus Di Palma Back

Teoria dos sistemas e constitucionalismo digital

Leonel Severo Rocha
Ariel Augusto Lira de Moura

Parte 02**Aplicação: fragmentação e eficácia horizontal dos direitos humanos no constitucionalismo social**

Sociedade global e eficácia horizontal dos direitos fundamentais em Gunther Teubner

Gabriel Pedro Moreira Damasceno
Lara Santos Zangerolame Taroco

Empresas transnacionais e o sistema do direito: um Estudo do Caso Chevron pela Teoria de Gunther Teubner

Larissa de Oliveira Elsner
Rafael Selicani Teixeira

ICANN e o Caso Amazon: sobre a complicada legitimidade da governança global

Maurício Pedroso Flores

Colisão e conexão das constituições transacionais: Diagnóstico da Fragmentação e Referências Empíricas

Maria Cândida Simon Azevedo
Péricles Stehmann Nunes

Compliance e autorregulação: uma análise sob o viés da Teoria da Fragmentação de Gunther Teubner e a sua aplicação no combate ao crime de lavagem de dinheiro

Arthur Henrique Klein
Marcelo Augusto Rodrigues de Lemos

14

425

Constitucionalismo social e administração pública: quando se ama o passado, o novo sempre vem?

Vinícius Filipin

15

455

Novas tecnologias e a constitucionalização da sociedade mundial: um estudo a partir de Gunter Teubner

Demétrio Beck Da Silva Giannakos
Mickhael Erik Alexander Bachmann
Priscila Anselmini

16

488

Liberdade de expressão no estado democrático de direito e a perspectiva reflexiva de Gunther Teubner

Carlos Arruda Flores

Parte 03
Perspectivas: diálogos com Luhmann e
Teubner na policontexturalidade social

17

519

Fragmentos jurídicos e compatibilidades normativas: repensando o reconhecimento, a antidiscriminação e a decolonialidade no direito global

Ellara Valentini Wittckind
Rodrigo da Silva Vernes Pinto

18

552

Direito e teoria social: um possível diálogo entre Gunther Teubner e Nancy Fraser

Luísa Giuliani Bernsts

19

573

Paradoxos, decisão e indeterminação: uma tentativa de aproximação entre Niklas Luhmann, Gunther Teubner e Giorgio Agamben

Leonel Severo Rocha
João Paulo Salles Pinto

20

602

Possibilidades de um Sistema de Justiça Indígena: Situação constitucional e algumas observações sobre a Colômbia

Tainá Viana
Marcelo Beckhausen

Apresentação

Leonel Severo Rocha
Bernardo Leandro Carvalho Costa

“O futuro da Constituição” é obra integrante de um projeto que tem se consolidado no âmbito da Sociologia Jurídica e do Direito Constitucional. Ao lado de outras publicações sobre a temática, principalmente “Atualidade da Constituição” (Porto Alegre, Editora FI, 2020), as pesquisas aqui consolidadas contam com o apoio do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

Partindo-se do pressuposto de que a intersecção entre esses diferentes ramos do Direito é imprescindível à compreensão do fenômeno jurídico-constitucional em uma sociedade globalizada, adota-se uma perspectiva que une **Teoria Constitucional** e **Sociologia Jurídica** para observação e propostas de resolução de problemas constitucionais globais: o constitucionalismo social.

Com esse intuito, inicia-se o presente livro (Parte 01) com uma caracterização geral dos contrastes entre a tradicional **Teoria Constitucional** e as atuais propostas sociológicas de observação do constitucionalismo, com ênfase nas propostas de Luhmann e Teubner.

A **Sociologia Jurídica** passa a ser o objeto da sequência (Parte 02), elencando e estudando caso a caso diversos exemplos de conflitos envolvendo Direito Constitucional que não poderiam ser observados pela teoria tradicional.

Por meio da apresentação das duas partes, sustenta-se a necessária existência de um constitucionalismo social que une ambas as perspectivas e se volta, sobretudo, para a observação dos problemas constitucionais que transcendem tanto as fronteiras dos Estados nacionais, existentes na tradicional Teoria do Direito Constitucional, quanto os limites da tradicional concepção sistêmica de Constituição em Luhmann, enquanto mediação dos sistemas sociais do Direito e da Política.

Considera-se por **constitucionalismo social**, essa perspectiva, uma teoria sociológico-jurídico-constitucional apta a observar manifestação dos problemas constitucionais da sociedade mundial em âmbitos que transcendem as fronteiras dos Estados Nacionais (globalização) e do alcance dos sistemas do Direito e da Política (fragmentação), buscando alternativas de vinculação comunicativa desses âmbitos a uma ponto comum: os direitos humanos, em um ambiente de sustentabilidade social apto a evitar sobreposições de diferentes racionalidades, e com propostas de efetivação social dessa vinculação nas diferentes organizações dos sistemas sociais.

A partir dessa definição, sustentada na primeira parte do Livro e aplicada na segunda parte, a obra agrega novas possibilidades de diálogos policontexturais entre as já mencionadas teorias de base do constitucionalismo social e outras teorias sociais de relevância reconhecida.

Assumindo, portanto, o constitucionalismo social como método, o presente livro tem como objetivos: 1) elencar os principais aspectos conceituais e fundamentos epistemológicos do constitucionalismo social; 2) aplicar o constitucionalismo social em casos concretos, demonstrando seu impacto na observação e sugestão para resolução de problemas de natureza global; e 3) abrir caminhos para possíveis diálogos teóricos entre o constitucionalismo social e outras teorias sociais;

Para tal, ao longo de intensos debates e de pesquisas realizadas ao longo do tradicional seminário “Sistemas Sociais e Direito” do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos no ano de 2021, bem como eventos do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito (CNPq), os pesquisadores que subscrevem a presente obra foram desafiados ao cumprimento dos objetivos acima estabelecidos.

Na **PARTE 01**, nesse aspecto, iniciamos a obra com o artigo **“CONSTITUIÇÃO, AUTOPOIESE E ACOPLAMENTO ESTRUTURAL: Propostas e desafios do constitucionalismo social em Luhmann e Teubner”**, apresentando ao leitor as concepções luhmannianas de Constituição enquanto acoplamento estrutural entre os Sistemas do Direito e da Política, e autopoiese, utilizada por Teubner para a observação dos Fragmentos Constitucionais na globalização. Assim, trabalha-se essa ideia desde as origens, nas teorias de Maturana e Varela, até às bases que formam o que denominamos de constitucionalismo social.

Na sequência, o trabalho de **Jayme Camargo da Silva** **“EPISTEMOLOGIA JURÍDICA E CONSTRUTIVISMO AUTOPOIÉTICO: descentramento do sujeito lógico do conhecimento (?)”** evidencia as categorias da teoria de Niklas Luhmann do que o próprio autor chamaria de “velho pensamento europeu”, comprovando as diferenças epistemológicas que colocam o constitucionalismo social como teoria mais apta à observação dos problemas jurídico-constitucionais em uma sociedade globalizada.

Em intuito semelhante, o trabalho de **Laerte Radtke Karnopp** **“DIREITO, POLÍTICA E ÂMBITOS SOCIAIS PARCIAIS NA CONFIGURAÇÃO DE UMA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL NUM MUNDO GLOBALIZADO”** destaca o momento histórico em que passou a ser possível observar a Constituição enquanto acoplamento estrutural entre os sistemas da Política e do Direito na sociedade moderna de

Luhmann, bem como evidencia o contexto em que a observação dessa relação é colocada na ordem da sociedade mundial por meio do constitucionalismo social.

Nesse processo evolutivo a sequência da obra conta com a pesquisa de **Leonardo Jensen Ribeiro** “*A SOCIEDADE, O DIREITO E A TEORIA DOS SISTEMAS: Uma análise da visão de sociedade e seu Direito de Niklas Luhmann*”, que elenca os pontos principais do que Luhmann concebe por “O Direito da Sociedade”, destacando a função do Direito no âmbito de um sistema maior e *omniabarcador*: o sistema social .

Com ponto de observação bem definido, o trabalho de **David Denner de Lima Braga** e **Selmar José Maia** “*CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E MATRIZ PRAGMÁTICO-SISTÊMICA: Observando a Posição da Constituição na Sociedade Complexa*” enquadra as pesquisas até então realizadas em um âmbito epistemológico comum, que denominamos de matriz pragmático-sistêmica, auxiliando de sobremaneira a definição metodológica das pesquisas realizadas no âmbito do constitucionalismo social.

Na sequência da obra, **Tibério Bassi de Melo** agrega à discussão as relevantes distinções entre sistema e ambiente na teoria de Luhmann e destaca o meio ambiente como elemento imprescindível de exemplificação dos problemas globais de uma sociedade fragmentada em seu artigo “*O MEIO AMBIENTE NO CONTEXTO GLOBAL DA FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO*”.

Mateus Di Palma Back, por sua vez, traça relevantes influências das teorias de Luhmann e Teubner, recuperando as contribuições da sociologia de Max Weber e de David Sciulli para a concepção de constitucionalismo social em seu trabalho “*NO BERÇO DO CONSTITUCIONALISMO SOCIETAL: recuperando o diálogo de David Sciulli com a sociologia da dominação de Max Weber*”

Fazendo uma transição entre as concepções teóricas de Luhmann acerca da Constituição, e abrindo espaço às concepções constitucionais de Teubner, contamos com a contribuição de **Ariel Augusto Lira de Moura** no capítulo “**TEORIA DOS SISTEMAS E CONSTITUCIONALISMO DIGITAL**”, fechando a primeira parte da Obra e iniciando discussão que une as observações elencadas anteriormente com a parte subsequente da Publicação, fornecendo elementos teóricos para a aplicação proposta a seguir.

Na **PARTE 02**, após uma construção teórica rigorosa sobre os pressupostos epistemológicos e conceituais para a compreensão do constitucionalismo social, passa-se a buscar elementos para sua aplicação na observação e construção de soluções aos problemas constitucionais na ordem global.

Iniciando essa proposta, **Gabriel Pedro Moreira Damasceno** e **Lara Santos Zangerolame Taroco** colocam os direitos fundamentais como possível centro de limitação e constitucionalização dos fragmentos constitucionais. Assim, em uma sociedade globalizada, em que o Estado não possui mais o monopólio da produção jurídica e da aplicabilidade de suas sanções, faz-se imprescindível sustentar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como destacam em “**SOCIEDADE GLOBAL E EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM GUNTHER TEUBNER**”.

A aplicação e defesa prática dessa tese é demonstrada na sequência por **Larissa de Oliveira Elsner** e **Rafael Selicani Teixeira**. Em trabalho que utiliza caso relevante de violação de direitos humanos por empresa transnacional: o “*Caso Chevron Texaco*”, demonstra-se tanto a repercussão transnacional do Caso, envolvendo a disseminação dos danos causados a diferentes países, como as dificuldades do Sistema do Direito para dar respostas a um caso de natureza global. Assim, o capítulo

intitulado “**EMPRESAS TRANSNACIONAIS E O SISTEMA DO DIREITO: um Estudo do Caso Chevron pela Teoria de Gunther Teubner**” trabalha-se -de modo inédito em termos de constitucionalismo social- as repercussões do Caso na ordem global, bem como as tentativas de efetivação de sentenças estrangeiras do Caso em diversos países, incluindo o próprio Brasil.

Os direitos fundamentais no âmbito da *internet*, reforçando a tese sobre a existência de uma Constituição Digital, contrastam os dois pontos de vista elencados no início da apresentação. De um lado, há uma Teoria do Direito Constitucional, voltada à observação dos Estados Nacionais como centro de tomada de decisões e resoluções de conflitos na sociedade; de outro, por meio da Sociologia Jurídica, pode-se observar a disseminação dos processos de comunicação jurídica e de tomada de decisões em relação a conflitos sociais para além do âmbito estatal. Na sequência do livro, nesse contexto, **Maurício Pedroso Flores** apresenta o capítulo “**ICANN E O CASO AMAZON: sobre a complicada legitimidade da governança global**” e demonstra como, as decisões tomadas pela ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) no âmbito da *internet* em conflito envolvendo a disputa de uma empresa transnacional (Amazon) e de um país (Brasil) acerca da relação entre o nome da empresa “Amazon” e uma região geográfica brasileira “Amazônia” colocam em no centro da discussão todas as afirmações que servem como base para a formação de um constitucionalismo social.

Propostas de observação prática seguem na segunda parte da obra com o capítulo de **Maria Cândida Simon Azevedo** e **Péricles Stehmann Nunes** “**COLISÃO E CONEXÃO DAS CONSTITUIÇÕES TRANSACIONAIS: diagnóstico da fragmentação e referências empíricas**”, elencando elementos empíricos para a discussão teórica acerca das constituições transnacionais e caracterizando o trabalho como uma

referência de cunho sociológico. Neste ponto, para além da constatação dos problemas jurídico-constitucionais da globalização, que envolvem o embate de diferentes racionalidades dos fragmentos constitucionais (colisões), são evidenciadas possíveis soluções (conexões) entre essas racionalidades. Trata-se de algo que Luhmann denominava de acoplamentos estruturais; e que Teubner tenta renovar com base na sustentabilidade sistema/ambiente, como se verá.

A adaptação dos tradicionais sistemas do Direito e da Política à dinâmica globalizada de sistemas sociais com maior disseminação na ordem global, a exemplo do Sistema da Economia, é demonstrada na ordem prática pelo capítulo de **Arthur Henrique Klein** e **Marcelo Augusto Rodrigues de Lemos**. Nesse sentido, em *“COMPLIANCE E AUTORREGULAÇÃO: uma análise sob o viés da Teoria da Fragmentação de Gunther Teubner e a sua aplicação no combate ao crime de lavagem de dinheiro”* demonstra-se a governança global marcada pela troca de informações entre países e organizações para o combate ao delito de lavagem de dinheiro comandada pelo Grupo de Ação Financeira Internacional, tendo o Brasil como um dos fortes atuantes nesse contexto.

Observando as evoluções no ponto de vista do Estado enquanto organização do Sistema da Política, encarregada de tomar decisões coletivamente vinculantes no contexto de um país específico, **Vinícius Filipin** elenca as possíveis contribuições do constitucionalismo social nas necessárias inovações a serem consideradas pela Administração Pública no contexto da sociedade mundial em seu capítulo *“CONSTITUCIONALISMO SOCIAL E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: quando se ama o passado, o novo sempre vem?”*

Na sequência, **Demétrio Beck Da Silva Giannakos**, **Mickhael Erik Alexander Bachmann** e **Priscila Anselmini** demonstram como as novas tecnologias representam uma inovação em termos de uma sociedade

global representada pela comunicação. Assim, passando por temas emergentes no âmbito da Economia do Conhecimento e da Inteligência Artificial, busca-se uma proposta de constitucionalização da sociedade mundial por meio da teoria de Teubner no capítulo “**NOVAS TECNOLOGIAS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA SOCIEDADE MUNDIAL: um estudo a partir de Gunter Teubner**”

Encerrando esta parte, o capítulo de **Carlos Arruda Flores**, intitulado “**LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PERSPECTIVA REFLEXIVA DE GUNTHER TEUBNER**” retoma o tema “liberdade de expressão”, já trabalhado em outros capítulos, mormente nos conflitos envolvendo direitos fundamentais na internet, e apresenta uma abordagem da temática voltada às decisões dos tribunais enquanto organizações centrais do Sistema do Direito, atrelando essa observação ao referencial teórico de Teubner.

A **parte 03** do Livro, a transdisciplinariedade passa a ser o centro da discussão. Propondo-se uma abertura de observação próxima à linha proposta por Teubner em “Direito, Sistema e Policontexturalidade”, **Ellara Valentini Wittckind** e **Rodrigo da Silva Vernes Pinto** apresentam o artigo “**FRAGMENTOS JURÍDICOS E COMPATIBILIDADES NORMATIVAS: repensando o reconhecimento, a antidiscriminação e a decolonialidade no direito global**”, destacando as possibilidades de um olhar latino-americano sobre a questão da fragmentação constitucional.

Na sequência, em linha semelhante, **Luísa Giuliani Bernsts** apresenta o capítulo “**DIREITO E TEORIA SOCIAL: Um possível diálogo entre Gunther Teubner e Nancy Fraser**”, sustentando as possibilidades de aproximação entre as observações sistêmicas da sociedade, enquanto teorias sociais, e a perspectiva de Nancy Fraser, destacando as perspectivas comuns e os diálogos teóricos possíveis.

Propostas de aproximações entre diferentes teorias sociais seguem com o artigo “**PARADOXOS, DECISÃO E INDETERMINAÇÃO: Uma tentativa de aproximação entre Niklas Luhmann, Gunther Teubner e Giorgio Agamben**”, de autoria de Leonel Severo Rocha e João Paulo Salles Pinto.

O contexto latino-americano de observação e resolução de problemas sociais retorna ao debate no final do Livro. Assim, a Colômbia, que já foi cenário de observação da observação policontextural de Teubner a partir da obra de Gabriel Garcia Marquez (*A crônica de uma morte anunciada*), volta ao centro da discussão com o capítulo de Tainá Viana e Marcelo Beckhausen “**POSSIBILIDADES DE UM SISTEMA DE JUSTIÇA INDÍGENA: situação constitucional e algumas observações sobre a Colômbia**”, evidenciando o potencial descritivo e prescritivo da sociologia sistêmica na região latino-americana.

Um agradecimento especial aos pesquisadores Ellara Valentini, Larissa Elsner e João Paulo Salles Pinto por tornarem este projeto possível!

Almejamos, sobretudo, que os textos aqui indicados sirvam como fonte crítica para novas pesquisas na área!

Boa leitura!

São Leopoldo, agosto de 2021.

Parte 01

Origem: fundamentos do constitucionalismo social em Luhmann e Teubner

Constituição, autopoiese e acoplamento estrutural: Propostas e desafios do constitucionalismo social em Luhmann e Teubner

*Leonel Severo Rocha*¹
*Bernardo Leandro Carvalho Costa*²

1 Introdução

Em um cenário de ordem global funcionalmente diferenciada, o que Luhmann³ classifica como sociedade mundial, fazem-se necessárias novas leituras da teoria constitucional.

Frente ao papel insuficiente da teoria tradicional do constitucionalismo moderno para a constatação da existência de novos atores no contexto mundial, bem como para o deslocamento dos centros de tomada de decisão do âmbito limitado dos Estados Nacionais, é de suma importância o trabalho de autores que se dedicam ao estudo da sociologia das constituições, ramo de intersecção entre sociologia sistêmica e teoria constitucional.

Nessa transição, necessário se faz atentar para as diferentes matrizes da teoria jurídica, pontos de partida para observar a teoria do Direito.

Na classificação proposta por Rocha⁴, já revisitada e atualizada⁵, podem ser observadas as três diferentes correntes epistemológicas que

¹ Doutor em Direito pela *École des hautes études en sciences sociales* de Paris, com estudos de Pós-doutorado em Sociologia do Direito pela *Università degli Studi di Lecce*. Coordenador executivo do programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Mestrado e Doutorado, CAPES 6). Leonel@unisinis.br.

² Doutorando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Bolsista CAPES/ PROEX. bernardoleandro@me.com.

³ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

⁴ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinis, 2005.

⁵ ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia jurídica: revisitando as três matrizes. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo, RS, v.5, n.2, jul./dez, 2013. Disponível em: <<http://revistas.unisinis.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

predominam na observação do fenômeno jurídico, sendo elas: a analítica, a hermenêutica e a pragmático-sistêmica.

Em termos de Direito Constitucional, as observações diferenciadas, baseadas em cada uma das matrizes citadas acima, formam o que denominamos de “As 03 fases do constitucionalismo”⁶, que, nesta ordem, representariam: separação dos poderes (analítica), garantia de direitos (hermenêutica) e constitucionalismo social (pragmático-sistêmica).

As necessárias transições históricas entre as matrizes epistemológicas para observação do Direito são também destacadas por outros autores, a exemplo do trabalho de Bobbio⁷, que evidencia a transição da estrutura à função na teoria do Direito. Referida trajetória teórica passa a ser o ponto de partida de autores que vêm desenvolvendo os principais aspectos da sociologia do constitucionalismo.⁸ No Direito Constitucional em específico, Canotilho⁹ sustenta a necessária observação por meio da matriz pragmático-sistêmica no fenômeno que denomina de “interconstitucionalidade”.

Levando em conta essa necessária transição também no âmbito da teoria constitucional, o presente trabalho, partindo de uma análise, tendo em vista a matriz pragmático-sistêmica da teoria jurídica contemporânea e da sociologia das constituições, tem por objetivo apresentar cenários atuais do constitucionalismo social (3ª fase do Direito Constitucional),

⁶ COSTA, Bernardo Leandro Carvalho.; ROCHA, Leonel Severo. O Constitucionalismo Social como terceira fase do Direito Constitucional. In: XI Congresso Internacional da ABraSD: trabalhos completos SOCIOLOGIA JURÍDICA HOJE: cidades inteligentes, crise sanitária e desigualdade social, 2020, Porto Alegre. **Anais do XI Congresso Internacional da ABraSD: trabalhos completos SOCIOLOGIA JURÍDICA HOJE: cidades inteligentes, crise sanitária e desigualdade social.** Porto Alegre: Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito, 2020. v. 1. p. 894-903.

⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

⁸ Nesse sentido: TORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions.** Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective. New York: Cambridge University Press, 2011. FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo:** Constituição e teoria dos sistemas. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2017.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **'Brançosos' e interconstitucionalidade:** itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

centrando-se na explicitação sobre os elementos necessários para a compreensão da concepção de Constituição nas teorias de Luhmann e Teubner.

Para tal, far-se-á uma apresentação dos principais elementos que formam a base da terceira fase do Direito Constitucional, baseada na matriz pragmático-sistêmica, cujo autor referência é Luhmann¹⁰. Neste ponto, será destacada a concepção de Constituição na Teoria dos Sistemas Sociais como a representante inicial de uma observação sociológico-sistêmica do constitucionalismo, enfatizando-se a definição de autopoiese, oriunda das teorias de Maturana e Varela¹¹, como condição necessária para a compreensão das observações subsequentes do constitucionalismo social.

Em sequência, serão explorados os estudos de Teubner¹² acerca de problemas que envolvem o atual cenário do constitucionalismo em um contexto global. Com vinculação direta à concepção de autopoiese na teoria de Luhmann, será demonstrado o que Teubner¹³ concebe por fragmentação constitucional, elencando os problemas e alternativas destacadas nesta proposta.

O problema a ser explorado no presente artigo é a fragmentação constitucional e a insuficiência teórica de se pensar o Direito Constitucional como ramo atrelado somente à separação dos poderes e garantia de direitos, sem conceber o modo como o fenômeno da globalização impacta diretamente as relações entre Direito e Política, não estando mais restritas aos territórios dos Estados nacionais.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

¹¹ MATURANA ROMESÓN, Humberto.; VARELA GARCIA, Francisco J. **El arbol del conocimiento: las bases biológicas del conocimiento humano**. Madrid: Debate, 1996.

¹² TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹³ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

Como proposta de superação a essa limitação, serão apresentados os elementos que fundam o que denominamos de constitucionalismo social: uma teoria constitucional apta a observar e buscar alternativas de solução aos problemas constitucionais globais.

Na linha de frente, como ponto de partida para essa observação, serão discutidos os elementos imprescindíveis para a compreensão da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann¹⁴ como a origem dos conceitos estudados no constitucionalismo social, especialmente suas concepções de autopoiese social e acoplamento estrutural, cuja origem é baseada em uma metáfora organicista da sociedade, inspirada nos trabalhos de dois autores latino-americanos: Maturana e Varela.¹⁵

A sequência do estudo traz a aplicação prática dessa conceituação, destacada na construção teórica de Teubner¹⁶, mormente sua concepção de fragmentação constitucional. Utilizando-se da concepção de autopoiese em Luhmann, Teubner descreve o modo contínuo de autonomia e autorreprodução das constituições civis no ambiente da globalização, demonstrando como a constitucionalização ocorre atualmente em um cenário diferente do verificado em termos de autonomia dos sistemas sociais do Direito e da Política descritos por Luhmann.

Trata-se, portanto, de um estudo que traz para discussão um autor que fornece a base conceitual para observação da Direito Constitucional por meio de uma nova perspectiva: Luhmann; e uma proposta de aplicação prática desse referencial teórico ofertada por Teubner. São dois autores considerados fundamentais para a compreensão do constitucionalismo social, conforme demonstra-se a seguir.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

¹⁵ MATURANA ROMESÍN, Humberto; VARELA GARCIA, Francisco J. **De máquinas de seres vivos**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997. p. 91.

¹⁶ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

2 Autopoiese e acoplamento estrutural: pressupostos metodológicos do constitucionalismo social em Luhmann

Em diferentes épocas e escolas de pensamento, a Teoria Constitucional foi objeto de estudos de renomados autores. Desde a França e as importantes considerações de Carré de Malberg¹⁷, os portugueses Canotilho¹⁸ e Jorge Miranda¹⁹, as contribuições de Peter Häberle²⁰ na Alemanha ou os estudos de Ackerman²¹ e Sunstein²² nos Estados Unidos, entre outros, o constitucionalismo é tema central em estudos jurídicos.

Ao passar do tempo, o cenário de observação do Direito Constitucional foi abrindo espaço ao Direito Internacional, tema que Kelsen²³ dedica boa parte de uma de suas principais obras.

Na sequência, a partir do fenômeno da globalização²⁴, alterações substanciais passaram a ser constatadas nas relações entre Direito e Política e nas clássicas concepções de nação, soberania nacional e poder constituinte.²⁵

Partindo dessas alterações, uma série de autores têm se debruçado acerca de estudos ligados à sociologia do constitucionalismo. Em tal proposta, parte-se de uma análise com fulcro na matriz pragmático-sistêmica da teoria jurídica para observar a teoria constitucional por meio das relações entre os diferentes sistemas no âmbito do sistema social.

¹⁷ MALBERG, R. Carré De. *Contribution a la théorie générale de l'État*. 1. ed. Paris: Recueil Sirey, 1920. 2 v.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

¹⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito constitucional*: Tomo IV: Direitos fundamentais. Coimbra Editora, 1999.

²⁰ HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y constitución*: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002.

²¹ ACKERMAN, Bruce A. *Nós, o povo soberano*: fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

²² SUNSTEIN, CASS. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

²³ KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

²⁴ ZOLO, Danilo. *Globalização*: um mapa dos problemas. São José, SC: Conceito Editorial, 2010.

²⁵ THORNHILL, Chris. 2016, The Sociological Origins of Global Constitutional Law. in A Febrajo & G Corsi (eds), *Sociology of Constitutions*: A Paradoxical Perspective. Routledge, Abingdon, p. 99-124.

Nessa linha de pensamento, o fundo metodológico é a Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann.²⁶

Essa proposta, diferenciando-se das perspectivas anteriores, que denominados de normativistas ou hermenêuticas, permite considerar o constitucionalismo social como uma terceira fase do Direito Constitucional²⁷. A posição inicial é fornecida pelo conceito de sistema social de Luhmann²⁸, considerando-se a sociedade como um amplo sistema que abrange toda a comunicação possível no mundo.

A partir dessa consideração, parte-se para a concepção de diferenciação funcional da sociedade, por meio de seus diferentes sistemas sociais. Nesta observação, são destacados os sistemas do Direito e da Política, que, a partir de uma ponte de ligação que os conecta (acoplamento estrutural) possibilitam a observação da Constituição na teoria sistêmica.²⁹

Nesta perspectiva, as relações entre os sistemas da Política e do Direito-entre outras- realizadas no âmbito da sociedade mundial são o objeto de análise das primeiras perspectivas do constitucionalismo social, cuja compreensão da concepção de Constituição em Luhmann é imprescindível.³⁰

Para Luhmann, dois conceitos fundamentais oriundos de uma teoria organicista da sociedade são imprescindíveis para descrição da dinâmica de formação e evolução dos sistemas sociais: autopoiese e acoplamento estrutural.

²⁶ LUHMANN, Niklas. **El derecho de La sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002 p. 40.

²⁷ COSTA, Bernardo Leandro Carvalho.; ROCHA, Leonel Severo. O Constitucionalismo Social como terceira fase do Direito Constitucional. In: XI Congresso Internacional da ABraSD: trabalhos completos SOCIOLOGIA JURÍDICA HOJE: cidades inteligentes, crise sanitária e desigualdade social, 2020, Porto Alegre. **Anais do XI Congresso Internacional da ABraSD: trabalhos completos SOCIOLOGIA JURÍDICA HOJE: cidades inteligentes, crise sanitária e desigualdade social**. Porto Alegre: Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito, 2020. v. 1. p. 894-903.

²⁸ LUHMANN, Niklas. **El derecho de La sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002 p. 40.

²⁹ LUHMANN, Niklas. **El derecho de La sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002.

³⁰ LUHMANN, Niklas. **El derecho de La sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002 p. 40.

Nos campos da biologia e da medicina, o processo de autopoiese (autorreprodução dos seres vivos) é visto com base na seleção própria de elementos externos à célula a partir de uma codificação que lhes é competente, capaz de excluir os demais elementos do entorno na autorreprodução, de maneira a representar uma teoria revolucionária encampada pelos cientistas latino-americanos Maturana e Varela. Assim: “Autopoiese implica subordinação de toda troca no sistema autopoietico à manutenção de sua organização autopoietica e, como esta organização o define como unidade, subordina toda fenomenologia do sistema à conservação de sua unidade.”³¹

Em termos de teoria social, Luhmann utiliza-se dessa concepção para descrever o modo como os sistemas sociais se autorreproduzem a partir de processos que envolvem a seleção da comunicação que faz parte do seu entorno com base no código binário que lhe é próprio. Assim, o Sistema do Direito é um sistema autopoietico na medida em que, de todas as comunicações possíveis da sociedade, ele é capaz de selecionar apenas o que é comunicação jurídica com base no seu código binário direito/não direito.

Há, por vezes nessa seleção, a inclusão de elementos comunicativos do entorno que passam a integrar o Sistema do Direito nesse processo, passando -o que não eram antes- a fazerem parte da comunicação jurídica. A esse processo Luhmann chama de evolução. Esse movimento por ser provocado por irritações do entorno, a exemplo de manifestações sociais reivindicativas de direitos, é reconhecido principalmente por meio das comunicações tematizadas como decisões, oriundas dos tribunais, organizações que representam o centro do Sistema do Direito.

³¹ MATURANA ROMESÍN, Humberto; VARELA GARCIA, Francisco J. *De máquinas de seres vivos*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997. p. 91.

A evolução, todavia, assim como a autorreprodução, mencionada na concepção de autopoiese, é realizada com base na conservação da unidade do próprio sistema em seu processo de autopoiese. O Direito, portanto, ainda que agregue constantemente elementos comunicativos que antes não eram jurídicos por meio de seleções, nunca deixa de ser um sistema baseado na codificação binária direito/não direito.

Há um ponto de observação própria, portanto, que permite com que o Sistema do Direito seja baseado apenas nessa racionalidade que lhe é específica, observando as comunicações sociais como jurídicas ou não jurídicas. Esse tipo de racionalidade (de observação dos fatos com base no critério jurídico) é característica tanto dos sociais atores que se comunicam por meio do Sistema do Direito (quotidiano), quando pergunto “-tenho direito a algo?” ou “exijo meu direito”, quanto dos atores que estão no âmbito da comunicação organizacional.

Assim juízes que decidem e comunicam o que é e o que não é direito; e advogados, que diariamente pleiteiam respostas sobre direito/não direito e irritam constantemente o Sistema para a inclusão de novas categorias jurídicas no entorno do Direito por meio de atuações nos tribunais, são representações desse processo de evolução jurídica. Nessa seleção, todavia, o direito nunca perde sua unidade, afinal, o processo de autorreprodução (autopoiese) é baseado sempre no código binário direito/não direito.

Por essas circunstâncias, Luhmann cunhou a expressão, também com influência em Maturana e Varela, de que “o fechamento é a condição da abertura”.³² Assim, para que o Direito evolua, precisa-se saber o que é e o que não é direito agora. É preciso fazer, sobretudo, um processo de distinção entre os sistemas sociais.

³² LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 102.

Do mesmo modo, o Sistema da Política, cuja comunicação específica é baseada no código binário governo/oposição, tendo como função a tomada de decisões coletivamente vinculantes no âmbito de sua organização, o Estado, é um sistema autopoiético e diferenciado em relação ao Direito. Todos os processos de seleção no Sistema da Política são realizados, de igual modo, por meio de um padrão que mantém a unidade do Sistema.

Uma vez delimitadas e diferenciadas as estruturas internas de cada sistema social, caracterizando seus processos de seleção e autorreprodução com base em elementos próprios que mantêm a unidade do sistema, é possível observar, de igual modo, a existência de pontos de contato contínuos entre as estruturas dos referidos sistemas sociais. Esse ponto de observação, conceituado por Maturana Varela da dinâmica dos seres vivos e utilizado por Luhmann em teoria social é denominado de acoplamento estrutural: “O acoplamento surge como resultado das modificações mútuas que as unidades interatuantes sofrem, sem perder sua identidade, no decurso de suas interações.”³³

Esses pontos de contato contínuos (acoplamentos estruturais) surgem quando um sistema social utiliza simultaneamente seus pressupostos comunicativos e os elementos de outro sistema no momento da comunicação. No caso do Sistema da Política, a partir de determinado momento da história, mormente em eventos ao longo dos séculos XII e XIII, cada decisão da organização do Sistema da Política que se formava (mais tarde passando a ser o Estado) necessitava de uma fundamentação jurídica para a sua legitimidade.³⁴

³³ MATURANA ROMESÍN, Humbert; VARELA GARCIA, Francisco J. *De máquinas de seres vivos*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997. p. 91.

³⁴³⁴ THORNHILL, Chris. *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 43.

Referido acoplamento contínuo de estruturas (acoplamento estrutural) entre Política e Direito representa o que Luhmann denomina de Constituição. Assim, toda vez que o Estado decide, ainda que com base na lógica governo/oposição com o intuito de aplicar seu poder coletivamente vinculante, essa decisão precisa estar fundamentada em um elemento jurídico, sob pena de controle pelos tribunais (organização do Sistema do Direito).

A Constituição em Luhmann, portanto, forma-se pelo acoplamento estrutural entre Direito e Política. Tal concepção passa a ser a base para os estudos do constitucionalismo social, a exemplo do próprio trabalho de Thornhill, que descreve historicamente esse processo de consolidação das constituições, diferenciando as teorias anteriores de observação do Direito Constitucional em relação à teoria sistêmica:

A análise normativa concentra-se no aspecto generalizado da legitimidade. Observa, geralmente, a legitimidade como um atributo do sistema político apto a providenciar justificativas gerais e racionais para o referido sistema, a partir da descrição de documentos escritos, seja por meio da análise de constituições, direitos constitucionais ou demais atos legislativos. A análise histórico-sociológica foca no aspecto fático da legitimidade. Sustenta que o sistema político mantém legitimidade por meio do monopólio objetivo do poder, observando a legitimidade (e o poder) como objetos simbólicos, generalizados pelo sistema da política, não por causa de seu conteúdo substancial, mas em referência aos padrões sociais de determinada sociedade.³⁵ (tradução livre).

³⁵ “Normative analysis concentrates on the generalized aspect of legitimacy. It sees legitimacy as the attribute of a political system able to provide nationally generalized justifications for itself and to reflect such justifications, usually by means of a constitution and constitutional rights, in all its legislative acts. Historical-sociological analysis focuses on the factual aspect of legitimacy. It argues either that a political system maintains legitimacy through its objective monopoly of social power, or it sees legitimacy as a symbolic commodity, which a political system generalizes, not because of its substantive content, but through reference to the belief patterns or the social structure of a given society.” TORNHILL, Chris. *Towards a historical sociology of constitutional legitimacy*. **Theory and Society**. [S.l.], V. 37, n. 2, p. 164.

Essa leitura da Constituição enquanto acoplamento estrutural entre Direito e Política pode ser observada como uma referência não apenas no trabalho de Thornhill³⁶, cujo objeto principal é a disseminação do meio “poder” nas relações sociais ao longo da história, mas também nos recentes trabalhos de Febbrajo³⁷ e sua distinção entre constituição formal e material.

Para a perspectiva de Teubner³⁸, todavia, a ideia de fragmentação constitucional parece muito mais vinculada à concepção de autopoiese em Luhmann. Nesse sentido, o processo de autonomia das constituições civis descritas no ambiente da globalização aproxima-se da ideia sistêmica de autorreprodução dos sistemas sociais com base em elementos próprios e com vistas à manutenção de sua unidade.

O maior desafio para Teubner, nesse sentido, é pensar mecanismos de acoplamento estrutural entre esses novos fragmentos de constituição e a uma comunicação constitucional capaz de limitar os processos de avanço desenfreado desses novos âmbitos parciais, a exemplo do que a Constituição tem feito ao longo da história na concepção de Luhmann, conforme se demonstra a seguir.

3 Fragmentação constitucional: a perspectiva de Teubner sobre o constitucionalismo social

A proposta de Teubner³⁹ para descrever o atual cenário da teoria constitucional é fortemente influenciada pela sociologia sistêmica de Luhmann⁴⁰. Nesse sentido, seu trabalho se enquadra em uma leitura feita

³⁶ THORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective**. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 43.

³⁷ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo: Constituição e teoria dos sistemas**. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2017

³⁸ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

³⁹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

a partir da matriz pragmático-sistêmica da teoria jurídica contemporânea.⁴¹

Da influência sistêmica, Teubner⁴² utiliza fortemente de um dos conceitos fundamentais da teoria de Luhmann⁴³: o de sociedade mundial.

Considerando a sociedade não mais como um conjunto de indivíduos, mas como espaço de comunicação, Luhmann⁴⁴ descreve a sociedade mundial como o ambiente que abarca toda a comunicação possível no mundo; ponto a partir do qual, quando se fala de sociedade em Luhmann⁴⁵ se está considerando o mundo como um todo, sem destacar, em um primeiro momento, as diferenças regionais. Essa perspectiva é exemplificada, na descrição de Nafarrate⁴⁶, como galáxia da comunicação.

Perspectiva diversa a partir da teoria de Luhmann⁴⁷ é explorada por Marcelo Neves⁴⁸ (em trabalho anterior) e Aldo Mascareño⁴⁹, com destaque para as diferenças regionais no âmbito da Teoria dos Sistemas Sociais.⁵⁰

A partir da sociedade mundial, Teubner⁵¹, na sequência de trabalhos anteriores⁵², delimita o foco (amplo foco) em que fará sua análise de um dos pontos atuais do constitucionalismo: a fragmentação constitucional.

⁴¹ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

⁴² TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴³ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

⁴⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Introducción e traducción de Ignacio Izuzquiza. Barcelona: Paidós, 1990.

⁴⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Introducción e traducción de Ignacio Izuzquiza. Barcelona: Paidós, 1990.

⁴⁶ NAFARRATE, Javier Torres. **Galáxias de comunicação: o legado teórico de Luhmann**. Lua Nova, n. 51, p. 144-161, 2000.

⁴⁷ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

⁴⁸ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

⁴⁹ MASCAREÑO, Aldo. **Diferenciación y contingencia en América Latina**. Ediciones Universidad Alberto Hurtado: Santiago de Chile, 2010.

⁵⁰ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

⁵¹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵² TEUBNER, Günther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**: Piracicaba: UNIMEP, 2005.

Falando de comunicação e não mais de indivíduos enquanto contexto social, portanto, Teubner⁵³, a exemplo de Luhmann⁵⁴, justifica sua proposta fundada em uma matriz “[...] complexa, não naturalizada e pós-ontológica da sociedade e de suas normas.”

Ao lado da concepção de sociedade mundial, que por vezes chama de sociedade global, o conceito luhmanniano de diferenciação funcional é de suma importância para a teorização de Teubner⁵⁵, especialmente para caracterizar o que concebe por globalização.

Para Luhmann⁵⁶, há uma evolução social histórica demonstrando que, a partir de determinado momento (final do século XVIII na Europa) a comunicação que caracteriza a sociedade passa a ser organizada por meio de diferentes sistemas, cada qual encarregado de selecionar um tipo de comunicação específica (Direito, Política, Religião, Economia, entre outros). Já em Teubner⁵⁷, a globalização se desenvolve em concomitância ao processo de diferenciação funcional que, iniciadas na Europa e na América do Norte, passaram, a partir da globalização, a serem observáveis em uma perspectiva mundial.

Para Teubner⁵⁸ “A diferenciação funcional da sociedade não é uma questão de decisão política fundamental, mas sim um processo evolutivo complicado, no qual distinções diretivas fundamentais se cristalizam gradualmente e instituições especializadas se formam de acordo com sua lógica própria.”

⁵³ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 28.

⁵⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema**: la ambición de la teoría. Introducción e traducción de Ignacio Izuzquiza. Barcelona: Paidós, 1990.

⁵⁵ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵⁶ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

⁵⁷ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 91.

⁵⁸ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 70.

Nesse cenário de globalização (diferenciação funcional espalhada por todo o globo terrestre) Teubner⁵⁹ afirma que alguns dos sistemas mencionados por Luhmann⁶⁰ (Religião, Ciência e Economia) se estabeleceram facilmente em nível mundial. Por outro lado, os sistemas da Política e do Direito- pontos centrais em sua análise- permanecem como esferas a serem observadas no contexto dos Estados Nacionais.

A partir dessa consideração, surge a problemática abordada por Teubner⁶¹:

“[...] -como os sistemas parciais podem adquirir maior grau de autonomia no plano global, caso não haja instituições político-jurídicas que apoiem esse processo?”

Na teoria sociológica de Luhmann⁶², base para a proposta de Teubner, os sistemas sociais caracterizam-se, no seu âmbito de individualidade, além da seleção de um tipo de comunicação específica, por dois tipos de função: uma função comum e outra específica. A função comum dos sistemas sociais é reduzir complexidade no contexto da sociedade mundial. A função específica varia de sistema a sistema. A do Sistema Direito é estabilizar expectativas em relação a decepções possíveis; a do Sistema da Política é tomar decisões coletivamente vinculantes.⁶³

Levando-se em conta função específica de cada sistema e da capacidade de selecionar os elementos (comunicação) que formam o seu interior, Luhmann⁶⁴ considera que os diferentes sistemas sociais são

⁵⁹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 91.

⁶⁰ LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: lineamentos para una teoría general. Barcelona: Anthropos, 1998.

⁶¹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 92.

⁶² LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes: 2016. p. 545-588.

⁶³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes: 2016. p. 545-588.

⁶⁴ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

autopoieticos, ou seja, capazes de produzir/selecionar os elementos que o compõem por meio da autonomia que lhes é própria.

Nesse cenário é possível elucidar a problemática proposta por Teubner⁶⁵. Se, por um lado, os sistemas sociais com maior capacidade de reprodução a nível mundial são dotados de autonomia (Religião, Ciência e Economia) e, portanto, capazes de selecionar seus próprios elementos e exercer sua função específica a nível global, por outro lado, sistemas como Direito e Política encontram-se majoritariamente limitados ao âmbito de atuação dos Estados Nacionais, fato que lhes impede o exercício pleno das funções que o caracterizam.

Assim, uma vez que o Sistema da Política, cuja função é tomar decisões coletivamente vinculantes utilizando-se de um meio de comunicação simbolicamente generalizado (poder)⁶⁶, e o Direito, encarregado de estabilizar expectativas em relação a decepções possíveis, estão limitados ao âmbito dos Estados Nacionais, os demais sistemas citados por Teubner⁶⁷ (Religião, Ciência e Economia) possuem maior capacidade de expansão. Esse é o ponto central da problemática de Teubner⁶⁸.

Baseado nesses fatos, Teubner⁶⁹ destaca que, com o surgimento de regimes transnacionais, os processos políticos de poder (código de Sistema da Política) deslocaram-se para as mãos de atores coletivos privados. Assim, o contexto de análise constitucional não pode mais ser calcado na

⁶⁵ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶⁶ LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creuset de Rezende Martins. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

⁶⁷ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶⁸ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶⁹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 25-26.

centralidade de Estado e Política. Tal perspectiva justifica o âmbito de estudos da sociologia das constituições.⁷⁰

O Sistema da Economia é um dos exemplos utilizados por Teubner⁷¹ para caracterizar a tendência expansionista de determinados sistemas sociais ante a ausência da forte presença dos sistemas da Política e do Direito no cenário global. Caracterizado pelo código binário lucro/não lucro e utilizando-se do meio de comunicação simbolicamente generalizado do dinheiro, o Sistema da Economia, como sistema autopoietico, representa um dos sistemas com inclinações expansionistas na sociedade mundial, formando o que Teubner⁷² denomina de constituição econômica autônoma:

Propriedade, contrato, concorrência, instituições monetárias- essas instituições fundamentais formam, no ordoliberalismo, a constituição econômica autônoma, que não se esgota nas normas do direito constitucional estatal, mas sim resulta de uma interação entre autorregulação econômica, conhecimento das ciências econômicas e normatização jurídico-política.

Inicialmente, a conceituação de constituição utilizada por Teubner⁷³ está diretamente ligada ao conceito de autopoiese explorado por Luhmann⁷⁴ a partir da influência dos estudos biológicos desenvolvidos por Maturana e Varela⁷⁵.

⁷⁰ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 27.

⁷¹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 27.

⁷² TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 74.

⁷³ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 112.

⁷⁴ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

⁷⁵ MATURANA ROMESÍN, Humberto; VARELA GARCIA, Francisco J. **El árbol Del conocimiento**: Las bases biológicas del conocimiento humano. Madrid: Debate, 1996.

Se, por um lado, Luhmann⁷⁶ descreve as possibilidades de observação da consolidação histórica dos sistemas sociais na sociedade mundial, cada qual com seu tipo de comunicação e funções específicas, determinando seus limites face ao entorno e suas possibilidades de evolução por meio de um processo autônomo comparado à autopoiese dos sistemas vivos e psíquicos (Autopoiese); por outro, Teubner⁷⁷ vale-se dessa concepção para observar o modo como os regimes privados (de modo autopoietico) dotam-se de autonomia no âmbito da sociedade mundial, reproduzindo comunicação jurídica e com o poder de vincular e limitar atos de comunicação de outros sistemas na ordem global, formando verdadeiras constituições para além dos tradicionais sistemas do Direito e da Política.

Portanto, o que Luhmann observa como autopoiese dos sistemas sociais, Teubner descreve como a formação de constituições parciais na sociedade mundial.

Além da concepção de autopoiese, outro conceito fundamental da Teoria do Direito explica a terminologia adotada por Teubner em sua teoria: a ideia de sanção jurídica em Kelsen. Característica fortemente explorada por Kelsen⁷⁸, um dos maiores representantes da corrente normativista, na sanção jurídica aparece a possibilidade efetiva que o Estado tem, enquanto sistema social dotado de poder, de oferecer uma resposta ao descumprimento dos preceitos destacados na ordem jurídica. Assim, pode, o Estado, nos termos da estática jurídica de Kelsen, aplicar uma sanção (vincular o poder de decisão do outro em Luhmann) face à violação das normas.

⁷⁶ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

⁷⁷ TEUBNER, Gunther. **Fragments constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016

⁷⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

Na globalização, todavia, como a formação de constituições autônomas descrita por Teubner não está mais vinculada aos tradicionais sistemas do Direito e da Política, não é mais possível observar as possibilidades de atuação do Estado em casos de descumprimento dessas normas autônomas encontradas no cenário global de comunicação jurídica.

Sendo assim, a sanção jurídica, emanada tradicionalmente do Sistema do Direito, a partir de um acoplamento estrutural com o Sistema da Política, passa a não mais exercer um papel fundamental para o processo de aprendizado sistêmico.⁷⁹

Nesse contexto, a partir da constatação de que existe um ambiente de normatividade com a ausência de um dos pontos fundamentais para o normativismo (a sanção), retoma-se a ideia de não mais normas, mas fragmentos.⁸⁰ Fragmentos, na teoria de Kelsen e nas suas observações feitas por Hart⁸¹, descrevem justamente a ideia de normas que não possuem sanções, ou seja, as normas existentes, a exemplo do próprio Direito Internacional, mas cujo descumprimento não pode ser reprimido pela utilização da força do Estado.

Formam-se, portanto, âmbitos autônomos, com comunicação jurídica própria na sociedade mundial; o que Luhmann descreveria como autopoiese dos sistemas sociais; e Teubner denominada de Constituições. São esferas, todavia, que possuem normatividade fragmentada, na medida em que a violação de suas disposições não pode ser reprimida por meio da utilização da força do Estado. Há, portanto, fragmentos de normas nas constituições parciais.

⁷⁹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 178.

⁸⁰ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 178.

⁸¹ HART, Herbert. **The concept of Law**. London: Oxford, 1994. p. 35.

Dessa união entre a formação de constituições parciais (autopoiese), e a existência interna de fragmentação normativa em seu interior dá guarida para o que Teubner descreve como fragmentos constitucionais.

Ao lado das constituições econômicas descritas por Teubner⁸², outras esferas também se autonomizam no cenário global, elucidando suas pretensões de expansão. São as constituições: “[...] da seguridade social, da imprensa, do sistema de saúde e, em alguma medida, também da ciência e da religião.” A tendência expansionista de referidos sistemas, levando-se em conta a desvinculação territorial entre esses e a Constituição (acoplamento estrutural entre Direito e Política), forma o que Teubner⁸³ denomina de tensão latente.

Todavia, na constituição econômica está a maior insistência de Teubner⁸⁴ para considerar a tendência expansionista de alguns dos sistemas sociais no cenário global. Entre os fatores que determinam a tendência expansionista do Sistema da Economia encontra-se a emancipação constitucional da Organização Mundial do Comércio (OMC). Segundo Teubner⁸⁵, referida entidade passou por um processo próprio de constitucionalização caracterizado pelas seguintes direções: “[...] a juridificação da resolução de conflitos, a adoção do princípio da nação mais favorecida, a prevalência das normas comerciais sobre o processo político e a opção da eficácia direta.”

Paralelamente ao Sistema da Economia, com forte tendência expansionista, outros sistemas dotados de autonomia própria

⁸² TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 93.

⁸³ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 27.

⁸⁴ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 112.

⁸⁵ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 112.

desenvolvem o que Teubner⁸⁶, em um momento inicial, denomina de constituições. Um dos exemplos é a constituição da internet, elaborada a partir da elaboração de normas da ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), que recorre a legislações de vários países para propor normas de direitos fundamentais com vinculação transnacionais. Baseados nas peculiaridades do mundo da internet surgem o que Teubner⁸⁷ denomina de direitos fundamentais da internet.⁸⁸

De igual modo, diversos outros âmbitos autônomos da sociedade mundial podem ser observados até mesmo como referências para a atuação dos sistemas do Direito e da Política no contexto atual. Nesse sentido, a Organização Mundial da Saúde (OMS), cuja formação conta com uma autodenominada constituição própria, emana suas diretrizes para o tratamento de casos de saúde de nível global, mormente atos de controle a pandemias, e essas recomendações são diretamente executadas por diferentes Estados (organizações do Sistema da Política) e influenciam diretamente no controle de atos da Política realizados pelo poder judiciário (Sistema do Direito) de cada Estado a partir de decisões dos tribunais.⁸⁹

Esse movimento contribui para uma releitura do próprio texto constitucional de cada país (perspectiva normativa tradicional) por meio de sua compatibilização, cumprimento e interação com as diretrizes de

⁸⁶ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 112.

⁸⁷ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 114.

⁸⁸ ROCHA, Leonel Severo; MOURA, Ariel Augusto Lira de. Epistemologia das redes e a governança digital da Icanm: teoria e práxis do direito na cultura das redes. In: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Atualidade da Constituição**: o constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting. Porto Alegre: FI, 2020. p. 504-539.

⁸⁹ ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. A transnacionalidade do Direito Constitucional no tratamento da Covid-19: as diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS) e a formação de uma terceira fase do Direito Constitucional. In: Wilson Engelmann. (Org.). **Sistema do Direito, Novas Tecnologias, globalização e o constitucionalismo contemporâneo**: desafios e perspectivas. 1ed. São Leopoldo: Casa Leiria, 2020, v. 1, p. 117-140.

uma autoridade constitucional autônoma na ordem global. Envolve, portanto, um verdadeiro movimento de transnacionalidade.

Portanto, o arcabouço destacado em Teubner nos oferece uma série de observações e soluções aos problemas atuais da ordem global. Além da já destacada relevância da Organização Mundial da Saúde (OMS) na releitura atual acerca do Direito Constitucional tradicional, envolvendo, no Brasil, o próprio Direito à Saúde previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988, é possível descrever e propor outras relevantes articulações entre os sistemas tradicionais do Direito e da Política de cada Estado e atores autônomos da ordem global.

Nesse sentido, por meio do estímulo de pontos comuns de observações desses sistemas sociais tradicionais (Direito e Política) de cada país e os atores emergentes da ordem global, é possível elencar os “atratores” que possibilitariam uma governança global para a solução de novos problemas constitucionais.⁹⁰

Por meio desse método, é possível descrever como o Brasil apurou efetivamente crimes transnacionais ao longo dos últimos anos, contando com o auxílio de outros países e de organizações internacionais autônomas para a realização de troca de informações suspeitas envolvendo lavagem de dinheiro. Trata-se de crime cuja apuração interessa diferentes Estados (Sistema da Política) e atores da ordem global, principalmente organizações do Sistema da Economia (instituições bancárias), e cuja articulação para resolução está diretamente vinculada à formação de um projeto de governança estabelecido com a formação do Grupo de Ação

⁹⁰ COSTA, Bernardo Leandro Carvalho.; ROCHA, Leonel Severo. A crônica de uma morte anunciada em Gunther Teubner e o papel dos atratores na articulação do direito regulatório na globalização. In: Vicente de Paulo Barretto; Sara Alacoque Guerra Zaghout; Paulo Thiago Fernandes Dias, (Org.). **Sentir o Direito**: pesquisa e cultura jurídicas na interação com cinema e literatura. 1ed.Porto Alegre: Fi, 2020, v. 1, p. 21-36.

Financeira Internacional⁹¹, que agrega representantes dessas diferentes esferas. A troca constante de informações entre países e instituições bancárias sobre a remessa de dinheiro suspeito ao exterior, bem como a aplicação de legislação⁹² baseada em recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional⁹³ foram traços marcantes da Operação Lava Jato no Brasil.⁹⁴

Após a constatação da formação de diversas ordens jurídicas com características de uma constituição, desenvolvidas a partir de processos de “[...] autoconstitucionalização de ordens globais sem Estado”, Teubner⁹⁵ conclui que ante a diferença em termos de adaptabilidade à diferenciação funcional em escala global (sociedade mundial) dos sistemas com facilidade e tendências para a expansão, a exemplo da economia, e dos Sistemas da Política e do Direito, que permanecem fortemente ligados ao âmbito nacional, a tradição do constitucionalismo moderno é rompida, apresentando-se um novo contexto no constitucionalismo: o de fragmentação constitucional.⁹⁶

A Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas da Política e do Direito –tese de Luhmann para o Estado Nacional- não encontra correspondência no âmbito da sociedade mundial. O que há são

⁹¹ FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). **Who We Are**. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/about/> >. Acesso em: 03. Jun. 2021.

⁹² BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012**. Altera a Lei no 9.613, de 03 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em: 03. Jun. 2021

⁹³ FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). **40 Recommendations**. Disponível em: < http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf>. Acesso em: 03. Jun. 2021.

⁹⁴ ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. Direito Constitucional Transnacional: Observações sobre os atratores sistêmicos entre Direito, Economia e Política na articulação transnacional para a apuração da Lavagem de Dinheiro. **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 1-22, 2020.

⁹⁵ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 107-109.

⁹⁶ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 107.

“fragmentos de um *common law*”⁹⁷. Partindo da ordem global e comparando o atual momento com a perspectiva tradicional do constitucionalismo, Teubner⁹⁸ afirma que “No mar da globalidade, formam-se apenas ilhas de constitucionalidade.”

Nesse contexto fundam-se autonomamente (autopoiese em Luhmann⁹⁹) diversos sistemas com características de constituições na ordem mundial. Todavia, carecem do suporte dos sistemas do Direito e da Política.¹⁰⁰

Assim, na seara constitucional –principal ponto explorado – regimes transnacionais especializados concorrem, na condição de sujeitos constitucionais, com os Estados Nacionais.¹⁰¹

Após a constatação do problema que impulsiona seus estudos em sociologia do constitucionalismo (o atual ambiente de fragmentação constitucional predominante na ordem mundial), Teubner¹⁰² lança algumas hipóteses para expressar sua contribuição às problemáticas atuais. Inicialmente, questiona se as constituições, baseando-se novamente no acoplamento estrutural entre Direito e Política em Luhmann¹⁰³, ainda poderiam limitar as tendências expansionistas dos demais sistemas que formam constituições autônomas na ordem mundial. Essa seria a proposta de um constitucionalismo social, expressão que dá

⁹⁷ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 107.

⁹⁸ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 107.

⁹⁹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

¹⁰⁰ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 108.

¹⁰¹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 267.

¹⁰² TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 163.

¹⁰³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes: 2016. p. 545-588.

nome ao subtítulo de sua obra, a partir da proposta de integração entre as diferentes ordens.¹⁰⁴

Como hipótese a uma tentativa de constitucionalismo social, em resposta à fragmentação constitucional, uma das propostas de Teubner¹⁰⁵ é a existência de uma constitucionalização híbrida:

Requer-se, aqui, uma “constitucionalização híbrida”; que forças sociais externas, ou seja, normatizações jurídicas e contrapoder da “sociedade civil” que se constituem paralelamente aos meios de poder estatal e advém de outros contextos- dos meios de comunicação em massa, das discussões públicas, dos protestos espontâneos, dos intelectuais, movimentos sociais, ONGS, sindicatos, profissões e suas organizações-, gerem uma pressão tão massiva sobre os sistemas funcionais expansionistas que são criadas autolimitações internas que realmente funcionam.

Tal proposta de Teubner¹⁰⁶ leva em conta a possibilidade evolução sistêmica a partir da consideração do que envolve o ambiente de cada um dos sistemas sociais. Assim, para possibilitar intervenções externas em sistemas com tendências expansionistas, deve-se levar em consideração a possibilidade de tradução do que passa no entorno (ambiente do sistema), possibilitando, assim, uma automodificação. O objetivo, na proposta de Teubner¹⁰⁷, é fazer com que impulsos externos (políticos, jurídicos e sociais) culminem em mudanças na constituição interna dos diferentes sistemas; algo próximo do que Luhmann concebe por irritação.

¹⁰⁴ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 28.

¹⁰⁵ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 161.

¹⁰⁶ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 163.

¹⁰⁷ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 163.

A partir de “pressões por aprendizagem” (irritação), segundo Teubner¹⁰⁸, são possíveis os processos de tradução que “[...] transpõem as fronteiras sistêmicas; emerge uma circulação de perturbação recíproca entre atos jurídicos, pressões de poder político e social, [...].”

Após elencar uma das possibilidades do constitucionalismo social, Teubner¹⁰⁹ retoma as definições de Constituição que tomam parte de sua obra.

Inicialmente, cabe destacar que o conceito de Constituição trabalhado por Teubner¹¹⁰ em um primeiro momento se aproxima do conceito de autopoiese na Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann¹¹¹. A partir dessa concepção é baseada a afirmação de que existem diversas constituições independentes dos sistemas da Política e do Direito na ordem global.

Avançando, colocam-se algumas condições para a adequada formação de constituições globais. São elementos essenciais para que se possa falar, nos sentidos jurídico-sociológico e jurídico-técnico de “[...] uma constituição política global, de uma constituição econômica global, de uma constituição global do sistema da ciência e da educação, ou de uma constituição digital da internet.”¹¹²

Todavia, ao expressar o que entende por Constituição, avançando para além do conceito de autopoiese de Luhmann¹¹³, Teubner¹¹⁴ afirma que um dos pressupostos para a existência de uma Constituição em sentido

¹⁰⁸ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 163.

¹⁰⁹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 163.

¹¹⁰ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹¹¹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

¹¹² TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 197.

¹¹³ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

¹¹⁴ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 193.

estrito é a produção de instituições de ligação (acoplamento estrutural) entre a normatização produzida em cada um dos diferentes sistemas que ambicionam a formação de uma Constituição e o âmbito social:

Deve-se apenas falar em constituição em sentido estrito quando a reflexividade sistêmico-específica de um sistema social- seja da política, da economia ou de outros setores- é apoiada pelo direito- ou, mais precisamente, pela reflexividade do direito. Constituições surgem somente quando emergem fenômenos de dupla reflexividade- reflexividade do sistema social que se autoconstitui e reflexividade do direito que apoia tal processo de autofundação constitutiva.¹¹⁵

A partir dessa proposta, formar-se-iam mecanismos reflexivos com a presença de normatizações secundárias capazes de descrever “[...] como deve ocorrer a identificação, a criação, as mudanças e o regulamento de competências para admitir e para delegar normas primárias.”¹¹⁶

A saída, para Teubner¹¹⁷, portanto, é retomar o conceito de Constituição desenvolvido a partir do acoplamento estrutural entre Direito e Política na Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann¹¹⁸. Tal processo, em sua proposta, é capaz de contribuir para uma construção de identidade e autonomização da política na ordem mundial a partir de uma reflexividade que possibilitaria a formação de um metacódigo híbrido (normas secundárias)¹¹⁹ que conduziriam a formação de constituições globais.¹²⁰

¹¹⁵ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 193.

¹¹⁶ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 195.

¹¹⁷ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 198.

¹¹⁸ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes: 2016. p. 545-588.

¹¹⁹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 195.

¹²⁰ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 198.

5 Conclusão

Como se viu ao longo do trabalho, para apresentar cenários atuais da teoria constitucional, ambos os autores trabalhados (Luhmann e Teubner¹²¹) são capazes de apontar elementos diferentes para a observação do Direito Constitucional, aptos a superarem a insuficiência da teoria tradicionais do constitucionalismo para o enfrentamento dos novos problemas da ordem mundial.

Para constatar o deslocamento dos centros de tomada de decisão dos Estados Nacionais para a mão de atores privados e organizações que atuam no plano global faz-se de suma importância os estudos voltados ao constitucionalismo social.

Viu-se, desse modo, como Luhmann apresenta a concepção de autopoiese, vinculada à metáfora organicista da sociedade inspirada nas teorias de Maturana e Varela para descrever o modo autônomo como os sistemas sociais de autorreprodução no sistema social.

A diferenciação entre os sistemas sociais permite que a evolução sistêmica ocorra sem que o sistema social perca sua unidade. Por essa razão, Luhmann afirma que “o fechamento é a condição de abertura”; ou seja, para dizer que o Sistema do Direito passou a agregar comunicação que antes não era jurídica, precisa-se, de plano, descrever o que é Direito e o que não é. É necessário, portanto, diferenciar. Trata-se, desde já, de uma observação sistêmica.

Por meio desse processo de fechamento como condição de abertura, é possível que os sistemas sociais estabeleçam pontos contínuos de contato, estando-se acoplados em seus pontos de sua estrutura. Essa concepção, também baseada nas teorias de Maturana e Varela, é

¹²¹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

apresentada por meio da definição de acoplamento estrutural, que representam pontes de conexão comunicativa entre sistemas sociais.

Nessa perspectiva, é possível observar o modo como as Constituições representam um ponto de contato contínuo (acoplamento estrutural) entre os sistemas sociais do Direito e da Política, de modo que toda a decisão do Estado (organização do Sistema da Política) prescinde de um fundamento jurídico, sob pena de controle pela sua organização própria (tribunais como organizações do Sistema do Direito). Esse ponto de contato (acoplamento estrutural entre Direito e Política) forma o que Luhmann denomina de Constituição.

Teubner¹²², por sua vez, utiliza o conceito de autopoiese de Luhmann para descrever a formação de subsistemas autopoieticos em escala global, formando, a partir de uma racionalidade própria, o que denomina de constituições. Nesse cenário, que envolve o surgimento de novos atores na sociedade mundial, passa-se de um contexto anterior de normativismo galgado na figura do Estado Nacional para uma perspectiva de fragmentação constitucional, em que a teoria anterior, com ênfase na Política e Direito como sistemas centrais na tomada de decisões, perde seu valor tradicional.

O que Teubner descreve como constituições, portanto, é muito próximo da conceituação de autopoiese em Luhmann.

Como resposta ao problema, propõe a formação de um constitucionalismo híbrido, não ignorando a formação de constituições autônomas baseadas em atores privados, mas apostando em uma possível irritação advinda de meios de comunicação de massa, discussões públicas, movimentos de protestos, de intelectuais, movimentos sociais, ONGS,

¹²² TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

sindicatos e organizações profissões; forças capazes de gerar um aprendizado recíproco entre sistemas a partir de uma possível tradução de impulsos externos em incentivos internos no âmbito de cada constituição civil.¹²³

O acoplamento estrutural histórico entre Política e Direito descrito por Luhmann é o grande desafio a ser proposto por Teubner como enfrentamento ao atual cenário de fragmentação constitucional. Em uma perspectiva ideal, cada fragmento constitucional deveria estar limitado (acoplado) a uma base mínima de condição de juridicidade de seus atos, a exemplo da concepção de Constituição em Luhmann.

Ao mesmo tempo, portanto, Teubner¹²⁴ retoma a concepção de Constituição a partir de um acoplamento estrutural possibilitado entre os sistemas da Política e do Direito, fundamental para a possível formação de um metacódigo capaz de conduzir a formação de constituições globais por meio de normas secundárias.

Como se viu, portanto, a observação de uma nova fase do constitucionalismo está diretamente vinculada às concepções de Luhmann sobre autopoiese e acoplamento estrutural, que, conectadas à metáfora organicista da sociedade inspirada em Maturana e Varela, formam a base para o seu conceito de Constituição, que atrela historicamente a vinculação do Sistema da Política ao Sistema do Direito, ainda vinculados às bases de Estados nacionais.

Partindo dessa conceituação Teubner descreve como constituições os movimentos de autonomia dos fragmentos constitucionais na globalização, ou seja, para além dos limites territoriais tradicionais, sendo

¹²³ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 161.

¹²⁴ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 195.

seu maior desafio e proposta a retomada de um possível acoplamento estrutural entre essas estruturas e os pressupostos do Sistema do Direito.

Tratam-se, atualmente, de base imprescindíveis para compreender a aplicar o constitucionalismo social como uma terceira fase do Direito Constitucional.

Referências

ACKERMAN, Bruce A. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1987.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **'Brançosos' e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: 2003.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho.; ROCHA, Leonel Severo. A crônica de uma morte anunciada em Gunther Teubner e o papel dos atratores na articulação do direito regulatório na globalização. In: Vicente de Paulo Barretto; Sara Alacoque Guerra Zaghout; Paulo Thiago Fernandes Dias;. (Org.). **Sentir o Direito: pesquisa e cultura jurídicas na interação com cinema e literatura**. 1ed.Porto Alegre: Fi, 2020, v. 1, p. 21-36.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho.; ROCHA, Leonel Severo. O Constitucionalismo Social como terceira fase do Direito Constitucional. In: XI Congresso Internacional da ABraSD: trabalhos completos SOCIOLOGIA JURÍDICA HOJE: cidades inteligentes, crise sanitária e desigualdade social, 2020, Porto Alegre. **Anais do XI Congresso Internacional da ABraSD: trabalhos completos SOCIOLOGIA JURÍDICA HOJE:**

idades inteligentes, crise sanitária e desigualdade social. Porto Alegre: Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito, 2020. v. 1. p. 894-903.

ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.) **Constitucionalismo y Democracia**, México: fondo de cultura económica, 1999.

FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**: Constituição e teoria dos sistemas. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2017.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). **Who We Are**. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/about/> >. Acesso em: 03. Jun. 2021.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). **40 Recommendations**. Disponível em: < http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf>. Acesso em: 03. Jun. 2021.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución**: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002.

KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

_____. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes: 2016.

LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. Santiago: Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creuset de Rezende Martins. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema**: la ambición de la teoría. Introducción e traducción de Ignacio Izuzquiza. Barcelona: Paidós, 1990.

MALBERG, R. Carré De. **Contribution a la théorie générale de l'État**. 1. ed. Paris: Recueil Sirey, 1920. 2 v.

MASCAREÑO, Aldo. **Diferenciación y contingencia en América Latina**. Ediciones Universidad Alberto Hurtado: Santiago de Chile, 2010.

MATURANA ROMESÍN, Humbert; VARELA GARCIA, Francisco J. **De máquinas de seres vivos**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997. p. 91.

_____.; VARELA, Francisco J. **El árbol del conocimiento**: las bases biológicas del conocimiento humano. Madrid: Debate, 1996.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**: Tomo IV: Direitos fundamentais. Coimbra Editora, 1999.

NAFARRATE, Javier Torres. **Galáxias de comunicação**: o legado teórico de Luhmann. Lua Nova, n. 51, p. 144-161, 2000.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

_____. **Entre Hídra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil : o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Transconstitucionalismo**; São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

ROCHA, Leonel Severo; MOURA, Ariel Augusto Lira de. Epistemologia das redes e a governança digital da Ican: teoria e práxis do direito na cultura das redes. In: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Atualidade da Constituição: o constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo**, Teubner e Vesting. Porto Alegre: FI, 2020. p. 504-539.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. A transnacionalidade do Direito Constitucional no tratamento da Covid-19: as diretrizes da Organização Mundial da Saúde (OMS) e a formação de uma terceira fase do Direito Constitucional. In: Wilson Engelmann. (Org.). **Sistema do Direito, Novas Tecnologias, globalização e o constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas**. 1ed.São Leopoldo: Casa Leiria, 2020, v. 1, p. 117-140.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. Direito Constitucional Transnacional: Observações sobre os atratores sistêmicos entre Direito, Economia e Política na articulação transnacional para a apuração da Lavagem de Dinheiro. **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 1-22, 2020.

_____. Epistemologia jurídica: revisitando as três matrizes. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo, RS, v.5, n.2, jul./dez, 2013. Disponível em: < <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

SUNSTEIN, CASS. **The partial constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Direito, Sistema e Policontextualidade**: Piracicaba: UNIMEP, 2005.

ZOLO, Danilo. **Globalização: um mapa dos problemas**. São José, SC: Conceito Editorial, 2010.

THORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions**. Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective. New York: Cambridge University Press, 2011.

_____. **A sociology of Transnational Constitutions**: Social foundations of the post-national legal structure. London: Cambridge, 2016.

_____. The Sociological Origins of Global Constitutional Law. in A Febbrajo & G Corsi (eds). **Sociology of Constitutions**: A Paradoxical Perspective. Routledge, Abingdon, pp. 99-124.

Epistemologia jurídica e construtivismo autopoietico: descentramento do sujeito lógico do conhecimento (?)

*Jayme Camargo da Silva*¹

UNISINOS/ Capes-Proex

“Todos os cretenses são mentirosos.”

Epiménides de Creta

“Talvez se devesse ver o primeiro esforço desse desenraizamento da Antropologia ao qual, sem dúvida, está votado o pensamento contemporâneo, na experiência de Nietzsche: através de uma crítica filológica, através de uma certa forma de biologismo, Nietzsche reencontrou o ponto onde o homem e Deus pertencem um ao outro, onde a morte do segundo é sinônimo do desaparecimento do primeiro, e onde a promessa do super-homem significa, primeiramente e antes de tudo, a iminência da morte do homem.”

M. Foucault, “As Palavras e as Coisas”.

1. Plano da investigação

O presente artigo teve como embrião os seminários de doutorado em Direito da Unisinos (“Sistemas Sociais e Direito”), coordenados pelo professor Dr. Leonel Severo Rocha. As profícuas discussões abrangeram às obras do sociólogo alemão Niklas Luhmann (1983; 2002; 2016), bem como as do professor Gunther Teubner (1989; 2005a; 2005b; 2016). O tema de nosso seminário foi o capítulo de abertura da obra “El Derecho

¹ Professor universitário, Mestre em Filosofia pela Puc/RS (área: Fenomenologia e Hermenêutica) e Doutorando em Direito na Universidade do Vale dos Sinos - UNISINOS. Correio eletrônico: jaymeprofessor@gmail.com. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global” (Teubner), intitulado: “El Derecho como Sistema Autopoiético”.

Contudo, uma inquietante questão veio à tona nos debates que se sucederam: as reflexões dos autores citados dispõem ou não da categoria de “sujeito lógico” como pressuposto epistêmico de suas teses? Ou seja, o sujeito lógico do conhecimento, em ambiente pragmático-sistêmico, perde o status de verdade incontestável como *condição de possibilidade* do sentido, que Kant (2001) havia designado e Kelsen (1976), em certa medida, perseguido à ciência do Direito?

A questão que talvez seja simples para leitores qualificados ou treinados na teoria autopoiética, não emerge da mesma forma em pesquisadores ávidos pela *individualização do social*. Claro está que no Brasil há um déficit filosófico na bagagem teórica de muitos juristas. Por vezes, a dificuldade é percebida até mesmo na Pós-graduação – lócus por excelência onde não se poderia manifestar esse *gap* teórico. Assim sendo, colocamos um ponto de interrogação entre parênteses ao final da segunda parte do título (que retrata a hipótese), mirando contemplar aos diferentes níveis de compreensão dos leitores.

De fato, alguns colegas tem problemas no “processamento de dados”, digamos assim, das teorias que não conservam o sujeito na base epistêmica. A dificuldade transforma-se em negação, às vezes, pelo tempo perdido com questionamentos deslocados. Outros, inocentemente, perpetuam o que denominamos de *humanismo da boa vizinhança*. Questionam: os sujeitos estão na base cognitiva do sistema social? Indagação que é proveniente, em diversos casos, de colegas eivados de boas intenções, que aspiram contribuir para um “mundo melhor” através das teses que confeccionam. Não obstante, desconhecem os efeitos ambivalentes da ideia de “progresso”, ou seja, pressupõe a lógica fomentadora (do “desenvolvimento progressivo”) daquilo que pretendem

superar (injustiças, desigualdades socioeconômicas, etc). O obstáculo reaparece quando os sujeitos são equiparados a *constructos* ou *artefatos semânticos* do sistema social, nos aportes teóricos do professor Teubner.

Aliás, a justificativa científica da pesquisa respalda-se na superação dessas dificuldades, objetivando, portanto, refinar a compreensão sobre a Matriz Pragmático-Sistêmica no Direito. No que se refere à justificativa social, situa-se na condição da Epistemologia Social Construtivista de refletir o Direito conectado à sociedade de seu tempo (global e fragmentada). Aproximando-lhe, enfim, de sua função social, enquanto resgate do compromisso democrático, que o formalismo-normativista exilou da ciência do direito quando se apartou da política.

Assim sendo, a hipótese da investigação é que a racionalidade pragmático-sistêmica no Direito manifesta uma espécie de descentramento epistemo-lógico do sujeito na fundamentação do conhecimento jurídico. Para demonstrá-la, analisaremos a construção do conhecimento pela matriz pragmático-sistêmica no Direito, que parece sugeri-la como uma instância da Epistemologia Social Construtivista. Então, examinaremos a *autopoiesis* com o intuito de identificar a articulação da comunicação e do sentido na racionalidade pragmático-sistêmica. Especialmente, à luz da adaptação conceitual realizada por Luhmann na análise do Sistema Social.

No tópico derradeiro, exploraremos as reflexões de Teubner no ensaio “El Derecho como Sistema Autopoiético” (2005a) (análise com unidade focal circunscrita ao anti-individualismo e ao antirrealismo epistêmicos, fundamentos da nossa hipótese); contemplando, assim, a origem da intuição intelectual desta investigação. As considerações finais evidenciarão que a matriz pragmático-sistêmica no Direito articula-se desvinculada do sujeito lógico do conhecimento como condição do sentido.

No que se refere ao Método de Procedimento, este artigo apoia-se em etapas bem claras. Isto é, utiliza o Método Analítico conjugado ao Método Histórico, visto que as análises dar-se-ão na perspectiva de sua fundação histórico-conceitual (jurídica, filosófica e sociológica). Por fim, a técnica de pesquisa manejada foi a de levantamento bibliográfico, recolhendo-se fontes doutrinárias suficientes para a fundamentação da investigação.

2. Episteme

O instigante filósofo francês, Jacques Derrida, no penúltimo ensaio da coletânea “A Escritura e a Diferença” (2009), intitulado “A Estrutura, o Signo e o Jogo no Discurso das Ciências Humanas”², lança a hipótese de que houve um “acontecimento” na história do conceito de “estrutura”. Tal acontecimento, segundo ele, “teria a forma de uma ruptura e de um redobramento” (2009). Ora, a problemática derridaiana é marcada pela *desconstrução das estruturas* nas variadas formas em que aparecem. Por essa razão, o filósofo é costumeiramente referenciado como um dos expoentes da teoria “Pós-estruturalista”. Interessante aos nossos propósitos, no entanto, é o percurso que a sua argumentação assume.

Derrida observa que o conceito e a palavra “estrutura” são contemporâneos historicamente à “episteme” (Ciência e Filosofia Ocidental). Dessa forma, a apreensão da “estruturalidade” da estrutura, embora esteja sempre em movimento, foi “neutralizada” ou “reduzida” pelo gesto filosófico-científico que repetidamente deu-lhe um “centro”, um “ponto de presença”, uma “origem fixa” (DERRIDA, 2009). O centro tem o papel de *organização* da estrutura, ao passo que esta característica lhe é essencial. Assim, o centro organizador da estrutura limita o “jogo da estrutura”. Não obstante, também possibilite “o jogo dos elementos no

² O escrito, originalmente, foi uma conferência pronunciada no Colóquio Internacional da Universidade John Hopkins, Baltimore, sobre “As Linguagens Críticas e as Ciências Humanas”, em 21 de outubro de 1966.

interior da forma total”, haja vista que o centro lhe confere orientação, bem como organiza a coerência do sistema. (DERRIDA, 2009, p. 407).

Derrida detalha que o centro abre e torna possível o jogo, mas também é responsável por encerrá-lo. O *centro enquanto centro* apresenta, pois, um aspecto fundamental: nele, não há possibilidade de “substituição dos conteúdos, dos elementos, dos termos”. No centro, portanto, a permuta ou transformação dos elementos permaneceu “interditada” (DERRIDA, 2009, p. 408). Consequentemente, o centro da estrutura sempre foi concebido como único, como “aquilo que comandando a estrutura, escapa à estruturalidade” (DERRIDA, 2009, p. 408).

Aqui, este interlúdio epistêmico deita raízes *pari passu* às pretensões pragmático-sistêmicas desta investigação. Assim sendo, Derrida afirma que o “pensamento clássico da estrutura” concebeu *paradoxalmente* o centro, repousando *na* estrutura e *fora da* estrutura. Em suas palavras: “Está no centro da totalidade e, contudo, dado que o centro não lhe pertence, a totalidade tem o seu centro noutro lugar. O centro não é o centro.” (DERRIDA, 2009, p. 408).

Derrida colhe outras consequências de seu raciocínio sobre as “estruturas centradas”: “[...] embora represente a própria coerência, a condição da episteme como filosofia ou como ciência – é contraditoriamente coerente” (DERRIDA, 2009, p. 408). Na *história da metafísica ocidental*, o centro recebeu, indiferentemente, as designações de “origem ou de fim”, de “*arquê* ou de *télos*” (DERRIDA, 2009). Portanto, o centro recebeu repetidamente formas ou nomes diferentes, pois a história da metafísica ocidental “seria a história dessas metáforas e dessas metonímias”. Desse modo, os “nomes do centro, do fundamento ou do princípio indicaram sempre o invariante de uma presença (*eidós*, *arque*, *télos*, *energeia*, *ousia*, *aletheia*, transcendentalidade, consciência, Deus, homem etc.)” (DERRIDA, 2009, p. 409).

A ruptura aludida por Derrida verificou-se quando passou a ser pensada e questionada a *estruturalidade da estrutura*. Indagação que paira sobre:

[...] a lei que comandava de algum modo o desejo do centro na constituição da estrutura, e o processo da significação ordenando os seus deslocamentos e as suas substituições a essa lei da presença central; mas de uma presença central que nunca foi ela própria, que sempre já foi deportada para fora de si no seu substituto. O substituto não substitui a nada que lhe tenha de certo modo preexistido. Desde então, deve-se sem dúvida ter começado a pensar que não havia centro, que o centro não podia ser pensado na forma de um sendo-presente, que o centro não tinha lugar natural, que não era um lugar fixo, mas uma função, uma espécie de não-lugar no qual se faziam indefinidamente substituições de signos. Foi então o momento em que a linguagem invadiu o campo problemático universal; foi então o momento em que, na ausência de centro ou de origem, tudo se torna discurso – com a condição de nos entendermos sobre esta palavra -, isto é, sistema no qual o significado central, originário ou transcendental nunca está absolutamente presente fora de um sistema de diferenças. A ausência de significado transcendental amplia indefinidamente o campo e o jogo da significação. (DERRIDA, 2009, p. 409-410).

O insinuante texto de Derrida lança-nos luz sobre o tema a ser investigado nas linhas abaixo. Qual seja: o pensamento das *estruturas centradas na presença* revelou-se paradoxal, contraditório, na medida em que o centro está dentro e fora da estrutura. Talvez, esse contexto indique a emergência de teorias que não “fujam” ou tentem evitar os paradoxos, tendo em vista que, de algum modo, parecem incontornáveis. A ressignificação do paradoxo será um *leitmotiv* da Matriz Pragmático-Sistêmica, que argumentará em defesa da “circularidade” autorreprodutiva das operações comunicativas.

Além do que, descortina-se como uma racionalidade que não designa como fixo o “centro das estruturas”, promovendo, desse modo, um *descentramento*. Ora, a metafísica moderna representa a *substância* das coisas enquanto *subjetividade transcendental* (eis a famosa “revolução copernicana” de Kant), o que significa *o sujeito como estrutura centrada*. Por outro lado, a racionalidade pragmático-sistêmica articula o sentido desconectado de estruturas centradas na “presença”. Portanto, exteriorizando o abandono de um lugar fixo em prol de uma *dinâmica funcional*.

A *epistemologia social construtivista*, que instrui o paradigma pragmático-sistêmico, não deixou de recepcionar a invasão do mundo pela linguagem, verificado após o diagnóstico do fracasso das metanarrativas únicas. O que ampliou, assim, o *campo e o jogo da significação*. Não à toa o professor Teubner identifica as teorias pós-estruturalistas e pragmático-sistêmicas como enfrentando os obstáculos na descrição da complexidade social por meio da linguagem ordinária (2005a). Complexidade social que também pode ser vislumbrada como um “sistema de diferenças”, na feliz expressão de Derrida. Nesse cenário, é oportuno relançar a pergunta pela episteme no Direito: enfim, procede ou não a hipótese do *descentramento epistemo-lógico do sujeito na validação do conhecimento jurídico*?

3. Matriz pragmático-sistêmica

A matriz pragmático-sistêmica no Direito configura-se como uma nova teoria do Direito (LUHMANN, 2016), que articula as demandas da sociedade complexa e paradoxal. Portanto, trata-se de alternativa ao paradigma dominante (juspositivista) de fundamentação do conhecimento jurídico, devendo desenvolver “uma racionalidade própria ao Direito” (ROCHA, 2013a, p. 141), conectada com a mencionada complexidade social (LUHMANN, 1983).

As reflexões de Niklas Luhmann (2002; 2016) foram seminais para a constituição da matriz pragmático-sistêmica, sendo inspiradas na *Teoria dos Sistemas* de Talcott Parsons³ (KING, 2009). Ademais, destacam-se os ulteriores desenvolvimentos do pensamento luhmanniano baseados na “teoria da autopoiese”, dos filósofos da biologia Humberto Maturana e Francisco Varela. O pesquisador francês Jean Clam afirma que há traços teóricos comuns às fases da reflexão luhmanniana. Assim, é possível apreciar “desde as primeiras obras jurídicas ou das primeiras críticas da teoria funcionalista dos anos 60, a transparência do projeto antimetafísico, assim como a consciência do seu alcance.” (CLAM, 2013, p. 80). Com relação ao influxo teórico da autopoiese na obra de Luhmann, é auspicioso referir que acentuou “a sistematicidade do Direito como auto-reprodutor de suas condições de possibilidade de ser” (ROCHA, 2003, p. 100; LUHMANN, 2002). O professor Leonel S. Rocha complementa o ponto:

A perspectiva sistêmica autopoietica (pragmático-sistêmica) permite afirmar que por trás de todas as dimensões da semiótica, notadamente as funções pragmáticas da linguagem nos processos de decisão jurídica, estão presentes, redefinidas no interior do sistema, a problemática do risco e a do paradoxo (ROCHA, 2003, p. 100).

O Direito cumpre a função de tentativa da estabilização de expectativas sobre o comportamento social. Luhmann era consciente de que a *contingência*⁴ e a *complexidade* são propriedades constitutivas do

³ PARSONS, Talcott. “El Sistema Social”. *Revista de Occidente* S. A.: Madrid, 2ª ed., 1976. Conferir também a “Lécción 1ª” da obra de LUHMANN, 2002.

⁴ Uma das lições que se herda de Aristóteles e da lógica clássica é em relação ao par conceitual contingência/necessidade. Com efeito, a relação de necessidade é analítica ou puramente lógica (“necessitarismo lógico”), ou seja, a verdade do seu enunciado não depende de qualquer atestado empírico (ex.: “Cinco mais cinco é necessariamente dez”); por oposição, o contingente é tudo aquilo que pode ser de modo diverso ao do que é (ex.: “O jogo acabou”). Note-se que a contingência está atrelada indissociavelmente aos eventos do mundo histórico-concreto ou social. Especialmente, por essa razão, será um importante aspecto nas observações da matriz pragmático-sistêmica. Nesse contexto, as respostas teóricas aos problemas do sistema social inspiradas no “necessitarismo lógico” cedem passo, pois não conseguem dar conta dos dilemas da sociedade fragmentada em múltiplas diferenças. Vale

mundo (LUHMANN, 1983; CLAM, 2013; ROCHA, 2003; 2013b). Aliás, Clam salienta que a abertura e flexibilidade dos sistemas sociais, tal como no caso do Direito, funda-se sobre a contingência e a variação. O autor francês observa: “Jamais o campo da contingência é obstruído por uma ontologização massiva” (CLAM, 2013, p. 93). No que tange à estabilização de expectativas pelo Direito, Luhmann concebe:

Reduções que irão possibilitar expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas, a partir das expectativas sobre tais expectativas. A consecução disso reside, então, em harmonizar as dimensões **(temporal/normal; social/institucionalização; prático ou objetivo/núcleo significativo – grifo nosso)**, através de reduções que irão se dar em cada uma delas, por intermédio de mecanismos próprios. Isto caracteriza o que Luhmann denomina generalização congruente; [...] (ROCHA, 2003, p. 101).

Por essa razão, Luhmann disciplina pela eficiência seletiva como função primordial do Direito, no horizonte da “seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas em todas as dimensões.” (ROCHA, 2003, p. 101; 2013b; LUHMANN, 1983). Portanto, a generalização coerente das expectativas comportamentais faz-se *normativa* por meio do Direito (LUHMANN, 1983; 2016).

A matriz pragmático-sistêmica no Direito supera o velho dogma da separação absoluta entre as dimensões do “ser” e do “dever-ser”.⁵ Em outros termos, trata-se de uma racionalidade jurídica que estabelece

dizer que, neste local-de-fala pragmático-sistêmico, essa dissolução provoca o risco da frustração de expectativas que a contingência suscita repetidamente.

⁵ Rocha refere-se ao *discurso jurídico dominante*, ao esboçar a ultrapassada ciência do Direito, que se articula exilada da práxis social: “No momento em que se afirma a cientificidade deste senso comum teórico, o discurso do direito pretende afirmar a impossibilidade de seu questionamento. Postular, desta forma, um conhecimento sistemático e objetivo do direito é impor um tipo de imaginário, que organiza o social, ao mesmo tempo que se tenta ocultar as suas funções políticas. Assim, no saber jurídico dominante, a maior parte das análises produzidas prefere não assinalar as dimensões sociais dos diferentes discursos do direito, bem como o seu papel, enquanto um dos elementos constituintes das relações político-sociais.” (ROCHA, 1985, p. 41).

contato entre a *sociedade e a práxis significativa e a norma jurídica*.⁶ Desse modo, promove uma realocação da teoria do Direito ao lhe desvincular da ideia de Estado absenteísta e lhe reestruturar a partir da ideia de *Estado interventor* (ALCOVER, 1993). Essa diversidade de pautas implica a necessidade de se pensar a teoria jurídica vinculada a uma teoria da sociedade e esta tarefa é realizada pelo paradigma pragmático-sistêmico (ROCHA, 2003; 2013b). Portanto, a complexidade social vincula-se ao aspecto interdisciplinar da teoria luhmanniana (LUHMANN, 1983), verificado através da “abertura sobre uma multiplicidade de teorias e de paradigmas. Ela não cessa, dessa maneira, o movimento de uma regeneração cognitiva constante.” (CLAM, 2013, p. 83).

A matriz pragmático-sistêmica estabelece uma ideia de ciência do Direito não mais conexa aos critérios sintático-semânticos – nos moldes do Positivismo Lógico (Neopositivismo)⁷. No âmbito da teoria do Direito, o Positivismo Lógico significou uma representação do fenômeno jurídico de modo exclusivamente estrutural e normativo (Kelsen)⁸ (KELSEN, 1976). Por outro lado, o paradigma sistêmico volta-se para critérios pragmáticos que oferecem uma leitura *funcionalista* do fenômeno jurídico. Desse modo, “[...] dirigida às funções sociais do Direito, de um ponto de

⁶ “A verdade inexistente enquanto essência, mas a partir da perspectiva da significação, existe enquanto poder simbólico co-instituente da fusão das fragmentações sociais. De fato, todo esse conjunto de enunciados ditos científicos, teve, enquanto enunciação, uma dimensão simbólica concreta. E a priori, sem se efetuar uma análise histórica (despreocupada com o problema da verdade em si, mas do poder que esta determina), nada pode ser afirmado [...]” (ROCHA, 1985, p. 31).

⁷ Sobre o “Círculo de Viena” ou Positivismo Lógico, conferir a introdução de Ayer à obra “El Positivismo Logico” (AYER, A. J. [compil.], México: Fondo de Cultura Económica, 1981, pp. 9-37), na qual o autor apresenta um panorama geral do movimento filosófico citado.

⁸ Uma das graves consequências oriundas da racionalidade jurídica com primazia destinada ao aspecto teórico (formalismo-normativista) é “Desconhecer os aspectos político-semiológicos da norma, aceitando o mito da unidade significativa da lei, é procurar impedir a participação política da sociedade civil nas decisões jurídicas” (ROCHA, 1985, p. 31). Rocha ainda salienta que: “A preocupação com a Epistemologia tem sido tradicionalmente uma atitude autoritária, pois esta não possui uma outra função do que a de impor um sentido único, mesmo provisório, aos saberes; tornando-se uma postura que deve ser abandonada enquanto exterior procura de verdades e, conseqüentemente, deslocada para o interior das relações sociais. Ou seja, numa ótica política plural, a epistemologia deve passar de crítica exterior do objeto a objeto da crítica” (ROCHA, 1985, p. 31).

vista mais teórico até um ponto de vista mais político, permitindo-se a colocação do problema da democracia” (ROCHA, 2003, p. 83; ROCHA, 2013a, p. 142). Portanto, segundo apontamentos pragmático-sistêmicos, a condição de legitimidade do saber jurídico repousa no *acoplamento* entre teoria e práxis, isto é, entre norma e sociedade (ALCOVER, 1993; ROCHA, 2003). Nesse horizonte, Clam constata que ocorre uma substituição do “conceito de substância pelo da autorreferência”, além da substituição da “hipóstase da razão pela suposição de uma relação problemática entre ‘redundância’ e fundamento” (CLAM, 2013, p. 92).

O Direito é concebido pela matriz pragmático-sistêmica como uma estrutura político-social. Nesse contexto, a cientificidade do fenômeno jurídico é verificada na *dialética* entre os aspectos teóricos e práticos que lhe constituem. A descrição dos fatos sociais deve ter como princípio os seus sentidos políticos, históricos e sociais. Ora, a racionalidade pragmático-sistêmica refuta o dogma da neutralidade metodológica, na medida em que:

Nesta perspectiva, é imprescindível optar-se a nível metodológico por uma análise epistemológica voltada à dialetização dos aspectos políticos, sociais e históricos dos saberes instituídos. ‘Saberes’ porque escolhendo esta abordagem dialética teoria X práxis, impossibilita-se a existência de concepções de “ciência” com maiúscula - ciência única -, já que o conhecimento universal só é possível numa diretriz metodológica puramente conceitual. A dialética teoria X práxis não significa identificá-las, numa totalidade ideal, como fez o marxismo ortodoxo. Significa abrir um canal de constante comunicação entre a teoria e a práxis (dever-ser e ser), onde só são possíveis análises fragmentárias e politicamente assumidas (não politicamente determinadas) (ROCHA, 1985, p. 28).

Nesta primeira seção apresentamos a matriz pragmático-sistêmica no Direito. Esboçamos alguns de seus aspectos que se vinculam com a

hipótese delineada ao início, ou seja, que a validade epistêmica das suas teses sobre o fenômeno jurídico não pressupõe a ideia de *sujeito (puramente) lógico do conhecimento*. Até mesmo porque, se todo conhecimento, de fato, é histórico (LEFORT, 1990)⁹, então não há que se falar em pureza lógico-transcendental como condição epistêmica. Sobretudo, porque ela *já sempre* está “contaminada” pelas vivências da práxis social. Nesse horizonte, destacamos a dialética entre teoria e práxis, como também a superação da tese da separação entre os domínios do “ser” e do “dever-ser” na validação do conhecimento jurídico.

Dualismos como “essência/aparência”, “razão/experiência” e “ser/dever-ser” remontam a pilares epistemológicos kantianos e neopositivistas. Além do mais, esses pares conceituais remetem às noções básicas da teoria do conhecimento moderna (Kant) (2001) e contemporânea (Positivismo Lógico), a saber, *sujeito (puramente lógico) e objeto (formalizado pelo sujeito)* (AYER, s/d). A primazia absoluta conferida ao sujeito lógico do conhecimento, enquanto condição formal do que pode ser um objeto cognoscível, assentou-se na teoria do Direito por meio das formulações de Hans Kelsen (KELSEN, 1976; ROCHA, 2009). Portanto, salientamos como a racionalidade pragmático-sistêmica no Direito posiciona-se teoricamente distante dos princípios dualistas (logicamente deduzidos), o que indica algumas pistas no caminho da hipótese sob demonstração.

⁹ “É em virtude de uma mesma ilusão que esperamos tudo dos fatos ou tudo da teoria. A bem dizer, a ilusão começa quando imaginamos que de um lado há os fatos e de outro a teoria e quando dissimulamos a posição em razão da qual esta divisão aparece. Somos então forçados a descrever o movimento do conhecimento como se nele não tomássemos parte e fixar sua origem de um lado ou do outro. Julgamos, por exemplo - e em certo sentido com justa razão -, que a história se processa antes que o historiador faça dela seu objeto.” (LEFORT, 1990, p. 256). Nos diversos ensaios que constituem “As formas da história”, Claude Lefort oferece argumentos que demonstram a historicidade do conhecimento. É válido acentuar, porém, o ensaio cuja citação acima é um excerto, intitulado: “O nascimento da ideologia e do humanismo”, sobretudo p. 256 e ss.

Niklas Luhmann alicerçou algumas teses a partir da noção de autopoiese (LUHMANN, 2002). Nesse contexto, desponta como prioritário questionarmos a função que a categoria da autopoiese cumpre na fundamentação do conhecimento jurídico. Em outras palavras, qual relação à noção de autopoiese guarda com o *descentramento epistemológico do sujeito* na validação do conhecimento jurídico?

4. Autopoiese: auto-organização dos seres vivos

Os filósofos da biologia Humberto Maturana e Francisco Varela realizaram pesquisas sobre o processo de organização dos seres vivos em meados dos anos setenta (1970). Nas investigações, cunharam o termo “autopoiese” para designar a reprodução autorreferida dos seres vivos. Os desdobramentos das teses dos biólogos chilenos penetraram em diversos domínios teóricos, não apenas das Ciências Naturais, mas também das Ciências Humanas. Um caso significativo foi à conotação que Niklas Luhmann conferiu à noção, isto é, no horizonte explicativo dos sistemas sociais (especialmente aos nossos propósitos, na constituição autopoietica do sistema do Direito). Enfim, a autopoiesis de Maturana e Varela suscitou variados influxos teóricos, que podem facilitar a compreensão de notas conexas à autopoiese dos sistemas sociais (Luhmann).

Maturana e Varela narram que estavam à procura de um termo que representasse a “organização circular do vivo”, devendo a ênfase recair no aspecto circular da organização (MATURANA; VARELA, 1997). Os sistemas diferenciados enquanto seres vivos indicam que os fenômenos biológicos são constituídos por “sistemas autopoieticos moleculares” (MATURANA; VARELA, 2004; MATURANA, 2002). Manifestando, então, que os fenômenos biológicos derivam “do operar dos sistemas autopoieticos moleculares, ou das contingências históricas de seu operar

como tais e que, portanto, ser vivo e sistema autopoietico molecular são o mesmo” (MATURANA; VARELA, 1997, p. 18).

Os seres vivos enquanto sistemas autopoieticos possuem uma peculiar forma de ser autônomo, em que todos os aspectos do seu viver relacionam-se apenas consigo próprios (MATURANA; VARELA, 1997; MATURANA, 2002). Os autores descreveram a autonomia dos seres vivos em sua forma mínima, qual seja, como “unidade vivente”. Estas unidades não poderiam ser analisadas apenas em seus componentes materiais, na medida em que a dinâmica de sua organização também é essencial para a sua definição (MATURANA; VARELA, 1997).

Portanto, o vivenciar “[...] não surgia de qualquer propósito ou relação na qual o resultado guiasse o curso dos processos que lhe davam origem” (MATURANA; VARELA, 1997, p. 12). Os sistemas autorreferidos operam em contínua realização e conservação da circularidade produtiva de todos os seus componentes (MATURANA, 2002). Dessa forma, tudo lhes ocorre na realização e conservação desta dinâmica produtiva; os definindo e os constituindo, concomitantemente, na sua autonomia (MATURANA; VARELA, 1997; MATURANA; VARELA, 2004).

A narrativa de Maturana e Varela acerca da autopoiese (1997) estabelece uma abordagem epistemológica de variados modos. As teses dos autores extrapolaram o escopo da Ciência Biológica, significando, assim, um novo ponto de partida para outros campos do saber. Expressamente, alguns textos dos autores preconizam a noção de autopoiese na perspectiva epistemológica, haja vista os problemas de teoria do conhecimento que a categoria pode ser articulada para responder. Um destes problemas clássicos é o tema da “origem” do conhecimento, isto é, o princípio de toda a explicação possível. Sobre a questão, Maturana e Varela afirmam que:

A compreensão do caráter sistêmico dos fenômenos que abrangem o vivo que a teoria da autopoiese faz possível permite explicar a origem dos seres vivos na Terra, ou em qualquer lugar do cosmos, como o surgimento espontâneo de um ser vivo como entidade distinta, tão logo quanto se estabeleça à dinâmica autopoietica molecular como um fenômeno sistêmico (MATURANA; VARELA, 1997, p. 24).

Outro problema salientado pelos autores foi o da identidade dos entes materiais vivos. As relações entre “autonomia”, “unidade viva” e “dinâmica da organização de componentes” são essenciais à autopoiese dos sistemas vivos. Abaixo, descrevem a noção de “identidade”:

2. A organização do vivo é, fundamentalmente, um mecanismo de constituição de sua identidade como entidade material. 3. O processo de constituição de identidade é circular: uma rede de produções metabólicas que, entre outras coisas, produzem uma membrana que torna possível a existência mesma da rede. Esta circularidade fundamental é, portanto, uma autoprodução única da unidade vivente em nível celular. O termo autopoiese designa esta organização mínima do vivo. 4. Toda interação da identidade autopoietica acontece não somente em termos de sua estrutura físico-química, mas também quanto unidade organizada, isto é em referência a sua identidade autoproduzida. Aparece de maneira explícita um novo nível de fenômenos: a constituição de significados. Os sistemas autopoieticos inauguram na natureza o fenômeno interpretativo. 5. A identidade autopoietica torna possível a evolução através de séries reprodutivas com variação estrutural com conservação de identidade. A constituição de identidade de um indivíduo antecede, empírica e logicamente, o processo de evolução (MATURANA; VARELA, 1997, p. 47).

Francisco Varela, em prefácio comemorativo aos vinte anos de lançamento do livro: “De máquinas e Seres Vivos: autopoiese – a organização do vivo”,

menciona usos possíveis da noção de autopoiese. O autor critica a utilização literal, mas festeja o que denomina de “utilização por continuidade”:

[...] trata-se de tomar a sério o fato de que a autopoiese procura pôr a autonomia do ser vivo no centro da caracterização da biologia, e abre ao mesmo tempo a possibilidade de considerar os seres vivos como dotados de capacidade interpretativa desde sua origem própria. Quer dizer que permite ver que o fenômeno interpretativo é contínuo desde a origem até sua manifestação humana. No geral, estou de acordo com esta utilização e esta possível extensão. No panorama de ideias atuais, é talvez uma das facetas mais originais deste trabalho (MATURANA; VARELA, 1997, p. 53).

Varela afirma certo ceticismo com o uso extensivo da autopoiese – para além da fronteira das Ciências Naturais. Entretanto, expressa simpatia pela abordagem epistemológica: “[...] o vincular a autopoiese com uma opção epistemológica, além da vida celular ao operar do sistema nervoso e os fundamentos da comunicação humana é claramente frutífero” (MATURANA; VARELA, 1997, p. 54).

Em suma, o objetivo da seção foi analisar a origem da noção de autopoiese nos trabalhos de Maturana e Varela, indicar desdobramentos para a teoria dos sistemas sociais, bem como evidenciar a perspectiva epistêmica que a noção carrega intrinsecamente desde a sua concepção fundadora. Então, após descrevermos a matriz pragmático-sistêmica, apontamos a ressonância epistemológica que a noção de autopoiese emana. Como corolário, novas questões devem nortear o próximo item, a saber: qual a função da autopoiese na fundamentação do conhecimento jurídico? Afinal, o que significa afirmar que o Direito é um sistema autopoietico?

5. Autopoiese: condição do conhecimento

Delinear a função da autopoiese à justificação do conhecimento jurídico implica a reconstrução conceitual (parcial) da teoria dos sistemas

sociais autopoieticos (LUHMANN, 1998; 2002; 2016) . O ponto de partida é que a sociedade constitui-se como um sistema e que o sistema social é estabelecido pela comunicação. Portanto, os fenômenos sociais serão examinados através das dinâmicas comunicativas que lhes vinculam e lhes organizam como totalidade (ROCHA, 2013b).

Em vista disso, Clam observa que a autopoiese pode “ser definida simplesmente como a qualidade de um sistema ‘que organiza a conectabilidade’ (por intermédio de seus elementos)” (CLAM, 2013, p. 90). Ademais, verifica-se no mundo concreto que os vínculos sociais são diferentes, que são únicos; explicando, talvez, porque a teoria luhmanniana não saliente a racionalidade, o consenso ou a identidade. Em contrapartida, Luhmann matiza “a produção da diferença, da fragmentação, da singularidade” (ROCHA, 2013b, p. 29; LUHMANN, 1998).

Segundo Luhmann (2002), a sociedade moderna caracteriza-se pela diferenciação funcional dos (sub)sistemas (“sistemas sociais parciais”), ou seja, há uma fragmentação e especialização de funções pelos subsistemas do sistema social. Desse modo, o sistema do direito constitui o código do direito, o sistema econômico constitui o código da economia, e assim sucessivamente com os demais sistemas sociais parciais (ALCOVER, 1993). Uma importante consequência da *dinâmica da diferenciação* é constatada na construção de sentido pelos sistemas, ao passo que “somente os sistemas são dotados de sentido, sendo que o ambiente é apenas uma complexidade bruta, que ao ser reduzido, já faz parte de um sistema” (ROCHA, 2013b, p. 35). King também argumenta nessa direção: “[...] definindo os sistemas sociais não como grupos de pessoas [...], mas como sistemas de significado.” (KING, 2009, p. 78).

Portanto, as noções de *sentido* e de *comunicação* descansam no núcleo dos sistemas sociais autopoieticos, pois, para Luhmann: “somente

a comunicação pode produzir comunicação. A comunicação, assim, articula-se com a discussão a respeito dos chamados ‘Meios de Comunicação Simbolicamente Generalizados’.” (ROCHA, 2013b, p. 35). Leonel S. Rocha reproduz a noção de “comunicação” em Luhmann como a síntese entre: “[...] informação, o ato de comunicação e a compreensão.” (ROCHA, 2013b, p. 35). Esta síntese é possível segundo a forma como os meios de comunicação permitem a produção do sentido. Nesse contexto, a comunicação como o cerne dos sistemas sociais autopoieticos assinala algo no sentido do *descentramento epistemo-lógico do sujeito*. A condição de sentido no sistema autopoietico do Direito não se origina na racionalidade lógica – como condição da representação dos objetos jurídicos. Nesse contexto, Schwartz afirma que:

Disso tudo, resulta uma disposição evolutiva palpável, que faz com que a comunicação limite a complexidade indeterminável e não manipulável da sociedade, pré-configurando o campo das possibilidades que nela podem ser realizados. Com isso, quer-se dizer que a comunicação precede aos sujeitos, tornando-se seleção de sentido que estabelece seu próprio limite. [...]. Também se pode dizer que o sentido é, em verdade, o meio pelo qual o sistema traz para si a complexidade do seu entorno. O horizonte de possibilidades dado pelos sistemas reside na unidade de sua diferença com o entorno. Ao contrário de Weber, o sentido na teoria dos sistemas não é derivado de uma representação intencional na mente dos indivíduos. O sentido não é consequência da ação, mas sim da distinção sistema / entorno. (SCHWARTZ, 2013, p. 63-64).

A distinção entre sistema e *entorno* ou *ambiente* é capital na explicação da autopoiese dos sistemas sociais. Antunes salienta que a *autopoiese* não significa apenas a auto-organização. Todavia, designa principalmente a *autorreprodução* de seus elementos (ANTUNES, 1989). Segundo o professor português, os sistemas autorreprodutores são: “[...]”

capazes de produzir esses próprios elementos, de produzir as suas próprias condições originárias de produção, tornando-se desse modo independentes do respectivo meio envolvente.” (ANTUNES, 1989, p. XI). A faceta autorreprodutora da autopoiese dos sistemas sociais, dessa forma, desvela um importante papel que a categoria desempenha.

Não se poderia deixar de mencionar o problema da intersubjetividade. Antunes acentua a comunicação oriunda dos sistemas sociais como a sua gênese. Além do que, ressalta que a intersubjetividade não se origina da racionalidade de sujeitos cognitivos isolados (*solipsistas*). Destarte, o jurista realça que:

Com efeito, no domínio dos fenômenos sociais, a unidade básica de análise é ainda o ‘acto comunicativo’, isto é, toda a interacção simbolicamente cristalizada que, ainda que de forma não voluntária, sucede a gerar e desenvolver um determinado padrão intersubjetivo de conduta. Logo que um tal padrão de conduta passe a orientar prospectivamente as relações intersubjectivas (ou seja, o padrão das interacções passadas passe a operar como pressuposto e limite das interacções futuras), assistimos à emergência de um sistema comunicativo. Ora é nisso justamente que consiste o sistema social: um sistema autopoietico de comunicação, ou seja, um sistema caracterizado por um *perpetuum mobile* auto-reprodutivo e circular de actos de comunicação que geram novos actos de comunicação. [...]. Isto traduz também claramente a autonomia do social e do biológico, já que o indivíduo participa no sistema social mas não faz parte deste: ou seja, se é certo que é através dos indivíduos que tal padrão do discurso comunicativo existe, certo é também que tal padrão, uma vez fixado, passa a constituir um pressuposto metacomunicativo da própria comunicação, como tal exterior e não manipulável pelos participantes (que podem, quando muito, tematizar tal padrão, mas não alterá-lo, sob pena de abandonarem o pressuposto do próprio discurso comunicativo, colocando-se de fora do sistema de comunicação. (ANTUNES, 1989, p. XII).

O professor da Universidade de Reading (UK), Michael King, em artigo intitulado “A verdade sobre a autopoiese no direito” (2009), apresentou uma percuciente síntese de algumas críticas à teoria do sistema autopoietico do Direito, oriundas de estudiosos anglo-americanos. Obviamente, não há como reconstruí-las, pois excederia o escopo deste escrito; remetemos o leitor interessado, assim, ao texto do professor King. Entretanto, é válido destacar um aspecto da crítica de Arthur Jacobson, no artigo “Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann”, publicado na “Michigan Law Review” (87 [1989], p. 1647-1689), também analisado pelo professor inglês (KING, 2009, p. 56 e ss).

À luz da crítica à concepção luhmanniana da “unidade do sistema legal”, Jacobson acusa Luhmann de ter tratado o sistema do direito como “supraindividual”. Em outros termos: expurgar-se-ia o indivíduo real da autopoiese jurídica. Esse aspecto implicaria, segundo Jacobson, na “marginalização do indivíduo” e, por conseguinte, na aproximação da teoria autopoietica do direito dos “positivismos e dos naturalismos”. (KING, 2009).

No entanto, a recusa de Luhmann em utilizar o indivíduo como unidade de análise tem de ser confrontada, necessariamente, perante dois critérios: a) um sistema jurídico de fato autopoietico deve incluir o indivíduo nas operações de autorreprodução do sistema; e b) o descentramento do indivíduo no sistema jurídico visa justamente não cair na necessidade de uma das versões da “lei como revelação” (KING, 2009, p. 62). Portanto, a interpretação de Jacobson não retrata fielmente o que Luhmann configurou. Em suma, assiste razão ao professor King quando declara que há considerável distorção entre a concepção de autopoiese em Luhmann e o que referiu como o “voo imaginário” de Jacobson (KING, 2009).

Os “sistemas diferenciados” apresentam como condição da manutenção de sua unidade ser “operativamente fechados” e, ao mesmo tempo, “cognitivamente abertos” (KING, 2009), visando contemplar a diferença que lhes constitui. Esta simultaneidade entre abertura e fechamento revela o paradoxo no interior dos sistemas; o que no caso do sistema do Direito resulta como “critério” para a tomada de decisões (TEUBNER, 1989; ALCOVER, 1993; ROCHA, 2013b). Teubner acentua que o que se mostra paradoxal é a realidade do direito e não apenas a reflexão sobre ele. Portanto, sobrevém “a transferência do paradoxo do mundo do pensamento sobre o direito para o mundo da realidade social do direito.” (TEUBNER, 1989, p. 18)

A noção de *autopoiese* aparece como alternativa à linearidade dogmática das teorias do direito com perspectiva “unidimensional” (ROCHA; MARTINI, 2016), inspiradas na lógica clássica da não-contradição. Nesse mesmo horizonte, Clam destaca o “design teórico” luhmanniano como “topológico”, no sentido que a matemática moderna empresta ao termo (CLAM, 2013). Dessa forma, as reflexões do sociólogo alemão estão articuladas a partir de “‘lugares’ primordiais, tais como a complexidade, o sistema e seu ambiente, a dupla contingência, o sentido, o ‘fazer experimentar’ (*Erleben*) e o agir, a comunicação, o tempo, a autorreferência” (CLAM, 2013, p. 81).

Teubner (1989) enfatiza que a teoria da autopoiese provoca uma ruptura com o “tabu da circularidade”. Esta ruptura, no entanto, não deve ser entendida como uma “aceitação pura de argumentos circulares”, no entanto, como uma “nova perspectiva da própria circularidade: esta deixaria de ser vista como um problema intelectual (relativo a erro de pensamento) para passar a ser interpretada como um problema relativo à própria práxis jurídica.” (TEUBNER, 1989, p. 19). Portanto, Teubner refere-se às notas conceituais da autopoiese dos sistemas sociais, enquanto

ferramentas necessárias para investigar a práxis jurídica (“legislativa e jurisprudencial”) (TEUBNER, 1989). Ou seja, como ela lida com os paradoxos da autorreferência e como obtém certa estabilidade, a despeito de apresentar oscilações? Teubner afirma que:

A absoluta indeterminação do direito transforma-se então numa indeterminação relativa. A teoria da autopoiesis oferece uma análise das soluções da prática jurídica para o problema da indeterminação do direito graças à conjugação dos seguintes elementos: *auto-referência, paradoxo, indeterminação, estabilidade através de valores próprios*. Através da aplicação da sua própria distinção entre legal/ ilegal, o sistema jurídico constrói a si mesmo na base de um círculo auto-referencial. Semelhante auto-referencialidade conduz inevitavelmente a situações tautológicas e paradoxais, sendo assim, por conseguinte, responsável por uma relativa indeterminação do próprio direito. Isto não significa, no entanto, que tenhamos que render-nos fatalisticamente a tal resultado, uma vez que existem soluções para os problemas de indeterminação originados pelo paradoxo (TEUBNER, 1989, p. 24).

Em síntese, a autopoiese configura-se como a condição do sentido do sistema do Direito, vinculando-se, assim, à validade do conhecimento jurídico (ALCOVER, 1993). Isto é, a autonomia plena da “legitimidade jurídica” deve ser conferida ao “sistema jurídico em si mesmo, tornando-se o único símbolo de sua unidade.” (CLAM, 2013, p. 105). É neste horizonte que a matriz pragmático-sistêmica aproxima-se da nossa hipótese. Isto é, o sujeito lógico do conhecimento, típico das descrições verdadeiras ou falsas da ciência jurídica clássica, perde a centralidade como ponto de partida epistêmico. Com efeito, a racionalidade pragmático-sistêmica no Direito oferece um novo começo epistêmico *centrado na autopoiese*. Ademais, “trata-se de uma observação da complexidade, e não um retorno *naïf* ao descritivismo da dogmática”

(ROCHA, 2009, p. 11). Portanto, caracteriza-se como a observação dos “fenômenos que se desdobram como resultado das operações contingentes na comunicação dos sistemas sociais.” (KING, 2009, p. 73).

Resta-nos, porém, a análise do último item de nossas reflexões autopoieticas, cujo caminho percorrido até aqui parece confirmar a hipótese que assumimos ao início. Tal como afirmamos, a espécie de *logos* conceitual deste escrito foram às ideias do professor Teubner presentes à coletânea intitulada: “El Derecho como Sistema Autopoietico de la Sociedad Global” (2005a), precisamente, no capítulo inicial: “El Derecho como Sistema Autopoietico”.

Na trilha da “boa circularidade” de nosso “sistema psíquico”, partimos dos pressupostos pragmático-sistêmicos que pavimentaram as reflexões do professor Teubner, para agora aportarmos nas questões cruciais que nos serviram de gatilho intelectual. Desse modo, vêm à tona as interrogações finais: por que os argumentos do capítulo mencionado ensejaram a *intuição intelectual* do descentramento do sujeito na validação do conhecimento jurídico? O que significa a sugestão do professor Teubner do sistema do direito configurar-se como o novo sujeito epistêmico?

6. Construtivismo: o direito como sujeito epistêmico

Nesta seção, comentaremos o texto “El Derecho como Sistema Autopoietico” (TEUBNER, 2005a), explicitando a autopoiese do sistema jurídico como ferramenta cognitiva do Direito (análise circunscrita ao anti-individualismo e ao antirrealismo epistêmicos, fundamentos de nossa hipótese). O professor Teubner observa que há uma fragmentação na linguagem teórica da sociologia do direito, devido ao retorno das “grandes teorias nas ciências humanas” (Q. Skinner). A fragmentação implicou a divisão da sociologia do direito em “diversas províncias conceituais”,

resultando em obscuridade na expressão dos fenômenos sociológico-jurídicos. Isto é, o “Galimatazo (Jabbervocky)” – no jogo de linguagem utilizado por Teubner para colorir a obscuridade na linguagem jurídico-teórica. (TEUBNER, 2005a)

As teorias pretendem abarcar realidades sociojurídicas complexas. Um problema que aponta para a dificuldade na sua descrição através da linguagem ordinária. Precisamente, devido à insuficiência discursiva frente à referida complexidade concreta. O aspecto é compartilhado pelas teorias do direito com inspiração no pós-estruturalismo, na teoria crítica e na teoria da autopoiese. Desse modo, Foucault, Habermas e Luhmann, acrescenta Teubner, “*imaginan unas realidades sociales cuya construcción va más allá de los límites del lenguaje ordinario.*” (TEUBNER, 2005a, p. 23; BERGER; LUCKMANN, 1995). As reflexões dos autores estão apartadas da denominada “*reificação da ‘metafísica cotidiana’ (Pizzorno)*”, cujas características são o “*realismo epistemológico*” e o “*individualismo metodológico*”. (TEUBNER, 2005a; BERGER; LUCKMANN, 1995)

Portanto, apesar das diferenças entre as teorias jurídicas do pós-estruturalismo (discurso), da teoria crítica (autorreflexão social) e da teoria da autopoiese (auto-organização), elas comungam de dois atributos epistêmicos: o antirrealismo e o anti-individualismo (TEUBNER, 2005a). No que se refere ao Direito, à conjugação da mudança epistemológica com a nova percepção da individualidade, apontam que “[...] *el constructivismo se deshace de la ingenua suposición realista de que los actores humanos, a través de sus acciones intencionales, configuran los elementos básicos de la sociedad.*” (TEUBNER, 2005a, p. 24).

A epistemologia social construtivista não concebe a ideia de realidade subordinada a de realidade social como algo que está “fora”, ou seja, que pressuponha um dualismo na sua constituição (BERGER; LUCKMANN, 1995). De outra banda, “[...] *es el Derecho el que, como sujeto epistémico*

autónomo, construye su propia realidade social.” (TEUBNER, 2005a, p. 24). Esta construção da realidade traz à tona o descentramento epistemológico do sujeito, visto que o “sujeito transcendental” deixa de ser à base da representação da realidade, tal como nas teorias do direito de inspiração clássica. Teubner sustenta, assim, que o Direito não é produto das ações intencionais dos seres humanos. Na verdade, “es el Derecho como um artefacto cultural”. Ademais, concluindo que: “Muy al contrario, es el Derecho el que, como processo comunicativo, crea actores humanos como artefactos semânticos a través de sus operaciones jurídicas.” (TEUBNER, 2005a, p. 25).

A teoria da autopoiese propicia uma nova cognição social desvincilhada do “individualismo metodológico”. Com efeito, a ideia de que todo fenômeno coletivo seja reduzido às ações intencionais dos indivíduos não encontra guarida na racionalidade pragmático-sistêmica (TEUBNER, 2005a). Estrutura-se, assim, como uma oportuna via de escape ao pensamento hegemônico, notadamente de corte realista e individualista. A teoria da autopoiese, a teoria crítica e o pós-estruturalismo, conseqüentemente, “reemplazan al individuo autónomo por procesos comunicativos y no por entidades supra-individuales.” (TEUBNER, 2005a, p. 28-29). É importante notar, também, que Luhmann e Foucault foram mais radicais no “desencantamento com o sujeito individual”. No que se refere à teoria da autopoiese, Teubner pondera que:

LUHMANN separa totalmente los procesos psíquicos de los sociales y percebe al individuo en la sociedad como un artefacto semântico, como un producto de la auto-observación de la autopoiesis social. Los nuevos sujetos epistémicos son los sistemas sociales autopoieticos. (TEUBNER, 2005a, p. 29).

A teoria do direito que pretenda desenvolver uma epistemologia jurídica deve reformular a concepção de Direito e de sociedade (ALCOVER,

1993). A operação depende de três mudanças essenciais: I) a substituição do realismo pelo construtivismo; II) a troca da construção individual da realidade pela construção social da realidade (TEUBNER, 2005a; BERGER; LUCKMANN, 1995); e III) o câmbio da concepção de Direito como sistema de normas para a de Direito como sujeito epistêmico (TEUBNER, 2005a).

O primeiro item implica o abandono da epistemologia kantiana (KANT, 2001), enquanto que os outros dois “abren un nuevo camino en la teoría jurídica y social” (TEUBNER, 2005a, p. 29). A construção social da realidade explicita os fundamentos sociais da cognição como nenhuma outra sociologia tradicional do conhecimento realizou (BERGER; LUCKMANN, 1995). Com relação ao terceiro item: “atribuye la creación de una realidad social autónoma a las prácticas discursivas del Derecho.” (TEUBNER, 2005a, p. 29).

Teubner (2005a) também destaca um aspecto já mencionado, que pelo relevo merece a ênfase: o uso produtivo dos “paradoxos da autorreferencialidade”. (ROCHA; MARTINI, 2016). Enquanto sistemas autopoieticos, a justificação dos discursos está indissociavelmente imbricada a sua própria circularidade; além do mais, “[...] não podem senão produzir regularidades que se regulam a si próprias e que governam a transformação de suas próprias regularidades.” (TEUBNER, 2005a, p. 36). Ideia que reforça a compreensão da tese do sistema do Direito como novo sujeito epistêmico.

Os paradoxos da autorreferência não são um erro lógico do pensamento, mas, sim, uma realidade que não se pode estar livre jamais. Ou seja, “os discursos sociais aprendem de modo ‘cego’ aqueles modos operacionais que resultam válidos para adaptar-se a um entorno ao qual não tem acesso.” (TEUBNER, 2005a, p. 37). O construtivismo radical irrompe, dessa forma, como a perspectiva teórica capaz de explicar o processo cognitivo da realidade social (BERGER; LUCKMANN, 1995).

Teubner destaca que qualquer conhecimento é construído internamente pelo mundo exterior, pois o conhecimento não tem acesso a uma realidade “aí fora”. (TEUBNER, 2005a).

Os processos cognitivos, teóricos ou empíricos, resultam como construções interna da unidade cognoscente. O exame de validade das construções internas, na relação com a realidade externa, trata-se apenas de uma comparação interna de diferentes construções do mundo (TEUBNER, 2005a; BERGER; LUCKMANN, 1995). O autor alemão observa que esta versão radicalizada da “construção social da realidade” exclui a “acción o el pensamiento individual” (TEUBNER, 2005a, p. 37), rememorando o fundamento do presente artigo. Há uma separação, portanto, entre a construção social da realidade e a construção psíquica da realidade. Senão vejamos:

Para a teoria da autopoiesis, os processos psíquicos formam sua própria rede reprodutiva fechada – autopoiesis psíquica -. Esta só é acessível a eles mesmos e se mostra totalmente inacessível à comunicação. Por seu lado, a comunicação forma uma rede autorreprodutiva própria – autopoiesis social – acessível apenas à comunicação e inacessível a qualquer processo psíquico. Certo é que os indivíduos reaparecem no mundo da comunicação, mas só como construções comunicativas, como artefatos semânticos sem correspondência com a consciência ou com os processos autopoieticos do mundo psíquico (TEUBNER, 2005a, p. 38).

Há uma coexistência entre os processos psíquicos e os processos sociais. Eles encontram-se acoplados através da sincronização e da coevolução, porém, com autonomia nas respectivas dinâmicas operacionais. (LUHMANN, 1998). Dessa forma, existe uma simetria na construção da realidade, o que equivale dizer que: “los procesos psíquicos producen constructos mentales de la sociedad, y los procesos sociales producen constructos comunicativos de la psique.” (TEUBNER, 2005a,

38). Aliás, a radicalização do construtivismo e a desindividualização do discurso podem ser descritos como desenvolvimento de conteúdo da epistemologia social, sobretudo em relação às variantes habermasiana e foucaultiana (TEUBNER, 2005a).

Luhmann propôs uma ideia de modernidade como a disputa permanente entre diferentes epistemes. Isto é, a fragmentação da sociedade numa multiplicidade de discursos autônomos provoca uma diversificação de epistemes. Precisamente, a perda de um modo unitário de cognição (tal como a ideia de “Deus” no medievo) é a propriedade fundamental do mundo moderno. A fragmentação social dá-se em forma de múltiplas “redes comunicativas fechadas”, na qual cada rede é responsável pela construção de sua realidade própria; construções que, em princípio, resultam incompatíveis entre si (TEUBNER, 2005a).

Ao mesmo tempo, a multiplicação e fragmentação de individualidades correspondem à multiplicação e fragmentação dos discursos sociais. Sobre a base de seus códigos e programas específicos, cada rede de comunicação especializada produz ‘pessoas’ – artefatos semânticos de atores individuais – aos quais atribui ações. O ‘Ser-Múltiplo’ (Elster) é o produto da fragmentação de discursos sociais na modernidade (TEUBNER, 2005a, 39).

O anti-individualismo ou supressão do sujeito lógico do conhecimento jurídico molda o conhecimento individual conforme a socialização por instituições sociais. Afinal:

[...] instituciones tales como el Derecho “conocen” independientemente de las mentes de sus miembros. El Derecho procesa autónomamente información, crea mundos de sentido, fija objetivos y fines, produce construcciones de la realidad y define las expectativas normativas – y todo esto independientemente de las construcciones del mundo que existen en las mentes de los juristas (TEUBNER, 2005a, p. 41).

O Direito constitui-se como um sistema social autopoiético, na medida em que se estrutura “como uma rede de operações elementares que recursivamente reproduz operações elementares. Os elementos básicos deste sistema são comunicações, não normas” (TEUBNER, 2005a, p. 42). Portanto, as teorias do direito “analítico-normativistas” e “sociológico-realistas” falharam na identificação da propriedade fundamental do sistema do Direito. As primeiras, ao conceberem o Direito como sistema de normas. Já as sociológico-realistas, ao concebê-lo como sistema de profissionais e organização jurídica, portanto, pressupondo o ser humano como sujeito epistêmico (TEUBNER, 2005a).

O sistema autopoiético do Direito, tal como argumentamos, caracteriza-se pela auto-organização e autorreprodução de seus elementos. A compreensão da condição autorreprodutiva vincula-se à assunção das comunicações como propriedades fundamentais do sistema do Direito (ALCOVER, 1993). Elas são propriamente os “instrumentos cognitivos” pelos quais o discurso social do Direito tem a possibilidade de “ver o mundo”. Teubner disserta que:

El mundo exterior no instruye en modo alguno al Derecho; sólo existe una construcción del mundo exterior por parte del Derecho. Esto no quiere decir que el Derecho “inventa” arbitrariamente la realidad social. Una perspectiva constructivista no debe ser confundida con el “solipsismo metodológico”; más bien busca un camino intermedio entre el representacionalismo y el solipsismo. El constructivismo jurídico presupone entonces la “existencia” de un entorno para el Derecho. La cuestión no es un aislamiento monadológico del Derecho, sino la construcción autónoma de modelos jurídicos de realidad bajo la impresión de las perturbaciones ambientales. ¡Orden jurídico a partir del ruido social! (TEUBNER, 2005a, p. 43).

O sistema do direito como novo sujeito epistêmico sinaliza que as pessoas com as quais ele lida não são as pessoas de carne e osso, dotadas de mente e cérebro; portanto, não são os sistemas psíquicos autopoieticos (TEUBNER, 2005a). Todavia, são meros constructos, artefatos semânticos fabricados pelo discurso do Direito. No que se refere ao “ambiente” psíquico, é oportuno salientar que são: “[...] *en realidad [sic!] constructos de los discursos prácticos, necesarios para la formación de círculos comunicativos, de comunidades discursivas*” (TEUBNER, 2005a, p. 44-45). Isso não indica uma “des-humanização” da teoria do Direito, tampouco a supraindividualização epistêmica (Jacobson). Portanto:

Como constructos sociales, las personas son indispensables para la comunicación jurídica, ya que el Derecho, como proceso social, necesita atribuir la comunicación a un actor (individual o colectivo) en aras de continuar su autorreproducción. Pero estos “actores” son únicamente un conjunto de roles (roles-bundels), máscaras de personajes (character-mask), productos internos de la comunicación jurídica (TEUBNER, 2005a, p. 44-45).

É importante dizer que a questão da substituição do sujeito individual é tão decisiva quanto à da “multiplicação dos centros de cognição”. O professor Teubner alude que os “discursos sociales son los nuevos sujetos epistémicos que compiten con la conciencia del individuo” (TEUBNER, 2005a, p. 46). Ora, se a observação deixa de partir do sujeito individual, então, ela deixa de ser “monocontextual” (TEUBNER, 2005b; 2005a; ROCHA, 2009).

Enfim, os múltiplos centros de cognição parecem culminar na ideia de “policontextualidade” (TEUBNER, 2005b). A teoria autopoietica sustenta a autonomia epistêmica de diversos discursos sociais e, assim, “[...] toma parte en la ‘descentralización del sujeto’, esto es, en alejar al

sujeto de su posición privilegiada como centro del conocimiento único y último.” (TEUBNER, 2005a, p. 46).

A perspectiva construtivista confere ao sistema do Direito uma autoridade epistêmica que é inelutável. O construtivismo epistemológico contesta o dogma da ciência moderna de “autorrevelar-se” como o único conhecimento verdadeiro. Isto é, impugna a sua pretensão de possuir um monopólio no acesso à realidade (BERGER; LUCKMANN, 1995). Isto sinaliza que a ciência não descobre fatos exteriores, no entanto, os constrói. O construtivismo radical, segundo Luhmann, advoga que a ciência opera uma construção de mundo que se legitima pelas próprias distinções e não pelo mundo como tal. (TEUBNER, 2005a).

7. Considerações finais

Antes de tudo, pedimos licença para objetar algo que se escuta nos corredores das faculdades de Direito no Brasil, a saber, que a teoria do Direito de inspiração luhmanniana é “difícil”, “incompreensível” ou um “Galimatrazo” – tal como designado pelo professor Teubner. Estas representações da teoria da autopoiese, quiçá, não sejam totalmente inverídicas. De fato, à primeira vista há alguma dificuldade com o significado e a organização conceitual. Não obstante, é menor frente ao que se reclama amiúde nas escolas de jurisprudência. Nitidamente, urge que os acadêmicos aprofundem-se nas leituras e não “cancelem” a autopoiese à primeira dificuldade que apareça. É necessário ler linha a linha, pôr a alma para dialogar consigo mesma, discutir mentalmente conceito por conceito; sem dúvida, assim, a racionalidade pragmático-sistêmica desvelar-se-á mais suavemente. Enfim, voltemos às questões teóricas, ou melhor, vejamos os ganhos teóricos que as análises auferiram.

O fio condutor deste ensaio foi à hipótese do descentramento do sujeito na validação do conhecimento jurídico, segundo as formulações

pragmático-sistêmicas. Desse modo, demonstramos como a Matriz Pragmático Sistêmica no Direito perfaz-se como uma racionalidade apta, cognitivamente, à abordagem das diversas demandas (jurídicas) da hodierna sociedade global. A complexidade social explicita o risco cotidiano frente às tomadas de decisão intersubjetivas, na medida em que a contingência é a marca da sociedade fragmentada. O projeto antimetafísico de inspiração luhmanniana, portanto, operou a destranscendentalização do discurso jurídico, por meio da desindividualização do sujeito epistêmico. Até mesmo porque, pensar a produção da diferença ensejou a mudança no modo de produção da identidade, isto é, mobilizou o descentramento epistemo-lógico do sujeito.

A interdisciplinarietà da teoria autopoietica afastou o dogma da pureza metodológica (neutralidade), posto que o Norte teórico do conhecimento jurídico, desde então, descansa na práxis social. Conformou-se o abandonado do sujeito transcendental kantiano, em prol de atores coletivos “criados” comunicativamente pelos (sub)sistemas sociais. Consequentemente, refutou-se a tese da separação entre “ser” e “dever-ser”: a teoria jurídica passa a vincular-se a uma teoria social, tendo em vista a conexão entre norma e sociedade. Afinal, as vivências da práxis social revelam uma condição incontornável de todo o conhecimento: a sua dimensão histórica ou historicidade epistemológica.

Evidenciou-se a função essencial da noção de autopoiese na validação do conhecimento jurídico. Ela dissipa ressonância epistemológica desde a sua origem nos trabalhos de Maturana e Varela. As pesquisas dos chilenos trouxeram à baila as propriedades centrais da autopoiese: a autorreprodução e a auto-organização. Com efeito, a autopoiese do sistema jurídico possibilita ao Direito construir os próprios componentes, a partir da dinâmica comunicativa que lhes instaura. Ou seja, o Direito produz as próprias condições originárias de produção (Teubner).

Portanto, a noção de autopoiese é essencial à concepção do sistema do Direito como novo sujeito epistêmico, em detrimento das teorias de orientação individualista.

A autopoiese dos sistemas sociais como condição do sentido apontou para a comunicação como núcleo construtivo de suas operações. Portanto, o sentido revelou-se como o meio pelo qual o sistema avoca a complexidade do entorno ou ambiente. Em vista disso, a autonomia do sistema social estipula que o indivíduo participa do sistema social, contudo, não lhe faz parte. Embora seja através dos indivíduos que o padrão do discurso comunicativo existe. Tal padrão, uma vez fixado, constitui um pressuposto metacomunicativo da própria comunicação. Logo, veiculando-se como exterior e não manipulável pelos participantes (Antunes). Afinal, os sistemas sociais autopoieticos formam redes circulares e fechadas de operações sistêmicas. Portanto, a autorreprodução dos sistemas sociais é garantida pelo seu fechamento operacional (código próprio) associado a sua abertura cognitiva (ao entorno).

A matriz pragmático-sistêmica organiza-se, assim, como antirrealista e anti-individualista. É designada como uma epistemologia social construtivista, já que a sua ideia de realidade não reside “fora” do sujeito do conhecimento. Aliás, o Construtivismo externa o desencantamento com o sujeito individual, pois que o sistema social autopoietico desponta como novo sujeito epistêmico, ao configurar-se artifice da própria realidade social.

O construtivismo epistemológico refuta o engodo da metafísica moderna de que apenas o conhecimento científico era válido. A tradição metafísica, sob o manto do necessitarismo lógico, escorregou na desconsideração de mundo que os cânones puramente formais implica(ra)m. A desconsideração do mundo histórico ou social ocorreu em nome do desprezo pela contingência, aspecto determinante do mundo

concreto. A impossibilidade de se formalizar logicamente o contingente instigou o seu recalque epistemológico pelas teorias realistas e individualistas. Algo que não se verificou com a epistemologia social construtivista.

Por fim, é importante dizer que o descentramento epistemo-lógico do sujeito é um tema de equivalente relevância ao da “multiplicação dos centros de cognição”. A investigação matizou *tout court* que os múltiplos centros de cognição remetem à noção de “policontextualidade” (TEUBNER, 2005b). Ora, se a observação deixa de partir do sujeito individual, então ela deixa de ser “monocontextual”. Diante disso, qual a relação que se estabelece entre o diagnóstico aqui apontado e à policontextualidade? Com efeito, o prosseguimento das investigações, no que se refere à matriz pragmático-sistêmica, rumará à elucidação deste vínculo. Afinal, em que medida a noção de policontextualidade liga-se ao descentramento do sujeito na validação do conhecimento jurídico?

Referências

- ALCOVER, Pilar Giménez. **El Derecho em la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993.
- ANTUNES, José E. Prefácio. In: TEUBNER, G. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp. I - XXXII.
- AYER, Alfred J. [compil.]. **El Positivismo Logico**. Traducción de L. Aldama, U. Frisch, C. N. Molina, F. M. Torner y R. Ruiz Harrel. 2ª reimpressão. México: Fondo de Cultura Economica, 1981.
- _____. **O Problema do Conhecimento - Um estudo sobre os principais problemas filosóficos relacionados com a teoria do conhecimento**. Tradução de Vieira de Almeida. Lisboa: Editora Ulisseia, s/d. (Livros Pelicano).

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **La Construcción Social de la Realidad**. Traducción de de Silvia Zuleta. Revisión técnica de Marcos Giménez Zapiola. 13ª reimp. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1995.

BERTALANFFY, Ludwig Von. **Teoría General de los Sistemas**. Traducción de Juan Almela. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1ª ed., 4ª reimp., 2007.

CLAM, Jean. A autopoiese no direito. In: CLAM, Jean; ROCHA, Leonel S.; SCHWARTZ, Germano. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 77-128.

DERRIDA, Jacques. A Estrutura, o Signo e o Jogo no Discurso das Ciências Humanas. In: “**A Escritura e a Diferença**”. Tradução Maria Beatriz Marques Nizza da Silva, Pedro Leite Lopes e Pérola de Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2009, pp. 407-426. (Coleção Estudos / dirigida por J. Guinsburg).

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Introdução e notas de Alexandre Fradique Morujão. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4ª ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1976.

KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese no direito. In: KING, Michael; ROCHA, Leonel S.; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, pp. 41-98.

LEFORT, Claude. **As Formas da História: ensaios de antropologia política**. Tradução de Luiz Roberto Salinas Fortes e Marilena de Souza Chaui. Revisão de Renato Nicolai. 2ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990.

LUHMANN, Niklas. **Introducción a la Teoría de Sistemas**. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. 1ª reimp. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. **O Direito da Sociedade** [livro eletrônico]. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim de Alexandre Agnalon. São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2016. 2,0 Mb; ePUB.

_____. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sistemas Sociais**: Lineamientos para uma teoría general. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Coord. por Javier Torres Nafarrete – Rubí (Barcelona): Anthropos, 1998.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **De Máquinas e Seres Vivos**: autopoiese – a organização do vivo. 3ª ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A Árvore do Conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. 4ª ed. São Paulo: Editora Palas Athena, 2004.

MATURANA, Humberto R. **A Ontologia da Realidade**. Cristina Magro, Miriam Graciano e Nelson Vaz [org.]. 3ª reimp. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2002.

PARSONS, Talcott. **El Sistema Social**. Traducción al español por José Jiménez Blanco y José Cazorla Pérez. 2ª ed. Editorial Revista de Occidente S. A.: Madrid, 1976.

ROCHA, Leonel S. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2ª ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2003.

_____. **A Problemática Jurídica**: uma introdução transdisciplinar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985.

_____. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: KING, Michael; ROCHA, Leonel S.; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, pp. 11-40.

- _____. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 5(2):141-149, julho-dezembro 2013a
- _____. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: CLAM, Jean; ROCHA, Leonel S.; SCHWARTZ, Germano. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013b, pp. 45-76.
- ROCHA, Leonel S.; MARTINI, Sandra Regina. **Teoria e Prática dos Sistemas Sociais e Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
- SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoietica do sistemismo luhmanniano. autopoiese no direito. In: CLAM, Jean; ROCHA, Leonel S.; SCHWARTZ, Germano. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 45-76.
- TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução e Prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- _____. **El Derecho como Sistema Autopoietico de la Sociedad Global**. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez. Editor Carlos Gómez-Jara Díez. Lima: ARA Editores, 2005a. (Colección Teoría de Sistemas y Sistema Jurídico).
- _____. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Apresentação: Dorothee Susanne Rudiger. Introdução: Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba: Editora Unimep, 2005b.
- _____. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. Coordenação de Marcelo Neves... [et al.]. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. (Série IDP: Linha direito comparado).

Direito, política e âmbitos sociais parciais na configuração de uma nova ordem constitucional num mundo globalizado

Laerte Radtke Karnopp¹

1 Introdução

A constituição, no âmbito da teoria sistêmica proposta por Niklas Luhmann (2016), é pensada como acoplamento estrutural entre os subsistemas² da política e do direito, o qual responde a um modelo de subsistema político que possui em seu centro o Estado. Apesar desse acoplamento estrutural, política e direito mantêm suas funções sistêmicas bem delimitadas, assegurando a diferenciação funcional de ambos, mas se irritam mutuamente na produção desse fenômeno.

A globalização, que rompeu as fronteiras dos Estados nacionais nos mais diversos âmbitos sociais para além do direito e da política, incluindo setores como a economia, a ciência, a educação, a tecnologia, a informática e outros, mostrou a insuficiência desse modelo de constituição centrado no Estado, o que revelou a necessidade de uma nova ordem constitucional, conforme problematiza Gunther Teubner (2005; 2020), ainda mais em face do surgimento de novos atores privados que se colocam ao lado dos Estados nacionais e das entidades transnacionais.

Diante da transformação do cenário mundial, com as implicações trazidas pela globalização à sociedade global, surge a seguinte questão:

¹ Doutorando em Direito (Unisinos). Mestre e bacharel em Direito (UFPeL). Licenciado em Letras (UFPeL). Auditor-geral do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sul-rio-grandense (IFSul).

² No decorrer deste texto, optamos por utilizar o termo “subsistema” ao nos referirmos a cada um dos sistemas que compõem o sistema social global (LUHMANN, 2016), com o propósito de evidenciar a ideia de que estão contidos no interior desse sistema maior, que é a sociedade.

como passa a se configurar a relação entre os subsistemas do direito, da política e os demais âmbitos sociais parciais na conformação de uma nova ordem constitucional? A partir desse problema, o objetivo do presente artigo é refletir sobre a (in)suficiência de um modelo constitucional resultante do acoplamento estrutural entre política e direito no cenário globalizado e que alternativa(s) se apresenta(m) diante dele.

Para isto, a primeira seção do artigo será dedicada a explicar a função do subsistema do direito, a partir da qual se diferencia no ambiente, o que será feito com base no terceiro capítulo da obra *O direito da sociedade*, de Luhmann (2016). Buscaremos, nessa seção, esclarecer de que forma o direito, como subsistema operativamente fechado mas cognitivamente aberto, lida com as expectativas normativas. A segunda seção tratará do fenômeno designado como acoplamento estrutural entre diferentes subsistemas, com ênfase na relação entre política e direito, materializada pela constituição, ainda na perspectiva desse autor. Na seção final, apresentaremos o pensamento de Teubner (2005; 2020) sobre uma nova ordem constitucional hábil a responder às necessidades de uma sociedade mundial globalizada.

A essas seções passaremos a seguir.

2 A função do direito na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann

O terceiro capítulo da obra *O direito da sociedade* (LUHMANN, 2016) é dedicado à função do direito em relação ao sistema da sociedade e, também, em relação ao próprio subsistema jurídico. Trata-se de um capítulo que tangencia diversos conceitos relevantes para a compreensão da sociedade como sistema (e, em particular, do direito como um de seus subsistemas), os quais procuramos esboçar, ainda que em poucas linhas, num breve percurso teórico na presente seção. Nesse compasso,

apresentaremos as principais considerações do autor sobre a função do direito no âmbito de sua teoria sistêmica.

A questão que inaugura o referido capítulo e que traduz o significado da função do direito diz respeito a quais problemas a existência de um subsistema jurídico diferenciado (como produto de normas jurídicas específicas, igualmente diferenciadas) resolve no sistema da sociedade (LUHMANN, 2016, p. 165). Nessa linha, temos que a função é critério de diferenciação entre os subsistemas da sociedade moderna, de modo que um subsistema não pode exercer função desempenhada primariamente por outro, sob pena de ocorrer a desdiferenciação funcional ou a sua corrupção (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 63). Logo, é preciso identificar a função que cabe ao subsistema jurídico, assim como as prestações (ou atuações) que este pode oferecer aos demais subsistemas da sociedade, o que permite sua diferenciação em relação a eles.

O direito, para Luhmann (2016, p. 176), se encarrega de apenas uma função, qual seja a de estabilizar contrafaticamente as expectativas normativas, por meio de sua generalização nas dimensões temporal, social e material, no interior de uma sociedade fragmentada policentricamente (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 133). Ainda que, segundo Luhmann, seja possível a divisão em subfunções, no tocante ao processo de diferenciação de um subsistema jurídico, é necessário considerar uma única função para obter resultados indiscutíveis, pois “qualquer pluralidade de funções geraria problemas de intersecção social e obscuridades na delimitação do direito” (LUHMANN, 2016, p. 176-177), o que passaria a comprometer a própria diferenciação funcional.

A função de estabilização das expectativas normativas permite ao indivíduo um maior grau de confiança, de modo que “podem-se encarar as decepções da vida cotidiana com maior serenidade, ou ao menos se tem a segurança de não cair em descrédito em relação a suas expectativas”

(LUHMANN, 2016, p. 175). A generalização dessas expectativas assegura maior segurança numa sociedade complexa, visto que retira a dependência de mecanismos personalizados (LUHMANN, 2016, p. 175).

Pela determinação da função específica do direito, se identifica tudo aquilo que deve ser considerado uma operação do subsistema jurídico, o que ocorre através de um código binário com um valor positivo (lícito) e outro negativo (ilícito) e de programas condicionais que viabilizam a adjudicação concreta desses dois valores (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 109). A função de estabilizar expectativas normativas e o código lícito/ilícito se complementam, portanto, na compreensão do fechamento operacional do subsistema autopoiético do direito.

Para a adequada compreensão da função do direito, é preciso, inicialmente, esclarecer o que são expectativas e estabelecer a diferença entre expectativas cognitivas e normativas. Para Luhmann, tanto o plano da realidade quanto o das possibilidades são caracterizados pela contingência, que se relaciona diretamente com a teoria da complexidade. Há, no mundo, uma sobrecarga de possibilidades que o tornam mais complexo, as quais nem todas podem ser atualizadas pelos sistemas. Por essa razão, é necessário fixar estruturas para a redução da complexidade, as quais correspondem às estruturas de expectativas, que, apesar de não eliminarem a complexidade e a contingência, conduzem-nas a níveis suportáveis (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 86-87).

Desse modo, as expectativas, como estruturas, servem para reduzir a complexidade, visto que delimitam as possibilidades de seleção para um determinado sistema e conferem maior probabilidade às suas operações. A função seletiva desempenhada pelas estruturas de expectativas funciona em dois níveis distintos: (1) diante da contingência simples, as estruturas de expectativas operam com maior estabilidade, o que reduz a possibilidade de

frustrações dessas mesmas expectativas; e (2) diante da dupla contingência³, por outro lado, necessitam ser mais complexas e condicionadas, tornando-se reflexivas, isto é, caracterizando-se como expectativas de expectativas (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 88).

Como as estruturas de expectativas apenas outorgam maior probabilidade às seleções, mas não as determinam, resta sempre a possibilidade de frustração das expectativas. Por essa razão, as estruturas necessitam desenvolver mecanismos para processar tais frustrações, de modo que elas próprias (as estruturas) não se coloquem em risco.

Porque essas estruturas se referem a sistemas de sentido (sociais e psíquicos), e não ao mundo físico, devem ser tratadas nas três dimensões de sentido anteriormente referidas, a saber, temporal, social e material. O direito, então, como subsistema social, é uma estrutura erigida sobre a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas dessas três dimensões, o que significa dizer que não basta que opere generalizações de expectativas em cada uma das dimensões de sentido, uma vez que estas são autônomas, já que a seleção de possibilidades numa delas não pressupõe a mesma seleção nas demais. Por conseguinte, para assegurar a manutenção contrafática das expectativas normativas, é preciso que o direito produza congruência seletiva entre as três dimensões (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 89-90).

Conforme dissemos, para compreender adequadamente a função do direito, é preciso estabelecer a diferença entre expectativas cognitivas e

³ Niklas Luhmann parte do conceito de Talcott Parsons para definir o que é dupla contingência. Para este autor, no processo de comunicação, o mundo social se constitui na dupla perspectiva de Alter e Ego, que observam mecanismos de seleção reciprocamente imprevisíveis e contingentes, isto é, os participantes da comunicação compartilham um sistema simbólico com um acordo básico sobre valores que os orientam normativamente. Luhmann, no entanto, trata a dupla contingência a partir da ideia de expectativas de expectativas, que pressupõe que o comportamento de uma pessoa não pode ser esperado como necessário, mas como resultado de uma seleção entre várias possibilidades, realizada a partir de suas próprias expectativas (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 87-88).

normativas, sendo que é destas últimas que o subsistema jurídico se ocupa. Assim,

Toda e qualquer expectativa consiste numa antecipação do futuro que, enquanto tal, é suscetível de frustração. Assim é que existiriam basicamente duas formas de se lidar com a frustração: adaptar a expectativa à situação que a frustra ou mantê-la contra tal situação. No primeiro caso, está-se diante de uma expectativa cognitiva, que aprende e se adapta à situação que a contraria. No segundo, está-se diante de uma expectativa normativa, que se mantém mesmo contra a situação que a decepciona (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 90).

A classificação das expectativas em duas categorias, portanto, advém de uma relação temporal, uma vez que, antecipando o futuro, é possível, num horizonte de contingências, que essas expectativas resultem frustradas. A questão reside na reação a essa frustração: a frustração às expectativas cognitivas resulta num ajustamento do sistema, que “aprende” e incorpora a situação adversa, a qual passa a integrá-lo; as expectativas normativas, ao contrário, em face de uma decepção, se mantêm, por meio de mecanismos que reagem e processam essas frustrações. Não é por outro motivo que o direito detém a função de estabilização contrafática das expectativas normativas.

Nesse sentido,

Enquanto as primeiras [expectativas cognitivas] permitem adaptação à realidade porque se alteram e se reestruturam de acordo com as frustrações experimentadas e, com isso, proporcionam um ganho de conhecimento; as segundas [expectativas normativas] sobrevivem à frustração. São estruturas contrafáticas porque não são revistas diante de um desapontamento (GONÇALVES; BACHUR, 2019, p. 131).

A aprendizagem, característica das expectativas cognitivas, é, portanto, a capacidade de o sistema recuperar um comportamento pretérito ocorrido frente a um estímulo (ou irritação) e repeti-lo em circunstâncias semelhantes, caracterizando-se, de acordo com Luhmann (2016, p. 177-178) como uma renúncia a essas expectativas. No caso do subsistema do direito, este se diferencia ao garantir expectativas normativas, que não estão dispostas a essa aprendizagem, isto é, mantém as expectativas inalteradas ao longo do tempo, mesmo diante de uma frustração fática (o sistema não “aprende” diante de um desapontamento) (GONÇALVES; BACHUR, p. 131).

A norma corresponde, então, a uma forma de estruturação temporal das expectativas que consiste “em fixar uma dada expectativa como normativa e, por meio de mecanismos de absorção das frustrações, neutralizá-la contra as condutas que dela se desviam” (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 90). Não obstante, a teoria luhmanniana rompe com a ideia de que “a norma se constitui a partir das motivações que levam a seu cumprimento” (LUHMANN, 2016, p. 179). No conceito funcional, em que a norma é compreendida como expectativa de conduta que se estabiliza ainda que de modo contrafático, sua função não é guiar as motivações, senão oferecer garantias para essa estabilização contrafactual. Desse modo, sua função não é prescrever a conformidade de uma conduta, mas proteger quem tem essa expectativa.

Gonçalves e Villas Bôas Filho (2013, p. 90) assinalam, ainda, outros mecanismos de absorção das frustrações na teoria luhmanniana, que vão desde ignorar a ocorrência de violações à norma até a sanção por seu descumprimento. Ainda assim, o conceito funcional de norma não admite sua definição a partir da ameaça ou da imposição de sanção, ainda que sua possibilidade constitua um instrumento simbólico que possibilita reconhecer a expectativa como direito (LUHMANN, 2016, p. 179). Ainda

assim, para Luhmann (2016, p. 180), a imposição da norma representa condição de estabilidade, uma vez que ela não poderá se sustentar se não houver a mínima expectativa de seu cumprimento.

As normas adquirem qualidade jurídica apenas porque são diferenciadas como sistema do direito, de modo que há muitas expectativas normativas sem essa qualidade. O direito, como subsistema autopoietico, seleciona aquelas expectativas que devem ser protegidas, sendo que sua juridicidade somente pode ser determinada pela observação da rede recursiva em que ela foi gerada. Assim é viável a estabilização de certas expectativas “com as quais é possível se orientar nas situações da vida em que não se tem uma segurança adequada, nas quais ou não há controle suficiente do futuro, ou não se permite um aprendizado gradual de alternativas” (LUHMANN, 2016, p. 183).

De acordo com Luhmann (2016, p. 171-172), essa vinculação temporal limita a liberdade de comportamento, de modo que quem desejar atuar contra as expectativas restaria prejudicado por antecipação, ao se ver censurado num tempo futuro. Não obstante, a vinculação temporal é encoberta pela função motivacional que o direito toma para si, como parte da simbologia do dever de suas expectativas, a qual considera a possibilidade de aprendizagem e adaptação de quem promove sua frustração. Por isso, “a referência temporal do direito encontra-se na função normativa no intento de se preparar, ao menos no nível das expectativas, para um futuro desconhecido, genuinamente incerto” (LUHMANN, 2016, p. 173).

Como a fixação de expectativas normativas responde apenas à dimensão temporal de sentido na sua generalização, é necessário, para alcançar a congruência, que ela ocorra também na dimensão social, por meio de outro mecanismo, qual seja a institucionalização de expectativas comportamentais. A institucionalização remete a um pressuposto de

expectativas institucionalizadas, fazendo com que o consenso, ainda que fictício, represente um pressuposto que não precisa mais ser concretamente expresso e que tenha a seu favor a “autoevidência presumida”. Na seara do direito, há as figuras do contrato e do procedimento como mecanismos de institucionalização (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 91).

A dimensão material de sentido, por fim, se refere ao conteúdo das expectativas, fixando-se pontos de referência abstratos, para estabelecer as expectativas de forma concreta. A abstração se dá a partir de quatro princípios de identificação, gradativamente mais abstratos: pessoas, papéis, programas e valores.

No presente estudo, importa destacar os programas decisórios, “cujo nível de abstração permite, de um lado, contemplar número considerável de expectativas e, de outro, diferenciá-las daquelas que não lhes dizem respeito” (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 94). Trata-se de regras de decisão asseguradas por meio da institucionalização, em relação às quais os comportamentos podem variar, além do fato de que elas próprias são passíveis de modificação. De acordo com o grau de abstração, situam-se num nível mais elevado que as pessoas e os papéis, porém são menos abstratos que os valores, os quais, em razão de seu alto grau de generalização, não são capazes de assegurar a diferenciação dos sistemas.

O subsistema do direito serve-se de programas decisórios condicionais baseados no esquema *se/então*, de modo que possuem natureza retrospectiva, isto é, dependem de um acontecimento anterior para entrarem em operação. Os programas decisórios contribuem para especificar o código lícito/ilícito e adjudicar a cada um desses polos os comportamentos que lhes são inerentes, contribuindo para reproduzir a função específica do direito como subsistema autorreferencial e autopoietico.

Uma breve síntese sobre a generalização congruente de expectativas normativas pelo subsistema do direito pode ser assim apresentada⁴:

O direito positivo moderno (posto e validado por decisões) utiliza a sanção como mecanismo de absorver frustrações na dimensão temporal, o consenso fictício para generalizar as expectativas na dimensão social, imunizando-as contra condutas dissidentes, e os programas decisórios condicionais para, na dimensão material, obter decisões a partir do esquema “se/então” (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 97).

Luhmann (2016, p. 190-191), após definir a função, passa a tratar de sua realização em sistemas e questiona sobre a manutenção da validade de algo, ainda que não seja realizado. A resposta a essa indagação leva à diferenciação entre sistema e ambiente, de modo que cada (sub)sistema mantém sua autopoiese e seu fechamento operacional, para assegurar sua função.

No caso do direito, trata-se de um subsistema que normatiza expectativas, que se diferencia no ambiente, independentemente de se vir a atuar em conformidade com as normas por ele estabelecidas, visto que “o sistema se mantém estável no marco de suas possibilidades, não importando como o ambiente opta” (LUHMANN, 2016, p. 191). Como subsistema fechado do ponto de vista de suas operações, necessita prever internamente o cumprimento das próprias funções, operando reflexivamente mediante observações de segunda ordem.

Sobre a realização da função do direito frente ao fechamento operacional do subsistema jurídico e sua relação com o ambiente, Luhmann (2016, p. 192) esclarece:

⁴ O tema da generalização congruente de expectativas normativas pelo direito nas três dimensões apontadas por Luhmann não constitui objeto do presente artigo, razão pela qual é abordado de forma menos detida. Para um maior aprofundamento, remetemos o leitor ao texto de Gonçalves e Villas Bôas Filho (2013, p. 86-97), o qual apresenta uma exposição bastante didática sobre o assunto.

O direito não é simplesmente afirmado com o auxílio de poderoso amparo político para então, em maior ou menor grau, se impor. Ao contrário, o direito só é direito quando se pode esperar, uma vez que a expectativa normativa é esperada normativamente. Também nessa medida o direito não é determinado hierarquicamente de cima, mas heterarquicamente – portanto, lateralmente – e determinando vizinhanças em forma de redes.

Essa autoafirmação circular do direito é observável empiricamente pela distinção de um sistema parcial organizado, no âmbito do subsistema jurídico, caracterizado como um sistema de organização das decisões desse mesmo subsistema, que corresponde, segundo Luhmann (2016, p. 193-194), aos tribunais e parlamentos e que é voltado a sua afirmação e a sua modificação.

Esse sistema parcial de decisões, diferenciado no interior do subsistema do direito, no seu âmbito próprio de operações circulares (e, portanto, reflexivas), mantém-se como hierárquico (ao referir-se a normas e órgãos), de modo que “normalizam o normatizar” (LUHMANN, 2016, p. 194)⁵. O centro desse sistema hierárquico de decisões é ocupado pelos tribunais e, sua periferia, pelos demais campos não judiciais, dentre eles a legislação, os quais passariam a funcionar como zonas de contato com o ambiente do direito e, portanto, todos os demais subsistemas sociais. A periferia é, nessa ótica, muito mais suscetível a irritações por parte do ambiente do que o centro do sistema decisório (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 126-130)⁶.

⁵ Para um maior aprofundamento sobre a distinção de um sistema decisório no âmbito do subsistema do direito, remetemos o leitor à seção III, capítulo 3, do livro *O direito da sociedade* (LUHMANN, 2016, p. 190-200).

⁶ Luhmann dedica o capítulo 7 do seu *O direito da sociedade* a examinar “O lugar dos tribunais no sistema do direito” (2016, p. 397-450).

A seguir, buscaremos expor a relação do subsistema do direito e a forma como recebe (e devolve) irritações de outro subsistema que integra o sistema social global: o político.

3 O acoplamento estrutural entre os subsistemas do direito e da política na teoria de Luhmann

Conforme dissemos, o direito, como os demais subsistemas do sistema social, é operacionalmente fechado, mas cognitivamente aberto, o que significa que recebe influxos (irritações) do ambiente em sua periferia, zona que corresponde a tudo que excede o seu centro, abrangendo, inclusive, a legislação. A partir desse pressuposto, é possível analisar suas relações com o ambiente, em face da diferenciação funcional, compreendendo-o como forma de dois lados: sistema e ambiente, sendo o último pressuposto do primeiro.

O direito, para desenvolver sua função (e se diferenciar como subsistema), não deve somente pressupor seu ambiente, mas se inter-relacionar com ele. No entanto, como os demais subsistemas sociais também são autorreferenciais, não lhe é possível uma intervenção direta neles a partir do seu exterior (ambiente), restando subtraída a possibilidade de uma regulação externa pelo direito. Do mesmo modo, essa afirmação também é válida no sentido inverso, isto é, dos outros subsistemas sobre o subsistema jurídico (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 133-134), porque os outros subsistemas não podem impor influxos ou interferências diretas sobre o direito, senão estimulá-lo para que, a partir de suas próprias estruturas, se autorreproduza.

Logo, a diferenciação funcional, que proporciona autonomia ao subsistema jurídico, faz com que o direito deixe de ter controle sobre os demais subsistemas, pois

A diferenciação sistêmica funcional pressupõe que a autorreferência dos subsistemas seja preservada, o que gera a pressão por autonomia do direito em relação às investidas de outros sistemas que poderiam instrumentalizá-lo. Porém, por outro lado, a autorreferência dos demais sistemas impede que o direito os regule diretamente (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 135).

Nesse sentido, uma regulação do direito, em virtude da autorreferência dos sistemas autopoieticos, obrigaria a que se apresentasse apenas como autorregulação. Frente a esse problema, a solução proposta por Luhmann para não causar a sobreposição do subsistema jurídico em relação a outros subsistemas (e vice-versa) e manter sua diferenciação, de maneira a evitar a corrupção funcional, está no fechamento normativo e na abertura cognitiva do subsistema jurídico.

O fechamento normativo do direito é assegurado por sua vinculação ao código lícito/ilícito, que permite seu fechamento operativo e a manutenção de sua identidade em relação ao ambiente. Por outro lado, a abertura cognitiva é alcançada mediante os programas funcionais (legislação, regulamentos, contratos, etc.), que adjudicam valores do código e viabilizam que o direito se abra a outros subsistemas. Então, apesar de sua autorreferencialidade, os subsistemas não estão desacoplados do seu ambiente, mas reforçam a característica de sua forma possuir dois lados, inter-relacionados, vislumbrando o ambiente como seu pressuposto (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 135-136).

As relações que ocorrem entre subsistemas e seu ambiente se dão por meio do acoplamento estrutural. Esse conceito remete à autorreferencialidade dos sistemas autopoieticos, segundo a qual os sistemas se autorreproduzem a partir das próprias operações internas, considerando seu fechamento operativo. De acordo com Gonçalves e Villas Bôas Filho (2013, p. 137),

Os sistemas autopoieticos são determinados por sua estrutura – no caso dos sistemas sociais e psíquicos, estruturas de expectativas –, o que exclui a possibilidade de que eventos ocorridos no ambiente possam determinar o que acontece no sistema, uma vez que isso confrontaria a autorreferencialidade que lhes é própria. Apesar disso, contudo, o sistema não pode subsistir isolado de seu ambiente, uma vez que isso implicaria justamente o isolamento solipsista que Luhmann pretende evitar.

O acoplamento estrutural, portanto, é um canal privilegiado de irritações provocadas pelo ambiente no sistema, que reage a elas, produzindo novas construções internas. Esse mecanismo, por conseguinte, mantém a integridade do subsistema do direito, bem como dos demais subsistemas, fazendo com que suas inter-relações não ocasionem sua corrupção ou mesmo sua desdiferenciação.

A partir dessas considerações, é possível abordar o acoplamento estrutural entre os subsistemas do direito e da política. Para Luhmann, na sociedade funcionalmente diferenciada, as modernas constituições são forma de acoplamento estrutural que surgem entre esses dois subsistemas, ao mesmo tempo que estes mantêm sua reprodução autopoietica separada, conservando a diferenciação (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 141).

O subsistema político, assim como os demais subsistemas da sociedade, é um mecanismo de redução da complexidade do ambiente e, no seu caso específico, destina-se à manutenção da ordem social, uma vez que suas decisões são obedecidas por todos. Assim, sua função é emitir decisões coletivamente vinculantes, para as quais utiliza um meio de comunicação simbolicamente generalizado que é o poder, para que tais

comunicações tenham maior probabilidade de aceitação (KUNZLER, 2004, p. 133)⁷.

O poder, no âmbito do sistema político, assegura a aceitação das decisões coletivamente vinculantes por meio da ameaça de sanção. A aceitação de uma comunicação no âmbito desse subsistema evita a concretização dessa ameaça, o que constitui a situação ideal, tendo em vista que a aplicação da sanção indica a falta de poder, que não terá sido suficiente para evitar a desobediência. O exercício da sanção faz perder toda a eficácia simbólica do poder (KUNZLER, 2004, p. 134).

O código que orienta as operações do subsistema político é governo/oposição. O governo é representado por quem exerce o poder e emite decisões coletivamente vinculantes, a partir de uma posição de detenção de cargos políticos. A oposição, por outro lado, é atribuída a quem propõe estratégias diversas daquelas implementadas pelo governo e que visa a ocupar esses mesmos cargos políticos e exercer o poder (KUNZLER, 2004, p. 133).

Além disso, deve-se notar que, assim como o subsistema jurídico possui em seu centro os tribunais, o político tem como centro o Estado, a partir do qual toma decisões que vinculam seus membros, expressos em atos da administração ou em produção legislativa, os quais consistem em irritações ao sistema do direito (ROCHA; COSTA, 2020, p. 27-28). Kunzler (2004, p. 132) alerta, nesse sentido, que Estado e sistema político não são sinônimos, mas que aquele é um subsistema deste, isto é, corresponde a um subsistema de um único sistema político que se diferencia no sistema social global. Desse modo, os limites do subsistema político não são

⁷ Kunzler (2004, p. 134) ressalva que “nem todas as comunicações do sistema político baseiam-se no poder, os debates acerca de um projeto de lei no parlamento, por exemplo, são comunicações que não envolvem esse meio de comunicação simbolicamente generalizado. A eventual emenda a um projeto de lei não configura em uma decisão coletivamente vinculante, prescindindo da aceitação do ambiente, sendo, portanto, desnecessário o uso do poder”.

territoriais, mas delineados por uma rede de comunicações associadas a sua função.

Por conseguinte, o subsistema político, autônomo e diferenciado em relação ao jurídico, apresenta função, código e meio de comunicação distintos. São dois subsistemas que se diferenciam no âmbito do sistema social global, mas que se inter-relacionam, como afirmamos, a partir do mecanismo das constituições, como forma de acoplamento estrutural.

Os subsistemas político e jurídico se irritam reciprocamente e a constituição tem o papel de incluir e excluir essas irritações. Desse modo, ao mesmo tempo em que separa os dois subsistemas, assegurando sua reprodução autopoietica separada e evitando a sobreposição de ambos, também proporciona seu acoplamento, impedindo o isolamento de um e de outro. Assim, o subsistema do direito pode construir, em seu interior, o que lhe pode servir de informação (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 141).

Luhmann (2016, p. 200) compreende que direito e política estão intimamente imbricados e que a sua diferenciação é uma das consequências mais importantes da forma da norma. O reconhecimento da diferenciação funcional não se torna tão evidente à medida que o direito depende da política (que se serve do meio do poder) para sua aplicação, já que, sem a perspectiva da imposição, a estabilidade normativa não pode ser imputada universalmente. Por outro lado, a política depende do direito para assegurar o acesso ao poder politicamente concentrado, alcançando essa possibilidade, também, ao lado da oposição (recordando o código governo/oposição, próprio do subsistema político). É notadamente esse entrelaçamento, segundo o autor, que pressupõe a diferenciação entre os dois subsistemas.

A diferenciação dos subsistemas político e jurídico parte do seguinte ponto:

A política se utiliza do meio do poder, e o poder político se articula com um poder indicativo superior, que ameaça com um poder diretivo. Tão logo tendências políticas sejam integradas numa decisão coletivamente vinculativa em uma espécie de estação de comutação, que traduz os embates de planejamento em decisões implementáveis, seu cumprimento pode então se fazer coercitivo. O “dever” normativo, ao contrário, não pressupõe nenhuma superioridade de poder e, sobretudo, nenhuma superioridade por parte das expectativas correspondentes que se lhe articulam (LUHMANN, 2016, p. 200-201).

Assim, apesar de direito e política serem subsistemas funcionalmente diferenciados, há um nexo entre eles, o qual é marcado pela influência recíproca que exercem: a instituição de direitos subjetivos somente é possibilitada por meio das decisões coletivamente vinculantes de um poder político organizado e, por outro lado, essas mesmas decisões somente são obrigatórias em razão da sua forma jurídica e da consonância de seu conteúdo à ordem normativa vigente (SALIM; SILVA, 2016, p. 101).

Salim e Silva (2016, p. 100) recordam que nem sempre a diferenciação entre os subsistemas político e jurídico apresentou contornos tão nítidos. Nas sociedades pré-modernas, em que não se manifestava a diferenciação funcional, o direito se assentava na tradição ou na instituição divina, anterior, portanto, à política. Ao domínio político, sendo assim, não era facultado alterá-lo ou revogá-lo, senão protegê-lo. A hierarquia do direito sobre a política se inverteu aproximadamente no século XVIII, ao iniciar-se a positivação do direito, de modo que a política começou a se posicionar acima deste, para determinar seu conteúdo e validade, o que não trazia qualquer garantia de promoção de justiça por intermédio das normas jurídicas. Na trajetória evolutiva, asseveram os autores, ambos os subsistemas passaram a se diferenciar de modo determinante na sociedade moderna, especialmente no Estado

democrático de direito: ao passo que a produção legislativa do direito, que ocorre no âmbito político, em face de maior complexidade e contingência, é uma “decisão programante”, a decisão judicial, que se dá num contexto de menor complexidade e contingência em razão de o direito já se encontrar positivado, é uma “decisão programada”.

A partir da institucionalização do direito pelo Estado, a função recíproca do poder político junto ao direito é o desenvolvimento da segurança jurídica, que permite às pessoas estimarem as consequências da conduta própria e alheia em face das normas. Em sentido inverso, o direito contribui para estabelecer os meios de organização da dominação política, mediante a criação de regras de competência ou de instituições políticas (SALIM; SILVA, 2016, p. 101).

A produção de normas pelo sistema político, nesse entrejogo operacionalizado pelo acoplamento estrutural entre política e direito, é fundamental na estabilização das expectativas e àquilo que Salim e Silva (2016, p. 101) preferem designar como segurança jurídica. Isto vem expresso no texto de Luhmann (2016, p. 202):

A função de ordenamento do direito conserva sua peculiaridade pela importância de saber o que justificadamente se pode esperar dos outros (e de si mesmo); ou, na linguagem coloquial, com quais expectativas não se cairá no ridículo. A incerteza quanto a expectativas é muito mais insuportável do que experimentar surpresas e desencantos. [...] Certamente, expectativa e conduta se estabilizam uma a outra, mas normas produzem maior certeza com relação à expectativa do que aquilo que chega a justificar a conduta, estando precisamente aí a sua contribuição à autopoiese da comunicação social.

Nesse ponto, Luhmann (2016, p. 202-203) se opõe à visão de imposição jurídica segundo a qual uma ação ou submissão indicada pela norma deva ser imposta mediante coação, ou, ainda, à perspectiva de uma

sociologia jurídica que faz uso do poder da sanção para a imposição da norma, a qual estabelece a distinção entre o direito como obrigação externa e a moral como obrigação interna. Para o autor, a função do direito não é a de garantir a ação ou omissão prescritas pela norma, pois o subsistema jurídico se tornaria um gestor dos seus próprios defeitos ou apenas responderia à insuficiência dos planos políticos, já que a ameaça de sanção revela a não obediência espontânea a toda eficácia simbólica do poder, que é meio de comunicação do subsistema político.

A função do direito, na teoria sistêmica de Luhmann (2016, p. 204), não é, portanto, a garantia da imposição das decisões coletivamente vinculantes com as quais o subsistema político provoca irritações no jurídico, em face do acoplamento estrutural entre os subsistemas, mas sim, possibilitar a segurança das expectativas normativas em face das frustrações previsíveis e que não podem ser evitadas. Não obstante, “certa síntese das funções da política e do direito se torna inevitável – tendo como fundamento, porém, precisamente, a fundamentação de diferentes funções” (LUHMANN, 2016, p. 204). Mas se a política lograsse a imposição de todas suas decisões vinculantes, o direito enfrentaria um paradoxo: ao mesmo tempo em que não haveria mais frustrações de expectativas, suas próprias expectativas seriam frustradas.

4 A nova questão constitucional e os fragmentos constitucionais de um mundo globalizado

A presente seção será destinada a analisar o pensamento de Teubner sobre a constitucionalização de setores parciais da sociedade, em um contexto de globalização (não somente econômica), a qual difere do que conhecemos como constituição política. O estudo será levado a efeito a partir do segundo capítulo de seu livro *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global* (TEUBNER, 2005), com incursões em

seu *Fragmentos constitucionais* (TEUBNER, 2020), partindo-se da definição da função do subsistema do direito e do seu acoplamento estrutural com o subsistema político, conforme delineados por Luhmann (2016).

A teoria constitucional necessitou se reinventar diante dos desafios impostos pelas três grandes tendências atuais apontadas por Teubner (2005, p. 73), quais sejam a digitalização, a privatização e a gênese de redes globais. Atualmente, é possível falar em uma crise do constitucionalismo moderno centrado nos Estados nacionais, a qual dá origem a uma nova questão constitucional. Essa crise vem expressa por diversos escândalos públicos, que ultrapassam as fronteiras nacionais e se alastram pelo globo:

Violações de direitos humanos por empresas multinacionais; decisões controversas da Organização Mundial do Comércio que, em nome do livre comércio global, ameaçam a proteção ao meio ambiente e à saúde; *doping* esportivo; corrupção na medicina e na ciência; ameaças à liberdade de expressão por intermediários privados na internet; interferências massivas na esfera privada decorrentes da coleta e retenção de dados por organizações privadas; e, com força especial, a liberação de riscos catastróficos nos mercados financeiros mundiais – todos esses fenômenos levantam não apenas problemas políticos e jurídicos da regulação, mas também problemas constitucionais em sentido estrito (TEUBNER, 2020, p. 41).

Notamos que se trata de dinâmicas sociais bastante distintas daquelas operadas nos séculos XVIII e XIX e que são representadas pelo constitucionalismo estatal, o qual buscou dar conta de limitar o poder político absoluto por meio da vinculação jurídica do Estado. A nova questão constitucional exige intervenções diferentes, já não mais baseadas na “liberação das energias do poder político do Estado Nacional” (TEUBNER, 2020, p. 42), mas de energias sociais de um modo geral, pois estas atuam nos mais diversos âmbitos sociais, produtiva ou

destrutivamente, ultrapassando as clássicas fronteiras dos Estados-nação (TEUBNER, 2005, p. 73; 2020, p. 41-42).

Diante desse contexto, Teubner (2005, p. 73) questiona se a teoria constitucional é hábil para generalizar e reespecificar o conceito de constituição nacional-estatal de modo a adequá-lo à contemporaneidade, em face das tendências atuais que menciona. Nessa linha, um constitucionalismo para além do Estado nacional necessita levar em consideração que os problemas constitucionais rompem as fronteiras estatais e se posicionam no espaço transnacional e, ao mesmo tempo, se situam fora do setor político institucionalizado, adentrando os setores privados da sociedade mundial (TEUBNER, 2020, p. 42).

Frente à questão da generalização e da reespecificação⁸ do conceito de constituição, a teoria constitucional apresenta reações dos mais diversos matizes, as quais são apontadas por Teubner (2005, p. 73-77). A primeira delas corresponde ao ambicioso projeto de uma constituição mundial para além dos Estados nacionais, com a Carta das Nações Unidas elevada a centro de um direito constitucional mundial, dado o fato de ter sido posta em vigor pela comunidade internacional. No entanto, além da insuficiência em termos de generalização e especificação constitucional num tal modelo, ainda fortemente atrelado à ideia de Estado-nação, também não fica clara sua relação com a soberania, a hierarquia de decisões, os interesses organizados e a formação democrática da vontade, caso não surja, no plano mundial, uma organização equivalente ao Estado.

Uma segunda possibilidade seria a tentativa de implementar uma constituição global sem Estado mundial, como uma constituição

⁸ Para Teubner (2005, p. 95), a generalização significa afastar o conceito de constituição das peculiaridades do sistema político e do Estado, apesar das evidentes implicações dos elementos constitucionais e políticos próprios desse modelo; e a reespecificação exige repensar as instituições jurídico constitucionais, frente às especificidades dos subsistemas da sociedade global, tais como suas operações, estruturas, meios de comunicação, códigos e programas.

espontânea das relações interestatais. Por considerar a convivência de Estados nacionais uma diferenciação secundária/segmentária da política mundial, uma constituição assim reespecificada corresponderia ao acoplamento estrutural entre uma política mundial descentralizada e o direito. O problema que esse modelo enfrentaria diz respeito à dúvida sobre se/como poderiam ser incluídos agentes não estatais como sujeitos constitucionais.

Até aqui, o problema de uma constituição mundial gira em torno de um sistema político essencialmente atrelado aos Estados nacionais. Não obstante, há aquelas opiniões que partem da premissa de ampliar o rol de sujeitos constitucionais para os agentes que não são tradicionalmente reconhecidos como sujeitos de direito internacional público, como é o caso das organizações internacionais, empresas multinacionais, sindicatos, corporações de interesses e organizações não governamentais, assim como o próprio indivíduo como titular de direitos fundamentais e humanos. Nesse mesmo sentido, se encontram os debates acerca da horizontalidade dos direitos fundamentais, para afirmá-los não só perante os entes estatais, mas também frente a instituições sociais, especialmente aquelas que representam o poder econômico⁹, impondo-se às instituições dos Estados o dever de proteção (TEUBNER, 2005, p. 75-76).

Pensar o constitucionalismo de maneira desvinculada do Estado tem se mostrado um empreendimento difícil, frente à larga tradição que compreende a constituição como um instrumento de limitação da ação

⁹ Um fato recente que pode fomentar a discussão sobre a horizontalidade dos direitos fundamentais numa constitucionalização público-privada dos âmbitos sociais parciais é o bloqueio das contas do ex-presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, nas redes sociais *Twitter*, *Facebook* e *Instagram*, justificado por esses entes privados em razão de, supostamente, ter fomentado a invasão ao Congresso daquele país em 6 de janeiro de 2021 por seus simpatizantes, diante da eleição do adversário Joe Biden para a sucessão. Mesmo considerando as justificativas apresentadas por esses entes privados para efetuar o bloqueio, todas centradas na manutenção da democracia, o fato provoca, no mínimo, insegurança: até onde pode ir a ingerência do poder privado sobre os direitos fundamentais de terceiros? Que limitações uma constitucionalização público-privada (da internet e de outros âmbitos) pode impor ao poder público (e ao Estado, de forma mais estrita), principalmente na proteção dos direitos fundamentais?

político-estatal. Todas as concepções que representam as diferentes alternativas enumeradas por Teubner (2005), apresentadas acima, as quais constituem as reações da teoria constitucional frente à generalização e à reespecificação da constituição num contexto global, se sustentam, em maior ou menor medida, no constitucionalismo centrado no Estado, com tentativas de adaptação à realidade da globalização. Nesse sentido,

Diante das construções da tradição constitucional, não há dúvida de que esses três esboços constituem ampliações dramáticas; apesar disso, geram a nítida sensação de que, em última instância, não são capazes de se desvincular do fascínio da arquitetura do Estado-nação, mas apenas procuram compensar suas evidentes insuficiências por meio de todos os tipos de reparos, edifícios anexos, reformas, novos porões e decorações de fachadas: em conjunto, tornando a construção mais complexa em vez de construir uma nova planta. Porém, o defeito de construção já se encontra no fato de a constituição permanecer *centrada no Estado*. Considerando a coragem que envolve repensar a constituição na direção da globalidade política, levando em consideração o processo interestatal, incluindo os agentes sociais até os efeitos estruturais dos direitos fundamentais para a sociedade, essas concepções permanecem ancoradas em uma compreensão da constituição como liberação e limitação da ação político-estatal (TEUBNER, 2005, p. 77, tradução nossa, grifos do autor)¹⁰.

A metáfora que associa o desenvolvimento de um constitucionalismo mundial à reforma de um edifício a partir de adaptações do constitucionalismo estatal expressa uma visão de constituição arraigada

¹⁰ “Frente a las construcciones de la tradición constitucional, no cabe duda de que estos tres esbozos constituyen ampliaciones dramáticas; a pesar de ello, generan la clara sensación de que en última instancia no son capaces de desligarse de la fascinación de la arquitectura del Estado-nación, sino tan sólo persiguen compensar las evidentes insuficiencias de ésta mediante todo tipo de reparaciones, edificios anexos, reformas, nuevos sótanos y decoraciones de fachada: en conjunto, haciendo más compleja la construcción en lugar de edificar de nueva planta. Sin embargo, el defecto de construcción se halla ya en el hecho de que la constitución queda centrada *en el Estado*. Teniendo en cuenta la valentía que implica repensar la constitución en dirección a la globalidad política, teniendo en cuenta el proceso interestatal, incluyendo a agentes sociales hasta los efectos estructurales de los derechos fundamentales hacia la sociedad, estas concepciones siguen ancladas en un entendimiento de la constitución como liberación y limitación de la acción estatal-política” (TEUBNER, 2005, p. 77, grifos do autor).

na sedimentação de processos políticos em âmbito nacional. O dilema representado pela oscilação entre uma constituição política e uma constituição social, se transposto à sociedade mundial, resulta em indagações sobre as possibilidades de constitucionalização em nível mundial: uma constituição mundial completa, uma rede de constituições nacionais, uma constituição jurídica autônoma ou, ainda, outra forma não nominada (TEUBNER, 2005, p. 78).

Teubner (2005, p. 78-81) pondera que, contemporaneamente, já pode ser observado um real processo de constitucionalização da sociedade mundial sem enfoque no Estado, apesar da resistência de parte da teoria constitucional. Esse fenômeno pode ser verificado empiricamente diante do surgimento de diversas constituições civis, oriundas não só das instituições representantes da política mundial e nem de uma constituição global que abranja todos os âmbitos sociais, mas sim, da constitucionalização de diversos subsistemas autônomos da sociedade mundial¹¹. Essa visão combate a premissa equivocada de que não haveria normas constitucionais nos setores parciais da sociedade, nem no âmbito do Estado nem no espaço transnacional, mas reconhece a existência de instituições constitucionais com forte densidade, rompendo a ideia de que perduraria, ainda, um vazio constitucional transnacional (TEUBNER, 2020, p. 52-54).

Pensar a nova questão constitucional, revogando a centralidade do Estado e da política, é tarefa para a qual a sociologia constitucional aporta

¹¹ O exemplo discutido pelo autor é a constitucionalização da internet, o que traz como relevante questão se a regulação público-privada pode entregar ao setor privado, influenciado por questões econômicas, a definição dos limites da liberdade de opinião. Fenômeno semelhante ocorre com uma nova constituição econômica mundial, que conferiria a instituições mundiais, como o Banco Mundial, FMI e OMS, um *status* aproximado ao constitucional. Para além desses exemplos, nota-se a gênese de uma constituição do sistema global da ciência, da saúde e, até mesmo, debates que podem resultar numa constitucionalização para dar conta dos conflitos entre religiões, frente a atentados terroristas que partiram desses grupos, a exemplo dos ataques de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos (TEUBNER, 2005, p. 80-81).

relevantes contribuições, à medida que amplia os horizontes da discussão para todos os âmbitos da sociedade. Na perspectiva da sociologia das constituições, o direito internacional público e o mundo dos Estados que compõem a política internacional deixam de ocupar a centralidade desse debate, para permitir que a eles se agreguem os outros sistemas parciais da sociedade mundial, notadamente a economia global, a ciência e a tecnologia, o sistema educacional, os novos meios de comunicação em massa e o sistema de saúde (TEUBNER, 2020, p. 44-49).

Uma dessas tendências evolutivas que fazem desprender o pensamento constitucional da existência e intervenção direta do Estado diz respeito ao que Teubner (2005, p. 87) denomina “globalização policêntrica”, de modo que a sociedade mundial não se produz com a liderança da política internacional nem com a rede global de economia, ainda que a primeira possa reagir a irritações provocadas pela “globalização do terrorismo” (por exemplo) e a segunda possa ocasionar irritações nos demais âmbitos sociais. A globalização, para o autor, “é um processo policêntrico, no qual diversos âmbitos vitais superam seus limites regionais e constituem respectivamente setores globais autônomos” (TEUBNER, 2005, p. 87, tradução nossa)¹², o que significa dizer que não se restringe ou se centraliza apenas nos campos econômico ou político, mas, pelo seu caráter multidimensional, abrange, ainda, os campos, tecnológico, militar, cultural e do meio ambiente (HELD, 1995, p. 62 *apud* TEUBNER, 2005, p. 87).

Esse fenômeno faz emergir múltiplos âmbitos de função autônomos (*global villages*) que assumem uma dinâmica própria em nível mundial, a qual não pode ser controlada por forças externas, como os Estados

¹² “La globalización es un proceso policéntrico, en el que diversos ámbitos vitales superan sus límites regionales y constituyen respectivamente sectores globales autónomos” (TEUBNER, 2005, p. 87).

nacionais. Portanto, a globalização não pode ser compreendida apenas do ponto de vista do capitalismo global, mas, na perspectiva da teoria sistêmica, como diferenciação funcional entre diversos âmbitos sociais em escala global (TEUBNER, 2005, p. 87).

Em comparação aos demais âmbitos parciais da sociedade global, a globalização do subsistema político ocorre com muito mais vagar. Teubner (2005, p. 88) destaca a assimetria que se verifica entre subsistemas sociais plenamente globalizados e a mera internacionalização da política, tendo em vista que a política mundial ainda tem se caracterizado muito mais como política internacional, frente à existência de um sistema de interação entre Estados nacionais com a lenta inclusão de organizações internacionais.

Isto não significa, no entanto, que não esteja em curso um processo de constitucionalização da política internacional. O que ocorre é que se trata, tão somente, da constitucionalização de um âmbito da sociedade global, que não pode ser compreendida como a constitucionalização da sociedade global como um todo. Em outras palavras, a constitucionalização da política internacional não é a constitucionalização da sociedade global.

Nessa linha,

O pensamento constitucional centrado na política está privado de sua base. E se se questiona por outros elementos constitucionais da sociedade mundial, eles devem ser buscados nas constituições próprias dos subsistemas globais fora da política. Os processos de constitucionalização da política internacional em curso não detêm um monopólio para uma constituição da sociedade mundial. É a autonomização das constituições parciais de natureza global e sua articulação com outras constitucionalizações globais e nacionais que

produz a competência constitucional (TEUBNER, 2005, p. 89, tradução nossa)¹³.

Trata-se, por conseguinte, de um fenômeno em rede, no qual a competência constitucional resulta das interconexões entre as constituições parciais globais de cada setor social, postas em contato com as constituições nacionais. Assim, apesar de a política internacional estar apta a promover sua própria constitucionalização, não pode constitucionalizar o conjunto da sociedade mundial.

A constitucionalização dos setores parciais da sociedade pressupõe a existência de mecanismos autônomos de produção jurídica em cada um deles, de modo que a criação do direito tem lugar não somente nas fontes clássicas de direito internacional público, mas também nos contratos entre *global players*, na regulação privada do mercado por empresas multinacionais, nas regras internas e sistemas de negociação de organizações internacionais e nos processos mundiais de padronização e de negociação (TEUBNER, 2005, p. 91).

No entanto, apesar de esse processo de juridificação e constitucionalização ocorrer, também, fora do âmbito político-estatal (isto é, afastado do centro do subsistema jurídico), ele não ocorre de forma absolutamente autônoma e apartada do direito. O subsistema jurídico exerce seu papel de intervenção no processo de constitucionalização, uma vez que este ocorre no interior do sistema social e, simultaneamente, na periferia do direito. Do mesmo modo, o subsistema da política internacional também atua no desenvolvimento dessas constituições

¹³ “El pensamiento constitucional centrado en la política se ve privado de su base. Y si se inquiera por otros elementos constitucionales de la sociedad mundial, han de buscarse en las constituciones propias de los subsistemas globales fuera de la política. Los procesos de la constitucionalización de la política internacional en curso no ostentan un monopolio para una constitución de la sociedad mundial. Es la autonomización de las constituciones parciales de carácter global y su puesta en red con otras constitucionalizaciones globales y nacionales la que produce la competencia constitucional” (TEUBNER, 2005, p. 89).

parciais, mediante irritações de caráter político (TEUBNER, 2005, p. 92). Num contexto como esse, as constituições civis vão se formando paulatinamente, sem um “ato revolucionário espetacular do constituinte” (TEUBNER, 2005, p. 93).

Sob o manto das constituições estatais, as constituições parciais mantiveram-se num estado de latência (TEUBNER, 2005, p. 93; 2020, p. 50) encoberto pelas constituições do liberalismo, sob o disfarce de direitos fundamentais, e pelos ordenamentos totalitários do século XX, por meio da sujeição completa dos âmbitos sociais parciais à dominação do Estado (TEUBNER, 2020, p. 50-51). A globalização rompeu essa latência, expondo os problemas constitucionais dos diversos setores sociais em razão da força irradiante da política transnacional, fenômeno que impõe discutir o papel da política para as constituições transnacionais parciais no triângulo formado por política, direito e âmbito social autônomo (TEUBNER, 2020, p. 52).

A generalização e a reespecificação provocadas pela constitucionalização de âmbitos parciais da sociedade global carrega às constituições civis características próprias que as distinguem das constituições políticas de tradição nacional-estatal. Teubner (2005, p. 94-110), a partir do exemplo do surgimento de uma constituição digital global, enumera e descreve quatro características: (1) o acoplamento estrutural entre o subsistema do direito e outro subsistema da sociedade global; (2) a hierarquização de normas com caráter constitucional, que se sobrepõem a normas de caráter simplesmente jurídico, no processo de autoprodução do direito; (3) o autocontrole do direito, representado pela filtragem das normas a partir de critérios de direitos fundamentais, o que ocorre pela adaptação do direito à racionalidade do outro subsistema, mediante um processo de aprendizagem, compatibilizando as regulações privadas com critérios superiores constitucionais; e (4) a dualidade da constituição

parcial em âmbito formalmente organizado, de partidos políticos e administração estatal, e âmbito espontâneo, de eleitorado, associações e opinião pública, os quais mantêm relação entre si.

Sem deixar de sublinhar a relevância das demais características, nos aprofundamos na análise da primeira, que diz respeito ao acoplamento estrutural entre os setores sociais e o subsistema do direito. O acoplamento estrutural, na esfera das constituições civis, se caracteriza pelas implicações recíprocas entre ordenamento jurídico e ordem social:

As constituições civis não são meros textos jurídicos, nem se trata da constituição fática das ordens sociais. Somente se deve falar de elementos de uma constituição civil em sentido estrito quando se gera uma conjunção, carregada de pressupostos, entre processos sociais autônomos e processos jurídicos autônomos, dito na linguagem da teoria dos sistemas, quando se estabelecem, de forma permanente, acoplamentos estruturais entre esquemas de ordenação específicos do subsistema e as normas jurídicas (TEUBNER, 2005, p. 96, tradução nossa)¹⁴.

A constituição civil não se confunde, portanto, com a fusão de ordenamento jurídico e ordem social, mas surge do vínculo entre esses dois processos. Do ponto de vista do ordenamento jurídico, a constituição se traduz pela produção de normas jurídicas vinculadas às estruturas fundamentais do subsistema social; sob o ângulo do subsistema social, trata-se da gênese de estruturas fundamentais que informam o direito e são, ao mesmo tempo, por ele reguladas. Por meio do acoplamento estrutural, processo jurídico e social se limitam mutuamente, asseguram

¹⁴ “Las constituciones civiles ni son meros textos jurídicos, ni se trata aquí de la constitución fática de órdenes sociales. Debería hablarse de elementos de una constitución civil en sentido estricto sólo cuando se genere una conjunción, plena de presupuestos, entre procesos sociales autónomos y procesos jurídicos autónomos, dicho en el lenguaje de la teoría de los sistemas, cuando queden establecidas con carácter permanente acoplamientos estructurales entre esquemas de ordenación específicos del subsistema y las normas jurídicas” (TEUBNER, 2005, p. 96).

sua autonomia e promovem irritações recíprocas, sem que haja corrupção estrutural de um subsistema por outro (TEUBNER, 2005, p. 96-97).

Nesse ponto, adquire relevância a reflexividade do subsistema jurídico, uma vez que, para a produção de uma constituição em sentido estrito, é necessário “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). Isto se explica porque normas primárias, de direcionamento de comportamentos, promovem a simples juridificação do setor social, mas não sua constitucionalização, de modo que uma constituição civil somente se forma quando processos reflexivos que estabelecem a racionalidade do âmbito a ser constitucionalizado são interligados (ou juridificados) com processos jurídicos também reflexivos (TEUBNER, 2020, p. 211).

O acoplamento das estruturas do subsistema social constituído e do subsistem jurídico não é, portanto, um fenômeno unitário, senão um movimento duplo, caracterizado pela inter-relação entre o âmbito social e o direito:

A constituição não se deixa reduzir nem ao fenômeno jurídico nem ao fenômeno social. Ela sempre é um fenômeno duplo, a ligação entre dois processos reais. Na perspectiva jurídica, ela é uma produção de normas jurídicas secundárias entrelaçadas de forma peculiar com estruturas basilares do sistema social; da perspectiva do sistema social constituído, ela é a geração de estruturas basilares da ordem social que, simultaneamente, informa o direito e é, por seu turno, normatizada por ele (TEUBNER, 2020, p. 212-213).

Um exemplo bastante didático apresentado por Elmauer (2016, p. 24) a partir das lições de Teubner (2020) consiste na existência de *re-entries* específicos entre os diferentes subsistemas sociais. No caso do

acoplamento estrutural entre economia e direito, a observação dessa diferenciação pelo direito permite reconstruir, em seu interior, toda gama de princípios econômicos em forma de princípios legais; por outro lado, a economia, ao observar o subsistema jurídico, o faz de acordo com a racionalidade econômica. Nesse sentido, a constituição econômica assume um metacódigo híbrido desses dois subsistemas, o qual orienta sua observação recíproca sem recorrer a determinações externas.

Por meio desse mecanismo, portanto, é possível a constitucionalização dos setores parciais privados da sociedade, em coexistência com as tradicionais constituições políticas dos Estados e da política internacional na esfera transnacional.

5 Conclusão

A teoria sistêmica de Luhmann (2016) compreende a sociedade como um grande sistema, no qual se diferenciam subsistemas sociais, cada um com uma função específica que determina sua diferenciação em relação aos demais. Assim, o direito possui a função de estabilização contrafática das expectativas normativas no âmbito de uma sociedade policentricamente diferenciada, o que permite ao indivíduo ampliar a confiança nessas expectativas, além de protegê-lo, através da norma, diante de eventuais frustrações. Como subsistema autopoietico, o direito seleciona aquelas expectativas que devem ser protegidas e as mantém válidas ainda que não sejam realizadas, determinando sua juridicidade por meio da observação da rede recursiva em que foram geradas.

O direito, no entanto, não realiza esse fenômeno de forma isolada. Apesar de autopoietico e operacionalmente fechado, trata-se de um subsistema cognitivamente aberto, que se inter-relaciona com seu ambiente, mediante irritações recíprocas com os outros subsistemas que integram o sistema social global. Essa inter-relação ocorre por meio do

fenômeno denominado acoplamento estrutural, que permite que um subsistema cause irritações em outro, que passa a internalizá-las mediante novas construções autorreferenciais, sem, contudo, ocasionar a corrupção funcional ou mesmo a sobreposição de um pelo outro.

Do acoplamento estrutural entre direito e política surgem as constituições. O subsistema da política, de acordo com Luhmann (2016), possui em seu centro o Estado e desempenha a função de emitir decisões coletivamente vinculantes, utilizando o poder como meio de comunicação simbolicamente generalizado. Direito e política se encontram intimamente imbricados, numa via de mão dupla: o direito se serve da política para sua aplicação, pois esta, ao se servir do meio do poder, assegura a possibilidade de imposição, o que garante a estabilidade normativa; a política, por outro lado, depende do direito para assegurar o acesso ao poder politicamente concentrado.

O modelo de constituição que surge do acoplamento estrutural entre política e direito se amolda a um constitucionalismo que tem o Estado como centro do subsistema político e que, segundo Teubner (2005; 2020), entrou em crise com o advento da globalização, a qual pressupõe uma nova ordem constitucional. Dada sua característica policêntrica, a globalização evidenciou a diferenciação funcional dos diversos âmbitos sociais, que superaram seus limites regionais e se apresentam como setores globais autônomos.

A globalização alterou a dinâmica consolidada, na esfera estatal, entre os subsistemas do direito, da política e os demais correspondentes aos setores sociais autônomos. Logo, o conceito de constituição como acoplamento estrutural entre política e direito, limitada territorialmente, não é mais suficiente para dar conta da expansão dos âmbitos parciais, frente à emergência de novos atores privados, que se colocam ao lado dos Estados e das entidades transnacionais. As normas constitucionais estatais

se tornaram incapazes de limitar atuação desses atores privados, razão pela qual se tornou necessário avançar de uma teoria constitucional baseada no Estado para uma sociologia constitucional voltada à possibilidade de constitucionalização dos setores sociais parciais em âmbito global.

A reestruturação da sociedade global passou a exigir, em consequência, que a constituição se desvinculasse da soberania estatal. Assim, o modelo tradicional de constituição como acoplamento estrutural entre direito e política institucionalizada deixou de fazer frente às demandas da sociedade mundial, o que implicou, também, se desacoplar do meio de comunicação do poder, característico do subsistema político, buscando o acoplamento com outros meios, próprios de outros setores parciais globais.

Por conseguinte, na sociedade global moderna, permeada pelo constitucionalismo societal ao qual se refere Teubner (2020), as constituições sociais parciais derivam do acoplamento estrutural entre direito, por seus mecanismos reflexivos, e outro âmbito parcial constituído, em sua reflexividade. Há, portanto, um distanciamento em relação ao subsistema da política, que não pode mais determinar os princípios de outro subsistema, já que nenhum destes pode representar a sociedade global em sua totalidade.

Referências

- ELMAUER, Douglas. Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno. **Revista da Faculdade de Direito** [da] Universidade de Brasília, Brasília, v. 2, n. 2, p. 11-43, 2016. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24485/2168>
1. Acesso em: 20 jan. 2021.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais**: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502181427/>. Acesso em: 8 jan. 2021.

GONÇALVES, Guilherme Leite; BACHUR, João Paulo. O Direito na Sociologia de Niklas Luhmann. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Coords.). **Manual de Sociologia Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 117-137. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609895/pageid/o>. Acesso em: 5 jan. 2021.

KUNZLER, Caroline de Moraes. A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **Estudos de Sociologia**, Araraquara, v. 9, n. 16, p. 123-136, 2004. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/146/144>. Acesso em: 22 dez. 2020.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016a.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. As Constituições em Niklas Luhmann: Pressupostos sociológico-sistêmicos para observar o constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. (Orgs.). **Atualidade da Constituição**: o constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting [recurso eletrônico]. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. p. 21-42.

RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **A sociologia de Niklas Luhmann**. Petrópolis: Vozes, 2017. *E-book*. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/155326/pdf/2>. Acesso em: 19 dez. 2020.

SALIM, Jacqueline Malta; SILVA, Juvêncio Borges. Relação entre direito e política sob a perspectiva de Niklas Luhmann: parâmetros para atuação política no Judiciário. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 8, n. 1, p. 94-107, 2016. Disponível em: <http://revistas.unisinus.br/index.php/RECHTD/article/viewFile/rechtd.2016.81.10/5322>. Acesso em: 11 jan. 2021.

TEUBNER, Gunther. **El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global**. Lima: ARA Editores, 2005.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

A sociedade, o direito e a teoria dos sistemas: uma análise da visão de sociedade e seu direito de Niklas Luhmann

*Leonardo Jensen Ribeiro*¹

1 Introdução

O trabalho é uma análise do livro O Direito da Sociedade, especificamente do capítulo XII, que se chama: A sociedade e seu direito. Este capítulo sintetiza e sistematiza o livro, de maneira que é de grande importância para a sua compreensão. Bem elaborado, como são as obras do autor, é complexo na sua divisão em partes que se conectam porque simplesmente foram colocadas de maneira muito perspicaz.

Na parte I quando assenta que o ambiente não é o fator que determina o sistema dá o caminho para a discussão que irá fazer durante todo o complexo de assuntos que trabalha nas cinco partes que compõem o capítulo. Aqui, as cinco partes serão divididas em três, em uma tentativa de discutir o âmago desta parte da obra, e, ao mesmo tempo, inseri-la em um contexto crítico que parte de outro local de fala.

A fim de que se tenha uma ideia da complexidade da mente genial que escreve um capítulo que, muito bem poderia compor sozinho um livro, ou até suas partes, cada uma sendo uma obra distinta, é de se ver que parte do teórico e de contextos gerais como o de que o direito é um mecanismo regulador e chega até a sua interação com a arte. Faz, no caminho,

¹ Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Venda Nova do Imigrante – FAVENI. Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. E-mail: leojensenribeiro@hotmail.com

analogias inteligentes utilizando a biologia, dando sentido para suas explicações.

Objetiva o presente trabalhar este capítulo com a concordância do que foi exposto pelo autor, ao mesmo tempo que a aplicação destes institutos, ainda que não inicialmente feitos para tal, também na aplicação do Direito na prática, afinal, todo o Direito é humano, para os humanos, e aplicado assim. No entanto, não se ignora o fato de que a teoria dos sistemas é um complexo de ideias e ideais que ultrapassa, ou melhor, supera, para voltar com a sua máxima feita e assertiva, aquilo que é banal e cotidiano.

No primeiro item se objetiva demonstrar que a obra de Luhmann aqui discutida sobrepõe a obra de muitos autores clássicos ao demonstrar a complexidade da humanidade, o fato de que a teoria dos sistemas dá ao mundo uma contribuição maior do que o senso de que as pessoas são somente pequenos pontos girando num universo cheio de outros planetas como diria Voltaire.

Far-se-á, com respeito aos escritos centenários ou de dezenas de anos e que permeiam trabalhos acadêmicos, uma reverência aos escritos de Teubner e Luhmann em desfavor de alguns dos maiores escritores do Direito, porque simplesmente assim tem que ser. Afinal, na teoria dos sistemas de Luhmann, não cabem algumas alegações que são repetidas como mantras jurídicos, e isto é um instrumento que torna a teoria e a leitura dela interessante e controversa em certos pontos.

Já no segundo item há uma interação entre os escritos de Luhmann e de Teubner, para traçar um ponto em comum e também uma crítica inteligente e razoável que, como na primeira parte, vai em desfavor de alguns autores e em seu favor, não que tenha o propósito de rebaixar certas obras, mas sim que tenha o propósito de impor, como é de costume no Direito, a vontade de uma teoria em sobreposição de outras.

É de se admitir que, no Direito, seja na sua prática ou na doutrina, há uma briga que possui muito mais do que apenas dois inimigos, em que autores se conjuntam para refutar ideias e ideais de outros autores, em que escritos que sobrevivem por centenas de anos são derrubados por artigos científicos de pouquíssimas páginas.

No caso em tela, são dois autores que afirmam uma teoria sólida e que fazem com que juristas com mantras generalistas, muito utilizados, devessem ser questionados, e, ao menos neste artigo serão, na eficácia tanto teórica quanto prática de suas afirmações *versus* os escritos dos autores trabalhados.

Para o terceiro item e viabilizar, com o somatório dos outros itens, a conclusão, serão trabalhados os itens que integram das partes III até a parte V do capítulo do livro de Luhmann, argumentando acerca, por exemplo, do sistema imunológico do Direito, deste como arte, da falta de inclusão de grande parcela da humanidade na sociedade e do direito mundial e do direito regional, dentre outros pontos.

Para a elaboração do artigo, são utilizados o método monográfico, de maneira hipotético-dedutiva, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, especificamente na parte bibliográfica utilizando, além de outros grandes nomes das ciências sociais mundial, as obras de Luhmann e Gunther Teubner.

2 Luhmann e o contexto jurídico: atualidade que ultrapassa o sentido temporal

Criar uma teoria, elaborar todo um complexo do Direito, de algo que já existe por centenas de anos com a interação de uma nova ideia, ou uma melhorada ideia daquilo que está estabelecido, é um dos maiores desafios jurídicos possíveis, é parte do que explica o Direito como uma ciência, e, na sua complexidade, é uma atividade de pouquíssimos.

Voltaire (2007, p. 123), afirma que não é preciso uma grande arte, com eloquência rebuscada, a fim de que se possa dizer que humanos devem tolerar uns aos outros, e que é necessário considerar todos os seres humanos como irmãos. Inferioriza a situação humana quando diz que o pequeno globo em que habitam os humanos, que não passa de um ponto girando no espaço próximo a outros globos, o homem é pouca coisa na criação de tudo.

O princípio composicional que fundamenta todas essas variações é a ideia, com diferenças caso a caso, de que uma única racionalidade social se expande em todas as esferas da sociedade. É a tentativa de se encontrar um princípio unificador da ordem na multiplicidade inquietante das constituições sociais, seja através da expansão do sistema político, do sistema econômico ou do ordenamento jurídico. (TEUBNER, 2016, p. 140)

Então aporta uma obra chamada *O Direito da Sociedade*, e, insere nela, o capítulo *A sociedade e seu direito*, que demonstram toda a complexidade humana, as relações conturbadas, as teorias e necessidades e soluções possíveis, enfim, que demonstra que o ser humano é muito mais complexo e que a humanidade faz muito maior tamanho do que aquilo que afirmado por Voltaire. Esta obra é de Niklas Luhmann.

Esta complexidade é bem trabalhada na explicação de que, os sistemas sociais, estruturas que são diferenciadas em funções comuns e funções específicas dentro da própria sociedade. Que esta sociedade, complexa, se caracteriza por uma multiplicidade de comunicações, ou, elementos, possíveis. E que, no momento em que alguém tenta se comunicar com o outro ou com algo, está se acoplando com consciência e no sistema social, criando diversas possibilidades de caracterização desta comunicação. (COSTA; ROCHA, 2020 p. 26)

Ou seja, a complexidade está em todos os níveis, e, para reduzi-la, é imperativo fazer uma seleção/distinção comunicativa inserta no âmbito da sociedade. E é aí, dentro deste propósito, que surge a finalidade de se verificar a sociedade pelos sistemas sociais. Somente diferenciando-a, assim, é possível amainar a complexidade social. (COSTA; ROCHA, 2020 p. 26)

Quando se diz em todos os níveis se fala também em aplicabilidade prática, porque é possível, e se fez possível pela riqueza e complexidade que foi inserida pelo próprio autor. Neste sentido, é possível considerar que, utilizando a teoria dos sistemas sociais e a doutrina de Luhmann, e, obviamente considerando as inserções ricas de Teubner, que

Dar efetividade às normas constitucionais, tornando-as agentes capazes de propiciar as transformações sociais que se fazem necessárias, com a adoção de políticas públicas perfiladas com as verdadeiras necessidades e anseios da população, é certamente um desafio a enfrentar, principalmente, no que se refere aos direitos sociais. (DABULL; TAFFAREL, 2012, p. 40)

Observando sempre a multidisciplinaridade, Luhmann verificava as comprovações de suas argumentações apoiadas na sociologia, mas sempre com um combinado de antropologia, história, Direito, em uma riqueza de argumentos que merece anotação.

Neste sentido aduz Luhmann (1994, p. 1) que a sociologia, quando encaminhou para o seu caminho histórico, verificou a maioria dos campos de atividades humanas (as ciências também), absorvidos por interpretações e teorias várias. Assim disse que

Existiam inúmeras interpretações religiosas e dogmáticas bem elaboradas. Havia concepções morais e teorias éticas. Havia sido explicado o sentido da atuação econômica, em parte no contexto de racionalidade privada, em parte no meta-contexto de uma ordem econômica nacional e internacional cujo

surgimento nos esmagava. Existiam teorias do Estado, propostas de ordenação político-constitucionais, uma pedagogia da "formação" e, "last but not least", um grande número de conceitos de luta ideológica, surgidos em consequência da Revolução Francesa e da industrialização. (LUHMANN, 1994, p. 1)

Na parte I do capítulo estabelece o Direito com execução e função social na sociedade. Aqui o primeiro termo que tanto serve para a biologia como, posteriormente, para o Direito, vem colocado de maneira a explicar esta aplicabilidade: a autopoiese.

Sobre a autopoiese merece menção, aquém de um aprofundamento posterior, a argumentação de Teubner (2005, p. 36) em que disse que a teoria da autopoiese fala sobre os paradoxos da autorreferencialidade e, de maneira diferente que não é necessário evitar os paradoxos, mas sim, fazer uso produtivo deles².

Tendo Luhmann sido o responsável pela inserção do termo nas ciências sociais, tratou desta como uma forma de observação social na teoria dos sistemas. Sobre esta teoria dos sistemas cabe dizer que

A Teoria dos Sistemas Sociais concebe a sociedade como um amplo sistema social caracterizado pela comunicação. Observável pelo menos desde o avanço do processo de industrialização impulsionado pelo capitalismo, a sociedade moderna é diferenciada por diferentes estruturas que dão sentido à comunicação produzida no âmbito social. Esse processo de distinção é classificado como diferenciação funcional. (COSTA; ROCHA, 2020, p. 24)

Ou seja, esta teoria dos sistemas sociais vê a sociedade de maneira que esta se qualifique como um complexo sistema social que é, em sua essência, fundamentado pela comunicação entre os seres. Neste processo,

² La teoría de la autopoiesis trata estas paradojas de la autorreferencialidad de manera diferente: no hay que evitar las paradojas, sino hacer un uso productivo de las mismas. (TEUBNER, 2005, p. 36)

denominado de diferenciação funcional, há uma distinção que se verifica em termos sociológicos, com a análise histórica da importância da industrialização, da influência do capitalismo, e a chamada sociedade moderna.

Em sentido de concordância, no âmbito da História, diz Hobsbawm (1995, p. 142) que as transformações do século XX multiplicaram as ocasiões em que se precisava governar, tendo em vista as grandes modificações do mundo especialmente no século afirmado.

Há que se lembrar que, dentro deste século residem as duas grandes guerras mundiais, além de diversas outras guerras regionais e internacionais de grande monta, a criação da Internet e a ampliação da democracia entre os Estados de uma forma que antes se caracterizava como submissão, e agora como diálogo.

Ainda, sobre a autopoiese, é importante ressaltar a colocação de Teubner (2005, p. 36) que diz que

Se os discursos sociais são sistemas autopoéticos, isto é, sistemas que produzem recursivamente seus próprios elementos graças à sua própria rede de elementos, então eles se baseiam na autorreferencialidade que Habermas e Foucault tentam desesperadamente evitar. Como sistemas autopoéticos, os discursos não podem deixar de se justificar em sua própria circularidade e não podem deixar de produzir regularidades que se regulam e governam a transformação de suas próprias regularidades. O paradoxo da autorreferência não é, portanto, um fracasso de nossa reconstrução intelectual do discurso que deve ser evitado a todo custo, mas é sua realidade que não podemos evitar de forma alguma.³

³ Si los discursos sociales son sistemas autopoéticos, esto es, sistemas que recursivamente producen sus propios elementos gracias a su propia red de elementos, entonces se basan en la autorreferencialidad que tanto HABERMAS como FOUCAULT intentan desesperadamente evitar. Como sistemas autopoéticos, los discursos no pueden sino justificarse en su propia circularidad y no pueden sino producir regularidades que se regulan a sí mismas y que gobiernan la transformación de sus propias regularidades. La paradoja de la autoreferencia no es entonces un fallo de nuestra reconstrucción intelectual del discurso que hay que evitar a toda costa, sino que es su realidad la que no podemos evitar en modo alguno. (TEUBNER, 2005, p. 36)

Em contraponto, aduz MORE (2017, p. 237) que existe uma forma de dominação a que se submetem os seres, levados a acreditar, de uma maneira bastante sutil, mas eficiente, que a cultura não tem vantagens sobre o ter. Que saber não é tão importante quanto ter, porque ter é poder. E chega a dizer que não é necessário queimar livros em uma sociedade que os ignora, porque nenhuma importância dá ao saber.

Esta forma de vislumbrar a sociedade, cunhada por More, pode ser vista como totalmente contraposta com o que propõe a ideia da teoria dos sistemas, e, neste sentido, ao menos em parte, errônea, porque enquanto esta fala da comunicação como fundamentação, a de More vê a comunicação, e todas as suas subcategorias, chegando até a comunicação como meio cultural, como algo ineficaz, já que bens materiais se sobreporiam a toda comunicação.

Melhor é o equilíbrio descrito por Luhmann, porque os progressos da humanidade são partes integrantes de uma história singular, mas ao mesmo tempo complexa e fragmentada em subdivisões, que não ignoram, como faz More, o conhecer, o saber e a comunicação como uma das formas de interação entre as sociedades, e, por fim, não desfazendo portanto, a teoria dos sistemas.

Porém, mesmo assim, o Direito não atua como instância superior coordenadora. Muito conseguiria se pudesse oferecer certas garantias jurídicas de autonomia diante das tendências totalizantes e do domínio de um único sistema. No contexto da fragmentação social, o Direito vê-se obrigado a limitar-se ao seu papel clássico: indenizar e limitar os danos que o ambiente natural e humano sofreu. (TEUBNER, 2005, p. 133)⁴

⁴ Sin embargo, ni siquiera entonces el Derecho actúa como una instancia superior coordinadora. Ya conseguiría mucho si pudiera llegar a proporcionar ciertas garantías jurídicas de autonomía frente a las tendencias totalizadoras y la dominación de un solo sistema. En el contexto de la fragmentación social, el Derecho se ve forzado a limitarse a

Neste sentido, em favor de Luhmann e em desfavor de More, Gorczewski (2009, p. 229-230) diz que a formação dos cidadãos, pessoas que são e estão comprometidas com os valores éticos, é a formação de uma sociedade, exigindo dos seres, de cada um deles, uma parcela de sua responsabilidade, assim como de sua própria história, da inferência na história dos terceiros, observando que a sociedade não existe sem o respeito aos valores básicos como paz, justiça e os direitos humanos.

Luhmann traça um complexo argumento entre o fato de que o ambiente não é um fator que determina o sistema, mas também sobre a função social do Direito, que possui, em sua argumentação, uma autoipoiese própria. Pergunta-se, por conseguinte, se a teoria pode descrever a sociedade moderna.

Coloca a sociedade como um sistema que é aberto, que busca almejar o estado estacionário, através de um processo que promove a adaptação progressiva ao seu ambiente. Uma verdadeira inserção do Direito como um mecanismo regulador. Sobre isto cabe mencionar que

Diante da evolução das relações sociais, o acesso à justiça passou a ser um direito social básico de todas as sociedades civilizadas. O monopólio da jurisdição estatal, que praticamente abarcou todos os conflitos e trouxe para a sua esfera de atuação, acabou por sobrecarregar a suta própria estrutura o que, por outro lado, representa mais um problema a ser enfrentado. [...]. O acesso à justiça [...] acabou por criar inúmeros problemas: necessidade de reorganização da estrutura do sistema judiciário e processual, aumento do número de juízes e servidores, apenas para citar alguns. (REIS; STURZA, 2012, p. 94)

E este mecanismo regulador como algo funcional, porque em toda sua exposição trabalha sobre sistemas que funcionem, ou, ao menos, que possam funcionar e serem viáveis de acordo com as observações que fez sobre suas teorias. Isto é como dizer que deixou um sistema pronto para que fosse executado, e, também, as alternativas para as eventuais circunstâncias modificadoras ou problematizações que o futuro pudesse impor, o que é extremamente elogiável, pela riqueza de pensamento.

Neste sentido se parece com um jogo de xadrez, em que o jogador cria uma jogada já elaborando os seus e os movimentos do oponente em diversas situações diferentes e em quantidade enorme de movimentos futuros, mesmo sem ter plena certeza das circunstâncias que virão, no caso de Luhmann também porque sua teoria sobreviveu após sua vida, não fosse isto, não seria objeto aqui de discussão.

Nesse sentido de adaptação Ihering (2004, p. 49) afirma que a concepção ideal do Direito, e, aqui, pode-se dizer, da teoria dos sistemas, não é um privilégio, um acesso tão somente daqueles considerados mais elevados (e aqui numa concepção financeira, de posição social). Diz que o mais rude dos homens e o mais culto estão em uma posição de acessibilidade ao Direito, porque isto representa a sanidade do sentimento de justiça.

Segue a parte I afirmando que o Direito é como uma máquina cibernética dentro de outra máquina cibernética, em que o sistema social é operativamente fechado, mas que já não pode mais ser descrita na forma da antiga teoria dos sistemas.

Costa e Rocha (2020, p. 38), falam acerca de uma revisão da teoria dos sistemas, ou de uma nova teoria dos sistemas é de se entender que, depois de uma revisão daquilo que a Teoria dos Sistemas Sociais entende por uma sociedade moderna de caráter funcionalmente diferenciado, que

permite o surgimento de sistemas autônomos voltados à comunicação, assim como são o do Direito e o da Política.

E assim se entende que

Nesses pontos de conexão, evidenciou-se como Luhmann descreve a Constituição como um acoplamento estrutural que vincula Direito e Política ao longo da histórica, condicionando, por consequência, todos os atos de decisão do Estado (Sistema da Política) aos pressupostos existentes no Sistema do Direito por meio da Constituição. (COSTA; ROCHA, 2020, p. 38)

Isto é corroborado pela ideia afirmada por Luhmann de que a comunicação já tanto referida acontece através do ambiente, e não com este. Que o sistema jurídico exerce suas funções dentro do sistema da sociedade e não o oposto. Que a autopoiese que é realizada por si próprio, como referido, acontece com o seguimento de um único e exclusivo código jurídico, ou não seguindo código algum.

Por fim, fala que é possível haver sistemas jurídicos nacionais, mas que não se deve pensar em ciências nacionais ou sistemas econômicos nacionais, bem como coloca a importante observação de que não é exigível que alguém advogue por seus próprios direitos, e que o direito é um elemento vivo, dando lá um exemplo dos mais ricos: o dos jovens e o direito de usar jeans.

Aqui se refere obviamente às lutas sociais em geral, utilizando o exemplo da luta pelo uso de jeans, à época que descreve proibidos para o uso, o que hoje se conceberia impossível. Aí que está a mudança, a mudança social também é parte integrante da teoria dos sistemas, ainda que seja progressiva e que o ambiente não seja seu intento, acaba por interferir nele, porque significativa nesta monta.

Sobre estas mudanças resultantes das reivindicações sociais fala Ihering (2004, p. 33) que o direito se mantém por uma resistência forte

contra a injustiça, que isto prega um imperativo de autodefesa moral, e demonstra um dever com a comunidade, porque, somente com esta movimentação social, esta defesa que representa na verdade um dever para com a comunidade, o Direito pode se realizar.

É neste sentido que diz Vieira (2001, p. 59), que a participação política (como o direito de usar jeans) alterou-se, deslocando-se a uma concepção mais inclusiva, formalizada por uma maneira discursiva da vontade.

3 A integração entre Luhmann e Teubner: a análise multidisciplinar da teoria dos sistemas

Adentra a parte dois do capítulo falando das relações do sistema jurídico, sobre como as normas e a validade destas, não são ancoradas em ideais religiosos ou de estrutura social inquestionada. Ou seja, há uma litigiosidade nos ideais, não existe uma aceitação total e resignada desta maneira.

Sobre isto

Deste modo, trata-se de uma crítica à técnica jurídico-dogmática, voltada muito mais para um controle democrático da produção dos mecanismos procedimentais e decisórios do Direito do que para uma pura negação irracionalista ou ideológica das regras do jogo. Trata-se de vislumbrar as possibilidades de uma nova perspectiva da reflexão jurídica que passa a dar maior espaço para a complexidade, organização e decisão na observação do Direito (ROCHA, 2013, p. 148)

Assim diz porque não se pode afirmar que o Direito reaja a simples fatos, acontecimentos, e a uma mera frequência de algum tipo de comportamento desviante, ainda que se viva, como refere, em uma sociedade dinâmica.

Também aduz TEUBNER (2015, p. 93) que o efeito horizontal de direitos fundamentais, voltados para esta sociedade que, porventura

possui comportamentos desviantes, é inicialmente um produto de operações que acontecem dentro do direito. Na exemplificação com a utilização do princípio da igualdade, que é princípio fundamental da autonormatividade do direito.

Diz que requer que a proteção de direitos fundamentais seja garantida de maneira que não abranja somente as instâncias públicas, ou governamentais, mas também aos institutos e instituições privadas, nos casos em que, estes direitos violados, sejam, similarmente, colocados em risco também em situações que envolvem o poder privado. (TEUBNER, 2015, p. 93).

Consequente, Luhman (1994, p. 2) refere que os desenvolvimentos ocorridos naquela época (novos ao momento), que se referem a uma teoria de sistemas autorreferentes, estas abrem novas perspectivas para a problemática. E assim aduz que

Penso, sobretudo, na teoria dos sistemas "autopoieticos", que se reproduzem por meios próprios, ou nos "second order cybernetics", que apontam para a união de auto-referência e observação, ou também nas investigações que, por um lado, incluem os conhecidos paradoxos da auto-referência no cálculo lógico, e, por outro, tratam-nos como fatos em sistemas empíricos. Estas aventuras teóricas têm lugar em âmbitos de discussão interdisciplinar. A própria sociologia apenas se deu conta de sua existência. As considerações que seguem, portanto, não podem se apoiar em um consenso estabelecido, nem no campo sociológico, nem no jurídico. (LUHMANN, 1994, p. 2)

Refere as desvantagens individuais que porventura existam nesta teoria, sobre os sistemas político e jurídico e suas responsabilidades, e aqui cabe referir que utiliza sempre da multidisciplinaridade, porque nunca se abstém de fazer uma ligação do poder político com o poder jurídico, porque não é possível deixar de fazer. E muitos autores assim fazem.

Teubner (2016, p. 135) nesta lógica diz que as constituições do Estado são modelos, de forma mais particular, em razão de um sentido paradoxal, já que conseguem limitar de forma eficaz as totalizações anteriormente existentes no poder político. Fala que são componentes dos processos de poder, utilizando do próprio poder político, e o uso dos direitos humanos servindo como proteções contra as ações e execuções do Estado como exemplos clássicos.

Seguindo a lógica da separação de poderes e de que o positivismo jurídico refere que há de se ater à legislação e ao que está posto, a maioria dos autores propõe uma ideia que separa completamente os três poderes, no entanto, como é possível fazê-lo, se um dos poderes é corolário lógico do outro, pelas práticas legítimas em que atuam?

Teubner (2015, p. 79) afirma que teorias sociais são também desenvolvidas de maneira a serem criadas no próprio sistema científico, utilizando como exemplo o racionalismo crítico. Fala que tais teorias tem como objetivo principal e insistência procurar imparcialmente a verdade como um núcleo de racionalidade científica, e que, agindo, limitam as teorias sociais a meros diagnósticos e prognósticos.

Luhmann, ao contrário, faz esta associação, com o uso da multidisciplinaridade, de forma muito eficaz, porque, não precisa necessariamente afastar-se de algum tipo de positivismo ou rejeitá-lo, nem provocar os autores destas matérias, no sentido de fazê-los se sentirem em prejuízo. Menciona que a realidade objetiva, é determinada tanto pela organização (esta que se fala) como pelo fator humano.

Portanto, esta teoria dos sistemas de Luhmann busca explicar a sociedade de maneira que seja considerada um sistema social. É importante, para ele, demonstrar que alguns elementos básicos tornam possíveis distintas formas, que se veem diante de infinitas possibilidades de interação e integração social. (ROCHA, 2013, p. 148)

Por óbvio que assim considerar a visão da teoria dos sistemas e o Direito em si, é de uma complexidade tamanha, e esta complexidade busca na Educação sua explicação, em algo que Luhmann já verificava anos antes de ser aventado pelos “novos métodos do Direito” que estão sendo abordados, o uso das metodologias ativas principalmente no ensino e na doutrina, e, a integração das ciências na multi, pluri, inter ou transdisciplinaridade.

Neste sentido refere que “isto implica uma grande complexidade, que exige cada vez mais subsistemas, como o Direito, a Economia, a Religião, etc., que por sua vez se diferenciam criando outros subsistemas, e assim sucessivamente”. (ROCHA, 2013, p. 148)

E, para tal raciocínio, é importante perceber que

Por sua vez, a comunicação depende da linguagem, das funções, da diferenciação e das estruturas. Isto torna possível a evolução social, porém decisiva é, neste sentido, a “diferenciação”. Nesta linha de ideias, a sociedade moderna possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo em que não cessa de produzi-las. Isto gera um “paradoxo” na comunicação. Nesta ordem de raciocínio, concordamos com Luhmann, no sentido de que a pesquisa jurídica deve ser dirigida para uma nova concepção da sociedade centrada na organização. (ROCHA, 2013, p. 148)

O capítulo dois, recheado de conceitos e complexos entendimentos sobre a teoria dos sistemas e a sociedade, fala também que o Direito da sociedade moderna subsiste de uma maneira que não está vislumbrando futuro, em uma ideia complexa do futuro do presente e o presente do futuro, já que o Direito não pode se estabilizar no tempo.

É necessário que a sociedade tenha confiança no Direito, em uma correlação entre o Direito e a sociedade, que aceita uma certa fórmula do risco, com o aumento do pragmatismo sendo utilizado como critério para

decisões jurídicas. Volta também na multidisciplinaridade quando fala sobre a economia como uma das principais, senão a principal forma de compensar as desigualdades sociais e não o Direito.

A forma jurídica da rede não deve reconhecer qualquer teoria social como detentora de um monopólio – não deve haver exclusividade para a redução dos custos de transação, para a orientação política, para a aquisição de conhecimento científico ou para padrões éticos de comportamento. Em vez disso, essa forma legal deve procurar cobrir a multidimensionalidade das redes, explorando diferentes teorias sociais. É vedado ao direito aceitar o domínio de qualquer racionalidade social parcial. (TEUBNER, 2015, p. 84)

Por fim trabalha com quatro conceitos que chama de resultados:

1. Função do Direito como estabilização normativa de expectativas de conduta: o positivismo jurídico espera que o cumprimento das normas pela sociedade seja um exercício do conhecimento e da prática do Direito pela sociedade
2. Conversão do conceito de validade jurídica: para viabilizar o item 1, necessário o item 2
3. Critério de decisão da avaliação de consequências: neste item poder-se-ia considerar o posterior aos itens 1 e 2, porque aqui se fala num posterior, na avaliação das consequências dos atos já praticados
4. Direito com uma peculiar racionalidade: necessária para se sobrepor ao poder político, por exemplo

Reflete Teubner (2005, p. 115) que as previsões que tratam do futuro não são costumeiras nas ciências sociais (verifica-se que Luhmann as faz), e que resulta ainda mais estranho que estas previsões eventualmente se cumpram. Aqui faz um elogio a Luhmann em razão de que, em sua utilização da multidisciplinaridade e de uma capacidade além do normal de tratar das ciências sociais “a previsão de Niklas Luhmann sobre o futuro do Direito global é uma exceção”.

Sobre isto, Teubner, ao afirmar a sapiência de Luhmann e seus acertos em teorias descritas nos seus escritos durante as décadas, segue dizendo que em 1971 Luhmann teorizou sobre o conceito de sociedade mundial, e, se permitiu especular com a hipótese de que o Direito global teria uma fragmentação extrema, que não seguia setores territoriais, mas somente atendendo parcelas da sociedade. (TEUBNER, 2005, p. 115).

Assim, que

O motivo para que isto não foi assim, se radica na mudança de orientação das expectativas normativas (política, Direito, moral) até às expectativas cognitivas (economia, ciência, tecnologia). Tal mudança se produziria no marco da transição das sociedades organizadas estatalmente até uma sociedade global. (TEUBNER, 2005, p. 115)⁵

E finaliza com a afirmação do plano de abstração da teoria funcionando como um mecanismo de acoplamento estrutural. E neste sentido diz Teubner (2015, p. 79) que os critérios morais configuram de maneira típica a forma de interações como uma prova do apreço mútuo. Que as teorias sociais utilizadas na filosofia reivindicam uma soberania regulamentadora sobre questões e demandas sociais, sendo hoje o assunto principal a ecologia) sendo implementadas na forma jurídica.

4 Niklas Luhmann e os acertos tanto na teoria como na prática do sistema político e jurídico

A parte três do capítulo A sociedade e seu Direito vem com uma análise do Direito em correlação com a arte, fala sobre o problema de caráter geral e característico dos sistemas, as relações ponto a ponto entre

⁵ El motivo para que esto fuera así, radicaría en el cambio de orientación desde expectativas normativas (política, Derecho, moral) hacia las expectativas cognitivas (economía, ciencia, tecnología). Dicho cambio se produciría en el marco de la transición de las sociedades organizadas estatalmente hacia una sociedad global (TEUBNER, 2005, p. 115)

o sistema e ambiente que não são possíveis, tratando-se de mero espelhamento.

Neste íterim, Teubner (2016, p. 138) aduz que, também como a expansão do sistema político, já criticada por este, há uma reflexão da expansão imperialista de um sistema social, que, dessa vez, ataca o sistema econômico, o que, segundo ele, também requer a devida análise.

Não sobram dúvidas de que nenhuma tentativa de subordinar as organizações internas da religião, das artes, e também dos meios de informação direcionando-os aos princípios de uma constituição econômica, teria insuflado uma violência impossível de tolerância tanto na racionalidade de cada sistema quanto no guia básico da sociedade. (TEUBNER, 2016, p. 138)

Rica é a analogia com o sistema imunológico que faz no item três do capítulo, tendo em vista que utiliza diversas vezes da multidisciplinaridade, mas, neste íterim, o faz com uma maestria diversificada.

Explica que esse sistema registra os conflitos internos, e, assim, com a sua imunidade, elabora situações generalizáveis. Mesmo assim, não se presta para corrigir erros, mas sim, para enfraquecer os riscos estruturais. Aqui se verifica perfeitamente a analogia com a farmacologia e com a biologia, em que o sistema imunológico por si, não é suficiente, precisa de um complemento, no caso da saúde, dos medicamentos.

Sobre estes conflitos fala Faoro (2008, p. 832-833) acerca das incertezas que inclusive as legislações causam em razão das modificações frequentes, das inovações e do obsoletismos. Diz que

Construir com a lei bem elaborada num momento, e, noutro, vítima de pressupostos diversos, com o planejamento, tão decorativo, em certos casos, como a ordenança meticulosa. A legalidade teórica apresenta, ressaltada a elegância da frase, conteúdo diferente dos costumes, da

tradição e das necessidades dos destinatários da norma. (FAORO, 2008, p. 832-833)

Ao mesmo tempo é rica e suficiente para ao menos sustentar o corpo (a sociedade) – a teoria dos sistemas, utilizando dos pontos como a comunicação, e, principalmente a criação regras como uma geração de anticorpos, no que chama, inteligentemente, de imunologia jurídica. E tudo isto causado por uma autoagressão excessiva corrente do sistema, tanto no Direito quanto na política.

Refere assim Rocha (2013, p. 146) que esta teoria dos sistemas elaborada por Luhmann possui a configuração de um novo “estilo científico”, que é mais adequado para a compreensão das atuais sociedades complexas, em que vivem os humanos em constantes modificações singulares e conjuntas, figurando ainda no centro de discussões mais atuais sobre o sentido do direito e da sociedade.

A parte quatro fala sobre o contexto social da sociedade e de seu direito, sobre as auto-realizações individuais, e faz uma importante observação de que pode-se obedecer a qualquer Lei, mas não a todas as Leis, tanto por desconhecimento quanto porque seria impossível viver fazendo-o.

Neste sentido, que as práticas ilegais são o que viabilizam a sociedade, e que não existiria uma convivência humana sem a violação de Direitos, e isto se vê tanto na teoria dos sistemas como nas práticas, porque se todo o conceito descrito, por exemplo, no Código de Trânsito brasileiro como prática incorreta, fosse observado pelos policiais rodoviários, todos os carros parariam, não existiram funcionários suficientes para tal, isto consumiria o sistema judiciário com milhões de novas ações tornando a sociedade impossível em todas as suas searas.

Sobre isto

Ambos os movimentos políticos e sociais, que procuram utilizar a constitucionalização pela lei, a fim de combater tendências destrutivas na economia, na tecnologia, na medicina ou em novos meios de informação, têm de ter em conta esse potencial limitado do direito. Eles não serão capazes de concretizar a desejada limitação desses sistemas por meio da intervenção jurídica externa. Nesse ponto, uma das mudanças mais significativas na estrutura jurídica que ocorre na transição rumo à sociedade mundial se torna visível (TEUBNER, 2016, p. 151)

Para finalizar o complexo capítulo, não facilita, pois em sua parte cinco vem com os conceitos mais complexos, abrangentes e importantes, como uma síntese do que já desenvolveu nas outras quatro partes.

Trata dos sistemas sociais como sistemas nacionais, dos conceitos de sociedade, faz importante ressalva de que a sociedade mundial não produz resultados cientificamente sustentáveis e que não há que se esperar um ser humano ser tratado como um estrangeiro desprovido de Direitos onde quer que esteja.

Refere a impossibilidade de ignorar as diferenças de regiões do globo, ou seja, o fato de que nem a política, nem a cultura e nem os costumes no Brasil, nos Estados Unidos ou no Japão são iguais. Reflete sobre a crescente atenção às violações de direitos humanos, também trazida pela globalização e facilitação dos meios de comunicação.

O estado de Direito se mantém, este Direito com base nos contratos estatais, já que seria insuportável abandonar o sistema do Direito e deixá-lo sujeito à arbitrariedade de processos políticos regidos por sujeitos e sistemas regionais, já que isto traria violações de direito que seriam evidentes, de maneira inequívoca.

Ao aumentar a complexidade, o direito pode desenvolver técnicas para correlacionar casos similares, reencontrar decisões prévias semelhantes, armazenar tópica ou conceitualmente experiências convincentes; sobretudo,

devido à formação das novas gerações, é capaz de desenvolver fórmulas de aprendizagem e dogmática mais sistematizadas, que podem englobar, cada vez mais, casos distintos num princípio. Finalmente, pode avaliar os esforços diferenciando a filosofia do direito ou a teoria jurídica, com ajuda das quais se reflete a unidade do sistema, apesar das necessárias distinções internas. Tudo isto tem escassa importância para o renascimento diário do direito. (LUHMANN, 1994, p. 8)

Sobre isto reflete Teubner (2005, p. 122P que as colisões jurídicas se prestam a uma reflexão última, devido à sua ancoragem constitucional. Neste sentido, visualizando em nível global, o eixo da constitucionalização se move do sistema de relações internacionais em direção a diferentes setores sociais que estabelecem suas próprias constituições civis.

Na parte final do capítulo ainda refere que o direito positivo também pode ser utilizado de forma negativa, para cobrir violações de direitos humanos, porque sempre se pensa na forma positiva, mas, é possível utilizá-lo de maneira negativa. E que as sanções continuam sendo um problema pois não refletem, na prática, nenhuma eficácia, nem de maneira a responder para a sociedade, nem de maneira a responder para o condenado.

Em casos isolados, a teoria pode prestar ajuda para a fundamentação da decisão. Far-se-á mais justiça a ela se se admitir que é ela própria que elege os casos para reproduzir-se como uma espécie de práxis peculiar. "What is necessary for the reproduction of theoretical practice", a este resultado chega também a mesma teoria do direito, "is not control of the full run of legal outcomes, but rather continuing domination over paradigmatic or semiotically central events (40)". A própria teoria determina os casos adequados, já que é ela que, com ajuda das experiências dos casos, há de mudar em determinadas circunstâncias. Se isto é válido para uma relação sistêmico-jurídica entre teoria e praxis, tanto mais será para as teorias

produzidas pela sociologia ao realizar sua própria autopoiesis, as quais utiliza para observar o sistema jurídico (LUHMANN, 1994, p. 8)

Ressalta as desvantagens estruturais nos papéis da sociedade, no fato de que o Direito mundial, ou pensar em uma “mundialização” do Direito não elimina o desenvolvimento regional e a aplicabilidade do direito regional, como é o medo dos doutrinadores especializados em desenvolvimento regional.

Fala também sobre a deficiente inclusão de grandes extratos da população na comunicação dos sistemas funcionais, e aqui, se permite ir mais além, há uma falha de inclusão também de discentes do Direito neste tipo de sistemas funcionais porque há uma falha na educação destes nas cátedras.

Por vezes, como neste caso, é necessário se chegar ao Doutorado, nível maior da formação de um jurista, para que se possa ter um diálogo sobre algo que, em uma análise simples, já se demonstra fundamental e essencial para a formação verdadeira de um jurista, com riqueza de argumentação teórica tanto quanto habilidade prática.

Para terminar, há que mencionar, somente, a pouca importância que têm para o sistema jurídico. Também isto se deduz do enfoque teórico que apresentamos aqui. O problema não consiste no grande abismo que, pressupostamente, existe entre teoria (abstrata) e práxis (concreta). O problema surge diretamente da teoria dos sistemas autopoieticos. A ciência se reproduz como ciência, e não como direito. O direito se reproduz como direito, e não como ciência. A reprodução se realiza no âmbito dos acontecimentos fáticos elementares, no âmbito da comunicação de momento a momento. Isto requer um mínimo esforço estrutural, mas não, ou apenas em raras ocasiões, reflexão. (LUHMANN, 1994, p. 8)

Neste sentido dizem Hammes e Schirmer (2012, p. 162) que é certo que não se atingiu o ideal de participação social, e que a ausência de informação (e aqui de informação sobre a teoria dos sistemas e suas difusões) leva, necessariamente, a uma incompreensão do mundo e, essencialmente, da vida. Afinal, é necessário conhecer para compreender. E ressaltam que todos possuem uma impressão opinativa, no entanto não adquiriram os embasamentos necessários para tal, sendo, portanto, suas opiniões fracas e carentes de fundamentação.

Por fim, em uma ideia de positividade, acaba o capítulo abordando a ideia de evolução da sociedade mundial, obviamente sem olvidar seus percalços, mas também ressaltando seus avanços significativos, e, aqui, guarda a sua contribuição para a percepção terceira, e é o que se faz no momento, porque a evolução da sociedade mundial está diretamente ligada ao estudo, à ciência, à sociologia, ao Direito e à contribuição de doutrinadores e juristas do mundo todo, e da sociedade que os aceita e pratica a teoria dos sistemas, seja na sua forma teórica ou prática.

5 Considerações finais

A atualidade e aplicação imediata e quase sem questionamentos da teoria dos sistemas e dos escritos de Niklas Luhmann quase fazem esquecer que este faleceu ainda em 1998, quando, sobre algumas coisas que falou, estas estavam, na prática, no empirismo, em início, como a comunicação pela Internet. Para exemplificar: apenas dois anos antes a Internet se tornou uma possibilidade nos lares brasileiros, com as redes sociais de conversação, mas isto somente para famílias muito abastadas.

É de se verificar que a atualidade de algum escrito não está vinculada ao ano em que fora escrita, mas a profundidade do estudo que foi feito, e este é o caso de Niklas Luhmann. Se se pode chamar de sorte ou somente de eventualidade, no caso de Teubner, que ainda vive, há este benefício do

tempo, que faz com que possa interagir com as obras tanto como criticá-las ou apoiá-las, sem a oitiva do escritor primário.

No entanto, o faz com a qualidade que esperaria Luhmann caso lesse seus escritos mais recentes. E isto também não quer dizer, por exemplo, que o tempo não é cruel no sentido de que alguns dos escritos citados neste artigo são de centenas de anos antes, ou dezenas, e alguns são contemporâneos, outros são mais recentes. O importante é salientar que, falecido em 1998, está mais atual que escritos lançados ontem.

E isto se dá muito pelo fato de ter criado uma base bastante significativa e rica para a sustentação de seus argumentos e sua teoria. É fácil refutar argumentos que são totalmente desacompanhados ou que são acompanhados de poucas alegações, no entanto, não é o caso. Não é fácil e talvez nem seja possível refutar Luhmann, porque suas proposições são aplicáveis e mutáveis de acordo com as circunstâncias, pessoas, sociedades.

É como dizer que os escritos de Luhmann tem uma autoipoiese própria, e, neste sentido, qualquer que seja a crítica ou posicionamento, por mais duro que seja, em seu desfavor, sua obra, independentemente de sua presença, irá se adequar de modo a vencer qualquer argumentação. E isto, além de elogiável, é raro. Não se vê de muitos escritores esta permanência intelectual, mas sim a morte dos seus escritos até enquanto ainda em vida seus escritores, o que aqui não ocorre.

Necessário fazer um aporte acerca da ignorância nos campos acadêmicos acerca da teoria dos sistemas, em que se observa necessária a abordagem de tais assuntos desde a graduação, mas, que, ao contrário, como é da escrita deste artigo, é necessário chegar até o Doutorado, nível máximo da formação de um jurista, para trabalhar tais conceitos.

Fulcrais que são, a teoria dos sistemas e os escritos de Gunther Teubner e, especialmente de Niklas Luhmann, se não uma 'cadeira'

(matéria) específica, ao menos deveriam integrar a teoria geral do Direito, a introdução ao Direito ou alguma disciplina a se denominar, nova que fosse.

Muito se fala no número de disciplinas que não são abordadas na graduação em Direito já daquelas específicas, como a falta, por exemplo, de cadeira (matéria) específica para o direito do idoso ou os direitos de juventude, mas, no caso da teoria dos sistemas, trata-se de uma completude, que permite compreender os outros direitos e as outras ideias insertas inclusive nas matérias acima descritas, mesmo as mais específicas, com um olhar mais crítico e avaliativo.

A formação de Magistrados e suas menções em sentenças, com a ausência deste tipo de riqueza jurídica, o empobrecimento em geral do sistema jurídico empírico é em razão da falta de estudo doutrinário, da falta de estudo hipotético, dando para disciplinas práticas que pouco contribuem e viram argumento para faltas exacerbadas maior visibilidade do que para aquilo que é essencial na formação de um jurista capacitado, rico em argumentação e conhecedor da teoria dos sistemas.

Por fim, há que se ressaltar que o capítulo reflete circunstâncias que, mesmo morto há alguns anos, como Teubner referiu, Luhmann conseguiu prever, e fez isto porque escreve de maneira complexa, mas intrincada, em que os conceitos se conjuntam a fim de estabelecer uma lógica que é impossível de negar, porque ocorre de maneira prática.

De qualquer forma, a contribuição de Luhmann, tanto neste capítulo, neste livro inteiro, quanto na doutrina do Direito, da Sociologia, ou no uso da multidisciplinaridade é tamanha que sua morte não apaga, mas os anos só reforçam suas teorias, e aqui se demonstrou que a teoria dos sistemas é perfeitamente aplicável em ambos espectros, tanto teórico quanto prático, dada a genialidade do criador da teoria.

Referências

- COSTA, Bernardo Leandro Carvalho Costa; ROCHA, Leonel Severo (orgs.). **Atualidade da Constituição**: o constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting. Porto Alegre: Editora Fi, 2020
- DABULL, Matheus Silva; TAFFAREL, Claridê Chitolina. A efetivação dos direitos fundamentais sociais mediante o ativismo social. *In*: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamiir (orgs.). **Direito & Políticas Públicas VII**. Curitiba: Multideia, 2012
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 4^a ed. São Paulo: Globo, 2008
- GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e cidadania**: conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009
- HAMMES, Jaqueline Machado; SCHIRMER, Candisse. A participação popular como elemento intrínseco para a efetivação da cidadania. *In*: COSTA; Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamiir (orgs.). **Direito e Políticas Públicas V**. Curitiba: Multideia, 2012
- HOBSBAWM, Eric J. **Era dos extremos**: o breve século XX. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995
- IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. Tradução de Richard Paul Neto. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 2004
- LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowski. *In*: ROCHA, Leonel Severo Rocha *et al.* **Complexidade, Direito e Sociedade**. 1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15871>

MORE, Sir Thomas. **Utopia**. Tradução de Márcio meirelles Gouvêa Júnior. 1 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017

REIS, Suzéte da Silva; STURZA, Janaina Machado. Reflexões sobre o acesso à justiça enquanto perspectiva de efetivação do exercício pleno da cidadania. *In*: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamiir (orgs.). *Direito e Políticas Públicas VII*. Curitiba: Multideia, 2012

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia do Direito**: revisitando as três matrizes jurídicas. *In*: RECHTD, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Julho-dezembro de 2013, p. 141-149

TEUBNER, Gunther. Constitucionalismo social: nove variações sobre o tema proposto por David Sciulli. *In*: BARBOSA, Samuel; CAMPOS, Ricardo; FORTES, Pedro (orgs.). **Teorias Contemporâneas do Direito**: o direito e as incertezas normativas. Curitiba: Juruá Editora, 2016

TEUBNER, Gunther. **Direito e teoria social: três problemas**. Tradução do alemão de Patrícia da Silva Santos. *In*: *Tempo Social, revista de sociologia da USP*. São Paulo: Universidade de São Paulo – USP, 2015, novembro, v. 27, n. 2, p. 75-101

TEUBNER, Gunther. **El Derecho como sistema autopoietico de la sociedad global**. Lima: ARA Editores, 2005

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**. Rio de Janeiro: Record, 2001

VOLTAIRE, François Marie Arouet. **Tratado sobre a tolerância**. Tradução de Antonio Geraldo da Silva. São Paulo: Escala, 2007

Constitucionalismo social e matriz pragmático-sistêmica: Observando a Posição da Constituição na Sociedade Complexa

*David Denner de Lima Braga*¹
*Selmar José Maia*²

1 Introdução

O presente trabalho parte de uma possível crise no constitucionalismo, estabelecendo, de pronto, que o pensamento dominante na ciência jurídica não consegue descrever adequadamente o fenômeno jurídico nem é capaz de dar conta de resolver os problemas que a sociedade mundial enfrenta. A crise no paradigma dominante se manifesta na presença de anomalias, ou seja, situações que não se encaixam na estrutura teórica que a ciência do Direito oferece para explicar a realidade jurídica. Há, portanto, uma crise no constitucionalismo, mas não somente, haja vista que a crise perpassa toda a concepção de direito, ao menos, da concepção dominante de direito.

Em outras palavras, o jurista enxerga o Direito ainda com olhos do século XX e esse modo de ver é inadequado para atender as expectativas da sociedade hipercomplexa do século XXI. Noutras palavras, é possível perceber que o senso comum teórico dos juristas, com dominância ainda

¹ Doutorando em Direito Público do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e mestre em Direito em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). E-mail: daviddlbraga@yahoo.com.br

² Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Especialista em Direito Civil e Direito Empresarial pela Faculdade Damásio Educacional de São Paulo. Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Serra Gaúcha – FSG. Bolsista do Programa de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES. Advogado Empresarial e fundador do Escritório Maia Advocacia Corporativa. Contato:maia@maiaadvocaciacorporativa.com.br.

das teorias de Kelsen, Hart e Ross, carece da abstração necessária para lidar com os problemas da policontexturalidade.

Nesse sentido, a crise se manifesta como um momento existencial, um ser ou não ser. Daí a pertinência da pergunta acerca morte das constituições. Com efeito, mister assentar que a crise da teoria constitucional é apenas um sintoma de um paradigma que se torna cada vez mais obsoleto, mas que tem tido muito sucesso em se manter como dominante, apesar de conviver há algum tempo com explicações alternativas aos problemas do sistema jurídico e da sociedade.

De mais a mais, é necessário frisar que a teoria do constitucionalismo social aparece como uma novidade que desafia o constitucionalismo clássico de várias maneiras. Ela será invocada no presente estudo como uma resposta aos problemas da globalização, e aos sintomas da crise da teoria constitucional tradicional. De outro lado, é necessário esclarecer, de pronto, que não se trata de uma teoria acabada, cujos contornos são complexos e, em certo sentido, chocantes ao senso comum teórico dos juristas.

Nesse trilhar é preciso esclarecer, previamente, que ao mencionarmos constituição, exsurge, quase que instantaneamente o modelo da Constituição Federal de 1988, ou seja, um documento escrito, proclamado solenemente, por uma Assembleia Constituinte regularmente convocada. Um dos símbolos mais contundentes do Estado de Direito Democrático e do próprio Direito em si. Quando se pretende trazer uma ideia diferente, a ideia de várias constituições e da ausência de uma hierarquia rígida, do destronamento da Constituição Federal, a expectativa é de que tudo isso não faça muito sentido e não seja levado a sério.

Todavia, o constitucionalismo social é uma teoria que vem conseguindo espaço do qual entende-se ser um modelo adequado para a teoria dos sistemas autopoieticos e, de igual forma, para a sociedade

globalizada. Não é possível tratar adequadamente do constitucionalismo social, e suas várias constituições a partir do paradigma de Direito dominante, porque nesse modelo o ordenamento é feito em forma de pirâmide, em cujo ápice se estabelece a constituição do Estado. Portanto, apesar de não ser uma regra, o jurista versado no constitucionalismo clássico tende a resistir à ideia de constituições fora do espaço público estatal e para além dos limites do Estado.

Assim, para tratar do tema, inicialmente faz-se necessário uma revisão das matrizes paradigmáticas do Direito elaboradas pelo pensador Leonel Severo Rocha, sobretudo para esclarecer em qual matriz teórica o constitucionalismo social se insere. Na sequência será apresentada a posição da constituição na teoria dos sistemas autopoieticos de Luhmann, ou seja, a constituição moderna como acoplamento estrutural entre o direito e a política. Assim é possível entender a atualização dessa teoria até a noção de constituição defendida por Gunther Teubner, como acoplamento estrutural entre o sistema do Direito e os demais sistemas sociais.

Em aportes finais, serão abordados os elementos que permitem a elaboração de uma sociologia das constituições, tal como defendido por Teubner, ou com mais precisão, de uma sociologia sistêmico-autopoietica das constituições. Por fim, esclarece-se que a ideia desse estudo, através de uma análise teórica e bibliográfica, é demonstrar que o constitucionalismo social é a teoria constitucional da matriz sistêmica, a qual embora ainda em elaboração, é uma alternativa promissora para dar conta da atual crise da teoria constitucional.

2 Paradigmas jurídicos

O Direito como sistema social orientado normativamente tem uma velocidade de mudança mais lenta em relação aos sistemas que possuem

orientação cognitiva. Ele não consegue ficar imune às mudanças, mas parece estar sempre um passo atrás do ambiente, principalmente em razão do seu estado de vanguarda social.

Nesse sentido “a globalização vai forçar um outro tipo de observação que antes não havia. Não é que as coisas não existiam, elas não eram observadas” (ROCHA, 2019, p.222). O ponto cego dessa observação relaciona-se com o instrumento teórico utilizado e sua aptidão ou ausência de aptidão para permitir a observação. A evolução da sociedade, portanto, tem forçado o Direito à mudança.

Nesse sentido, o quadro abaixo apresenta um comparativo entre dois momentos, o tempo da modernidade e o tempo atual, chamado de pós-modernidade, e facilita situar com mais precisão as diferenças e as transformações por que passou o direito moderno:

Modernidade	Pós-modernidade
Abstração	Pragmatismo
Subjetivismo	Descentramento do sujeito
Universalismo	Relativismo
Unidade da razão	Pluralidade de racionalidades
Axiomatização	Lógicas estilhaçadas
Simplicidade	Complexidade
Sociedade civil/Estado	Retorno da sociedade civil
Segurança	Risco

Quadro 1 – André-Jean Arnaud

Não bastasse isso, o autor esclarece que é o conjunto desses elementos e não eles tomados individualmente que devem ser considerados para a compreensão da mudança de paradigma. (ARNAUD, 1999, p. 203) Tais elementos estão presentes também nas questões mais específicas atinentes ao constitucionalismo social, como por exemplo o “retorno da sociedade civil”, que é relevante pois uma das características, como será visto, do constitucionalismo social, é o pluralismo jurídico, no

sentido de que o Estado não é o único centro produtor de normatividade (ROCHA, 2019), nem mesmo no nível constitucional.

São essas as transformações da globalização que Rodrigues refere destacando que elas abalaram o poder dos Estados de criar normas e abriram espaço para que se imagine um direito que devolva à sociedade o poder de criar normas jurídicas (RODRIGUEZ, 2019, p.11). Assim sendo, o contraste Estado-Sociedade no constitucionalismo perde relevância quando normas constitucionais são criadas para além do Estado.

De mais a mais, de acordo com Teubner (2016, p. 27) a fragmentação constitucional seria a constatação da geração de diferentes ordens jurídicas, com aspectos de constituição, que foram desenvolvidas partindo de processos de “auto constitucionalização de ordens globais sem Estado” e acabam rompendo com a tradição do constitucionalismo moderno, tendo em vista “a diferença em termos de adaptabilidade à diferenciação funcional em escala global (sociedade mundial) dos sistemas com facilidade e tendências para a expansão”, tal como David Sciulli havia mencionado e denunciado.

Nesse sentido, na sociedade mundial existem “fragmentos de um common law” e não um acoplamento de estruturas entre a política e o Direito, sendo que “no mar da globalidade, formam-se apenas ilhas de constitucionalismo” (GUNTHER, 2016, p. 27) e para tais observações precisam de um olhar mais aguçado por parte dos juristas, cientistas políticos, sociólogos e economistas, pois:

O ponto fundamental para a descrição do que Teubner concebe por fragmentação constitucional é a sanção jurídica. Característica fortemente explorada pelo normativismo, principalmente por Kelsen, a sanção jurídica perde força em um ambiente de globalização de ordem mundial, na medida em que - de maneira autônoma em relação aos sistemas do Direito e da Política - formam-se diferentes ordens com traços de constituições. A sanção

jurídica, emanada tradicionalmente do sistema do Direito, a partir de um acoplamento estrutural com o sistema da Política, passa a não mais exercer um papel fundamental para o processo de aprendizado sistêmico. Nesse contexto, a partir da constatação de que existe um ambiente de normatividade com a ausência de um dos pontos fundamentais para o normativismo (a sanção), retoma-se a ideia de não mais normas, mas fragmentos (COSTA e ROCHA, 2018, P. 13-14).

Seja como for, no ponto explorado por Teubner, os regimes transacionais especializados acabam concorrendo com os Estados Nacionais e desenvolvem a condição de sujeitos constitucionais sem Estado, e isso acaba levantando o debate acerca dos prós e dos contras de um constitucionalismo transnacional que não tem um *status* claro, sendo seus estudos impulsionados para a sociologia do constitucionalismo dar uma resposta que seja justificável e satisfatoriamente aceito (COSTA e ROCHA, 2018, p. 14).

Com efeito, é preciso esclarecer que a tese de Ost (OST; VAN DE KERCHOVE, 2010) resume esse movimento através da imagem do deslocamento da pirâmide para a rede³. É a passagem de um modelo demasiado simples para outro demasiado complexo que aceita “a ideia de um Tempo construído dentro da Complexidade e do Caos” (ROCHA, 2015, p.144). Um paradigma desse tipo pode lidar com a sociedade hipercomplexa e seus problemas, mas enfrenta dificuldades de aceitação, desde logo pela alta abstração. É fácil se questionar da real necessidade de uma forma de pensamento quando ela parece mais abstrata do que deveria.

Consequentemente, vai-se de um modelo hierarquizado e centralizado, baseado no Estado, para um outro modelo menos rígido e

³ Em Febbrajo (FEBBRAJO, 2016) é apresentada uma análise de ordenamento que trata da forma hierárquica (*a la Kelsen*, anti-hierárquica (*a la Ehrlich*), linear (*a la Geiger*), circular (*a la Weber*) e hipercíclica (*a la Luhmann*), que embora interessante complica a exposição para a finalidade do presente trabalho. Prefere-se tomar um modelo hierárquico e outro em rede, em Ost, associando-se o modelo em rede com a matriz pragmático-sistêmica de Rocha.

mais complexo. Em verdade os dois paradigmas convivem no tempo, com a diferença de que aquele possui maior divulgação enquanto este vai aos poucos ganhando notoriedade. Na “[...] rede descentralizada, ou seja, sem centro e sem topo, as decisões reguladoras [...] não são tomadas de modo uniforme, mas sim tomadas separadamente em formas de ‘soberania desagregada’”. (TEUBNER, 2020, p. 13). Ou sena, não existe um centro de tomada de decisões, que universalize o que deve ser feito e quando, de modo que as decisões possam ser construídas onde e quando se fizerem necessárias. A simplicidade é um dos elementos críticos do paradigma dominante. Porém, a escolha por um paradigma não deve guardar relação com o gosto do estudioso ou com a simplicidade apenas. Se o paradigma não dá conta de resolver os problemas que se apresentam ele precisa ser descartado.

Segundo André-Jean, “o próprio filósofo do Direito contemporâneo, se não ficar com o olhar perdido no céu, não pode ignorar um certo número de fatos que vêm perturbar a ordem jurídica ao qual os juristas foram preparados durante a sua formação” (Arnaud, 1999, p. 203).

Esses fatos são as anomalias, no sentido de Thomas Kuhn, ou seja, aquelas ocorrências e situações que não se encaixam adequadamente ou de maneira nenhuma nas explicações fornecidas pela Teoria Jurídica, ou seja, pelo senso comum teórico dos juristas.

Isso que se expressa na ideia do construtivismo de que “o conhecimento não se baseia na correspondência com a realidade externa, mas somente nas construções de um observador” (ROCHA, 2019).

2.1 Matrizes epistêmicas do direito

Ost e Kerchove (2010), como visto, afirmavam que o essencial das obras de Kelsen, Hart e Ross, alguns dos melhores intérpretes do pensamento jurídico ainda dominante, foi elaborado no século XX, quando

prevalencia uma visão do mundo caracterizada pela ordem e pela estabilidade, um mundo simples e mecânico centrado na ideia de sujeito ao passo que se vive agora no mundo complexo e recursivo da interatividade generalizada

Segundo Rocha (2005, p.93): “[...] somente uma nova Matriz Jurídica pode ajudar na reconstrução da teoria jurídica contemporânea, até então impotente para a compreensão e transformação dos acontecimentos do final do século”. Assim, quanto mais se avança no século XXI mais evidente fica a necessidade de atenção à novas teorias. Partindo da divisão da semiótica de Carnap em sintaxe, semântica e pragmática o autor, com fins didáticos, diferenciou três matrizes paradigmáticas para o Direito, a da filosofia analítica, a da hermenêutica e a sistêmica. (ROCHA, 2005).

Verdadeiramente uma das características marcantes da matriz sistêmica é entender o risco como uma sua categoria fundamental. Foi visto no quadro de Arnaud que um paradigma atual do Direito leva em conta o risco no lugar da segurança. Se se recorda a opinião de Luhmann (2016) de que o Direito é um sistema fanático por segurança fica nítida a subversão que substituir a segurança pelo risco traz para o pensamento jurídico.

A segurança jurídica é inculcada na formação jurídica desde os primeiros anos e nunca cessa de ser reforçada. A modernidade, e o mesmo pode ser afirmado para a modernidade jurídica, convive com o dilema de tentar produzir modelos estáveis da realidade social, que pressupõem segurança, ao mesmo tempo em que toma consciência da indeterminação da situação social e da irrepresentabilidade do mundo. (ROCHA, 2019). Dessa maneira existe um descompasso entre o paradigma e a realidade que não pode ser superado com a manutenção daquele conjunto de elementos apresentado no quadro 1. É preciso “dar maior espaço para a complexidade, organização e decisão na observação do Direito”. (ROCHA,

2013, p. 148), a matriz pragmático-sistêmica apresenta um esquema capacitado a atingir esse objetivo, porque consegue levar em conta as prestações e as funções que cada sistema social exerce para o ambiente social.

2.2 Crise e anomalias

No modelo hierárquico, piramidal, a constituição ocupa o vértice do sistema. A concepção normativista Kelseniana é o exemplo clássico. A constituição assume uma função de vetor de parametricidade das demais normas do ordenamento, seja de leis e atos administrativos abstratos, seja de atos administrativos concretos ou da sentença judicial. Desse modo um ato que se encontre em posição hierárquica inferior deve ser compatível com o ato superior sob pena de invalidade. Fundamentalmente existe uma constituição, na maioria dos países escrita, elaborada solenemente, e que em muitos casos, como no caso brasileiro, pretende determinar a normatividade para os variados sistemas sociais. Esse modelo, todavia, não descreve exatamente o modo como o Direito funciona.

Nesse paradigma, e isso vale para o direito brasileiro, uma inovação no ordenamento jurídico deve acontecer por força de Lei. A Lei a seu turno deve ser fiel ao que a constituição prescreve, ao seu “espírito”, ou seja, obedecer às regras e princípios. Mas o que dizer se de fato, na realidade, as coisas não acontecerem dessa forma? Se instituições como casamento, contratos, sucessão, ou as competências e atuações administrativas não se modificarem nem se pautarem pelas Leis, ou se as Leis não guardarem a devida relação de parametricidade com a constituição, haverá então situações que fogem do desenho dado pela teoria.

Como observa Rodrigues (2019, p. 112), “redesenhar as instituições fora da solenidade do momento constituinte, por exemplo, sem que o Congresso se manifeste por via de emendas constitucionais, será sempre

objeto de questionamentos quanto à sua legitimidade. No entanto, tal forma de mudança constitucional parece estar se tornando a regra geral”.

Essas ocorrências deveriam ser excepcionais, contudo, são frequentes. São exemplos das anomalias que aparecem no paradigma clássico, que poderiam ser chamadas, secundando Hofstadter, de tangled hierarchies, ou hierarquias emaranhadas, ou situações que performam strange loops, um movimento que parece acontecer em um nível inferior, administrativo por exemplo, mas com um efeito que só seria esperável no nível superior, legal ou constitucional. No mesmo sentido Ost e Van de Kerchove (2010):

Comment nier que les « anomalies » (au regard du paradigme pyramidal) se sont multipliées au cours de ces dernières décennies ? On pourrait tout d'abord évoquer à cet égard ce que, dans la théorie des systèmes on appelle « boucles étranges »: ces exemples de « hiérarchies enchevêtrées » dans lesquels l'organe « inférieur » (inférieur selon la logique hiérarchique) se rend maître de la norme adoptée par un organe « supérieur » qui, en principe, devrait pourtant déterminer sa propre action.

Os autores identificam na sequência vários exemplos dessas anomalias que subvertem a ordem jurídica piramidal, como quando o Ministério Público a despeito da função de executor fiel da Lei, deixa de aplicá-la ou decide quando fazê-lo; bem como os objetos jurídicos não identificados onde conselhos, comitês de ética colocam uma série de novos problemas que são traduzidos na hesitação a respeito de sua exata natureza jurídica.

É muito comum, no Brasil, regulamentos, provimentos e outros atos administrativos serem contrários ao que prescreve a Lei ou mesmo a constituição e mesmo assim prevalecerem. Alguns casos ficaram notórios, como quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a União Estável

entre pessoas do mesmo sexo e o CNJ na esteira dessa decisão editou uma resolução obrigando às autoridades responsáveis a celebrarem casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Já são passados alguns anos e o texto da Constituição ainda fala da União Estável entre o homem e a mulher, e o Código Civil do casamento entre homem e mulher.

Antes de qualquer julgamento precipitado, é preciso destacar que nos Estados Unidos as coisas também ocorrem de maneira assemelhada, ainda segundo Rodrigues (2019), citando Ackermann, ali um executivo superpoderoso pratica atos claramente inconstitucionais que são mais adiante legalizados pela Suprema Corte, de modo que as transformações são trivializadas e o que era inconstitucional se torna constitucional.

Outros casos envolvem a falta de condições de o sistema do direito lidar com as questões que os demais sistemas funcionais apresentam. É nesse sentido que Teubner (2020, p. 35) fala em violações de direito humanos por empresas multinacionais, decisões controversas da OMC que ameaçam a saúde e o meio ambiente etc. No mesmo sentido, Berman também constata as insuficiências do Direito para lidar com os problemas atuais (2018, p. 150):

[...] many of the problems facing the world increasingly require coordinated solutions and more interaction among legal and political systems, not less. Such problems include: issues of how we will effectively maintain life on this planet (climate change, biodiversity, ecosystem losses, and water deficits); issues of how human beings will sustain themselves on it (poverty, conflict prevention, and global infectious diseases); and issues of how we will develop global cooperative rules for living together given that much human activity crosses territorial borders (nuclear proliferation, toxic waste disposal, data protection, trade rules, finance and tax regimes, and so on). These sorts of problems cannot plausibly be addressed solely within one legal system

Assim sendo, os problemas são os mesmos que Teubner identifica, ou seja, questões que ultrapassam as fronteiras, a necessidade de lidar com as questões relativas ao meio ambiente, direitos humanos etc. Contudo Berman sugere a adoção de soluções coordenadas, ou seja, mais interação entre sistemas políticos e jurídicos para resolver esses problemas, que não podem, como afirma, serem enfrentados unicamente dentro de um único sistema jurídico. A solução radicaria nos sistemas políticos e jurídicos de cada país atuando de maneira coordenada.

Feitas essas observações, arrisca-se dizer que o constitucionalismo social, de outro lado, enfrenta a questão com uma visão mais ampla ao incluir os demais sistemas sociais e pensa em uma ordem mundial de cada um desses sistemas. Trata-se, realmente, de situações que não encontram solução no âmbito interno de Estados isolados, e por esse motivo demandam uma reflexão e a elaboração de um constitucionalismo à altura dessas questões.

3 Constituição na matriz sistêmica

Para explicar o processo que leva ao desenvolvimento da sociologia das constituições, o tempo é um fator primordial a ser considerado. Veja-se a lição de Prandini (2010, p. 309):

[...] I argue that it is possible and necessary to talk about processes of constitutional morphogenesis. Morphogenesis is a sociocultural cycle, whereby a given institutional and cultural structure (at T_0 , here ‘the modern constitution’) gives rise—through cultural and structural interactions activated by societal actors—to new forms (morphogenesis) or which maintains the old ones (morphostasis).⁴

⁴Sustento que é possível e necessário falar a respeito de processos de morfogênese constitucional. Morfogênese é um ciclo sócio-cultural, no qual dada estrutura institucional e cultural (no T_0 , no caso “a constituição moderna”) dá lugar - através de interações estruturais e culturais ativadas por atores sociais - a novas formas (morfogênese) ou mantém as antigas (morfostase). Tradução livre feita pelos autores.

O tempo de início da observação do autor (tempo zero, T_0) corresponde ao período em que a constituição moderna surge e que Luhmann traduz como acoplamento estrutural entre o Direito e a Política. Pode-se dizer que Teubner atualiza temporalmente o conceito de constituição perante os fenômenos da reflexividade e da juridificação (SCHWARTZ, 2015), para Teubner “a Constituição se configura como o acoplamento estrutural entre o Direito e todos os demais sistemas parciais da sociedade” (SCHWARTZ, 2020, p. 46), no mesmo sentido Prandini (2010, p.282):

Fischer-Lescano and Teubner see processes of autonomous societal constitutionalisation at work whenever and wherever reflexive processes of various social spheres become combined ('coupled') with reflexive processes of the legal system.

Para Teubner, onde e quando ocorrerem processos reflexivos de algum sistema social combinado com os processos reflexivos do sistema jurídico haverá processo de constitucionalização. Não é objeto desse trabalho tratar da reflexividade do meio ou da dupla reflexividade no detalhe, mas apenas indicar o mecanismo pelo qual a constituição moderna, estatal e vinculada a um território, começa a dividir espaço com outras constituições, na sociedade mundial. O significado da pergunta pela morte das constituições (SCHWARTZ, 2020) representa esse processo evolutivo, onde a “morte” das constituições estatais significa não sua supressão, mas o estilhaçar das normas referentes a outros sistemas sociais em múltiplas constituições, que se formam a partir da sociedade e não do Estado, fragmentadamente.

A partir dos exemplos citados anteriormente observa-se que a presença de várias constituições elimina uma configuração onde elas se

aloquem em um improvável centro ou vértice do sistema. Isto é, não há espaço para “a” constituição da Sociedade “no” vértice, se houver somente uma pirâmide. Elas deverão ser alocadas nesse caso nos nós da rede, em um outro modelo.

Existe um corpo concentrado de trabalhos na área da sociologia das constituições que seguem o caminho aberto pela obra de Luhmann, a qual contém elementos, embora incipientes de sociologia das constituições. (THORNHILL, 2010). Não deve causar espanto a sociologia das constituições ter ligação tão aproximada com a matriz sistêmico-autopoética, pois essa matriz fornece um desenho apto a recepcionar uma multiplicidade de constituições.

Afinal, as normas constitucionais da sociedade mundial são fundamentalmente heterárquicas onde cada esfera social funcional possui ou é capaz de possuir sua própria constituição (THORNHILL, 2010). E isso acontece ao largo do Estado e com o sistema jurídico jogando apenas um papel secundário.

3.1 Constituições sociais

Teubner traz uma paráfrase da conhecida máxima *ubi societas, ibi jus* adaptando-a para *ubi societas, ibi constitutio* (TEUBNER, 2016). Essa fórmula expressa sintética e precisamente as pretensões da teoria do constitucionalismo social: onde houver formações sociais, sejam estas formações sistemas funcionais, organizações formais ou regimes transnacionais, tais formações darão origem às suas próprias constituições (TEUBNER, 2016, p.130). A constituição não é mais monopólio do Estado. Embora as constituições estatais tenham se tornado, conforme aduz Prandini (2010, p. 310): “the real examples of what we mean in a modern sense by constitution”, não existe nada de essencial na relação constitucionalismo e estatalidade.(PRANDINI, 2010, p. 310). Trata-se de

uma ocorrência contingente, segundo o autor, as constituições terem evoluído ligadas ao Estado moderno.

A peculiaridade de Teubner em relação a Luhmann consiste “especialmente no que diz respeito ao papel estruturante do direito para os outros sistemas funcionais” (TEUBNER, 2020b, p. 160). Esse papel se cumpre a partir da dupla reflexividade pois haveria um nexos indissociável entre Direito e ordem social. (TEUBNER, 2020b, p. 244).

A ênfase tem permanecido nos sistemas sociais, mas as organizações também tem passado por processos de constitucionalização a partir de seus códigos de conduta corporativos (TEUBNER, 2012). É interessante notar que nesse caso também haverá funções constitucionais constitutivas e limitativas, como na sequência se falará, mas a constitucionalização não ocorre nesse caso por pressão da regulação estatal nem por vontade própria da organização, porém decorre de um “processo caótico de tradução influenciado por diferentes pressões de aprendizado” (TEUBNER, 2012, p. 126). No mundo globalizado e de comunicação instantânea a pressão sobre as organizações para a adequação aos padrões de qualidade, respeito ao consumidor e ao meio ambiente, atenção às práticas dos fornecedores acabam levando a que, por questões até mesmo de sobrevivência, elas limitem e vigiem suas práticas.

3.2 Temas do constitucionalismo social

Um ponto de entrada para a sociologia constitucional é fornecido por Teubner a partir da análise de algumas variações do constitucionalismo social de David Sculli. Após repassar diferentes propostas teóricas, Teubner consegue reunir sete elementos que segundo a sua visão, e a do presente estudo, irão compor a teoria constitucional no paradigma pragmático-sistêmico, os quais são apresentados a seguir (TEUBNER, 2016, p. 144):

As constituições estatais são o modelo das constituições sociais.

A essência da constituição é a formalização do poder como meio de comunicação;

Os sistemas sociais reagem à imposição das constituições sociais pela política ou pelo direito através da autoconstitucionalização.

As instituições mantêm um ponto de contato duradouro entre normas judiciais e extrajudiciais que é fundamental para a constituição.

As constituições possuem uma função integradora que é importante para encontrar a unidade constitucional no nível nacional e transnacional.

Além de funções constitutivas, limitativas e integradoras a constituição possui função simbólica atuando como um mito fundador.

A ideia da interação entre os diferentes níveis constitucionais, entre a pluralidade e a unidade.

Malgrado as constituições estatais sejam um fato histórico contingente o grau de desenvolvimento do constitucionalismo faz delas a primeira – para muitos a única – ideia de constituição, por isso se justifica que sejam um modelo para as constituições sociais. Tradicionalmente as constituições possuem as funções constitutivas, limitativas e integradoras. A tais funções se agrega a função simbólica de atuar como mito fundador.

O fenômeno constitucional ligado a estatalidade, é tradicionalmente vinculado ao direito e a política, como visto em passo anterior, trata-se da constituição moderna como acoplamento estrutural entre esses dois sistemas sociais. Mas os demais sistemas sociais reagem à imposição das constituições sociais pelo direito e pela política. A noção de planejamento, de constituição dirigente e programática, resta completamente anacrônica. Este é um ponto onde se pode ver com clareza que a noção de segurança, ínsita à ideia de planejamento, se desmancha, frente à noção dos riscos inerentes ao processo evolutivo que acontece alheio às pretensões da constituição do Estado de ordem e estabilidade.

No lugar de uma constituição nascida de um órgão central coloca-se a autoconstitucionalização do meio como processo da gênese constitucional. E os sistemas sociais são constitucionalizados não dentro do espaço soberano de determinado Estado, mas dentro da sociedade mundial. Febbrajo (2016, p. 24) fala então em constituição silenciosa “quando a presença de uma norma fundamental não é declarada, sendo apenas pressuposta, ou quando uma nova ordem jurídica é silenciosamente estabelecida sem a proclamação oficial de uma constituição”.

É possível pensar, portanto, em uma constituição da educação, da economia, da saúde etc, mundiais. Uma questão a ser resolvida, contudo, é como isso vai acontecer, como será dada a unidade dos múltiplos sistemas, sobretudo quando houver colisão de normas. O constitucionalismo clássico falha em observar a dispersão existente na sociedade contemporânea em relação à dispersão do poder jurídico e constitucional (THORNHILL, 2010, p. 320). A dispersão do poder e a formalização do seu meio juntamente com a reflexividade dupla do direito sobre os sistemas sociais estão entre os principais elementos que atuam na morfogênese das constituições sociais.

4 Considerações finais

O presente estudo procurou destacar a conexão existente entre a sociologia das constituições e a matriz pragmático-sistêmica do Direito. A tese é a de que para tratar o tema com precisão é necessário ter em conta que nem todo paradigma jurídico tem condições de recepcionar em sua estrutura, as constituições sociais, ao passo que o edifício da teoria dos sistemas, avesso a centros e hierarquias é plenamente capaz de fazê-lo.

Após apontar as insuficiências do paradigma clássico do Direito, que falha tanto em descrever o sistema jurídico quanto em responder às

questões que a Sociedade dele demanda foi lembrada a contribuição de Rocha, que ao propor as matrizes da epistemologia jurídica demonstra que há alternativas ao modelo clássico, e reforça a necessidade de dar atenção a um modelo capaz de observar a complexidade do mundo globalizado. De modo que o jurista possa abandonar as lentes do séc. XX quando for observar o mundo do séc. XXI.

Foi visto, com Ost e Van de Kerchove, que o pensamento dominante, o senso comum teórico dos juristas, é representado graficamente por uma pirâmide enquanto o modelo pragmático-sistêmico é representado por uma rede. O primeiro desses modelos é estruturado de modo a ter apenas uma norma no seu ápice, isso permite visualizar de plano que múltiplas constituições, como propõe o constitucionalismo social são um elemento estranho ao seu universo. Ao jurista, versado no modelo clássico, espera-se mesmo que cause estranhamento a ideia de múltiplas constituições, bem como a de uma constituição do Estado que não seja o ápice do ordenamento, ou a de um ordenamento em rede, privado de centro ou hierarquia.

Conclui-se, portanto, a presença de uma crise na teoria do Direito, cuja irradiação atingiu o constitucionalismo. Há algum tempo a sociologia das constituições começou a se debruçar sobre o fenômeno atraindo atenção de muitos pesquisadores, como Teubner, Prandini, entre outros, cujos trabalhos são vinculados a uma perspectiva sistêmico autopoietica luhmanniana. Portanto, começa a se desenhar um paradigma com chances de lidar com a complexidade e responder as questões com que a sociedade mundial confronta o Direito. Afinal, um Direito local, ubíquado em um território seria insuficiente para dar a resposta necessária a problemas que ultrapassam suas fronteiras e alcançam outros Estados e ordenamentos.

No mesmo sentido, foi possível perceber que os sistemas sociais, as organizações e os regimes atuam ao largo das normas estatais e revelam

que um outro modo de constitucionalização está presente, isto é, a autoconstitucionalização dos sistemas sociais, que representa, entre outras coisas, uma reação dos sistemas sociais às imposições advindas dos sistemas político e jurídico por meio do aparato estatal. A globalização tem um papel importante ao criar as condições de possibilidade dessa reação e das pressões de aprendizado. Também as organizações pressionadas cognitivamente acabam por normatizar sua conduta que se exprime em códigos de conduta que são constituições em sentido estrito.

Nesse arranjo teórico a constituição está presente nos nós da rede, nos muitos nós que são as constituições sociais, que unem os sistemas sociais e as organizações na comunicação da sociedade. São constituições que surgem silenciosamente, sem a solenidade usual das constituições estatais.

Por conseguinte, esse novo modelo de constitucionalismo possui alguns elementos que foram apontados por Teubner, como derivações temáticas do pensamento de David Sciulli, entre os quais se destaca a formalização do meio como mecanismo de criação de constituições.

Por fim, mas não menos importante, foi possível perceber que o jurista do séc. XXI precisar estar atento a esse movimento e estudá-lo, ao invés de tentar aplicar os conceitos do século XX para os problemas advindos da policontextualidade. Numa palavra final, conclui-se que o constitucionalismo social – muito embora seja um modelo ainda em construção – ele consegue reunir as questões que ficam sem resposta no pensamento clássico e já demonstra uma estrutura suficientemente acabada para descrever como os sistemas sociais diferenciados se autoconstituem no contexto da globalização e suas implicações além-fronteiras.

Referências

- ARNAUD, André-Jean; tradução de Patrice Charles Wuillaume. **O Direito Entre Modernidade e Globalização lições de filosofia do Direito e do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BERMAN, Paul Schiff. Global Legal Pluralism as a Normative Project. 8 UC Irvine L. Rev. **SSRN Electronic Journal**, [s. l.], v. 149, n. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.2139/ssrn.3288690>>. Acesso em: 24.11.2020.
- FEBBRAJO, Alberto. Tradução de Sandra Regina Martini. **Sociologia do Constitucionalismo: constituição e teoria dos sistemas**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.
- COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. **Fragmentos de Constituição e Transconstitucionalismo: Cenários atuais da Teoria Constitucional**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 34, n. 1, p.1-26, jan./jun. 2018.
- GERMANO SCHWARTZ, JIŘÍ PŘIBÁŇ, Leonel Severo Rocha. **Sociologia Sistêmico-Autopoietica das Constituições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Petrópolis: Vozes, 2016.
- OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel. **De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit**. Bruxelles: Presses de l'Université Saint-Louis, 2010.
- PRANDINI, Riccardo. The morphogenesis of constitutionalism. In: THE TWILIGHT OF CONSTITUTIONALISM? New York: Oxford University Press, 2010. p. 309-326.
- ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, [s. l.], v. 5, n. 2, p. 141-149, 2013. Disponível em: <<https://doi.org/10.4013/rechtd.2013.52.06>>. Acesso em 16.09.2020.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. Ed.ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. Observação Luhmanniana. *In: CONSTITUIÇÃO, SISTEMAS SOCIAIS E HERMENÊUTICA: ANUÁRIO DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNISINOS*. São Leopoldo: Editora Karywa, 2019. p. 395.

ROCHA, Leonel Severo. Tempo, Direito e Constituição. *In: GERMANO SCHWARTZ, JIŘÍ PŘIBÁŇ, Leonel Severo Rocha (org.). Sociologia Sistêmico-Autopoietica das Constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Direito das Lutas**. 1ªed. São Paulo: Liber Ars, 2019.

SCHWARTZ, Germano. **As constituições estão mortas? Momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SCHWARTZ, Germano. Duas visões sobre autopoiese e constituições. *In: GERMANO SCHWARTZ, JIŘÍ PŘIBÁŇ, Leonel Severo Rocha (org.). Sociologia Sistêmico-Autopoietica das Constituições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

TEUBNER, Gunther. Autoconstituição de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (Corporate Codes of Conduct) privados e estatais. *In: (ORGANIZADOR), Germano Schwartz (org.). Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TEUBNER, Gunther. Constitucionalismo Social: Nove Variações Sobre o Tema Proposto por David Sciulli. *In: TEORIAS CONTEMPORÂNEAS DO DIREITO: O DIREITO E AS INCERTEZAS NORMATIVAS*. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2016.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. 2ªed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020a.

TEUBNER, Gunther. **Jurisprudência sociológica: perspectivas teóricas e aplicações dogmáticas**. São Paulo: Somos Educação, 2020b.

THORNHILL, Chris. Niklas Luhmann and the sociology of the constitution. **Journal of Classical Sociology**, [s. l.], v. 10, n. 4, p. 315-337, 2010. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/1468795X10385181>>. Acesso em 12.01.2021.

O meio ambiente no contexto global da fragmentação do direito

*Tibério Bassi de Melo*¹

Introdução

O presente artigo foi apresentado na disciplina de sistemas sociais e direito. A partir da teoria dos sistemas de Luhmann, buscando observar o fenômeno da fragmentação constitucional articulada por Gunther Teubner. A pesquisa foi bibliográfica e buscou responder a questão relativa às garantias de direitos fundamentais, principalmente os decorrentes do meio ambiente, que vêm sendo violados por decisões de organismos internacionais, a partir de normas de suas constituições parciais.

O artigo foi dividido em três partes. A primeira se buscou observar o contexto da fragmentação constitucional e os efeitos da globalização. No segundo, se observou algumas questões ambientais e de preponderância do sistema econômico, que possui uma comunicação global, em um sistema único que opera por meio de expectativas cognitivas. Finalmente, na terceira parte, se buscou observar respostas, considerando o transconstitucionalismo de Marcelo Neves, que propõe pontes de transições, e o direito das colisões articulado por Gunther Teubner.

Foi abordado também, o conceito de “Democracia Econômica” de Ladislau Dowbor, que ingressa na questão das próprias decisões de organismo internacionais, com base em normas constitucionais próprias de seu sistema. Da falta de legitimidade e da necessidade de se buscar processos políticos que legitimem decisões entre colisões constitucionais.

¹ Mestre e doutorando do PPGD/UNISINOS.

Observou-se a questão pontual de justiça ambiental, em função de trocas desiguais e externalidades negativas, da mais valia ambiental, sustentada pelo sistema econômico e normas de sua constituição parcial. Essas sob o primado da preponderância do livre comércio, independentemente das violações dos direitos fundamentais garantidos pelas constituições nacionais.

1. Fragmentação e transconstitucionalismo

O mercado internacional sempre ocorreu, desde o mercantilismo (entre os séculos XV e XVIII). Entretanto, não podemos confundir e afirmar que a globalização não é algo novo, considerando o mercantilismo. A diferença é muito grande. No mercantilismo, havia negócio de compra e venda entre os países. Não havia a movimentação financeira em busca de investimentos em outros países. Não havia multinacionais, presentes em quase todo o mundo, como a Coca Cola, a Toyota, a Samsung e tantas outras. Ou seja, no mercantilismo os países negociavam mercadorias uns com os outros, dependendo da escassez e do excedente que possuíam. Com a globalização, houve a financeirização global. A tomada de parte de outros mercados, por empresas internacionais, tomando parte das economias dos outros países para si. A disputa do livre mercado ultrapassou as fronteiras políticas, sendo que as empresas multinacionais passaram a ter liberdade de se instalar em qualquer lugar do globo, considerando suas vantagens comparativas. Podemos dizer, que a globalização é a evolução ou aprofundamento do mercantilismo.

O sistema do direito, da mesma forma, sofreu uma mundialização. A partir do fim da segunda grande guerra, os países entenderam por bem, considerando as atrocidades realizadas pelos nazistas, de estabelecer regras mínimas civilizacionais, que passaram a ter caráter global. Então, os Direitos Humanos de 1948, pretenderam estabelecer esse marco

civilizacional. Mas a fase mais desenvolvida da globalização, somente ocorreu com o fim da guerra fria, com a fim da URSS e do emblemático muro divisório de Berlin, em 1989. Daquele momento em diante, o sistema econômico capitalista consagrou-se vitorioso e sem nenhuma rivalidade, podendo expandir sua lógica, pelo resto do mundo.

As desregulamentações promovidas pelos governos Reagan e Margareth Tatecher, foram determinantes na financeirização, na liberdade do trânsito de capitais, de mercadorias e de empresas pelo mundo.

Nesse contexto, vários atores mundiais, de caráter institucional, mas de ação especializada, passaram a estabelecer normas específicas no âmbito de suas competências, como a OMC (Organização Mundial do Comércio), e o ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) por exemplo, com poder sancionatório. Grandes conglomerados multinacionais, que possuem suas regras próprias de atuação, independentemente do Estado em que mantém suas unidades.

Esse movimento fez com que os Estados perdessem seu protagonismo exclusivo da construção de sistema próprios de direito, uma vez que outros atores institucionais passaram a constituir normas, e impô-las por meio de contratos particulares, aumentando a complexidade do sistema. Isso determinou a fragmentação mais profunda do direito e a estruturação de uma série de constituições sociais particulares e privadas, conforme preceitua Gunther Teubner², uma vez que, segundo ele, a fragmentação iniciou antes da globalização, com a própria divisão dos Estados.

O Estado do bem-estar, como uma espécie de resposta e promessa ao sistema capitalista utilitarista, vem sofrendo deteriorações, à medida em

² TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Coordenação de Marcelo Neves. [et. al]. São Paulo: Saraiva, 2016.

que a globalização neoliberal passou a exigir maior eficiência do sistema econômico. Nesse sentido, leciona Marcelo Neves³:

No presente contexto não se trata de discutir o modelo prescritivo, neoliberal da globalização, segundo o qual se recomenda, em nome da eficiência econômica, o desmonte dos mecanismos do Estado do bem-estar, mas sim de indagar-se, como e até que ponto o processo real de expansão hipertrófica do código econômico em detrimento da autonomia dos sistemas políticos e jurídico pode consolidar-se ou ser controlado.

Nesse passo, Marcelo Neves segue enfatizando que nos países periféricos, considerando a desigualdade existente e o atraso da constitucionalização dos Direitos Fundamentais, essa situação se aprofunda.

Por outro lado, do ponto de vista do sistema do direito, a maior função do direito, que é estabelecer expectativas normativas, em face dessa abertura e complexidade, de uma tal ordem, perdeu parte de sua função. Da mesma forma que o sistema democrático tem sua legitimidade reduzida, considerando que as decisões políticas, que serão transformadas em normas, passam a ter atores de fora do sistema social, que definem suas constituições sociais parciais, a partir de especificidades e interesses próprios.

Em uma comunicação em sistemas sociais diferenciados, que possuem a mesma hierarquia dentro do mesmo sistema social, as comunicações entre direito, política e econômica, por meio de acoplamentos estruturais, vão criando expectativas cognitivas e normativas compatíveis entre si.

No entanto, quando se apresentam, a partir de um ambiente global, constituições parciais sociais, não decorrentes de Estados Nações, mas de

³ NEVES, Marcelo. A Constituição Simbólica. 3ª ed. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2011, p.192.

organismos institucionais, privados e públicos, os acoplamentos estruturais não ocorrem, promovendo choque de sistemas. Isto porque, encontram-se em ambientes distintos. Enquanto constituições sociais parciais encontram-se em um ambiente global e específico, as constituições dos Estados Nacionais estão ligadas a um território e a um sistema político próprio.

Do ponto de vista da legitimidade democrática, órgãos internacionais multilaterais, como a ONU (Organização das Nações Unidas), em virtude de tratados internacionais firmados pelos Estados Nação, há um acoplamento entre ambos os sistemas. Considerando a porta de comunicação estabelecida e previamente autorizada, pelo art.5º, §2º da CF. Mas sistemas sociais parciais diferenciados, não possuem nem uma legitimidade política no âmbito no qual pretendem ter eficácia, somente interesses específicos determinados, sem respaldo político.

Mas o fato que não pode ser desconsiderado, e que parece que o sistema tradicional do Direito não quer admitir, é de que a dinâmica da sociedade global é outra, principalmente pela intensidade da comunicação e da globalização, conforme esclarece Teubner:

[...] a tendência do constitucionalismo liberal atualmente pode ser considerada desacreditada por ignorar constitucionalmente âmbitos sociais parciais. Ainda mais desacreditado está a tendência do contramodelo totalitário, por estender a contínua pretensão reguladora do Estado a todos os setores da sociedade.
[..]

Essas constituições sociais parciais, possuem uma diferenciação funcional própria, como também disputam espaço com as constituições dos Estados Nacionais. É uma tendência da mundialização, que sem um sistema do direito global, vai criando subsistemas parciais ou com função

diferenciada, que possuem um âmbito global, ao contrário das constituições nacionais.

De acordo com Marcelo Neves⁴, a ponta de lança da origem desses subsistemas globais parciais, foi o sistema econômico. O sistema econômico possui uma adaptação mais rápida e fluida, porque opera por meio de expectativas cognitivas, que independem de outros subsistemas. Ou seja, enquanto os conflitos sociais são filtrados pelo sistema político a fim de constituírem expectativas normativas pelo sistema do direito, o sistema econômico opera sem a necessidade de qualquer filtro, a partir da ideia do livre mercado.

Além disso, sua comunicação e sua lógica são as mesmas em todo o mundo, enquanto o do direito é fragmentado. O sistema político e do direito, apenas colocam balizas no livre mercado e regras para que os contratos sejam cumpridos, a fim de garanti-los. Mas isso não integra o sistema econômico que opera na lógica lucro/prejuízo em qualquer lugar do mundo. E, com a globalização, deixou de estar preso a um território. Entretanto, como Teubner⁵ critica:

[...] Por seu turno, as teorias econômicas apostam, com razão, na autonomia da constituição parcial econômica. No entanto, perdem sua credibilidade ao focar exclusivamente na racionalidade parcial do econômico, rechaçando todas as outras racionalidades parciais como irracionais e apostando na integração da sociedade como um todo via mecanismos de mercado e concorrência. [...]

Trata-se da preponderância da comunicação do sistema econômico sobre os demais sistemas sociais. Um sistema que coloca os interesses do

⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Biblioteca WMF, 2009.

⁵ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Coordenação de Marcelo Neves. [et. al]. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 81.

mercado acima dos interesses da sociedade e sem qualquer participação democrática em suas decisões, ainda que elas atinjam, direta ou indiretamente a vida de toda a sociedade. Quanto à constituição social econômica, ela está fundada na *lex mercatória*, ou seja, em práticas reiteradas e consuetudinárias, e na defesa do livre mercado e da livre concorrência.

Nesse passo, Marcelo Neves⁶ também defende a hipertrofia do sistema econômico sobre os demais sistemas sociais, no processo de globalização:

A sociedade mundial, apesar da ampla diferenciação, pluralidade e fragmentação, ainda é orientada primeiramente pela economia. A novidade da globalização econômica encontra-se antes na tendência a uma expansão hipertrófica do código econômico, em detrimento da autonomia constitucionalmente fundada do direito e da política.

Isso não quer dizer, por outro lado, que o sistema econômico não seja importante. Evidentemente, é claro que é. O que se critica é que, em nome dele ou de seus objetivos, as pessoas sejam objetivadas, os direitos sejam desrespeitados, e as decisões democráticas sejam afastadas ou sequer consideradas. O sistema econômico é importantíssimo, mas ele deve ser o meio e não o fim em si da sociedade humana global.

No entanto, como já referido, em várias oportunidades, não só direitos garantidos internamente, pelas normas dos Estados, mas Direitos Fundamentais, que têm caráter internacional, uma vez que são Direitos Humanos positivados, vêm sendo violados, assim como colocados em grau de inferioridade a interesses privados, de outros Estados ou de conglomerados multinacionais. Nesse sentido, várias decisões da OMC, com efeito vinculativo às partes, como foram os casos da TUNA DOLPHIN

⁶ NEVES, Marcelo. A Constituição Simbólica. 3ª ed. São Paulo: Editora WWF Martins Fontes, 2011, p. 193.

– MÉXICO X EUA. – 1994⁷; CASO BIOTECH: EUA, CANADÁ e ARGENTINA X COMUNIDADE EUROPEIA – 2006⁸.

Além disso, os desastres de Mariana e Brumadinho, além de tantos outros já ocorridos no Brasil, por empresas multinacionais, como o caso Shell/Basf, são emblemáticos das inúmeras vezes nas quais, principalmente na área da mineração, violam Direitos Fundamentais.

Diante disso, Teubner⁹ lança as seguintes questões:

[..] Como surgiria então a validade jurídica dessas normas sociais? Em nosso contexto de constitucionalização do regime global de direito privado, a questão da validade jurídica se coloca, portanto, em duas dimensões distintas: (1).

⁷ Os EUA definiram que a pesca do atum deveria evitar a morte de golfinhos. Caso os atuns pescados decorressem fossem capturados de forma predatória e com morte dos golfinhos, os EUA por meio da MMPA (*Marine Mammal Protection Act*), poderiam proibir a importação do atum, pelo país pesqueiro, ou por país que aceitasse a prática e, posteriormente, fizesse a exportação aos EUA, sendo que em 1994 houve o embargo econômico contra o México, com base no MMPA, sendo que após levado à OMC, perante seu OSC, foi decidido que os argumentos Norte-Americanos não eram procedentes, porque, se assim fosse, todos os países poderiam passar a impor, unilateralmente, restrições ou proibições às importações com base nas diferenças entre suas regras ambientais, sociais, sanitárias, abrindo-se a porta para o protecionismo e culminando na destruição dos fundamentos de um sistema multilateral, de segurança e previsibilidade.

⁸ Em 23 de maio de 2003, os EUA e o Canadá solicitaram consulta perante à OMC em função de medidas da CE no sentido de estar impedindo o livre comércio de Organismos Geneticamente Modificados – OGM – em seu território. Sem um acordo o caso foi encaminhado ao Órgão de Solução de Controvérsias, para cujo painel decisório solicitaram a participação dentre tantos países, o Brasil.

As reclamações partiram do fato de que a CE teria implantado uma moratória de fato à aprovação a novos OGM a partir de 1998, impedindo, assim, que novos produtos biotecnológicos pudessem ser comercializados na CE. Os reclamantes argumentaram que a moratória de fato se caracterizava como uma medida fitosanitária disfarçada.

A CE, por sua vez, alegou que a questão envolvendo OGM não poderia ser decidida somente em face às normas da OMC, sendo mais complexa e devendo observar as normas contidas na Convenção de Cartagena sobre biossegurança e na Convenção sobre Diversidade biológica e que a CE, assim como outros países, estavam adotando medidas que visassem a segurança alimentar e dos impactos ambientais e sanitários dos OGM, com base no princípio da precaução.

O OSC da OMC entendeu que a Convenção de Viena sobre tratados internacionais é aplicável à interpretação das normas da OMC, mas somente aos significados das palavras e de que o princípio da precaução seria vago e que não poderia se concluir que ele é uma norma consuetudinária no âmbito do direito internacional.

O OSC da OMC concluiu que a CE infringiu as normas sanitárias e fitosanitárias, utilizando-as como barreiras à circulação de OGM por meio de uma moratória de fato, acolhendo a reclamação dos EUA e do CANADÁ, para o fim de determinar a CE que passasse a promover os processos de análise dos OGM, podendo impor critérios de viabilidade de riscos, mas que isso não importasse em atrasos injustificados nas conclusões finais, o que demonstra uma sinalização de maior preocupação com os riscos ambientais e uma conscientização que vivemos em uma sociedade de risco, mas o que não é suficiente e determinante para a mudança de paradigma de uma sociedade economicista para uma sociedade humana e sustentável.

⁹ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Coordenação de Marcelo Neves. [et. al]. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 227.

Como se chegaria através dos catálogos de direitos fundamentais dos Estados nacionais e através da positivação de direitos humanos em acordos internacionais à validade dos direitos fundamentais nos regimes transnacionais – sejam eles públicos, híbridos ou privados. (2) Direitos fundamentais valeriam dentro desses regimes também contra atores privados, em outras palavras, existiria eficácia em relação a terceiros ou eficácia horizontal de direitos fundamentais transnacionais? [..]

Buscando respostas em Ladeur e Vellechner, sobre essas questões, Teubner esclarece que eles são céticos em relação ao surgimento espontâneo de normas transnacionais, nesse sentido, tanto decorrente de sua internalização no âmbito internacionais. Observa, por outro lado, a possibilidade de ampliação dos Direitos Fundamentais garantidos pelos Estados Nacionais, no âmbito do direito privado.

Muito embora a DUDH (Declaração Universal dos Direitos Humanos) tenha sido firmada por quase todos os países, referidas normas têm caráter de *soft law*, ao contrário de instituições como a OMC, o FMI (Fundo Monetário Internacional) e Banco Mundial.

De acordo com Teubner¹⁰, “A sofisticada concepção “pluralismo constitucional cosmopolita” também postula uma validade transnacional dos princípios gerais constitucionais;” mas sem uma resposta de quais justificariam sua positivação. Isto é, mesmo que seja considerada uma expansão dos direitos fundamentais nacionais positivados, quais e de que forma, considerando seu relativismo global, estariam aptos e legitimados a sofrerem uma expansão para além de suas fronteiras.

Para Ladeur e Vellechner, novamente citados por Teubner¹¹, para direitos fundamentais terem eficácia a nível transnacional, prescindiriam

¹⁰ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Coordenação de Marcelo Neves. [et. al]. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 230.

¹¹ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Coordenação de Marcelo Neves. [et. al]. São Paulo: Saraiva, 2016, 227.

de sua institucionalização, para assegurar suas expectativas normativas à nível mundial.

Entretanto, como o mesmo Teubner¹² afirma, as decisões da OMC, as decisões arbitrais da ICANN e outros órgãos transnacionais, que reconhecem direitos fundamentais, têm eficácia vinculativa a seus integrantes.

Segundo ele e com base na *State action Doctrine*, atores privados somente estariam autorizados a violar direitos fundamentais de terceiros, se seus atos possuem algum elemento estatal ou porque eles exercem função pública. Segundo Teubner¹³:

A questão dos direitos humanos em sentido estrito tem que ser compreendida hoje como ameaça à integridade psicofísica dos seres humanos singulares causada por inúmeros processos comunicativos, hoje globalizados anônimos e autônomos. A fragmentação da sociedade mundial em subsistemas autônomos não cria dessa forma apenas novos pontos fronteiros, mas também novos limites no interior da sociedade, nos quais as tendências de expansão dos subsistemas operam de maneira específica em relação a cada sistema.

Portanto, no cenário de fragmentação constitucionais globais, sociais e parciais, os direitos fundamentais, ainda que reconhecidos por meio da ONU, somente teriam eficácia se definidos e institucionalizados por meio de uma comunicação sistêmica também global. Sua eficácia, no entanto, ocorre por meio de processos individuais, assim como seu eventual afastamento só se justificaria se tiver caráter público.

¹² TEUBNER, Gunther. *Fragments constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Coordenação de Marcelo Neves. [et. al]. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 234.

¹³ TEUBNER, Gunther. *Fragments constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Coordenação de Marcelo Neves. [et. al]. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 259.

2. Ecossistemas globais fragmentados.

Não temos a menor dúvida de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, ainda que fora do catálogo do título II da CF/88, que trata dos direitos e garantias fundamentais, é um direito fundamental, em virtude da decorrência e ligação necessária com o direito à vida e à saúde.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴, a Dignidade da Pessoa Humana, Princípio Fundamental da República Federativa do Brasil, inscrito no art.1.º, III da Carta Constitucional, depende diretamente, da eficácia dos direitos fundamentais.

Os danos ambientais, conforme assevera Ulrich Beck¹⁵, deixaram de ser locais para ser globais, em uma sociedade de risco. O próprio SARS CoV-2, vírus responsável pela COVID-19, de acordo com algumas investigações¹⁶, é decorrente da fragmentação dos habitats de espécies de animais silvestres. Em função disso, passaram a ter maior contato com os seres humanos, fazendo com que a transmissão de um vírus, que anteriormente se transmitia somente entre animais, passasse a infectar seres humanos também.

De acordo com dados da BBC¹⁷: “No início deste mês, a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) previu que a pandemia poderia custar à economia global até US\$ 2 trilhões neste

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* 10. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹⁵ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

¹⁶ O próprio PNUMA- Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente - reconhece que esse tipo de pandemia, é decorrente de um desequilíbrio ambiental, causado pela ação humana: [...] As doenças transmitidas de animais para seres humanos estão em ascensão e pioram à medida que habitats selvagens são destruídos pela atividade humana. Cientistas sugerem que habitats degradados podem incitar e diversificar doenças, já que os patógenos se espalham facilmente para rebanhos e seres humanos. A Organização Mundial da Saúde (OMS) relata que um animal é a provável fonte de transmissão do coronavírus de 2019, que infectou milhares de pessoas em todo o mundo e pressionou a economia global. [...]. in: <https://nacoesunidas.org/surto-de-coronavirus-e-reflexo-da-degradacao-ambiental-afirma-pnuma/>. Visitado em 14.02.21.

¹⁷ <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52002332>. Visitado em 14.02.21.

ano (cerca de R\$ 10 trilhões)”. E que a economia global vai levar anos para se recuperar, sendo que o Brasil poderá perder até 4,4% do PIB, ou aproximadamente 140 bilhões de dólares, só em 2020.

Muito embora com todo esse impacto, muitas empresas, como as ligadas a rede de computadores, e a novos aplicativos de comunicação, como a ZOOM, tiveram um enorme incremento financeiro: “Lucro do Zoom dispara mais de 1.000% no 1º tri e vai a US\$ 27 milhões com aumento de usuários em meio à pandemia. A receita da empresa, por sua vez, saltou 169%, para US\$ 328,2 milhões, contra US\$ 122 milhões no mesmo período de 2019”¹⁸. Isto demonstra, à toda evidência, que mesmo nas piores situações humanitárias da civilização humana, os riscos de desastres ambientais não são democráticos, para usar uma expressão de Beck, relativo à poluição, em sentido contrário.

Na esteira da sociedade de risco, o utilitarismo economicista é autofágico e contribui, decisivamente, para o aprofundamento das desigualdades sociais, fazendo com que o sistema econômico, seja um fim para muitos e um meio para poucos. É o que Beck chama de “irresponsabilidade organizada”.

Outro conceito de Beck, que muito bem evidencia os efeitos da sociedade de risco, bem como da dimensão global dos riscos ambientais é o que ele chama de “efeito bumerangue”, relativamente ao retorno dos danos àqueles mesmos que os geraram. Os danos não são mais locais e somente sobre uma determinada classe de trabalhadores, que estavam obrigados a se expor aos riscos das máquinas, mas ele atinge a todos, indistintamente.

¹⁸ <https://www.infomoney.com.br/mercados/lucro-do-zoom-dispara-mais-de-1-000-no-1o-tri-e-vai-a-us-27-milhoes-com-aumento-de-usuario-em-meio-a-pandemia/>. Visitado em 14.02.21.

A COVID é um exemplo claríssimo dessa situação, na qual os efeitos da pandemia atingem a todos, mas os trabalhadores, que não podem ficar em casa isolados, são obrigados a se expor muito mais, não só no trabalho, mas em transportes públicos lotados.

Além disso, a crise civilizacional passa por outras tantas crises e que são globais, como o lixo plástico, que já atinge os oceanos, fazendo com que até o sal marinho tenha micropartículas de plástico; a crise urbana com sua falta de saneamento, vetores de doenças e riscos habitacionais; depleção da camada de ozônio; e, talvez a maior delas, o efeito estufa, ou os efeitos deletérios das mudanças climáticas.

Nesse sentido, conforme esclarece Capra¹⁹, mudanças diminutas no estado inicial de um sistema, levaram, ao longo do tempo, a consequências em grande escala. Na teoria do caos, isso é conhecido como “efeito borboleta”, que foi descoberto no começo da década de 60 pelo meteorologista Edward Lorenz, que constatou que as soluções das suas equações eram extremamente sensíveis às condições iniciais.

As alterações sobre o planeta são tão profundas, que Edgar Morin²⁰ denominou da “era de ferro planetária”, no sentido de que a ciência e a técnica, transformaram o homem no dono do mundo, como se tivesse condições de dominar todos os processos químico/físico existentes na natureza.

Essas alterações também fizeram com que se considerasse que as mudanças sobre o planeta foram tão profundas, que, inclusive, a humanidade determinou o início de uma nova era geológica, o

¹⁹ CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida: uma nova compreensão dos sistemas vivos*. tradução Newton Roberval Bichemberg. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 115.

²⁰ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte Kern. *Terra Pátria*. tradução por Paulo Azevedo Neves da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2003.

“Antropoceno”²¹. Referido contexto, apenas demonstra que não podemos resolver crises ambientais sozinhos. Elas são globais e Nosso Futuro é Comum.

Por mais que uma país busque a sustentabilidade e uma economia de baixo carbono, se todos os demais países seguirem mantendo seu modo de produção baseado em energias fósseis, ainda assim ele sofrerá as consequências das mudanças climáticas.

Não obstante, a demanda por alimentos, principalmente pelo crescimento econômico chinês, pressiona desmatamentos no Brasil e nos demais países de produção agrícola. A fronteira agrícola, por sua vez, cada vez mais tecnificada, inclusive com máquinas autônomas e drones, pressiona cada vez mais a urbanização. Essa urbanização pressiona por mobilidade urbana, gerando GEE (Gases de Efeito Estufa), por moradia e por terra urbana, que amplia a produção irregular do solo urbano, com falta de saneamento, poluindo rios e a água subterrânea. É um ciclo inseparável, que não podem ser observados de forma isolada.

Isso quer dizer, que não é só o fato das mudanças climáticas terem consequências globais, que problemas locais não sejam decorrente de fatores econômicos gerados em outros países. Um deles, menos falado, talvez por questões ideológicas de cunho preconceituoso, são as trocas desiguais ou a mais valia ambiental.

O conceito de mais valia foi desenvolvido por Karl Marx, decorrente da evolução da teoria do custo, ou valor de uso, pelo da teoria da utilidade marginal, que determina uma diferença entre o valor de uso, que é

²¹ A definição de Antropoceno tem muitas implicações para além das Geociências. A primeira e mais importante discussão é se estamos ou não numa era (ou período) geológica(o) distinta. Ao elevar as mudanças em escala global para uma escala planetária, as alterações humanas passam a um novo patamar, onde estão envolvidos fenômenos planetários como a tectônica global, impactos de meteoros, mudanças nos organismos vivos, etc. (LEWIS; MASLIN, 2015). In: <http://clima.com.mudancasclimaticas.net.br/uma-breve-historia-do-tempo-geologico-a-questao-do-antropoceno/>. Visitado em 15.02.2021.

utilizado para formar o salário dos empregados, e o valor de troca, que depende não só do custo, mas da demanda em face à utilidade do produto. A diferença do valor de custo e do valor de troca, de acordo com Marx, seria do produto produzido pelos empregados, mas que o empregador não repassa aos empregados, a mais valia. Ou seja, dentro do custo, já estaria calculada a margem de lucro da indústria. No entanto, esse valor é elevado por questões de utilidade marginal do mercado, mas que não é repassada ao empregado, como sendo um “*plus*” nos rendimentos da indústria.

Os recursos naturais não são considerados na formação do preço dos produtos, a não ser seu custo de extração e exploração. Além disso, os recursos naturais possuem uma propriedade difusa, sob a gestão do Estado. Entretanto, logo que extraídos, pelo direito de lavra concedido às mineradoras, ele passa a ser uma propriedade privada, que usa energia e emite GEE para produzi-los. Ou seja, há uma evidente privatização dos lucros e uma socialização dos prejuízos ambientais gerados pela cadeia de produção. E essa situação é global, considerando que, hoje em dia, os bens são produzidos em um país, onde o custo é menor, e vendido para todos os mercados globais.

Isto poderia determinar que um país, pelo menos teoricamente, poderia ter todas suas empresas em outros países, não gerar nem um impacto ambiental no seu território, e repatriar os produtos sem qualquer custo ambiental.

Isso levaria a pensar em uma resposta ecocapitalista, de internalização do valor de troca dos recursos naturais, mas como esclarece Antônio Inácio Andrioli²²:

²² ANDRIOLI, Antônio Inácio. *A atualidade do marxismo para o debate ambiental*. in. *Revista Espaço Acadêmico*, v. 9 - n.º 98 - julho de 2009.

[..] Não descartamos a hipótese de que através de “punições financeiras dos causadores de destruição ambiental” seja possível conquistar melhorias no ecossistema. Mas, se isso for realizado através de mecanismos de mercado, os consumidores serão taxados e a contribuição à preservação ambiental será pequena, pois não é possível mensurar a destruição ambiental com um preço monetário. O problema, entre outros, consiste, exatamente, em considerar a natureza e os recursos naturais como mercadorias em potencial. [..]

Há uma clara apropriação privada de bens que são difusos que, a princípio, não têm valor de uso, pelos mais variados valores de troca, mas que não são socializados, considerando que, para a economia liberal, os recursos naturais não possuem valor intrínseco, em si.

Esse contexto também exige, por outro lado, uma alteração de foco. O que podemos entender como racional a nível local, de investimentos e geração de desenvolvimento, pode ser irracional a nível global, considerando seus efeitos climáticos deletérios. De um ponto de vista mais global, teríamos que substituir nossas lentes, a fim de superar a visão mecanicista e analítica, por uma observação sistêmica e holística, a partir da qual o todo é maior que a soma de suas partes, conforme preceitua Capra²³.

Por outro lado, não são só as trocas desiguais, que desconsideram a mais valia ambiental, mas também o percurso que os produtos têm que percorrer para chegar ao consumidor, principalmente após o advento do e-commerce, ampliado em tempos de COVID. Uma tendência já denomina “locavorismo”, principalmente sobre alimentos, que não devem percorrer muitas distâncias para chegar até ao consumidor final, não só pela perda de suas propriedades, mas também pela redução de GEE, decorrente do transporte.

²³ CAPRA, Fritjof: *A Teia da Vida: uma nova compreensão dos sistemas vivos*. tradução Newton Roberval Bichemberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

Nesse passo, a “Justiça Ambiental”, considerando as trocas desiguais e a mais valia ambiental, de bens que são produzidos em um País e levados a outros, simplesmente deixando a degradação ambiental para trás ou qualquer discriminação nesse sentido. Como também foi o caso da expressão “racismo ambiental”²⁴ criada na Carolina do Norte, nos EUA, em 1982, em movimentos civis por direito à moradia. Uma vez que, mesmo que aleatoriamente, as decisões por disposição final de resíduos, quase sempre eram destinados aos bairros pobres e de moradores de cor.

Da mesma forma o famoso “Memorando Summers” por meio do qual Lawrence Summers, então economista chefe do Banco Mundial, encaminhou um memorando interno, que posteriormente veio à público, estabelecendo três razões para que os países pobres fossem o destino de indústrias poluentes, com um viés extremamente utilitarista, xenófoba e preconceituosa:

- 1) O meio ambiente seria uma preocupação “estética” típica apenas dos bem de vida;
- 2) os mais pobres, em sua maioria, não vivem mesmo o tempo necessário para sofrer os efeitos da poluição ambiental;
- 3) pela “lógica” econômica, pode-se considerar que as mortes em países pobres têm um custo mais baixo do que nos países ricos, pois seus moradores recebem salários mais baixos.²⁵

Será que o senhor mercado tem condições de resolver esses problemas sociais? Será que os Estados Nacionais, fragilizados com a crise da democracia liberal, da globalização e do movimento neoliberal, têm condições de estabelecer critérios e exigí-los de atores internacionais que possuem suas próprias constituições sociais parciais?

²⁴ Foi a partir desta pesquisa que o reverendo Benjamin Chavis cunhou a expressão “racismo ambiental” para designar “a imposição desproporcional - intencional ou não - de rejeitos perigosos às comunidades de cor.

²⁵ HENRI, Acelrad; MELLO, Cecília Campelo do A.; BEZERRA, Gustavo das Neves. *O que é Justiça Ambiental*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 7.

Do ponto de vista sistêmico, temos que considerar que a desregulamentação do sistema econômico, proposta pelos liberais ou neoliberais, é, justamente, o afastamento de normas legais, que determinam limites ao livre mercado. Essa desregulamentação, como já assistimos, foi a causa da crise do *subprime* de 2008.

Além disso, toda a comunidade global aceita que existam paraísos fiscais, nos quais, sequer a tributação dos Estados Nacionais, onde o capital tem origem, tenham acesso. Isso faz com que, grandes conglomerados internacionais, participem apenas do lado bom da econômica global, os lucros e dividendos, sem qualquer ônus, nem ambiental, tampouco fiscal.

De acordo com Ladislau Dowbor²⁶, a humanidade produz bens suficientes para manter toda a população mundial. Entretanto, 10 a 11 milhões de crianças ainda morrem de fome todo o ano, enquanto trilhões de dólares foram gastos para salvar o sistema financeiro da crise de 2008.

Dowbor²⁷ traz uma lição de Celso Furtado, que ainda é muito pertinente nos dias atuais: “Talvez um dos traços mais importantes de Celso Furtado, em termos de herança teórica que nos deixa, é esta recusa de foçar a realidade para dentro de teorias preconcebidas.”

Por fim, neste tópico, uma última citação de Dowbor, agora não relativa à economia, mas ao esgotamento dos recursos:

As dinâmicas atuais sobrevivem temporariamente apoiando-se numa matriz energética que sabemos ser insustentável. A pequena espaçonave terra veio com tanques de combustível, o petróleo, que se acumularam durante milhões de anos, em que teremos liquidado em menos de duzentos. Enquanto discutimos sobre se e quando acaba o petróleo fácil, achamos normal mobilizáramos um carro de duas toneladas para levar o nosso corpo de 70

²⁶ DOWBOR, Ladislau. *Democracia Econômica: alternativas de gestão social*. 2.ed. atualizada, Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

²⁷ DOWBOR, Ladislau. *Democracia Econômica: alternativas de gestão social*. 2.ed. atualizada, Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 26.

quilos. O *homo economicus* do século XXI joga nas nossas cidades modernas cerca de um quilo de produtos no lixo por dia, e ainda paga por sua remoção. Não nos damos conta do desperdício. Todos sabemos que vivemos um sistema insustentável a prazo, conhecemos a dimensão dos impasses, e apenas esperamos que apareçam tecnologias milagrosas que abram novos caminhos na última hora. E que alternativa resta ao cidadão? Se não tiver carro, nas dinâmicas ditas modernas, como sobreviver? E alguém vai eleger um político que assume que vai aumentar o preço dos combustíveis? Esta lógica vale também para as reservas de água doce, e vida nos mares e assim por diante.

Todas essas questões, que caracterizam muito bem a sociedade de risco preconizada por Beck²⁸, que passou a distribuir muito mais riscos que renda, decorrem de um contexto global, que demandam uma resposta global. Tratados internacionais, como o de Kyoto, que não foi respeitado, serão suficientes para resolvê-los? A sociedade global, cujas decisões preponderantes do sistema econômico, nos trouxe até aqui e é responsável, segundo Thomas Piketty²⁹, pelas desigualdades econômicas e sociais, poderá solucionar esses problemas? O sistema do direito fragmentado e a crise da democracia liberal, assim como a perda de poder dos Estados nacionais, serão os protagonistas, principalmente no que diz respeito a Direitos Humanos e Fundamentais?

3. Pontes de conexões em meio às fragmentações

A liberdade econômica, sem uma regulação do sistema do direito, e legitimidade do sistema político, é, evidentemente antidemocrática e autoritária. Pois suas decisões determinam a vida de todos nós, sem qualquer autorização ou legitimidade para isso.

²⁸ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

²⁹ PICKTTY, Thomas. *O Capital no século XXI*. Tradução Mônica Baungarten de Bolle. 1.ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

Enquanto operar dessa forma, o sistema econômico estará servindo a poucos e como um fim em si mesmo, assim como sem limites que o impeçam de violar direitos fundamentais e humanos. O sistema econômico como meio, deve observar as normas jurídicas, principalmente relativas aos direitos fundamentais, a fim de serem garantidas a Justiça Social e a Justiça Ambiental.

Porém, considerando que os riscos ambientais passaram a ter uma dimensão global, normas jurídicas dos Estados nacionais, não têm competência para se impor em função de eventuais externalidades negativas causadas em outro lugar. Além disso, do ponto de vista do sistema do direito, como já referido, paralelamente aos tratados internacionais, e em função da globalização, foram sendo criados organismos especializados, que possuem suas constituições parciais próprias.

Para Marcelo Neves³⁰ há sistemas parciais de direito, que dependendo da situação posta, às vezes estão na situação central, em outras na periferia. O fundamental, segundo ele, não é a estruturação de constituições específicas, mas no entrelaçamento das constituições dos Estados nacionais, em relação ao Direito que está em disputa ou violado em ambas ou mais constituições. Conflitos sobre direitos fundamentais podem surgir em diferentes âmbitos sociais, desde o local até o internacional, supranacional ou transnacional, como refere Marcelo Neves. “No que diz respeito às ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito, que envolvem sobretudo atores privados quase públicos, é indiscutível que questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos surgem perante eles.”³¹

³⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Biblioteca WMF. 2009.

³¹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Biblioteca WMF. 2009, p. 121.

Uma questão primordial que Marcelo Neves³² estabelece, é a de que em um sistema *unitas multiplex*, a hierarquia monista do tipo kelsiana, levaria a um “constitucionalismo autista”. Mas que buscam resolver o mesmo problema global colidente. Somente por meio de acoplamentos estruturais, ainda que eventuais e pontuais, em meio à fragmentação de um direito que se desenvolve em direção à mundialização, é que se pode buscar soluções transconstitucionais.

Essas soluções determinam um entrelaçamento de ordens constitucionais, que ao mesmo tempo em que vão aprendendo, por meio de acoplamentos específicos, também vão estabelecendo um fechamento do sistema, que pode resultar em novas normas. Referidas novas normas, serão resultado desse processo específico que se desenvolve entre ordens diversas, colidentes ou parceiras. Desse modo, a abertura do sistema não viola a ordem normativa das constituições em acoplamento, cujas norma resultante desse novo acoplamento específico, somente terá efeito externo.

Marcelo Neves³³ se refere a “pontes de transição”, que seriam resultado na busca de soluções na hipótese de incompatibilidade de normas constitucionais colidentes diversas, como modelo de entrelaçamento, que servem de “racionalidade transversal” intersistêmica.

Relativamente a direitos humanos e fundamentais, Marcelo Neves³⁴ afirma que, relativamente a transterritorialização de casos comuns às diversas ordens constitucionais:

[...] a atenção que essas dão, simultaneamente, a danos ambientais, a violações dos direitos humanos ou fundamentais, a efeitos do comércio e finanças internacionais, à criminalidade transnacional, entre outras questões, faz da emergência de casos comuns um problema cotidiano que atinge o próprio

³² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Biblioteca WMF. 2009, p. 124.

³³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Biblioteca WMF. 2009, p. 128.

³⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Biblioteca WMF. 2009, p. 128.

nível reflexivo e a identidade das ordens envolvidas. O problema reside no fato de que a resposta, no centro das respectivas ordens jurídicas, deve ser dada conforme o mesmo código binário (lícito/ilícito), mas de acordo com critérios normativos originariamente diversos. [...]

Teubner³⁵, por sua vez, inicia sua busca por respostas às fragmentações constitucionais sociais globais, ressaltando a ausência de uma terceira instância jurídica, capaz de solucionar conflitos decorrentes de questões globais. Afirma que a comunicação desses sistemas constitucionais próprios, não se faz por meio da política, mas sim por meio de sistemas funcionais específicos e especializados, nos quais direitos fundamentais diferem-se claramente.

Nesse contexto de concorrência entre constituições nacionais e constituições parciais globais, ocorrem colisões de 4 tipos, conforme a observação de Teubner³⁶:

1) Normas de dois ou mais regimes jurídicos internacionais colidem em uma mesma constelação de um caso. 2) A instância jurisdicional de um regime jurídico encontra-se diante da questão, de se as normas de um outro regime devem ser aplicadas. 3) A mesma questão jurídica é levantada em diferentes instituições de solução de conflitos. 4) Diversos tribunais internacionais interpretam a mesma norma jurídica de forma diferentes.

Com o aprofundamento dos processos de globalização, como referido, o sentido de crescimento ou aparecimento de instituições, normas e constituições globais ou parciais, em direção também a uma globalização, são naturais. O fato é que, com intenção ou não, paralelamente a normas de direito internacional, construídas em tratados

³⁵ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Coordenação de Marcelo Neves. [et. al]. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 267.

³⁶ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Coordenação de Marcelo Neves. [et. al]. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 268.

internacionais, legitimamente pelos estados nacionais, passaram a sofrer concorrência de normas constituídas por organismos de caráter global, com função específica. A diferença fundamental das normas dessas instituições das normas da ONU, são que elas têm caráter vinculativo, dentro de seus âmbitos de atuação.

No entanto, como ressalta Teubner³⁷: “Nesse ponto todos são da mesma opinião: ver como tarefa essencialmente própria da política assumir, se não já o controle da sociedade, pelo menos a coordenação de seus sistemas parciais – e isso para o mundo todo.”

Pois parece óbvio que assim seja, uma vez que, a legitimidade das normas, independentemente de sua origem e aplicabilidade, exige que elas tenham o filtro político, que não sejam determinadas por constituições parciais, que dispõem sobre interesses particulares. Do contrário, estaremos admitindo a violação de uma ordem global democrática e suas naturais consequências autoritárias, considerando que, com poucas exceções, é a forma política adotada pela maioria dos países participantes da ONU.

Referidos Estados, firmaram a DUDH de 1948 e os pactos de 1966, com raras exceções, assim como internalizaram esses direitos humanos em suas normas internas, na forma de direitos fundamentais. Nesse passo, se referidos direitos, sequer podem sofrer qualquer retrocesso no âmbito interno dos estados nacionais, como admitirmos que eles sofram violações por atores internacionais, quer de caráter público ou privado? E como não as admitir, pelo menos até o presente momento, se as normas de constituições das ordens sociais parciais e decisões de painéis institucionais, tomam determinadas medidas?

³⁷ TEUBNER, Gunther. *Fragments constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Coordenação de Marcelo Neves. [et. al]. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 270.

É exatamente o que Teubner³⁸ ressalta, considerando que se as normas constitucionais dos estados nacionais perderam sua eficácia, no antagonismo com constituições de ordens parciais, somente poderá se buscar soluções por meio do “direito de colisões” ou “*clash of civil constitutions*”. Como ele afirma, além das normas consolidadas nas constituições dos estados nacionais, sobre um plano imaginário e simbólico de um Estado de Direito, o restante, relativo a relações que envolvam instituições globais que possuam suas ordens constitucionais parciais, será colisão de direitos.

No entanto, muito embora Teubner observe o fenômeno a partir da fragmentação das constituições das ordens sociais parciais, busca respostas em “direito das colisões” ou “colisões de direitos”. E que Marcelo Neves observe por meio do transconstitucionalismo, e em “entrelaçamento” e “pontes de transição”, o fato é que Teubner postula a mesma solução propostas por Marcelo Neves, a partir de direitos já consagrados nas racionalidades estabelecidas por meio das constituições nacionais.

Teubner³⁹ ainda esclarece que a solução heterárquica dessas colisões possuem apenas duas formas: “a que busca internalizar os conflitos em si nos processos de decisão dos regimes colidentes, ou para externalizar em negociações inter regimes”.

Na internalização, a estrutura normativa de cada regime é utilizada no processo de decisão, como constituição própria. Entretanto, como ressalta Teubner, essa opção torna o sistema ainda mais fragmentado, considerando que a colisão não é desfeita, mas, simplesmente, aplicada uma norma de constituição de estados nacionais, por opção. Não há um

³⁸ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Coordenação de Marcelo Neves. [et. al]. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 271.

³⁹ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. Coordenação de Marcelo Neves. [et. al]. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 272.

acoplamento de sistema, mas sim a opção por um deles. A externalização, ao contrário, como a própria expressão deixa claro, expõe o conflito, e por meio de cooperações, cujo procedimento é fixado pelo direito.

Um último destaque é necessário, que diz respeito a um conceito pouco difundido, e que é fundamental à racionalidade da Justiça socioambiental, já referido, construído por Ladislau Dowbor, a “Democracia Econômica”.

Todos nós concordamos que um sistema democrático é aquele no qual todas as decisões, quer do sistema político ou do sistema do direito, obrigatoriamente estejam amparadas em leis que a sociedade aprovou. Qual o motivo, e quais as justificativas, para que não ocorra o mesmo com o sistema econômico, principalmente porque é ele, sem sombra de dúvidas, que determina nossas vidas, a partir de uma observação do materialismo histórico?

[..] Os desafios principais do planeta não consistem em inventar um chip mais veloz ou uma arma mais eficiente: consistem em nos dotarmos de formas de organização social que permitam ao cidadão ter impacto sobre o que realmente importa, em gerar processos de decisão mais racionais. Com a globalização, o processo se agravou. As decisões estratégicas sobre para onde caminhamos como sociedade passaram a pertencer a instâncias distantes. As reuniões dos que mandam, em Davos, lembram vagamente as reuniões de príncipes brilhantes inconscientes na Viena do século XIX. A ONU carrega uma herança surrealista, onde qualquer ilhota do pacífico com *status* de nação tem um voto. As grandes empresas transnacionais tomam decisões financeiras, fazem opções tecnológicas ou provocam dinâmicas de consumo que afetam a humanidade, sem que ninguém tenha como influenciá-las. A mão invisível do mercado está cada vez mais invisível. Democracia econômica ainda é uma noção distante. Somos cidadãos, mas a realidade nos escapa. [...] ⁴⁰

⁴⁰ DOWBOR, Ladislau. *Democracia Econômica: alternativas de gestão social*. 2.ed. atualizada, Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 18.

Não se trata de uma observação de um sistema de planejamento econômico centralizado, na forma socialista. Pelo contrário, de democratizar as decisões do sistema econômico a fim de que ele sirva a sociedade e não se sirva dela. Não podemos seguir, por mais normal que até agora isso possa parecer, que “435 famílias no mundo manejando ao seu bel-prazer recursos superiores à renda de metade mais pobre da população mundial, e levando o planeta por caminhos cada vez mais irresponsáveis”.⁴¹

Não significa, também, apenas o combate à concentração econômica. Mas processos de decisões que visem a melhor opção para o maior número de pessoas e não só de um ponto de vista local, mas global. Um exemplo claro são as reduções das emissões de GEE. Ainda hoje o Brasil não só aceita, mas incentiva empreendimentos desse tipo, como termelétricas a base de carvão. O Brasil é signatário do Convenção de Paris sobre o clima, como foi de Kyoto. Temos leis relativas às mudanças climáticas. Mas tudo isso evitou, diretamente, atividades de alto carbono? Quem decidiu? O sistema econômico pode seguir sendo livre. Porém o sistema do direito deve estabelecer critérios e limites, não só por meio de licenciamentos ambientais, mas por um processo direto de decisões políticas legítimas.

Conclusões

Os processos de globalização econômico e financeira impuseram uma maior liberdade de circulação de empresas, bens e capital entre os países. O sistema do direito, ainda preso na lógica de estados nacionais e tratados formais internacionais, assim como da inexistência de processos políticos em âmbito global, deixou um vácuo normativo e regulatório. Esse espaço

⁴¹ DOWBOR, Ladislau. *Democracia Econômica: alternativas de gestão social*. 2.ed. atualizada, Petrópolis, RJ: Vozes, 2013, p. 23.

passou a ser ocupado por organismos internacionais, tanto de caráter público, como de caráter privado.

A globalização e a fragmentação constitucional determinaram uma série de consequências, especialmente no que se refere à fragilização das normas constitucionais dos estados nacionais, a violação de direitos fundamentais, trocas desiguais e mais valia ambiental.

Nesse passo, as democracias também vêm sofrendo uma fragilização, uma vez que estão ligadas aos estados, assim como as normas constitucionais parciais, quer de grandes transnacionais, como de organismos internacionais, não possuem um filtro político que as legitime. O sistema econômico é um exemplo claro de decisões tomadas por poucas pessoas, que determinam a vida de todos nós, sem nem uma legitimidade.

Os limites ambientais, por outro lado, exigem uma resposta também global, que não se resolvem com ações fragmentadas, sendo que as mudanças climáticas são exemplo emblemático. A degradação ambiental não é democrática.

A justiça socioambiental demanda a correção desses rumos, contrária à “ditadura e do totalitarismo do mercado”. De outro flanco, a própria democracia, tanto defendida pelo ocidente, não pode naturalizar decisões de uma minoria ilegítima, imponham seu modelo particular de desenvolvimento, independentemente das externalidades negativas, em nome de uma mais valia econômica e ambiental.

Os legitimados a decidirem os rumos da sociedade é a própria sociedade, por meio de regulação sistêmica, incluindo o sistema econômico. Enquanto esses processos de legitimação política em sentido global não ocorrem, as soluções apresentadas por Marcelo Neves e Gunther Teuner, de criar pontes de transição por meio de um direito de colisão, entre fragmentos constitucionais, é o mínimo que se pode esperar de garantias mínimas sobre Direitos Fundamentais.

Não temos dúvida que o sistema econômico é fundamental, mas ele não pode decidir nossas vidas, por meio de sua lógica utilitarista, que nos trouxe a sociedade de risco. Ele é o meio pelo qual se deve gerir, por meio de decisões sociais e não individuais, entre escassez e abundância, entre danos ambientais e direitos fundamentais. O sistema econômico é um animal muito feroz para deixá-lo livre. Ele não trouxe só riscos, mas também benefícios? Não tenha dúvida. Mas os benefícios não são socializáveis à toda civilização humana, enquanto os danos sim.

Portanto, como já referiu Teubner, é urgente e imprescindível que o sistema político e do direito imponham regulações, a fim de impedir, por meio de direitos de colisões e pontes de transição a fim de garantir direitos fundamentais, que também dependem de correções das distorções negativas do totalitarismo de mercado.

Referências

- ANDRIOLI, Antônio Inácio. *A atualidade do marxismo para o debate ambiental*. in. Revista Espaço Acadêmico, v. 9 - nº 98 - julho de 2009.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida: uma nova compreensão dos sistemas vivos*. tradução Newton Roberval Bichemberg. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 115.
- DOWBOR, Ladislau. *Democracia Econômica: alternativas de gestão social*. 2.ed. atualizada, Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.
- HENRI, Acelrad; MELLO, Cecília Campelo do A.; BEZERRA, Gustavo das Neves. *O que é Justiça Ambiental*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.
- MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte Kern. *Terra Pátria*. tradução por Paulo Azevedo Neves da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2003.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Biblioteca WMF, 2009.

NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. 3^a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no século XXI**. Tradução Mônica Baungarten de Bolle. 1.ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. Coordenação de Marcelo Neves. [et. al]. São Paulo: Saraiva, 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** 10. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

No berço do constitucionalismo societal: recuperando o diálogo de David Sciulli com a sociologia da dominação de Max Weber

Mateus Di Palma Back

Introdução

Peço desculpas ao leitor que espera desta introdução os floreios habituais. Acredito que a leitura que segue será um tanto cansativa, e, se nenhuma outra razão for conveniente, esse me parece um motivo suficiente para a brevidade deste item.

Tendo lido - até com bastante entusiasmo - a *Teoria do Constitucionalismo Societal* de David Sciulli, obra que inaugura todo um campo de pesquisa, o qual ainda hoje parece bastante fértil, não pude deixar passar a oportunidade de alguns comentários que me parecem convenientes. Houvesse preterido o escrito, certamente alguns tantos pontos evaporar-se-iam de minha admitidamente fraca memória. No mais, o texto que agora lhes apresento também me parece conveniente pela razão de as discussões correntes sobre o constitucionalismo societal tenderem a sobreolhar o caráter analítico e tecnicamente carregado da obra de Sciulli, preservando dela somente sua orientação crítica e partes de seu diagnóstico geral.

De minha parte, e por razões mais pessoais que de interesse propriamente público, não pude deixar de notar que toda a formulação geral da *Teoria do Constitucionalismo Societal* é, ora indiretamente, ora muito diretamente, um diálogo com trechos importantes dos escritos sociológicos de Max Weber; e, de modo especial, da sociologia da

dominação e seu jogo categórico. É impossível ignorar as coincidências até mesmo na linguagem de Sciulli em momentos em que ele trata de conceitos que são seus próprios, e não meros empréstimos de Fuller, Habermas ou Parsons. Essas coincidências são inúmeras. Tantas que, mesmo elas sendo talvez meramente imaginadas, certamente contribuíram para a minha interpretação das passagens mais importantes da obra, tanto quanto de sua abordagem geral. O risco é mesmo de que boa parte da exposição que segue esteja prejudicada por algum tipo de viés não perfeitamente esclarecido.

A consciência dos riscos, por outro lado, não remedia os riscos da consciência. E, por isso, sinto que devo também pedir desculpas se minhas observações que ora seguem estejam tão fora de propósito ou então desleais ao texto de Sciulli que possam prejudicar a leitura vindoura do próprio - a qual é, certamente, recomendada, se é que já não tenha sido realizada previamente.

Em termos de estrutura narrativa, meu texto seguirá de modo bastante simples. Em um primeiro momento, esclareço o caráter crítico da teoria de Sciulli e seu interessante objeto de crítica. Tendo isso sido feito, abordarei as categorias centrais de análise que o constitucionalismo societal de Sciulli toma por instrumentos fundamentais de sua técnica constitucionalista, mas também tratarei daquele que é, para ele, o remédio universal contra toda a espécie de autoritarismo, seja governamental ou então societal. Por fim, tentarei remeter acerca de como reencontrei a sociologia de Weber nos argumentos de Sciulli, e mais importantemente: porque, para mim, parece impossível que esta intertextualidade seja ignorada ou escanteada como se fosse desimportante. As razões para tanto seguem desde considerações sobre desacordos puramente teóricos, alcançando muito possivelmente demandas políticas conflitantes, as quais

encarnam-se nos locutores e são expectoradas no rigor das formas ofertadas.

Devo apontar, contudo, duas questões gerais pelas quais eu mesmo acredito que certa repreensão me seria bem encaminhada. A primeira delas diz respeito à linguagem do texto. Busquei preservar ao máximo a terminologia preferida por Sciulli, a qual é carregada de ares de tecnicismo e abstração ao ponto de parecer até mesmo um tanto suspeita. Julgo que nem sempre - ou melhor: quase nunca - pude organizar suas colocações de modo perfeitamente didático, mas ofereci explicações e esclarecimentos terminológicos na medida em que me pareciam necessários. Também com relação a linguagem que utilizei, noto que busquei explicar certos conceitos ofertados por Weber à maneira que lhe era mais conveniente. E isso quer dizer que recorri - muito discretamente - à exemplos históricos e tipos ideias. Mas não sou, e nem pretendo ser o historiador competentíssimo que era Max Weber. De fato, não sou nem remotamente capacitado para remontes históricos. Os exemplos e tipos ideias ficam como esclarecimentos convenientes, portanto, embora deles deve ser dito também que são provisionais.

Finalmente, meu plano era que eu preservasse em minhas observações um estilo tão rigorosamente descritivo o quanto fosse possível. Um diálogo de Sciulli com categorias weberianas é um tema que deveria interessar por si próprio. Supus, e ainda o faço, que considerações críticas poderiam ter sido reservadas para um futuro próximo - ou para as conversas políticas, nos contextos que lhes são convenientes. Não ignoro, contudo, que minha abordagem tenha pecado neste propósito, e aceito humildemente as consequências dessa insuficiência. Anoto somente que, se falhei, o fiz porque a temática me era cara - e *ainda o é* - pelas razões que o leitor terá a oportunidade de presumir.

Autoritarismo e fragmentação das racionalidades

O problema que a teoria do constitucionalismo societal de Sciulli, enquanto declaradamente um projeto de teoria crítica não-marxista, busca identificar e solucionar é de certa maneira duplo. Arriscando uma síntese em termos mais conhecidos, poderíamos dizer que a essência deste problema é *o acréscimo político de autoritarismo decorrente do progresso histórico da moderna fragmentação das racionalidades* - fragmentação esta, baseada em um diagnóstico histórico-sociológico de Max Weber - com sua *consequente formalização e burocratização das estruturas de significação do mundo da vida*. Mas esta caracterização, complexa como parece, não respeitaria integralmente a terminologia preferida por Sciulli e nem seria muito útil para esclarecer os dilemas conceituais contidos na apresentação da sua teoria do constitucionalismo societal.

Para melhor compreender esses dilemas e os limites do diagnóstico proposto pelo autor, o melhor seria respeitar sua ordenação narrativa e apresentar o problema dividido em dois momentos específicos: primeiramente, tematizando o caráter crítico da teoria de Sciulli em face ao suposto relativismo da sociologia precedente e, após, abordando a conexão sugerida entre a fragmentação histórica das racionalidades e o consequente superávit de autoritarismo *societal* - e não meramente *governamental*.

Ordem social, controle social e integração social

Tendo em mente que a conhecida fundamentação do problema do constitucionalismo societal de Sciulli parte daquilo que ele chamou de “dilema weberiano”, é um tanto surpreendente que ele tenha inicialmente preterido aquela discussão em favor de uma outra, que hoje nos parece um tanto anacrônica, sobre os conceitos de ordem social e, especialmente, de controle e integração social. Essa discussão, no entanto, é fundamental

posto que ela esclarece simultaneamente o tempo e o local histórico do berço do constitucionalismo societal, como também as dificuldades conceituais que reverberaram em toda sua formulação inicial.

O conceito de ordem social que Sciulli nos apresenta como uma espécie de consenso tácito entre cientistas sociais é o de que “any social unit is ordered when members’ behavior typically falls within *acknowledged ranges of acceptable behavior*” (SCIULLI, 1992, p.23). Segundo Sciulli, trata-se de uma conceituação em termos positivos e não meramente *residuais* - como se fosse preciso abstraí-lo de outras considerações positivas. Por ser uma espécie de síntese arranjada pelo próprio autor, nunca fica perfeitamente claro quem seriam os cientistas sociais que poderiam concordar com essa definição. Não há, contudo, um grande mistério quanto ao assunto; é possível muito bem supor que uma definição de ordem social desta espécie encontraria uma audiência receptiva em entusiastas do velho funcionalismo sociológico, como, por exemplo, Radcliff-Brown, Merton ou mesmo Parsons, todos altamente influenciados por Durkheim e Weber. Esta tendência (estrutural-)funcionalista de investigação sociológica era particularmente influente nos EU durante a primeira metade do século passado, e um diálogo com esta escola certamente perpassa as obras de alguns dentre os interlocutores de Sciulli (como Luhmann ou Habermas), os quais, todavia, jamais aceitariam uma tal caracterização de *ordem social*.

Fica claro, contudo, que essa definição de ordem social, não obstante seja bastante interessante, não serve ao propósito da teoria de Sciulli. Ele estava menos interessado em identificar estruturas funcionalmente eficazes operando em determinadas unidades sociais, do que em qualificar

¹ [Tradução livre]: “qualquer unidade social está em ordem quando o comportamento dos membros tipicamente corresponde à *âmbitos reconhecidos de comportamento aceitável*”.

as estruturas presentes como sendo tendencialmente *autoritárias*, ou então *anti-autoritárias*. E um tal conceito de ordem social, para ele, é “disconcertingly relativist rather than critical²” (SCIULLI, 1992, p.23), no sentido de que sua disposição eminentemente descritiva parece impedir o sociólogo, o politólogo ou o jurista, de diagnosticarem arranjos institucionais potencialmente autoritários, como também de eventualmente ofertar remédios potencialmente anti-autoritários. Ele pretende, então, substituir esse conceito relativista e paralisante pela distinção criticamente engajada entre *controle social* e *integração social*.

Ao invés de preocupar-se em saber como uma dada unidade social mantém a sua unidade (e os mecanismos funcionais que utiliza para tanto), Sciulli parte do pressuposto de que, independentemente do tamanho de uma sociedade e da complexidade estrutural de suas formas, grupos e atores sociais heterogêneos³ sempre encontram estratégias institucionais de auto-restrição de modo a estabelecer um horizonte fluído, é verdade, todavia também *comum* de expectativas comportamentais contingentes. Estes “acts of self-restriction⁴” ele associa inicialmente à distintas estratégias de “social control” (SCIULLI, 1992, p.24). Sobre estas estratégias, algumas distinções são consideradas úteis por Sciulli: primeiramente, a distinção entre 1) estratégias baseadas no interesse racional dos atores e 2) estratégias que restringem os interesses possíveis por meio de coerção⁵. Neste segundo tipo, ele diferencia 2.1) mecanismos normativos informais de controle social (parecendo referir-se à Moral, tal

² [Tradução livre]: “desconcertantemente relativista ao invés de crítico”.

³ Dado que a dupla homogeneidade/heterogeneidade, enquanto categorização de grupos sociais, é tão antiga quanto é problemática, minha recomendação, pautada nas linhas anteriores, é que se a tome por relativa identidade/diferença de expectativas (cognitivas, normativas ou indiferentes) socialmente generalizáveis.

⁴ [Tradução livre]: “atos de auto-restrição”.

⁵ Caso alguém esteja tentado a identificar esses postulados enquanto estratégias cognitivas e normativas, sugiro que esperem para avaliar se o uso do termo “coerção”, do modo em que é empregado por Sciulli, é adequado.

como geralmente concebida), 2.2) mecanismos normativos formais de controle social (parecendo referir-se ao Direito, tal como geralmente concebido), além de 2.3) obstáculos cognitivos que “distorcem” o entendimento dos atores acerca dos seus comportamentos recíprocos enquanto sendo ou não subjetivamente aceitáveis, i.e., moral ou juridicamente aceitáveis perante uma coletividade abstrata de atores sociais. Neste último tipo de estratégia - *cognitive limitations* - ele distingue 2.3.1) dificuldades subjetivas decorrentes dos limites cognitivos dos atores, e 2.3.2) dificuldades objetivas que levam à heterogeneidade de expectativas, sendo estas dificuldades decorrentes da natureza dos próprios arranjos institucionais, os quais podem ser, por exemplo, ambíguos ou manipulados em favor de certos atores e grupos específicos.

Esta última preocupação (2.3.2) é, de certo modo, o que leva Sciulli a argumentar a insuficiência deste jogo conceitual. Segundo ele, as estratégias de auto-restrição não precisam necessariamente ser arbitradas e impostas pelos atores que tendem a se beneficiar delas. E, de fato, mais frequentemente do que não, os atores e grupos que mais se beneficiam de determinado arranjo institucional desconhecem ou desacreditam os efeitos que tendem a virar o jogo em seu favor. Assim, dado o caráter frequentemente não-proposital das assimetrias institucionalizadas estrategicamente, é realmente bastante justificável que Sciulli recorra ao aparente paradoxo descritivo de um *non-purposive social control*⁶.

E o significa, afinal de contas, tratar de um exercício *não intencional* de *controle social*? A lógica categórica é a seguinte: decisões políticas não produzem necessariamente os resultados esperados, tanto quanto circunstâncias desfavoráveis não decorrem necessariamente de maquinação propositada por parte de atores e grupos favorecidos ou, de

⁶ [Tradução livre]: “controle social não-intencional”.

qualquer modo, mal-intencionados. O que é o mesmo que dizer, na linguagem de Sciulli, que o controle social pode decorrer também de pressões puramente sistêmicas que são, por sua própria natureza, *inadvertidas* ou *não-intencionais*:

Thus, any given social order is likely a product of systemic forces of social change [...], structural and institutional obstacles, informal local interactions, and actors' self-restriction - rather than the product of purposefully enforced sanctions alone⁷. (SCIULLI, 1992, p.26)

Aqui, no entanto, o conceito de *social control* deixa de estar atrelado necessariamente à manutenção de expectativas subjetivas socialmente contingentes (que tendem à ordem ou à desordem) e passa a estar vinculado à exigência crítica de um horizonte social no qual estas expectativas sejam “reconhecidas e compreendidas em comum” pelos diversos atores sociais em situação de heterogeneidade cognitiva. Eis que o conceito - agora, eminentemente residual - de *integração social* aparece como formulação teórica própria dessa exigência. Isso significa que

Social scientists can specify when a set of shared social duties is capable of being recognized and understood by such actors and groups in common, irrespective of : (a) the current (and possibly increasing) heterogeneity of their internalized beliefs and subjective interests, and (b) their current (and possibly increasing) competition for profits, power, and influence within economic and political marketplaces. Correlatively, any set of shared social duties that lacks these qualities is *demonstrably controlling* [rather than *integrating*]⁸. (SCIULLI, 1992, p.30; entre chaves, comentário meu)

⁷ [Tradução livre]: “Portanto, qualquer ordem social dada é provavelmente produto de forças sistêmicas de mudança social [...], obstáculos estruturais e institucionais, interações locais de caráter informal, e a auto-restrição dos próprios atores - ao invés de ser produto exclusivo de sanções intencionalmente impostas”.

⁸ [Tradução livre]: “cientistas sociais podem especificar quando um conjunto de deveres sociais compartilhados é capaz de ser reconhecido e compreendido em comum por tais atores e grupos, irrespectivo de: (a) a atual (e possivelmente crescente) heterogeneidade de suas crenças internalizadas e interesses subjetivos, e (b) sua atual (e possivelmente crescente) competição por lucro, poder e influência, nos mercados econômico e político.

A primeira parte do problema que motiva a teoria do constitucionalismo social é, portanto, bastante direta. E, apesar do vocabulário rebuscado e recheado de tecnicismos não perfeitamente esclarecidos, é certo que o autor é categórico ao esclarecer o caráter “crítico” de sua proposição - e muito claramente em uma terminologia não marxista, tal como fora anunciado. É fácil de perceber, no entanto, que o giro crítico de Sciulli somente o afasta parcialmente do velho funcionalismo. Se a ideia de ordem social (muito mais antiga que a própria sociologia) tinha algum sentido naquele velho funcionalismo, isso decorre da sua orientação de verificar as condições para a manutenção da ordem enquanto continuidade da unidade social⁹. Acreditava-se realmente ter-se formulado um critério científico para diferenciar, em uma dada sociedade, condições tendentes à ordem social (*eunomia*) ou então à desordem (*dysnomia*). Para o velho funcionalista, tipicamente influenciado por Durkheim, a ordem social necessariamente repousava sobre um horizonte de *entendimento* comum¹⁰; especialmente com relação às *normas*, os fatos sociais por excelência. Se é verdade que não se tratava necessariamente de um “reconhecimento em

Correlativamente, qualquer conjunto de deveres sociais compartilhados carentes destas qualidades é *demonstravelmente controlador* [ao invés de *integrativo*].”

⁹ “By the definition here offered ‘function’ is the contribution which a partial activity makes to the total activity of which it is a part. The function of a particular social usage is the contribution it makes to the total social life as the functioning of the total social system. Such a view implies that a social system (the total social structure of a society together with the totality of social usages in which that structure appears and on which it depends for its continued existence) has a certain kind of unity, which we may speak of as a functional unity.” (RADCLIFFE-BROWN, 1952, p. 181) [Tradução livre]: “Pela definição aqui ofertada, ‘função’ é a contribuição a qual uma atividade parcial realiza para a atividade total da qual é parte. A função de um uso social em particular é a contribuição que ele faz à vida social total enquanto o funcionamento do sistema social total. Uma tal opinião implica que um sistema social (a estrutura social total de uma sociedade em conjunto com a totalidade de usos sociais na qual aquela estrutura aparece e da qual ela depende para sua existência continuada) possui um certo tipo de unidade, da qual nós podemos tratar como uma unidade funcional”.

¹⁰ Em textos particularmente importantes, Durkheim chega mesmo a afirmar que o entendimento humano - em sentido kantiano, i.e., mediante conceitos - é (diferente da sensibilidade psíquica) um produto exclusivo das formas sociais. Conferir, por exemplo, a conclusão de *Formas elementares da vida religiosa* (DURKHEIM, 1995, pp. 440 e ss.), onde ele afirma que *categorias* expressam de fato coisas sociais. O texto *Individual e Colective Representations* (DURKHEIM, 1974, pp. 1 e ss.) é ainda mais direto em seu diálogo com categoria kantiana do *entendimento*. Leitores atentos sem dúvida perceberão que esta discussão também é transportada, em alguma medida, para o curso *Sociologia e Pragmatismo* (DURKHEIM, 2004, por ex.: pp. 187-8).

comum”¹¹, ao menos o “entendimento em comum” de atores heterogêneos sempre foi o critério latente do velho funcionalismo para predicar a existência ordem social. O que talvez poderia ser dito - embora, com muitas ressalvas - é que havia, naquele momento, uma identificação do binômio *ordem/desordem* com outro latente: *integração/desintegração*; no sentido de que a integração tende à ordem ou que a desordem tende à desintegração da unidade social, entendidas estas colocações em múltiplos sentidos. O que Sciulli efetivamente faz ao perceber a insuficiência de um conceito evidentemente funcionalista de ordem social, portanto, é abandonar inteiramente a tematização da possibilidade de *desordem*. Assim, a ordem social, enquanto correspondência entre comportamento fenomênico e expectativa de comportamento subjetivamente aceitável, pode ser alcançada por diversas estratégias, algumas dentre as quais permitindo “reconhecimento e entendimento em comum” (integração social), e outras não (controle social).

Devemos prezar pela integração e evitar o controle social, é o que Sciulli parece dizer.

Não busco, aqui, oferecer uma crítica desta abordagem, mas tão somente para esclarecê-la visto que ela se desenvolve com um acento crítico mais pronunciado no próximo tópico. Também não convém aqui perguntarmo-nos se Sciulli consideraria hobbesianamente estratégias de controle social mais desejáveis que a possibilidade de desordem - ou sequer se ele considera real a possibilidade de desordem.

O dilema weberiano

Sciulli evidentemente considera importantes as demandas críticas do velho constitucionalismo liberal contra a possibilidade de excessos dos

¹¹ Mais sobre o assunto adiante.

governos estatais. Ao menos, assim o declara em inúmeros momentos de seu livro. Mas, ao mesmo tempo, reconhece que constitucionalistas e liberais lockeanos fracassaram em combater a crescente tendência de “*social authoritarianism*”¹², entendido como “purposefully and inadvertently arbitrary exercises of collective power by powerful private enterprises within civil society”¹³ (SCIULLI, 1992, p.40-1). Esta tematização é notoriamente reducionista. É de certo modo verdade que o “liberalismo lockeano” (ibid), por exemplo, como também boa parte da tradição política anglo-americana posterior, não vai muito além de tematizar possíveis excessos arbitrários por parte do governo civil. Mas é um evidente exagero, especialmente havendo transcorrido boa parte de um *longo* século XX, afirmar que a técnica procedimental-política do constitucionalismo daquele século fracassou em oferecer respostas às irresponsabilidades de atores privados e público-autárquicos. É, contudo, importante entender o porquê de essa acusação ser realizada. E isso significa que é preciso esclarecer o que ele entende pelo que chama de *dilema weberiano*.

A essência do dilema weberiano, tal como percebido por Sciulli, está naquilo que ele chama de *drift of rationalization*¹⁴. Trata-se de uma mudança social histórica em que as motivações estritamente racionais, no sentido de atenderem exclusivamente aos interesses técnico-estratégicos *imediatos* dos atores sociais, tendem a sobressair às diversas motivações

¹² [Tradução livre]: “autoritarismo social”; em nota, não imagino haver uma boa razão para distinguir os conceitos de “autoritarismo” e “authoritarianismo”.

¹³ [Tradução livre]: “exercícios de poder coletivo intencionais e inadvertidos por poderosas empresas privadas dentro da sociedade civil”.

¹⁴ A tradução da conjunção é um tanto delicada. Weber realmente trata de um processo histórico de uma modernidade tendente à racionalização, contudo o termo *drift* empregado por Sciulli para caracterizar esse processo tem um sentido muito próprio. *Drift* é uma palavra que pode muito bem indicar *direção* enquanto um fluxo controlável em direção à um objetivo, mas isso seria precisamente o oposto do que Sciulli quer acentuar. Nesse sentido, é importante lembrar que a palavra também pode ser traduzida por *deriva*, que aqui é mais adequada. Sciulli quer enfatizar que esse processo histórico de mudança social é, de certo modo, *sistêmico*, no sentido de ser conduzido - lembrando suas palavras-chave - *inadvertently* (inadvertidamente), de modo espontâneo, e não *purposfully* (propositadamente), de modo racional-técnico.

não-rationais que levam a manifestação do comportamento destes atores. O termo *imediato* refere-se especificamente ao fato - que Sciulli quer acentuar - de que esse comportamento pode ser considerado estritamente racional em virtude de não estar *mediado* por normas (SCIULLI, 1992, p.45). Nesse sentido, sua leitura do dilema é essencialmente correta.

Mais urgentemente, é possível dizer também que ele está correto ao assinalar que o *drift* tende não somente à racionalização da ação social em sentido weberiano, como também, e especialmente, tende à fragmentação dos *sentidos* que motivam os comportamentos dos diversos atores e grupos. Contudo, para além da inferência weberiana, o que essa fragmentação dos *sentidos* (*significados*) significa para Sciulli é a progressiva incapacidade dos atores e grupos sociais “reconhecerem e entenderem em comum” suas obrigações recíprocas em sentido estritamente normativo (e não meramente estratégico), o que implica na implementação progressivamente mais acentuada de mecanismos “formais” de controle social¹⁵. De fato, isso parece corresponder ao diagnóstico de Weber de que a progressiva racionalização das motivações (e a moderna fragmentação das esferas da vida) implica na emergência e afirmação da moderna burocracia enquanto forma pura do tipo legal de dominação (WEBER, 2004, p.178) - com especial ênfase no tipo de administração de caráter burocrático-monocrático (*bureaukratisch-monokratische Verwaltung*). Voltaremos a tratar do assunto mais adiante.

¹⁵ “Actors’ once shared understandings of social events and social practices become differentiated by function, and then further specialized by task. [...] Given fragmentation of actors’ ‘lived’ meaning, their most routine agreements increasingly revolve around their independent calculations of instrumental or strategic ‘success’ [...]. Again, given the fragmentation of actors’ ‘lived’ meaning, all informal mechanisms of social control become less effective in maintaining social order. Consequently, organizations and institutions rely increasingly on formal social controls.” (SCIULLI, 1992, p. 42) [Tradução livre]: “A compreensão dos eventos e práticas sociais, que uma vez era compartilhada pelos atores, torna-se funcionalmente diferenciada, e então progressivamente especializada por tarefa. [...] Dada a fragmentação do sentido ‘vivido’ pelos atores, seus acordos mais rotineiros revolvem crescentemente sobre seus cálculos independentes de ‘sucesso’ instrumental ou estratégico [...]. Novamente, dada a fragmentação do sentido ‘vivido’ pelos atores, todos os mecanismos informais de controle social tornam-se menos efetivos em manter a ordem social. Consequentemente, organizações e instituições dependem cada vez mais de controle social formal”.

A despeito das peculiaridades da formulação deste raciocínio, ainda é válido dizer que a leitura que Sciulli faz do dilema weberiano está essencialmente correta. O que não fica claro, no entanto, é a razão do diagnóstico de Weber apresentar-se enquanto um *dilema* que, em tese, exige reavaliação e resposta crítica. Com base no texto de Sciulli, seria correto dizer que o caráter dilemático do diagnóstico weberiano da modernidade repousa sobre a leitura trágica da transformação histórica (do *drift*) que, de um modo ou de outro, é atribuída ao próprio Weber. Em termos mais conhecidos: trata-se da famosa discussão da *jaula de ferro* da modernidade.

Parenteticamente, permitam-nos uma observação. Apesar do domínio dos tipos weberianos claramente demonstrado por Sciulli em toda sua obra, o modo pelo qual Sciulli reconstrói o dilema weberiano é um tanto apressado; na maior parte de sua apresentação ele se limita a indicar bibliografia especializada sobre o assunto cotejada com referências a trechos bastante abrangentes da sociologia weberiana da dominação (contida em *Wirtschaft und Gesellschaft*). Tivesse ele optado por se aproximar da discussão de modo um pouco mais tradicional, teria ele iniciado pela sociologia weberiana da religião¹⁶. Veremos o porquê.

Não é à toa que a interpretação trágica da modernidade como *jaula de ferro* tenha ganhado especial notoriedade nos EU. Como também não é surpreendente que Sciulli visualize em Weber uma espécie de liberalismo negativo que transforma o otimismo liberal de Locke em um *pathos* da modernidade (SCIULLI, 1992, p.43). A poderosa locução *jaula de ferro* (*iron cage*) havia aparecido como uma opção de tradução do mais

¹⁶ Em tempo, devo observar que ele retoma os conceitos weberianos de magia e religião, e somente indiretamente, ao executar uma releitura da distinção - rascunhada por Parsons - entre fins extramundanos (transcendentes e metafísicos) e fins intra-mundanos de ações não-rationais, tudo isso somente para resgatar o conceito de "ação voluntarística" dos ensaios de Parsons (SCIULLI, 1992, especialmente pp. 139 e ss.). Mais sobre isso adiante.

importante interlocutor de Sciulli, Talcott Parsons, e foi imortalizada na primeira edição em inglês de *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Inclusive, ela aparece em uma parte bastante importante do livro, na qual Weber identifica no asceticismo protestante o espírito próprio do capitalismo, e em uma passagem que já era bastante impactante antes mesmo da tradução de Parsons (a qual, agora, segue):

The Puritan wanted to work in a calling; we are forced to do so. For when asceticism was carried out of monastic cells into everyday life, and began to dominate worldly morality, it did its part in building the tremendous cosmos of the modern economic order. This order is now bound to the modern economic conditions of machine production which to-day determine the lives of all the individuals who are born into this mechanism, not only those directly concerned with economic acquisition, with irresistible force. Perhaps it will so determine them until the last ton of fossilized coal is burnt. In Baxter's view the care for external goods should only lie on the shoulders of the "saint like a light cloak, which can be thrown aside at any moment". But fate decreed that the cloak should become an iron cage¹⁷. (WEBER, 2001, p.123)

Existe um tanto de coisas para considerar-se nesta passagem. Primeiramente, a própria locução *stahlhartes Gehäuse*, que Parsons traduziu um tanto brilhantemente por *iron cage*. A conjunção *stahlhartes Gehäuse* é carregada de um certo tom poético, especialmente ao ser contrastado com *dünner Mantel* (que Parsons traduziu por *light cloak*). Quer dizer, a preocupação intelectual/espiritual com as condições

¹⁷ [Tradução livre]: "O puritano queria trabalhar em uma vocação [*Beruf* é o termo empregado por Weber]; nós somos forçados a fazê-lo. Pois quando o ascetismo foi carregado para fora das células monásticas, trazido à vida cotidiana, e começou a dominar a moralidade mundana, ele fez sua parte em construir o tremendo cosmos da ordem econômica moderna. Esta ordem está agora confinada às modernas condições econômicas de produção mecânica a qual hoje determina irresistivelmente as vidas de todos os indivíduos nascidos neste mecanismo, e não somente aqueles diretamente preocupados com aquisição econômica. Talvez o determinará até que a última tonelada de carvão fossilizado seja queimada. Segundo Baxter, a preocupação por bens externos somente deveria pesar nos ombros do 'santo como um casaco leve, o qual pode ser jogado de lado a qualquer momento'. Mas o destino decretou que o casaco deveria tornar-se uma caixa de ferro".

materiais de vida, que segundo o puritano Baxter, deveria pesar nos ombros (na consciência) do “santo” (do fiel) como um casaco (*Mantel*) leve ou frágil (*dünner*), que poderia ser retirado e colocado de lado a qualquer momento, agora, por força de um *destino* (por definição: um acontecimento *inadvertido* ou *não-proposital*) *irresistível*, transforma-se em um invólucro ou então uma caixa (*Gehäuse*) dura como aço (*stahlhartes*) que, sem dúvida, termina por aprisionar o indivíduo naquele frio “mecanismo”. Assim, a *caixa dura como aço* de Weber contrasta tragicamente com o *casaco fino* de Baxter. Contudo, a locução esconde ainda um segundo sentido poético se aceitarmos que *Gehäuse* pode ser traduzida como *habitação*, e isso significa: local onde se vive; nesse sentido, a palavra se aproximaria mais do seu radical *Haus* (*casa*). Assim, em sentido poético e duplamente trágico, a condição moderna aparece, por um lado, como uma situação difícil de se escapar (como uma caixa dura como aço), e, por outro, como a condição de viver em um lugar difícil - posto que duro (e frio!) como aço.

Para além do sentido eminentemente poético da colocação, que sem dúvida corrobora a leitura trágica do *drift of rationalization* realizada por Sciulli, alguns outros assuntos também deveriam chamar atenção. A relação entre asceticismo e desencantamento do mundo, que mais tarde seria melhor explorada por Weber¹⁸, faz-se sentir aqui com notável clareza. O desencantamento ascético do mundo não é senão o estágio inicial do processo moderno de racionalização, que persiste mesmo depois de o asceticismo ter perdido sua função transicional. E também é importante

¹⁸ “When religious virtuosos have combined into an active asceticist sect, two aims are completely attained: the disenchantment of the world and the blockage of the path to salvation by a flight from the world. The path to salvation is turned away from a contemplative ‘flight from the world’ and towards an active ascetic ‘work in this world’.” (WEBER, 1946) [Tradução livre]: “Quando virtuosos religiosos combinaram em uma seita ascética ativa, dois objetivos são atingidos: o desencantamento do mundo e o bloqueio do caminho da salvação pela fuga do mundo. O caminho para a salvação é rejeitado desde uma ‘fuga do mundo’ contemplativa e se volta para o ‘trabalho no mundo’ ativo do ascético.”.

notar que é precisamente a postura ascética de *ação no mundo* (em contraste com a *fuga do mundo* mística) que faz chocar religião e mundo, inaugurando a tensão da mesma com a inevitável fragmentação das “esferas da vida”¹⁹, que corresponde em maior ou menor medida com a fragmentação dos sentidos que Sciulli atribui ao *drift*.

Tendo estas circunstâncias em mente, não é de surpreender que Sciulli tome o diagnóstico weberiano por um dilema. É quase impossível resistir à impressão de que Weber toma o processo histórico de racionalização, e sua conseqüente formalização e burocratização, por uma mudança aparentemente triste e até mesmo desoladora. Mas, mesmo que esta interpretação trágica do diagnóstico seja verdadeira, nada leva crer que a tragédia que Weber enxerga seja algo mais que o acinzentamento da vida desligada da razão redentora da religião, ou talvez a frustrante dificuldade de alcançar satisfação para os anseios individuais em um mundo progressivamente mais complexo. Sciulli, por outro lado, assume que Weber toma a crescente burocratização da vida por um superávit sistêmico de *autoritarismo*, e não simplesmente *autoridade*. Ao fazê-lo, Sciulli ignora que Weber não partilhava nem de suas preocupações críticas, nem de seu inventário conceitual.

A proposta crítica do constitucionalismo societal frente ao dilema weberiano

Tendo posicionado criticamente - e não sem algumas dificuldades - o seu problema teórico em algo como o *avanço não-propositado do autoritarismo burocratizante em função do avanço histórico do racionalismo*, Sciulli dedica-se a constituir um esquema conceitual segundo o qual se possa pautar diagnósticos e ensaiar soluções. É este

¹⁹ Em dado momento, Weber diferencia as esferas econômica, política, estética, erótica e intelectual (WEBER, 1946).

esforço que pode ser tomado pela base conceitual de seu constitucionalismo societal.

Sciulli novamente lança mão de certas distinções para realizar diagnósticos críticos capazes de engendrar soluções para o que ele entende ser o problema do constitucionalismo social; lembrando: o já mencionado problema do acréscimo não-proposital de autoritarismo (especialmente privado) decorrente do *drift of rationalization* e sua tendência à burocratização racional. Certamente, segundo ele, qualquer solução arguível passa pela institucionalização de estratégias normativas de restrição de ações puramente racionais, i.e. pautadas em um cálculo racional de interesses, que tenderiam à competição (e, inferivelmente, à desordem). Nesse sentido, a primeira distinção que ele propõe é aquela entre 1) instâncias de demonstrável *controle social*, e 2) instâncias onde se torna demonstravelmente possível a realização de *integração social* (SCIULLI, 1992, p.54) - nos termos já explorados anteriormente. O propósito crítico dessa disjunção é *per si* evidente.

A segunda distinção que Sciulli oferece é aquela, já sugerida, entre 1) estratégias de restrições *internas* ao exercício *proposital* de poder por parte governos e entidades privadas, e 2) estratégias de restrições *externas* ao exercício *não-proposital* (*inadvertido*) de poder pelos mesmos atores (SCIULLI, 1992, p.55). A disjunção *interno/externo* atribuível às estratégias de restrição, nesse sentido, corresponde perfeitamente à disjunção *proposital/não-proposital* atribuível ao exercício de poder. Isso porque essas estratégias seriam internas ou então externas em relação ao *drift* identificado por Sciulli. Somente soluções externas teriam possivelmente a capacidade de refrear a própria tendência racionalizante e burocratizante da modernidade que redundava no autoritarismo social inadvertido imaginado por Sciulli.

Mais tarde, no entanto, Sciulli sente a necessidade de emendar essa distinção com um conceito que ele imagina apresentar maior precisão analítica: o de ação *voluntarística* (SCIULLI, 1992, pp.131 e ss.). Fica claro que a dupla interno/externo, assim como a outra correlata proposital/não-proposital, implicam, para ele, na oposição entre motivações ou aspectos da ação social (aqui ele segue a tradição de Parsons e Weber) que são determinavelmente ou racionais ou então determinavelmente não-racionais; isso é importante porque o *drift of rationalization*, com sua tendência socialmente autoritária, somente pode ser restringido desde “fora”, ou seja: por meio da institucionalização de normas não-racionais que restrinjam o exercício não-proposital de arbítrio por parte de *power holders*²⁰ (seja lá o que for isso). Qualquer tentativa de restrição interna torna-se potencialmente fator ou instrumento de cálculo racional que condiciona, mas não impede os excessos de arbítrio, especialmente dos atores privados.

Mas nem todos os aspectos não-racionais da ação social colaboram com meios eficazes de restrição externa do *drift*. E, por essa razão, em um extenso diálogo com alguns escritos antigos de Parsons, Sciulli busca resgatar e reespecificar o seu conceito de ação voluntarística. O raciocínio é relativamente simples (SCIULLI, 1992, especialmente pp.135 e ss.). Se as circunstâncias motivadoras da ação social se apresentarem enquanto uma seleção de *meios* físicos que possuem valor instrumental para a obtenção de *fins* reduzíveis à unidades físicas intercambiáveis e quantificáveis, estaremos tratando de aspectos formalmente racionais motivadores da ação social (SCIULLI, 1992, p.135). Aspectos não-racionais distinguem-se dos anteriores *especificamente* pelo emprego de *meios* simbólicos e normativos (por isso

²⁰ *Power holder* pode ser traduzido muito literalmente como *aquele que detém poder*. E apesar da expressão não soar estranha lida em português, o fato é que ela significa tão pouco quanto a locução em inglês trazida por Sciulli. Algumas notas adiante, já no próximo capítulo, confirmam a exposição sobre o tipo sociológico: *senhor*.

não-rationais) da ação. Mas estes últimos também se distinguem *entre si*. E essa segunda distinção é apresentada em função dos *fins* almejados os quais motivam o emprego desses meios simbólicos ou normativos. Se os fins almejados pelo emprego de meios simbólico-normativos se destinarem a afirmação ou realização de objetos extra-mundanos (transcendentes), ou seja, se os meios forem absolutamente indiferentes às urgências e aos problemas mundanos dos atores, estaremos tratando de aspectos estritamente não-rationais da ação social. Contudo, se os fins almejados pelo emprego destes meios consistir na definição ou manutenção de qualidades intra-mundanas sobre as quais os atores heterogêneos buscam agir e operar, estaremos tratando de aspectos voluntarísticos (residualmente não-rationais) da ação social. A ação social voluntarística, nestes termos apresentados, é um conceito central da teoria do constitucionalismo societal de Sciulli, muito embora ele tenha tardado a apresentá-la.

Finalmente, a terceira distinção²¹ pertinente ao constitucionalismo societal de Sciulli seria entre 1) restrições normativas *substantivas* (i.e., *imediatamente* restritivas) ao exercício arbitrário de poder, e 2) restrições normativas pautadas em *mediação procedimental* (SCIULLI, 1992, p.56). Na verdade, é possível dizer que essa caracterização interessa para Sciulli na medida em que ele parece entender que restrições substantivas ao exercício arbitrário de poder nunca são capazes de restringir definitivamente à tendência racionalizante e burocratizante do *drift*, mesmo que se tratem de restrições substantivas externas²². Isso porque

²¹ Sciulli traz, inicialmente, uma quarta distinção a qual ele não considera tão importante - porque não é mesmo. Por isso nós a omitimos aqui.

²² "Under modern conditions of drift, those who would endeavor seriously to maintain the integrity of substantive norms of religion or natural law" - que são os exemplos ofertados por Sciulli para indicar estratégias de restrição substantiva externa - "must rely, ultimately, on precisely those mechanisms of social control that carry the greatest potential for degenerating into authoritarian excess. Moreover as they do so, the institutions of external substantive restraint whose integrity they are endeavoring to maintain simultaneously lose their normative qualities. They become strategic restraints, increasingly enforced by formal mechanisms of social control." (SCIULLI, 1992, p. 78-9) [Tradução livre]: "Sob condições modernas de deriva, aqueles que empenhar-se-ão seriamente em manter a integridade das normas substantivas de religião ou direito natural" [...] "devem se apoiar, de modo final, em

estas restrições não asseguram de modo permanente a fidelidade comportamental de atores heterogêneos às expectativas comumente reconhecidas e compreendidas dos *shared social duties*. Somente restrições pautadas em uma permanente mediação procedimental poderiam assegurar essa fidelidade comportamental. De fato, Sciulli nota que somente a ação voluntarística, enquanto subespécie de estratégia externa, apresenta possibilidades de meios normativo-procedimentais (e não meramente substantivos) de restrição integrativa de expectativas comuns, enquanto os meios normativos das ações estritamente não-rationais permanecem sempre substantivos (SCIULLI, 1992, p.141). Em nota: é difícil precisar o quanto - se não completamente - Sciulli ignora a discussão acerca do fundamento substantivo das soluções procedimentais; seu extenso debate com Fuller e Habermas parece sugerir que ele deve ter pensado sobre isso em algum momento de sua exposição.

Ao conjugar a segunda e a terceira distinções em distintos jogos estratégicos, Sciulli formula quatro tipos de restrição ao exercício arbitrário de poder político (SCIULLI, 1992, p.56): 1) restrições substantivas internas ao exercício proposital de “poder coletivo” (sic); 2) restrições procedimentais internas ao exercício proposital de poder coletivo; 3) restrições substantivas externas ao exercício não-proposital de poder coletivo; e 4) restrições procedimentais externas ao exercício não-proposital de poder coletivo. Em teoria, não deveria ser difícil compreender estas postulações uma vez conhecendo as distinções referidas anteriormente, mas os leitores descobrirão que os exemplos de Sciulli não são lá muito satisfatórios.

precisamente aqueles mecanismos de controle social que carregam o maior potencial de degenerarem em excesso autoritário. Além do mais, enquanto isso acontece, as instituições de restrição substantiva externa, cuja integridade estes estariam empenhando-se em manter, simultaneamente perdem suas qualidades normativas. Elas se tornam restrições estratégicas, cada vez mais impostas por mecanismos formais de controle social”.

Duas questões merecem uma curta observação. Em primeiro lugar, é interessante observar que Sciulli considera que a presença ou ausência de *restrições procedimentais internas* (2) determina a diferença entre integração e controle social, ao passo que a presença ou ausência de *restrições procedimentais externas* (4) determina a diferença entre autoritarismo e não-autoritarismo social (ibid). Esta colocação, no entanto, deve ser desconsiderada, visto que claramente o quarto tipo de restrições acima descrito - cuja possibilidade é o objeto de investigação da teoria do constitucionalismo societal - deve ser capaz de possibilitar mudanças sociais que sejam tanto integrativas quanto não-autoritárias. A única razão de Sciulli arriscar este argumento é que, a partir dele, seria possível distinguir o objeto do antigo constitucionalismo governamental (2) do objeto do novo constitucionalismo societal (4). Mais tarde no livro será possível visualizar muito claramente que estratégias procedimentais externas são um componente importante no espectro de controle-integração, com o qual Sciulli tipifica provisoriamente a variedade de circunstâncias que permitem qualificar “nações-estado” como sendo mais ou menos controladores - menos ou mais integrativos (SCIULLI, 1992, p.177). Em segundo lugar, nunca fica perfeitamente claro a razão de Sciulli sugerir que restrições normativas substantivas externas *motivam* a ação social, enquanto restrições normativas procedimentais externas a *orientam*. Se estivéssemos em um domínio estritamente weberiano de discussão, essa distinção estaria, em alguma medida, comprometida²³.

O que foi dito até agora serve para demonstrar a centralidade do problema da fragmentação, tal como aparece em Sciulli (i.e., como fragmentação das racionalidades), para sua teoria do constitucionalismo

²³ “Llamamos ‘motivo’ a la conexión de sentido [*Sinnzusammenhang*] que para el actor o el observador aparece como el ‘fundamento’ con sentido de una conducta.” (WEBER, 2004, p. 10)

societal. Como era importante que fizéssemos, tratamos da sua teoria enquanto “diagnóstico” da sociedade, embora também seja importante oferecer algumas palavras sobre o “remédio” que é receitado: as chamadas *formações colegiadas*²⁴.

Segundo a definição ofertada duas vezes no livro de Sciulli, formações colegiadas são “corpos profissionais e deliberativos nos quais atores heterogêneos e grupos competidores preservam o limiar de interpretabilidade de deveres sociais compartilhados” (SCIULLI, 1992, p.80 e 164-5); o que significa grosseiramente dizer que, enquanto instituições políticas, elas são capazes de restringir integrativamente os excessos de arbitramento onde quer que sejam instaladas. E, ao que parece, elas assim o fazem “enquanto buscam descrever e explicar (ou criar e preservar) fenômenos qualitativos [presentes] na vida social ou em eventos naturais” (ibid); o que significa dizer que elas gerenciam deliberativamente (*integram*, não *controlam*) as expectativas socialmente contingentes e, portanto, permitem “reconhecimento e entendimento em comum” das qualidades e eventos socialmente significativos por parte de grupos ou atores sociais progressivamente mais heterogêneos.

Nesse sentido, Sciulli apressa-se em esclarecer que sua proposição não pode ser considerada democrática (SCIULLI, 1992, p.160), ou ao menos que ela abre possibilidades de uma prática democrática não-liberal ou não-ocidental (SCIULLI, 1992, p.177). Em outra obra, ele buscaria esclarecer que sua teoria do constitucionalismo societal, na verdade, serviu

²⁴ “Heterogeneous actors and competing groups institutionalize restraints on drift that are distinctively procedural and external (that is, voluntaristic) only by establishing and maintaining collegial formations within a civil society. Actors’ behavior within and around collegial formations is distinctive. Unlike their behavior within and around any other organizational form, it exhibits fidelity to the threshold of interpretability of shared social duties.” (SCIULLI, 1992, p.152) [Tradução livre]: “Atores heterogêneos e grupos competidores institucionalizam restrições sobre o *drift* [lembrando: a deriva] que são distintamente procedimentais e externos (i.e. voluntarísticos) somente ao estabelecer e manter formações colegiadas em uma sociedade civil. O *comportamento* dos atores dentro e perto de formações colegiadas é característico. Diferentemente de seus comportamentos dentro e perto de outras formas organizacionais, este exhibe fidelidade ao limiar de interpretabilidade dos deveres sociais compartilhados”.

para distinguir em última análise “o desenho institucional de sociedades democráticas daqueles de democracias formais e ordens sociais impostas” (SCIULLI, 2001, p.6). Nessa medida, ele insiste que sua teoria poderia ser muito útil para países como o Brasil - seu exemplo favorito - visto que não se poderia esperar deste que fosse capaz de introduzir instituições políticas e práticas econômicas típicas das democracias ocidentais (SCIULLI, 1992, p.38). De fato, segundo ele, não se pode encontrar no Brasil evidências de uma possível mudança na direção de uma liberalização (de mercado) ou de uma democratização (da política) (SCIULLI, 1992, p.195). Mas Sciulli traz as boas novas:

The theory of societal constitutionalism may assist social scientists studying Latin America's largest economic and political system precisely because it is not a theory of Western democratization or liberalization. (SCIULLI, 1992, p.195-6)

Não cito esta passagem por ser “um brasileiro ressentido” ou algo assim - longe de mim ter preocupações dessa natureza. O digo simplesmente para demonstrar (ou sugerir, somente) como tanto o diagnóstico quanto o remédio ofertados por Sciulli podem, apesar de sua pesada linguagem, redundar em momentos de quase cômica ingenuidade e reducionismo.

Leitura das considerações progressas à luz da sociologia weberiana da dominação

Diferentemente de seus trabalhos de caráter mais historiográfico, a sociologia de Weber é bastante labiríntica e menos sistemática do que o sumário de *Wirtschaft und Gesellschaft* deixa a intender. Não é realmente um grande problema que Sciulli tenha se aproximado do *drift* com referências gerais à sociologia weberiana da dominação; afinal de contas,

como já sugerido, sua leitura do dilema weberiano pode ser largamente entendida como adequada. Ainda assim, algumas questões precisam ser levantadas.

Em primeiro lugar, devemos considerar a diferença entre os fins extra-mundanos da ação social propriamente não-racional (em sentido estrito), e os fins intra-mundanos da ação social voluntarística (não-racional em sentido residual), que é, como visto, de fundamental importância para o constitucionalismo societal de Sciulli. Seguindo a leitura que Sciulli faz de Parsons, essa diferença pode ser encontrada nos tipos *religião* e *magia* enquanto formas de ação social simbolicamente mediada. A diferença acentuada por Sciulli (e, supostamente, Parsons) não se encontra no emprego de meios simbólicos, mas - como vimos - nos fins almejados pelo emprego dos meios. Essa identidade de meios acompanhada da diferença entre fins, Sciulli menciona, foi abstraída da diferença entre religião e magia, tal como assinalada por Parsons. Diferentemente dos fins transcendentais da ação religiosa (por ex.: salvação da alma), os fins da magia são explicitamente intra-mundanos, i.e., a magia aparece como o emprego de meios simbólicos (pouco importa que eles sejam ineficientes) para a transformação ativa do mundo. Sciulli falha em mencionar que essa relação entre meios e fins da magia enquanto prática social, no entanto, foi primeiro postulada pelo próprio Weber, que somente mais tarde foi seguido por Parsons. A questão crítica, contudo, é que Weber não estava interessado em enfatizar o caráter potencialmente emancipatório do emprego de meios simbólicos para a redução do autoritarismo tal como entendido por Sciulli.

De fato, o que chamava a atenção de Weber sobre a prática de magia é que ela aparece, para o sociólogo, como uma postura tipicamente ascética de ação no mundo (WEBER, 1946, p.327). Melhor dizendo: o que lhe interessava era que, ao agir magicamente sobre o mundo de modo a

produzir resultados sensíveis, o mágico ascético adquiriria, aos olhos de seus contemporâneos, um caráter extraordinário de nobreza ou divindade - na linguagem própria de Weber: *carisma*. É verdade que, rigorosamente falando, o comportamento do místico também implicava na aquisição de carisma, embora em menor medida. Para Weber, o caráter extramundano das ações místicas faziam com que o carisma do místico não redundasse na probabilidade de que suas ações fossem tomadas pelo conteúdo próprio das ações de outras pessoas - o que é a essência da dominação em sentido weberiano. “In the end, the charisma of the pure ‘mystic’ serves only himself. The charisma of the genuine magician serves others”²⁵ (WEBER, 1946, p.290). E é antes de tudo o tipo carismático de dominação que preocupava a discreta agenda política do muitíssimo liberal Max Weber.

Isso nos leva, enfim, às considerações de sua sociologia da dominação. *Dominação*, em sentido propriamente weberiano, não é um fenômeno social que possa ser preterido, embora - quando muito - ele possa ser mitigado por arranjos institucionais de tipo específico. De fato, como anteriormente referido, ela efetivamente ocorre quando alguém que obedece toma por máxima motivadora de sua própria ação o “conteúdo” da ação de outra pessoa que aparece para ele como um *senhor*²⁶, seja em

²⁵ [Tradução livre]: “No fim, o carisma do puro ‘místico’ serve somente à ele mesmo. O carisma do mágico genuíno serve aos outros”.

²⁶ Essa seria a tradução literal da palavra *Herr*, de onde deriva-se a palavra *Herrschaft* - *Herr* (senhor) + *-schaft*, sufixo que indica algo como “relação de”, como em *Freundschaft* (que significa [relação de] amizade; *Freund* significando amigo) ou *Wissenschaft* (que significa ciência; em relação ao conhecimento - *Wissen* - de alguma coisa; por ex.: *Naturwissenschaft*: ciência da natureza). Nesse sentido, é importante notar que Weber não submete as formas políticas contemporâneas aos arquétipos do “senhor feudal” ou então do “*dominus*” romano, mas realiza uma tradução teórica segundo a qual é possível descrever tanto as relação senhor-servo, ou dominus-escravo, como sendo análogas de outras anteriores ou posteriores, inclusive de algumas ainda bastante contemporâneas. O *Herr*, enquanto tipo meramente ideal, em abstrato, pode ser assim atribuído a fenômenos históricos concretos como o *Führer* alemão (o *dirigente*, que é o *Herr* carismático-legal correspondente ao tipo anglo-americano *leader*) ou ao tipo multifário de autoridade em sentido puramente burocrático (*Behörde*, no sentido empregado por Weber, que encontra um claro correspondente no exemplo do *boss* americano). Talvez seja essa a categoria que Sciulli indica com a locução genérica *power holder* - que é *aquele que detém poder*. De todo modo, Weber não se preocupa com a figura do *Herr* em si, e sim com a condição objetiva de *senhoria* (*Herrheit*) que, por sua vez, decorre da relação de *Herrschaft*, que convencionou-se traduzir por *dominação*, mas que poderia muito bem aparecer em português como *domínio*,

função de qualidades pessoais extraordinárias (carisma), por força de um imperativo material de tradição ou então um imperativo formal de competência (dominação legal); embora deva ser observado que, na realidade fenomênica, isso ocorra pela conjunção de quaisquer dessas razões, sendo ainda somadas circunstâncias afetivas e estratégicas contingentes e relativas à experiência de vida de cada indivíduo em particular, o que deixa de ser objeto de pesquisa sociológica. Esse fenômeno, na verdade, Weber chama de “obediência” (WEBER, 2004, p. 172, no original: *Gehorsam*). A *dominação* propriamente dita significa simplesmente a possibilidade (*Chance*) fenomênica deste tipo de comportamento determinado por *instruções* ou *comandos* (WEBER, 2004, na edição que consultamos, em espanhol: *mandatos*; no original *Behfelen*).

Essa *possibilidade*, da qual trata Weber, não se afirma - ou ao menos não necessariamente - em termos estatísticos; ela é simplesmente *compreendida* enquanto possibilidade. A inferência da possibilidade de obediência à comandos é sempre uma postulação decorrente do entendimento (*Verstehen*) do próprio cientista social, o que não serve para dizer, evidentemente, que ela é menos objetiva ou falseável por essa razão. Nesse sentido, a *legitimidade* do tipo descritivo *dominação* significa, em sentido estritamente sociológico, a possibilidade (e não o *fundamento*) de que um comando encontre obediência (WEBER, 2004, p. 171). Assim, segundo Weber, podemos tratar de três tipos puros de dominação legítima. Ou seja, ele apresenta três esquemas meramente ideais para tipificar circunstâncias segundo as quais poderíamos inferir que comandos possivelmente encontrariam obediência. Esses tipos são bastante

controle, poder ou então, mui literalmente *assenhoragem* (mais do que simplesmente *assenhoramento*). Devemos observar que, visivelmente buscando evitar certas conotações antiquadas dessas categorizações, Parsons resolveu traduzir o termo *Herrschaft* com uma locução bem mais imparcial - talvez ao ponto de cinismo - de *imperative coordination* (WEBER, 1964).

conhecidos - dominação carismática, tradicional e racional (legal) - e com certeza já foram exaustivamente discutidos por inúmeras pessoas, portanto não serão pormenorizados aqui. O importante é notar que aqui reencontramo-nos com o *drift* tematizado por Sciulli.

Na Sociedade moderna, segundo Weber, seria possível observar que as motivações dos comportamentos individuais dos diversos atores sociais²⁷ tendem, cada vez mais, a decorrerem de uma conjunção dos seus próprios interesses pessoais imediatos²⁸, conjugados com a institucionalização de mecanismos de mediação racional do inevitável choque dos seus interesses pessoais com os de outros atores. Na medida em que a sociedade moderna se complexifica e diferencia internamente, as possibilidades de comportamentos recíprocos se multiplicam e exigem a especialização institucional de mediação comportamental nos mais diversos âmbitos de vida. Isso significa, acima de tudo, a multiplicação de tecnologias estatutárias de mediação formal de expectativas e controle social do comportamento humano, as quais se manifestam fenomenicamente, em sua forma mais pura, como uma rede heterárquica de associações (*Verband*) profissionalizadas que podem ser combinadamente autocéfalas ou heterocéfalas ao mesmo tempo em que autônomas ou heterônomas²⁹. Na medida em que o funcionamento dessas associações vai perdendo seus fundamentos afetivocarismáticos ou então histórico-tradicionais, a legitimidade delas passa a estar tão mais atrelada

²⁷ Estamos propositalmente evitando aqui a discussão weberiana acerca do conceito elementar de ação social, mas ele certamente está pressuposto aqui e, talvez, certas dificuldades de compreender esse esquema lógico decorra de sobreolharmos essa circunstância.

²⁸ Interesses racionais com respeito à objetivos (*zweckrationalen*) ou racionais com respeito à valores (*wertrationalen*), mas não meramente afetivos, tradicionais ou, de qualquer outra maneira, irracionais.

²⁹ Autonomia significa que a associação é auto-fundada, ao passo que a existência de associações heterônomas é produto de uma hetero-institucionalização, por assim dizer. Autocefalia é a circunstância de que a associação determina a composição de seu quadro administrativo (especialmente seus dirigentes); heterocefalia significa que ao menos os seus dirigentes superiores são determinados por instituições externas. Os tipos são importantes, mas não fundamentais para esta apresentação; maiores explicações podem ser procuradas no início de *Economia e Sociedade* (WEBER, 2004, especialmente pp. 40 e ss.).

a arranjos meramente formais-institucionais, o que significa dizer: em prerrogativas e direitos instituídos estatutariamente ou contratualmente. Desse modo, a possibilidade real de dominação decorre cada vez mais da interdependência funcional de diversas unidades administrativas articuladas institucionalmente. Sintetizaríamos essa tendência histórica com seguinte fórmula provisória: a ágora e o púlpito cedem lugar ao gabinete e ao escritório (*bureau*) moderno. Weber chega a conclusão, por isso mesmo, de que a forma moderna de dominação legal-racional encontra sua manifestação mais perfeita na *buro*-cracia moderna.

É precisamente neste ponto em que as preocupações teórico-críticas de Sciulli encontram com as de Weber. Os tipos provisórios *ágora* e *púlpito*, do qual acabamos de lançar mão, bem como também a figura do *gabinete*, servirão para ilustrar este encontro. Encontraríamos na ágora um local de livre circulação de significados no qual o cidadão politicamente interessado pode *categorizar*; em sentido aristotélico: ele pode indicar coisas (*ousíes, substantiae*) e predicá-las segundo critérios que poderiam (ou não) encontrar respaldo (reconhecimento) no entendimento comum dos seus semelhantes. Para Weber, estaríamos diante de uma demonstração pública de extraordinária qualidade pessoal, o que implica, naturalmente, em *carisma*; para Sciulli, estaríamos diante de uma situação em que um grupo heterogêneo de atores concorre pacificamente para “descrever e explicar (ou criar e preservar) fenômenos qualitativos [presentes] na vida social ou em eventos naturais” (SCIULLI, 1992, p. 80 e 164-5), assegurando, assim, a integridade do limiar de interpretabilidade dos *shared social duties*.

Algo um pouco diferente ocorre na situação de um público perante o púlpito. Nessa circunstância encontraríamos uma autoridade carismático-tradicional *pregando* para atores heterogêneos, agora em situação de passividade, descrições e explicações (*coisas e predicamentos*), ou então,

nas palavras de Sciulli: “criando e preservando qualidades” de modo a gerenciar expectativas socialmente contingentes de comportamento e deveres compartilhados. Nesse sentido, ainda que não haja participação ativa da audiência, e mesmo que ela secretamente discorde do que está sendo dito, ainda se poderia dizer que “a set of shared social duties is capable of being recognized and understood [...] in common” (SCIULLI, 1992, p. 30) por grupos e atores sociais heterogêneos. Desse modo, o púlpito aparece como um mecanismo integrativo de restrição não-racional (externo) de excessos arbitrários, sejam eles propositais ou inadvertidos. Para Weber, contudo, o púlpito seria somente mais uma ferramenta, como qualquer outra, de dominação carismática.

Finalmente, a grande novidade do *gabinete* administrativo significa que, por um lado (para Weber), o ator social pode coordenar o comportamento de terceiros, desde que permaneça dentro dos limites de suas competências funcionais, sem a necessidade de demonstrar virtude e capacidade extraordinárias (carisma). Por outro lado (para Sciulli), a novidade significa que arranjos institucionais podem ser elaborados sem a necessidade de “reconhecimento e entendimento [...] em comum” por parte dos grupos e atores sociais heterogêneos aos quais são destinados esses arranjos.

A partir deste momento, no entanto, as opiniões de Weber e Sciulli aparentemente divergem. Sciulli, segundo as categorias de seu constitucionalismo societal, enxergaria na generalização histórico-institucional do *gabinete administrativo* a realização histórica do crescente *autoritarismo social*, e repreenderia igualmente o velho constitucionalismo governamental e o liberalismo lockeano por não serem conceitualmente capazes de combater senão os excessos *públicos* de exacerbação política, supostamente falhando em perceber o perigo de altos graus de arbitrariedade privada. Para ele, como vimos, a possibilidade

integrativa de ordem social repousa no exercício de institucionalização de formações colegiadas - seja em âmbito público ou privado - nas quais profissionais especializados se ocupariam de gerenciar procedimentalmente as expectativas socialmente contingentes de deveres recíprocos simplesmente por existirem institucionalmente e deliberarem (entre eles) acerca de *o que são as coisas* e *o que elas significam*.

A situação é bastante diferente em Weber. A questão para ele é que *as autoridades*, independentemente de serem carismáticas, tradicionais ou legal-burocráticas, *são autoridades*. Ao menos isso foi o que Sciulli entendeu: para Weber, é impossível contornar (internamente, diria Sciulli) o exercício da dominação senão por outras estratégias de dominação - o que redundaria na reprodução e desenvolvimento histórico dos mecanismos burocráticos de dominação racional. E se, desde uma perspectiva descritiva de arranjos, a dominação aparece como sendo simplesmente *possível* (em função de certas circunstâncias discrimináveis), desde uma perspectiva eminentemente prática, a dominação é, na verdade, *inevitável*. Dominação ou violência: eis a alternativa. Uma alternativa que, além de triste, é certamente passageira, visto que, segundo Weber, nem mesmo a dominação carismático-revolucionária pode persistir sem ser tradicionalmente ou legalmente rotinizada.

Todavia, ocorre o seguinte: o tipo legal-burocrático de dominação é simplesmente um sentido eminentemente teórico segundo o qual o sociólogo ajusta descrições de um dilema prático inevitável. Weber insiste que a dominação não existe jamais na sua forma *pura* de modo incontroverso. De modo especial, ele se ocupa das maneiras segundo as quais o carisma é rotinizado (reinterpretado) em arranjos de dominação tradicionais e legal-rationais. A razão (nem tão) discreta desse exercício é que, segundo ele (e Sciulli o sabe), existe manifesta a possibilidade de

arranjos institucionais que rotinizam o carisma de modo à reduzir ou mitigar sua tendência tipicamente autoritária. É disso que ele trata sob a locução de *rotinização não-autoritária do carisma*³⁰. E aqui, uma palavra que havia ficado um tanto obscura em Sciulli - *reconhecimento* (ver acima) - aparece como o termo certo para esclarecer a disputa:

El principio carismático de legitimidad interpretado según su sentido originário de modo autoritário [*autoritär*], puede ser reinterpretado en forma antiautoritaria [*antiautoritär*], pues la validez de hecho de la autoridad carismática descansa en realidad por completo sobre el reconocimiento [*Anerkennung*], condicionado por la “corroboración”, de los dominados, que ciertamente tiene carácter de *deber* frente a los calificados y, *por lo tanto, legítimos*. (WEBER, 2004, p. 214)

Nesse sentido, é verdade que Weber considera como formas não-autoritárias de rotinização do carisma, por exemplo, formas de divisão de poderes ou então formações colegiadas (WEBER, 2004, pp. 217 e ss.), dentre outras. Inclusive, ele discute essas formas em um único tópico comum, e isso em virtude do seu entendimento um tanto peculiar desses tipos; o caso é mesmo o de não existir nenhuma diferença fundamental entre eles. A essência, tanto das formações colegiadas, quanto da divisão formal de poderes, é a relativização da dominação monocrática - de uma única pessoa, um *soberano*. No tópico sobre formações colegiadas, ele articula uma série de exemplos historicamente plausíveis e os categoriza,

³⁰ Mais uma nota semântica se faz necessária, dessa vez com respeito ao termo *herrschaftsfremde*. Notem que Weber não usa, no título, a palavra *antiautoritär* que aparecerá logo em seguida, mas sim *herrschaftsfremde*. Ele a usa no sentido de *não-dominação* (algo como *estranho-à-dominação*), que, em seguida, faz realmente equivaler à *anti-autoritarismo*. Ele nunca deixa perfeitamente clara a razão dessa opção terminológica. Acontece que Weber, como veremos, considera mesmo que certas maneiras de rotinização do carisma tem o efeito real de minimizar a dominação (*minimierung der herrschaftsgewalt*) nos termos anteriormente tratados - e, nesse sentido, são sem dúvida *anti-autoritárias*. Isso porque, independentemente da continuidade da figura de um *Herr*, ao menos em sentido formal, estes certos arranjos asseguram que a máxima observada pelo comportamento de certos atores decorra, em alguma medida, de seus próprios comportamentos socialmente significativos. Simplificando: esses arranjos asseguram, em certa medida, que os certos atores sociais *obedeçam*, paradoxalmente, *a si mesmos*.

e eles abrangeriam desde formações colegiadas meramente consultivas, passando por formações de votação, alcançando a situação específica de que, ao lado de uma autoridade monocrática, exista outra autoridade igualmente monocrática concorrendo para a produção das decisões politicamente vinculantes. Nesse último sentido, os exemplos romanos do duplo consulado e do tribunato da plebe são convenientes: o duplo consulado implica na existência de duas magistraturas que (ao menos no início da república) não eram funcionalmente diferenciadas, de modo que o exercício natural de *imperium* de uma tendia a minimizar o da outra; o tribuno da plebe é um exemplo ainda mais interessante pois, em que pese ser uma magistratura monocrática eletiva em *concilium plebis*, ele possuía uma prerrogativa meramente interventiva (*intercessio*) que suspendia os efeitos das decisões de quaisquer outras magistraturas, o que abrangia certamente também o *praetoria potestas* e o *consulae imperium*, embora provavelmente não os atos dos ditadores. Isso nos leva a divisão formal de poderes, que é a técnica legal especificamente moderna de distinção estatutária (por ex.: constitucional) de magistraturas segundo função, ou seja, segundo critérios especializados de competência jurídica. Cada uma dessas magistraturas especializadas pode aparecer como uma magistratura monocrática (presidente, ministro, delegado, etc.) ou como um corpo colegiado deliberativo (parlamento legislativo, conselhos de pesquisa, quadro de diretores, etc.). Em síntese, onde houver técnicas institucionais de mitigação do domínio monocrático, temos formações colegiadas ou divisão formal de poderes, o que evidentemente destoa da concepção de Sciulli - não que Weber não tenha contemplado, em seus exemplos, um tipo bem próximo ao almejado por Sciulli³¹.

³¹ “Algo completamente diferente significa el caso en que una magistratura exista una *colegialidad especificada*, es decir, en que la preparación y la propuesta de las cuestiones de su competencia se confía a *expertos* - en ocasiones

A questão derradeira, no entanto, sobre a qual devemos insistir é a seguinte:

La colegialidad no es en absoluto *nada* específicamente “democrático”. Allí donde las capas privilegiadas intentaron asegurarse contra la amenaza de las que se encontraban en una situación de privilegio negativo trataron siempre - y tenían que hacerlo - de impedir que surgiera un poder de mando monocrático que pudiera apoyarse en estas últimas; por tanto, junto a la *igualdad* rigurosa de los privilegiados [...] siempre trataron de crear y mantener magistraturas colegiadas con facultades de control y de decisión absoluta. (WEBER, 2004, p.223)

É difícil para nós entender o quanto a demanda de Sciulli, aquela de instituir formações colegiadas capazes de “criar e manter” (SCIULLI, 1992, no original: *create and maintain*, p. 80 e 164-5) expectativas comportamentais comumente reconhecidas, não é também uma demanda dele próprio, enquanto ator privilegiado, de “criar e manter” (WEBER, 2004, no original: *geschaffen und aufrechterhalten*, p. 223) magistraturas colegiadas que mitiguem a ameaça de participação política dos atores e grupos heterogeneos menos privilegiados. Essa não é uma discussão meramente teórica, mas efetivamente política. E o problema aqui, indicado em comum por Sciulli e Weber, é o “reconhecimento” (*recognition; Anerkennung*) “em comum” dos atores “heterogêneos” que terão de “obedecer” às disposições normativas. O problema é de *democracia*.

Não que Weber fosse um grande entusiasta do que ele entendia por democracia. Ele sabia, contudo, que “la ‘democracia’ en quanto tal, a pesar de fomentar inevitablemente y sin quererlo la burocratización, es enemiga

en un mismo asunto a distintos técnicos -, pero en la que la decisión queda a la votación de la totalidad de los miembros.” (WEBER, 2004, p. 218)

del ‘dominio’ de la burocracia, y a este efecto opone muy sensibles obstáculos e inconvenientes a la organización burocrática” (WEBER, 2004, p. 743), o que Sciulli, por sua vez, não parecia capaz de admitir, ao menos não - como sói dizer-se - *de peito aberto*. O problema de Weber com o regime democrático, de fato, nem sequer decorria do inadvertido acréscimo de burocracia - que a essa altura precisa ser dito: preocupou muito mais Sciulli que o próprio Weber. O que (eu imagino que) preocupava Weber era aquilo que ele chamou de *Führer-Demokratie* (*democracia de líderes*). Sendo um grande conhecedor dos demagogos da antiguidade, e assistindo silencioso eles renascerem nas novas democracias modernas (primeiramente nos EU, e, então recentemente, na sua própria Alemanha), seria mais correto supor que o que Weber temia, na verdade, era o ressurgimento do usurpador revolucionário-carismático (o *Führer*), aquele que, por meio de seu carisma, desmonta as estruturas de poder tradicionais e burocráticas - embora Weber, é verdade, diferentemente de Sciulli, não estivesse entusiasmado com o prospecto de reafirmação do papel da tradição (nem enquanto integridade). Democracias de líderes, no entanto, ele reconhecia, eram profundamente democráticas (se não em *substância*, ao menos em *forma*) no sentido de que, ao menos em seu berço, elas tinham no plebiscito popular um instrumento legitimante. Ele, como se sabe, não viveria para ver seus maiores medos se concretizando em 1933, quando, na Alemanha, um instrumento plebiscitário atribuiria formalmente poderes extraordinários à um líder carismático.

A essência do problema da *Führer-Demokratie*, tal como Weber percebera, é que ela é democrática somente em *forma*. Ela coloca a possibilidade de dominação inteiramente na potência *reconhecidamente* carismática de uma magistratura monocrática - *soberana*, alguém diria -, a qual sequestra toda possibilidade de reconhecimento futuro, e aí então

já não haverá estatutos aos quais recorrer. Em síntese, um ato de não-obediência, ou de auto-obediência relativa (o plebiscito), condiciona toda (hetero-)obediência futura. Por outro lado, é claro que, ao menos para Weber, existem demandas democráticas que poderiam ser consideradas como *substantivamente* anti-autoritárias em essência. Uma democracia assim informada por mecanismos anti-autoritários de rotinização do carisma seria uma *führerlosen Demokratie* (democracia sem líderes), um tipo fundamentalmente oposto à *Führer-Demokratie*. Uma democracia sem líderes seria “caracterizada por el esfuerzo por *aminorar la dominación* [*Minimisierung der Herrschaft*] de unos hombres sobre otros” (WEBER, 2004), p. 216). Em nota aos politólogos e juristas atentos, lembro que Kelsen, mais tarde, usaria argumentos muito parecidos, embora com um tom muito mais indisfarçadamente crítico³².

Se é verdade que formações colegiadas, ou então a divisão de poderes, podem ser tomados por procedimentos anti-monocráticos e tendencialmente anti-autoritários, é verdade também que eles acabam se convertendo em instituições características de uma *führerlosen Demokratie*. Por outro lado, nada impede que restrições substantivas - como os direitos fundamentais sobre os quais Kelsen insistira um pouco anteriormente (KELSEN, 1920, p. 12) - não sejam tão importantes - e, de fato, até mais importantes (!) - para a formação de uma democracia sem líderes. Uma democracia sem líderes, por essência, incorpora mecanismos de minimização da dominação de homens sobre homens; e, nesse sentido, não há por que falar-se em um único mecanismo universalmente eficaz para tanto.

³² “Uma vez que princípio de liberdade e igualdade tende a *minimizar a dominação*, a democracia não pode ser uma dominação absoluta, nem mesmo uma dominação absoluta da maioria.” (KELSEN, 2000, p. 182, grifo nosso)

Conclusão

Concluo sem grandes voltas essa exposição do que me pareceu ser somente uma interessante intertextualidade, e nada mais. Não buscarei sugerir, de modo até um tanto pedante, que algo de grandioso ou fundamental tenha sido esclarecido de modo único ou inédito. Ou então que algo tenha sido revelado sobre o constitucionalismo societal corrente. De fato, o texto de Sciulli já parece um assunto pequeno no contexto das novas tratativas. Talvez o leitor encontre a oportunidade de imaginar neste pequeno debate de ideias um estudo de caso, um episódio ou um sintoma de forças mais abrangentes, espíritos mais universais ou então a presença dos paradigmas rangendo e transformando-se com cada nova palavra. De minha parte, simplesmente disse o que eu tinha interesse em dizer, e agora me ponho à disposição para ouvir.

Talvez houvesse mais que pudesse ser dito, mas não me parecia conveniente alongar demais o escrito. O assunto do texto, afinal de contas, é como um convidado em uma reunião de trabalho. Deve dizer somente aquilo que foi solicitado dele e não tomar demais a atenção, com suas anedotas e pequenas observações, daqueles que tem outros assuntos pendentes.

Referências

DURKHEIM, Émile. **Sociology and Philosophy**. New York: Free Press, 1974.

_____. **Elementary Forms Of The Religious Life**. New York: Free Press, 1995.

_____. **Sociologia e Pragmatismo**. Florianópolis/Tubarão: UFSC/Unisul, 2004.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RADCLIFFE-BROWN, Alfred R. **Structure and Function in Primitive Society: Essays and Addresses**. Glencoe: Free Press, 1952.

SCIULLI, David. **Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory**. New York, Port Chester, Melbourne, Sydney: Cambridge University Press, 1992.

_____. **Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism**. New York: NYU Press, 2001.

WEBER, Max. **From Max Weber: Essays in Sociology**. New York: Oxford University Press, 1946.

_____. **Theory of Social and Economic Organization**. New York: Free Press, 1964.

_____. **The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism**. London and New York: Routledge, 2001.

_____. **Economía y Sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

Teoria dos sistemas e constitucionalismo digital ¹

*Leonel Severo Rocha*²
*Ariel Augusto Lira de Moura*³

Introdução

A semântica do constitucionalismo está historicamente conectada à problemática da organização (“controle”) do poder e a garantia de direitos fundamentais no Estado nacional. Porém, diante das modificações sociais impostas pela globalização, nomeadamente a participação de atores nacionais e internacionais, públicos e privados, nos processos jurídicos e políticos, surge a necessidade de se repensar as questões constitucionais. Neste contexto, a sociologia do constitucionalismo, na qual se insere a proposta do constitucionalismo social de Teubner, apresenta-se como uma forte alternativa às teorias políticas e jurídicas tradicionais, pois – dentre outras diferenças metodológicas – seus fundamentos estão na sociedade, antes do que no próprio Estado.

Nessa continuidade, o problema que orienta este artigo é a possibilidade de se pensar o constitucionalismo no âmbito digital e, mais especificamente, uma constituição para a internet. Soma-se, dessa forma, ao problema da intensificação da globalização, as dinâmicas e novas

¹ O presente artigo é fruto parcial do Projeto de Pesquisa “Constitucionalismo Digital em um Sistema Social Global” (CNPq - 1000639003).

² Doutor pela École des Hautes études en Sciences Sociales (Ehess), com estudos de pós-doutorado em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce na Itália. Professor titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (mestrado e doutorado) e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) – Nível 1D. E-mail: leonel@unisinis.br

³ Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, bolsista PROEX/CAPES, membro do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito (CNPq), sob orientação do Prof. Dr. Leonel Severo Rocha. E-mail: ari.mourao6@gmail.com

formas de organização da comunicação mediada pelo computador. Nesse sentido, a ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) e a governança global da rede de nomes de domínios é o exemplo central. A metodologia utilizada é a pragmático-sistêmica de Leonel Severo Rocha, aliada a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Busca-se navegar nas diversas observações da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, Gunther Teubner e Thomas Vesting.

Dessa forma, o tópico inicial destina-se a compreensão do pensamento luhmanniano sobre a Constituição. Nesse momento, a distinção centro/periferia, o conceito de acoplamentos estruturais e os paradoxos fundantes dos sistemas jurídico e político apresentam-se como questões centrais. Após, desenvolve-se as observações de Teubner sobre a constituição na globalização. O instrumental teórico desenvolvido é, então, aplicado à observação da constitucionalização da ICANN e à governança da rede de nomes de domínios, caso central para o constitucionalismo digital. Aqui, a jurisdição da ICANN e a discussão sobre direitos fundamentais recebem especial atenção. Por fim, amplia-se a observação desse exemplo central para a indagação sobre a possibilidade de uma constituição para a internet. A proposta de Teubner é então reavaliada e complementada por meio do conceito luhmanniano de acoplamentos frouxos, referentes aos meios de comunicação, e das recentes lições de Thomas Vesting sobre a cultura das redes.

1 Niklas Luhmann: direito, política, constituição e Estado

O surgimento do constitucionalismo moderno se inscreve no contexto de constituição de um novo imaginário histórico e social no qual se dissolvem os grandes marcos de referência da certeza e se institui a

nova forma de sociedade democrática.⁴ A garantia dessa nova forma de organização social pelo Estado liberal fora operacionalizada via codificação de direitos fundamentais em uma constituição escrita que reconhecia a soberania da nação – *vide* o poder constituinte de Sieyès e/ou a vontade geral de Rousseau.⁵ Nesse sentido, verifica-se que essa semântica constitucional tradicional, conectada ao Estado-nação, ainda se mantém com a continuidade de uma observação técnico-jurídica baseada na matriz analítica do direito (positivismo).⁶

A sociologia do constitucionalismo, a fim de romper com esse “nacionalismo metodológico”,⁷ busca construir novas formas de se observar o fenômeno constitucional em uma realidade globalizada, na qual atores públicos e privados, estatais e não estatais, participam dos processos políticos e jurídicos ao redor do globo.⁸ Nesse sentido, encontram-se as propostas de Febrajo,⁹ Thornhill,¹⁰ Teubner¹¹ e Neves¹², os quais tem em comum o fato de partirem, ao menos de início, da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann.¹³ A necessidade (ou não) do Estado para se pensar a constituição é, então, um dos pontos centrais a

⁴ LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

⁵ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2001; ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

⁶ COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. Sociologia das constituições: o constitucionalismo entre o normativismo e a teoria sistêmica. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, v. 4, n.1, jan./jul. 2018. p. 38-56. Disponível em: <https://bit.ly/3eXqjBE>. Acesso em: 7 fev. 2021.

⁷ BECK, Ulrich. The cosmopolitan condition: why methodological nationalism fails. **Theory, Culture & Society**, v. 24, n. 7-8, dec. 2007. p. 286-290.

⁸ ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo social**: constituição na globalização. Curitiba: Appris, 2018.

⁹ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**: constituição e teoria dos sistemas. Curitiba: Juruá, 2016.

¹⁰ THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions**: social foundations of post-national legal structure. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. v. 2.

¹¹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

¹³ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006.

serem enfrentados na reflexão sobre um constitucionalismo no âmbito global, e, principalmente, no ciberespaço.

Na teoria “pós-ontológica” de Luhmann,¹⁴ os sistemas político e jurídico não têm seu fundamento último no contrato social (Hobbes, Locke, Rousseau), no sujeito transcendental (Kant), em um espírito que se realiza na história (Hegel) ou na livre vontade (positivismo).¹⁵ O seu construtivismo operativo é um método que coloca a distinção (forma) e o paradoxo no “início” de cada observação, como se esclarece a seguir.¹⁶ Direito e política são (sub) sistemas (mundiais) de comunicação que constroem seus sentidos específicos (identidade) diferenciando-se de seu ambiente (sociedade) a fim realizar funções próprias na sociedade – o resguardo jurídico das expectativas e o decidir coletivamente vinculante, respectivamente.¹⁷

Eles são, dessa forma, operativamente fechados, pois a rede recursiva das comunicações jurídicas e políticas apenas se conectam com suas próprias operações. E, também, cognitivamente abertos, para que seja possível a própria distinção diretriz sistema/ambiente, a qual precisa perceber a irritação (comunicação) ambiental (social). Ressalta-se que a “unidade” dos sistemas aparece apenas como a auto-observação (observação de 2ª ordem)¹⁸ que reconhece que todas as suas operações se referem à um código próprio (Direito/Não-Direito; Poder/Não-Poder).¹⁹

¹⁴ CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só-efetuação. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

¹⁵ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁶ ROCHA, Leonel Severo. Observação luhmanniana. In: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. [e-book]. n. 15. São Leopoldo: Karywa; UNISINOS, 2019. p. 200-232. Disponível em: <https://bit.ly/3o8kAP9>. Acesso em: 1 jan. 2021.

¹⁷ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006.

¹⁸ FOERSTER, Heinz von. Cybernetics of cybernetics. In: KRIPPENDORFF, Klaus. **Communication and control in society**. New York: Gordon and Breach, 1979. p. 5-8. Disponível em: <https://cepa.info/fulltexts/1707.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2021.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

Nessa continuidade, Luhmann afirma que, ao contrário de Kelsen, a unidade do direito não é uma premissa operativa. Ela é apenas o objeto de uma observação ou descrição, ou seja, o direito não necessita se organizar hierarquicamente para se identificar. Descreve-se, de maneira oposta, a organização heterárquica da rede recursiva das comunicações jurídicas. A constituição (ou, epistemologicamente, a norma fundamental) que ficava no ápice do sistema jurídico (ou da cognição jurídica), é substituída, por Luhmann, pela referência das operações do sistema a um código próprio, cuja aplicação a si mesmo gera um paradoxo fundamental. Nessa lógica, a constituição se localiza na periferia do sistema jurídico em um acoplamento estrutural com a política, enquanto a organização que se encontra no centro é o tribunal. Desse modo, a relação entre legislação (e constituição) e a decisão jurídica nos tribunais é circular (restrição recíproca), não hierárquica.²⁰

O direito é um sistema autopoietico, que reproduz suas condições de reprodutibilidade por meio de seus próprios elementos (comunicações jurídicas). Explica-se que a aplicação da teoria da autopoiese de Maturana e Varela²¹ por Luhmann intenta trazer luz a organização em rede dos sistemas, cujas operações usam-se de estruturas que são sempre modificadas. Dessa forma, ele ressalta a relação circular entre operação e estrutura, entre a operação que pressupõe a estrutura e que a modifica a cada nova utilização. A única coisa que se mantém no sistema, então, é a própria mudança, ou seja, a organização autopoietica.²² A operacionalização da distinção sistema/ambiente torna o sistema

²⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016

²¹ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De máquinas y seres vivos**: autopoiesis: la organización de lo vivo. 6. ed. Buenos Aires: Lumen, 2003.

²² ROCHA, Leonel Severo. Direito e autopoiese. In: STRECK, Lenio Luís; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. n.13. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2017. p. 123-136.

dependente do ambiente, mas como resultado do fechamento operativo não há uma comunicação (ou, de qualquer modo, uma transferência de informação) entre eles.

O conceito de acoplamento estrutural, que explica o que é e qual a função da constituição, é a estrutura que condensa e direciona a irritação entre um sistema e um ambiente específico, de forma a facilitar a identificação de prestações entre eles.²³ A constituição é, nessa perspectiva, uma aquisição evolutiva moderna que religa os sistemas do direito e da política ao mesmo tempo em que reforça o processo de diferenciação funcional entre eles. Ela não é planejada, mas sim representa uma nova forma de construir sentido (interno aos sistemas) nessa relação.²⁴ Uma semântica que já estava se construindo a alguns séculos antes de se estruturar no Estado a partir das revoluções liberais do século XVIII, e que vai se consolidar com a passar do tempo.²⁵ Assim, ensina Luhmann:

O acoplamento estrutural entre direito e política se regula pela Constituição. Por um lado, a Constituição (se é que funciona!) vincula o sistema político com o direito, com a consequência de que ações contrárias à lei comportem o fracasso político; e – por outro – a Constituição faz possível que o sistema jurídico seja preenchido de inovações mediante uma legislação politicamente induzida – o que, por sua vez, se atribui como êxito ou fracasso à política. Desse modo, a transformação de direito em direito positivo (*Positivierung des*

²³ O par conceitual integração/diferenciação da sociologia clássica é substituído por Luhmann, justamente, pela forma autopoiese/acoplamento estrutural. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. Ou, de outra forma, “[...] a abertura só se faz possível com base no fechamento”. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 102.

²⁴ LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. **Rechtshistorisches Journal**, [S.I.], v. 9, 1990, p. 176-220. Disponível em: <https://bit.ly/2T2aBQ9>. Acesso em: 1 fev. 2021.

²⁵ ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. As constituições em Niklas Luhmann: pressupostos sociológico-sistêmicos para observar o constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Atualidade da constituição: o constitucionalismo em Luhmann**, Febbrajo, Teubner e Vesting. Porto Alegre: Fi, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/35juPXZ>. Acesso em: 1 jan. 2020.

Rechts) e a democratização da política estão estritamente relacionados.²⁶ (tradução nossa). (grifo do autor).

A constituição possibilita o direito e a política lidarem conjuntamente com seus respectivos paradoxos de autofunda(menta)ção por meio da externalização, de um ao outro. Quer dizer, os problemas de autorreferência de uma política democrática que se autolegitima e de um direito positivo que é criado e vige por conta própria apoiam-se mutuamente pela estrutura constitucional. Ou, de outra forma, os códigos direito/não-direito e poder/não-poder tem suas (in)dependências reguladas pelo código constitucional/inconstitucional. Por isso, constata-se que a constituição (“em si”) não resolve o problema dos paradoxos, mas sim auxilia a resolução interna pelos próprios sistemas envolvidos. Ela apenas apresenta uma distinção adicional (à Direito/Política; Sistema/Ambiente) para desdobrar o paradoxo, torna-lo utilizável, e não permitir um “curto-circuito”. Raciocínio paradoxal (sendo redundante) que é típico dessa teoria:

Nada é mais antissistema do que paradoxos. Eles levam apenas à contradição, inconsistência, caos, paralise e horror [...] [a] teoria dos sistemas vê, nos paradoxos que surgem da autorreferência, não um ponto final, mas o ponto de partida para a evolução [...].²⁷ (tradução nossa).

²⁶ “El acoplamiento entre derecho y política se regula por la Constitución. Por un lado, la Constitución (¡si es que funciona!) vincula al sistema político con el derecho, con la consecuencia de que acciones contrarias a la ley comportan el fracaso político; y —por otro— la Constitución hace posible que el sistema jurídico se llene de innovaciones mediante una legislación políticamente inducida—lo cual a su vez se atribuye como éxito o fracaso a la política. De este modo, la transformación del derecho en derecho positivo (*Positivierung des Rechts*) y la democratización de la política están estrechamente relacionados”. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 620.

²⁷ “Nothing is more anti-system than paradoxes. They lead only into contradiction, inconsistency, chaos, paralysis, and horror [...] [the] systems theory sees in the paradoxes arising from self-reference not an endpoint, but the starting-point for further evolution”. PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (ed.). **Paradoxes and Inconsistencies in the Law**. Oxford: Hart, 2005. p. 52-53.

Na realidade, a grande contribuição da Constituição – para além da instituição dos direitos fundamentais, posteriormente explicitadas a partir da forma inclusão/exclusão – sempre foi definir procedimentos formais para a tomada de decisão no Estado. A constituição limita as possibilidades (premissas) de decisão na administração estatal e nos tribunais (“autocontrole constitucional recíproco”) como pré-condição da liberdade necessária à tomada de decisão.²⁸ Isso é assim porque as organizações são um tipo diferente de sistema social. Elas possuem a capacidade de decidir e de comunicarem sua decisão ao ambiente.²⁹ Deste modo, o paradoxo de autofunda(menta)ção do direito e da política traduz-se na indeterminação fundamental da decisão nesses sistemas e, portanto, é diluído e reconstruído a todo momento internamente, apesar da ficção da externalização. Explica King e Thornhill que a

[...] legitimidade é sempre uma variável arbitrária, dependente da autoestabilização momentânea e contingente do sistema como ordem, e [...] legalidade, longe de ser a medida da legitimidade, é meramente o meio universalizado e transmissor dessa variável [...].³⁰ (tradução nossa).

Os “valores” constitucionais “legitimam” as decisões da administração pública, mas não as controlam, o que ocorre também com a decisão no sistema jurídico (tribunal), inclusive com as regras (jurídicas) em geral.³¹ O direito positivo é o direito estatuído por força própria. Porém, o sentido do direito não pode ser explicado por meio de uma relação causal

²⁸ CORSI, Giancarlo. On paradoxes in constitutions. In: FEBBRAJO, Alberto; CORSI, Giancarlo (ed.). **Sociology of constitutions: a paradoxical perspective**. London; New York: Routledge, 2016. p. 11-29.

²⁹ LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2010.

³⁰ “[...] legitimacy is always an arbitrary variable, depending on the system’s momentary contingent self-stabilization as order, and [...] legality, far from being the gauge of legitimacy, is merely the universalized medium and transmitter of this variable [...]”. KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann’s theory of politics and law**. New York: Palgrave Macmillan, 2003. p. 181.

³¹ CORSI, Giancarlo. On paradoxes in constitutions. In: FEBBRAJO, Alberto; CORSI, Giancarlo (ed.). **Sociology of constitutions: a paradoxical perspective**. London; New York: Routledge, 2016. p. 11-29.

– com o poder legislativo ou a constituição, por exemplo. Luhmann afirma que a positividade do direito significa que “[...] o direito não é só *estatuído* [...] através de decisões, mas também *vige* por força de decisões (sendo então contingente e modificável)”.³² Nesse sentido, leciona-se que:

Na sociedade moderna, diferenciada, não se pode mais pensar em critérios de verdade necessária ou impossível; mas somente possível. A forma de sociedade moderna tem de enfrentar assim a complexidade produzida pela possibilidade de se tomar decisões sempre diferentes [...] O Direito moderno [...] para sobreviver na sociedade indeterminada, será um Direito [...] construído por decisões.³³

O “[...] direito vale se o símbolo do valor for designado como vigente – caso contrário não valerá”.³⁴ Não há uma validade implícita na norma jurídica, mas sim ela deve ser reafirmada como vigente a cada operação (decisão) do sistema, assim como a legitimidade do poder estatal (das decisões estatais). A validade e o poder são, portanto, símbolos (meios de comunicação simbolicamente generalizados) que conservam e reproduzem a unidade dos sistemas político e jurídico na multiplicidade de suas operações, conectando-as. As comunicações (operações) jurídicas (políticas) são jurídicas (políticas) porque válidas (vinculantes coletivamente) e são válidas (vinculantes coletivamente) porque jurídicas (políticas). Assim, a validade “[...] é um símbolo da estabilidade dinâmica do sistema [...] a validade de amanhã é, mantendo-se a função simbólica, outra validade, pois, hoje, algo se decidirá”.³⁵ A questão sobre os tribunais

³² LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 10.

³³ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13.

³⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 42.

³⁵ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 142

é que eles traduzem o paradoxo do sistema jurídico no paradoxo decisório, como já se afirmou. Luhmann o apresenta da seguinte maneira:

Os tribunais devem decidir onde não se pode decidir; ou, em todo caso, decidem fora dos padrões aceitáveis de racionalidade. E, se não o podem, devem se esforçar para poder. Se não se encontra o direito, deve-se inventá-lo.³⁶

Esse fato é decorrência direta da vedação de denegação de justiça e da liberdade (restringida) necessária para se decidir justamente o que não se pode decidir. “E é essa tríade entre obrigatoriedade, liberdade e restrição que produz o direito”.³⁷ O que se tem tradicionalmente como fundamentação da decisão, nesse sentido, é o problema da fundação do direito, já que ele se constitui exatamente por decisões. Os motivos, na perspectiva luhmanniana, “[...] servem [...] para vinculação temporal, pois eles produzem uma memória do sistema, uma rede de conexões entre o comportamento passado e expectativas dirigidas ao futuro”.³⁸ Contudo, o que se deve destacar na teoria da argumentação é exatamente que o que “[...] argumentos *não podem* alcançar [...] é: alterar o símbolo de validade do direito”.³⁹ Então, conclui Luhmann:

[...] nem interpretação, nem argumentação em si mesmas alteram o direito. Elas não são formas de uma disposição que possa controlar o símbolo da validade do direito, mas comunicações que esclarecem as condições sob as quais tal disposição pode ser efetuada [...] Ela apenas prepara para a responsabilidade, mas não a assume. Não obstante, argumentos são operações

³⁶ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 423.

³⁷ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 406.

³⁸ ROCHA, Leonel Severo; de AZEVEDO, Guilherme. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoietica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 4, n. 2, jul./dez. 2012. p. 205. Disponível em: <https://bit.ly/31r3jx9>. Acesso em: 1 nov. 2020.

³⁹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 451.

do sistema, à medida que servem para limitar o escopo de decisões que em última instância têm de ser tomadas [...] o que ela produz pode ser destilado como regras e princípios, e disso resulta que a dogmática jurídica pode em si ser tratada, retroativamente, como ‘fonte do direito’.⁴⁰

Reafirma-se que a interpretação e a criação do direito por meio dos tribunais não são mais entendidas como uma relação vertical entre a regra e a aplicação da regra, pois na perspectiva horizontal o que se destaca é uma relação circular entre ambas. A hermenêutica jurídica, leciona Vesting,⁴¹ acentua a autonomia do juiz perante a lei, em um sentido próximo a que Kelsen reivindicava, clamando pela sua responsabilidade política. Porém, nem as teorias metodológicas, nem a noção de pré-compreensão histórica comum pode estabilizar a correlação entre regra e a cognição individual. Por isso a teoria “metodológica pós-moderna” de Luhmann enfoca na organização da decisão jurídica:

A teoria da interpretação precisa, então, ao invés de buscar soluções hermenêuticas substitutivas para o sistema político, aceitar a lacuna que o colapso do positivismo jurídico deixou: o negro instante da decisão, o momento de indecidibilidade.⁴²

Nas organizações, a incerteza do resultado e das consequências são trabalhadas no interior do processo (judicial, legislativo e democrático) a cada decisão parcial, de forma que a complexidade passa a ser determinável (reduzida).⁴³ Esse é o paradoxo do direito e da política na modernidade, contexto no qual a sociedade “[...] possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo que não cessa de produzi-

⁴⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 488-489.

⁴¹ VESTING, Thomas. **Teoria do direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 243-244.

⁴² VESTING, Thomas. **Teoria do direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 245.

⁴³ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

las”.⁴⁴ Nessa perspectiva, a hierarquia é, ainda, substituída por uma noção de tempo, pois a cada decisão gera-se uma diferença marcada no tempo (presente).⁴⁵

A questão da validade de um direito que opera de maneira recursiva “[...] determinando vizinhanças em forma de redes”, como afirma Luhmann,⁴⁶ será reformulada por Gunther Teubner. Afirma-se que o direito da globalização sofre um processo de dupla fragmentação (funcional e cultural) diante da policontextualidade social.⁴⁷ As diferentes formas de manejo do código jurídico, condicionadas pelas distintas formas que passa a se programar o seu código em relação aos diversos ambientes sociais, gera uma fragmentação que no plano nacional interno já era descrito pela teoria do “pluralismo jurídico”.⁴⁸ Adicionalmente a fragmentação do direito estatal, o direito para além do Estado também se fragmenta.⁴⁹ No panorama global, o símbolo da validade e o paradoxo do direito sem Estado será manejado por outros centros decisórios, cujo grande exemplo é o dos tribunais arbitrais internacionais.

De um lado, Luhmann concebe o direito e a política como sistemas globais de comunicação. De outro, a segmentação política (territorial) e a

⁴⁴ ROCHA, Leonel Severo. Teoria dos sistemas sociais autopoieticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2 ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2013. p. 336.

⁴⁵ ROCHA, Leonel Severo. Teoria dos sistemas sociais autopoieticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2 ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2013. p. 337.

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 192.

⁴⁷ TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Unimep: Piracicaba, 2005.

⁴⁸ TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Unimep: Piracicaba, 2005. p. 19-54. Sobre as favelas e a legalidade em “Pasargada”: SANTOS, Boaventura de Souza. **O direito dos oprimidos**. São Paulo: Cortez, 2015. Para uma aplicação dessa crônica reformulada por Teubner para leitura sobre a “operação lava-jato” no Brasil, ver: COSTA, Bernardo Leandro Carvalho.; ROCHA, Leonel Severo. A crônica de uma morte anunciada em Gunther Teubner e o papel dos atratores na articulação do direito regulatório na globalização. In: BARRETO, Vicente de Paulo; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra; DIAS, Paulo Thiago Fernandes (Org.). **Sentir o Direito**: pesquisa e cultura jurídicas na interação com cinema e literatura. Porto Alegre: Fi, 2020. p. 21-36.

⁴⁹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 46.

centralização das funções jurídico-políticas no Estado e suas organizações (Tribunais e Burocracia) foram essenciais para a própria diferenciação funcional. A grande questão hodierna é saber se a semântica constitucional pode ser estendida para lidar com as problemáticas globais atuais, já que ela é uma aquisição evolutiva consolidada estatalmente. Teubner, por meio de seu constitucionalismo social, responderá afirmativamente. Para ele, a desconstrução da hierarquia pela distinção centro/periferia descentraliza a politização da produção normativa, ou seja, retira a política do topo da hierarquia da produção de normas e a coloca em um mesmo nível que outros tipos de produção social de normas.⁵⁰ Abre-se espaço, assim, para outros tipos de acoplamentos com o direito que, segundo ele, são eminentemente constitucionais.⁵¹

2 Gunther Teubner: pluralismo constitucional, o paradoxo do direito sem Estado e a ICANN como caso central do constitucionalismo digital

O paradoxo do direito, e do direito constitucional, sem Estado encontra sua raiz no paradoxo histórico e semântico do próprio poder estatal. Explica-se. Apesar da Paz de Westphalia (1648) ser o grande marco para a soberania nacional, a consolidação do Estado moderno como uma instituição que possui o monopólio do poder não se encontrava nessa época – com exceção, talvez, da Inglaterra e do Sacro Império Romano-Germânico. No mesmo sentido, a pretensão de inclusão política com o ápice da concentração do poder no Estado só se verifica com a Primeira Guerra Mundial, e não imediatamente após as revoluções liberais do

⁵⁰ TEUBNER, Gunther. Breaking frames: economic globalization and the emergence of lex mercatória. **European journal of social theory**, New York, v. 5, n. 2, abr./jun. 2002, p. 199-217. Disponível em: <https://bit.ly/3IAROVE>. Acesso em: 1 fev. 2021.

⁵¹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

século XVIII e XIX.⁵² Nesse sentido, interessante é o esclarecimento de Luhmann:

[...] Quando um sistema autopoietico se fecha pela primeira vez ou afirma seu fechamento num contexto social radicalmente modificado, isso não se dá como uma reorganização ao modo de um plano, mas por uma reconstrução evolutiva das instalações já existentes.⁵³

No momento em que o Estado se transforma em Estado social, ele percebe que sozinho não consegue realizar todas as demandas de inclusão pretendidas. Segundo Thornhill, a falha das inclusões e a contínua extensão de novos estratos de direitos, que não puderam ser absorvidas pela maioria dos Estados, explica o início do movimento de sua internacionalização. Assim, no decorrer do século XX, as constituições dos Estados incorporaram elementos de direito internacional para lidar com problemas não só externos, como também internos de sua soberania.⁵⁴ Essas constatações servem, aqui, para ressaltar a paradoxal relação do poder com as instituições nas quais ele se investe, pois, a crise do Estado como a crise do monopólio político e suas categorias conceituais (território, soberania e nação) está presente desde sua concepção.⁵⁵

A “libertação cultural” provocada pelas revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX, com a inauguração de uma “sociedade de indivíduos”, já apresentava um grande desafio para o monopólio jurídico-político do Estado moderno. Vesting constata, nesse sentido, uma ambiguidade cultural, um

⁵² THORNHILL, Chris. The future of State. In: KJAER, Poul; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (ed.). **The financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation**. Oxford; Portland: Hart, 2011. p. 357-395.

⁵³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 326.

⁵⁴ THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions: social foundations of post-national legal structure**. v. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

⁵⁵ THORNHILL, Chris. The future of State. In: KJAER, Poul; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (ed.). **The financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation**. Oxford; Portland: Hart, 2011. p. 357-395.

constante oscilar entre “[...] a ideia de unidade e completude do conhecimento e correntes, ao que parece, infinitamente ramificadas de uma esfera pública que transcendem qualquer demarcação específica [...]”.⁵⁶ (tradução nossa). Nesse seguimento, destaca-se, no século XX, a passagem para uma “sociedade de organizações” na qual as práticas sociais e os conhecimentos a elas conectados reorganizam-se em grupos plurais.⁵⁷ Vesting disserta, então, sobre a presença de diversas constituições setoriais (sub-constituições), com direitos fundamentais orientado à grupos, no interior da constituição (alemã) de Weimar de 1919.⁵⁸

Teubner, por sua vez, verá na multiplicidade dos processos comunicativos o sentido de um pluralismo jurídico apto a mostrar a fragmentação do direito ainda dentro do Estado.⁵⁹ Diversos discursos jurídicos significam variadas formas de observação do código jurídico em ambientes próprios, ou seja, a relação do sistema jurídico é com “[...] ambientes ordenados fragmentariamente, em pedaços pequenos, sem que formem uma unidade ordenada de ambientes”.⁶⁰ (tradução nossa). Há uma pluralidade de processos culturais com normatizações próprias na sociedade (policontextualidade).⁶¹ Por essa razão, Teubner identifica um “pluralismo constitucional” latente já no âmbito do Estado social das primeiras décadas do século XX:

⁵⁶ “[...] the idea of the unity and completeness of knowledge and the seemingly endlessly branching currents of a public sphere that transcends any strict demarcation [...]”. VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2018. p. 395.

⁵⁷ VESTING, Thomas. O direito moderno e a crise do conhecimento comum. In: FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (coord.). **Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 19-42.

⁵⁸ VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2018.

⁵⁹ TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Unimep: Piracicaba, 2005.

⁶⁰ “[...] clausura/autodeterminación/autoorganización hacen que el sistema se vuelva altamente compatible [...] con el desorden en el entorno; o, con más precisión, con entornos ordenados fragmentariamente, en trozos pequeños, sin que formen una unidad ordenada de entornos”. LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006. p. 67.

⁶¹ TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Unimep: Piracicaba, 2005.

O que falta aos conceitos de Estado social é o respeito incondicional às racionalidades e normatividades próprias dos sistemas funcionais sociais, que se realizam nas constituições próprias dos âmbitos sociais.⁶²

A tese de Teubner sobre o constitucionalismo global sem Estado passa, assim, pela observação da formação de uma multiplicidade de “constituições civis” em âmbitos parciais da sociedade mundial.⁶³ Do fim da 2ª Guerra Mundial à queda do muro de Berlim, a (auto)constituição de âmbitos parciais se intensifica em processos sociais globais com a atuação de diversas organizações especializadas, as quais atuam para além, e, por vezes, em detrimento, do Estado. O centro das questões constitucionais se desloca, dessa forma, não só do Estado como também da própria política internacional institucionalizada.⁶⁴

No âmbito econômico, a exemplo, temos o desenvolvimento de instituições consolidadas no período pós-guerra (Conferência de Bretton Woods), como o BIRD (Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento), o FMI (Fundo Monetário Internacional) e o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT). Este último é o germe de criação da OMC (Organização Mundial do Comércio), no período após a queda do muro de Berlim. O órgão de tomada de decisões da OMC acaba por desenvolver um direito comercial autônomo em relação ao direito internacional, fato reconhecido posteriormente no relatório da Comissão de Direito Internacional em 2006 sobre a fragmentação do direito

⁶² TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 73.

⁶³ TEUBNER, Gunther. Societal constitutionalism: alternatives to State-centered constitutional theory? In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (ed.). **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford; Portland: Hart, 2004. p. 3-29.

⁶⁴ COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. Fragmentos de constituição e transconstitucionalismo: cenários atuais da teoria constitucional. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 34, n. 1, jan./jul. 2018. p. 1-26. Disponível em: <https://bit.ly/3q8v3v8>. Acesso em: 1 jan. 2021.

internacional e os *self-contained regimes*.⁶⁵ Teubner fala de uma “emancipação constitucional” da OMC por meio da “juridificação da resolução de conflitos”, a “adoção do princípio da nação mais favorecida”, a “prevalência de normas comerciais sobre o processo político” e a “opção da eficácia direta”.⁶⁶

De outra sorte, há a Câmara de Comércio Internacional como representante central (atual) da chamada *lex mercatória*, o direito autônomo das práticas comerciais. Esse tribunal arbitral constrói sua jurisprudência para além de normatizações como a Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias, da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, ou daquelas provenientes do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado. Julga-se casos entre empresas e entre empresas e países, de forma que passa a ser um local fecundo para discussões sobre a lesão de direitos fundamentais por atores privados nesse âmbito – e sobre o próprio papel das normatizações internas de empresas transnacionais, como os códigos de conduta. Nesse sentido, afirma Teubner:

[...] parece-me que isso é o movimento libertador que o paradoxo do direito global sem estado tem realmente provocado: uma expansão do constitucionalismo para dentro da produção privada do direito que leva em conta que aqueles governos “privados” são governos “públicos”.⁶⁷ (tradução nossa).

⁶⁵ UNITED NATIONS. International Law Commission. Report on the work of its fifty-eighth session (1 May to 9 June and 3 July to 11 August 2006). General Assembly Official Records, Sixty-first Session Supplement n. 10 (A/61/10). Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2006/english/chp12.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2021.

⁶⁶ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 112.

⁶⁷ “[...] That seems to me is the liberating move that the paradox of global law without the state has actually provoked: an expansion of constitutionalism into private law production which would take into account that “private” governments are ‘public’ governments”. TEUBNER, Gunther. Breaking frames: economic globalization and the emergence of *lex mercatória*. **European journal of social theory**, New York, v. 5, n. 2, abr./jun. 2002, p. 210. Disponível em: <https://bit.ly/3LAROVE>. Acesso em: 1 jan. 2021.

Ressalta-se, ainda, que a constitucionalização do âmbito econômico não é a constitucionalização de toda a sociedade, assim como não é possível pensar uma constitucionalização da política como uma constitucionalização mundial, e nem mesmo uma constitucionalização apenas jurídica por meio de tratados e cortes internacionais de direitos humanos. A dupla fragmentação (dos sistemas funcionais e das culturas regionais) da sociedade contemporânea e a autoconstituição de âmbitos especializados permite apenas que se pense a unidade como uma multiplicidade (*unitas multiplex*). Por isso, o direito constitucional de Teubner será um direito constitucional de colisões entre os fragmentos constitucionais.⁶⁸

Dessa forma, a constituição como acoplamento Direito/Política (Luhmann) é ampliada por Teubner para pensar o acoplamento entre o Direito (constitucional) e outros âmbitos sociais parciais, como o digital. Observa-se, no âmbito digital, uma construção normativa própria (*lex digitalis*) que passa a evoluir para questões constitucionais.⁶⁹ Logo, o caminho para (auto)constitucionalização do ciberespaço é uma questão evolutiva, de sua própria autopoiese. Nesse ponto, importante colacionar que Teubner concebe a autopoiese como uma realidade gradativa, em oposição a Luhmann.⁷⁰ Isso significa que processos de simples juridificação em âmbitos especializados podem evoluir para processos constitucionais. Este é o cerne da afirmação da (auto)constitucionalização como um processo dúplice de autoconstituição e de autolimitação das tendências de crescimento dos sistemas.⁷¹

⁶⁸ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶⁹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁷⁰ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoético**. Lisboa: Fundação Coloustre Gulbenkian, 1989.

⁷¹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

A dependência das organizações para a tomada de decisões, para o uso criativo dos paradoxos fundamentais dos sistemas, teorizada por Luhmann, se mantêm. A diferença, aqui, é que não será a burocracia estatal o centro do poder, e nem o tribunal estatal o centro do direito. A fragmentação do direito significa a presença de diversas organizações centrais (poliocentrismo) que se relacionam com distintas normatizações periféricas, as quais, por sua parte, se acoplam com ambientes específicos. As práticas sociais reflexivas nesses ambientes e o direito apoiam-se mutuamente para essas produções normativas específicas, pois, como ensina Teubner, “[...] a falta de identidade de um direito não estatal precisa ser suplementada pela participação de um social externo no legal interno”.⁷²

A fragmentação do poder, por seu turno, significa que outras organizações, que não o Estado, estão envolvidas em processos políticos internos a essas realidades. No ciberespaço, a ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) é a organização central, elegida por Teubner, para se pensar o constitucionalismo digital. Esse primeiro recorte se justifica pelo fato da governança da rede de nomes de domínios e dos protocolos estarem na base da interoperabilidade e segurança da internet.⁷³ Em decorrência disso, a conjugação entre conhecimentos técnicos, jurídicos e políticos representam o paradigma para as problemáticas constitucionais no ciberespaço e para a “cultura das redes” – a nova forma de sociedade a que a sociedade pluralista-de-grupos

⁷² “[...] The lack of identity of a non-state law needs to be supplemented by the participation of an external social in the internal legal”. TEUBNER, Gunther. Breaking frames: economic globalization and the emergence of lex mercatoria. **European journal of social theory**, [S.l.], v. 5, n. 2, abr./jun. 2002, p. 210. Disponível em: <https://bit.ly/3lAROVE>. Acesso em: 1 jan. 2021.

⁷³ Para uma explicação mais detalhada sobre a governança digital da ICANN, ver: ROCHA, Leonel Severo; MOURA, Ariel Augusto Lira de. Epistemologia das redes e a governança digital da ICANN: teoria e práxis do direito na cultura das redes. In: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (org.). **Atualidade da constituição: o constitucionalismo em Luhmann, Febrajo, Teubner e Vesting**. Porto Alegre: Fi, 2020. p. 504-538. Disponível em: <https://bit.ly/3cYc7Kh>. Acesso em: 1 jan. 2021.

da lugar.⁷⁴ Assim, a rede de governança da ICANN, descrita abaixo, representará, ao final, um passo para além das observações sobre o policentrismo. Ademais, a tese de Teubner sobre os regimes, as organizações e as redes como sujeitos constitucionais pode ser colocada a prova ao se observar toda a complexidade desse objeto.

Inicialmente, deve-se ressaltar que os protocolos TCP (*Transfer Control Protocol*) e IP (*Internet Protocol*), reunidos (TCP/IP), permitiram a adoção de números de identificação dos computadores e a padronização dos envios de mensagens entre computadores e entre redes. Um dos grandes criadores desses protocolos é Jon Postel, um cientista da computação que criou, também, o Sistema de Nomes de Domínio (*DNS – Domain Name System*). Explica-se que os nomes de domínios são nomes dados aos endereços de IP, de forma que, ao acessar uma página na web ou enviar um e-mail, não seja necessário digitar o número IP, mas apenas o nome único ligado a ele. Esse cientista fazia o controle por meio da anotação em seu caderno desde a década de 1970 enquanto era voluntário na ARPA (Agência de Projetos de Pesquisa Avançada), e continuou a fazer após a criação de uma organização chamada IANA, a Autoridade da Internet para Atribuição de Nomes criada em 1988 para gerir a chamada *root zone* do Sistema de Nomes de Domínios (DNS).

Os domínios do nível do topo da arquitetura dos nomes (*root zone*) são aqueles que ficam após o último ponto quando se digita um site, enquanto os domínios secundários são os que ficam anteriores a ele: *www.domíniosecundário.topleveldomains*. Eles possuem duas classificações: 1) nomes de domínios genéricos com mais de duas letras (gTLDs – generic Top-Level Domains), que se subdividem em livres (.com, .info, .net, .org) ou restritos (.coop, .edu, .aero, etc.); e 2) nomes de

⁷⁴ VESTING, Thomas. *Legal theory and the media of law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2018.

domínios de duas letras para países e territórios em acordo com a ISO 3166, como os domínios do Brasil (.br), do Reino Unido (.uk) e Luxemburgo (.lu). Além destes, há o domínio restrito para organizações intergovernamentais (.int) e aquele destinado a propósitos técnico-administrativos (.arpa) que é governado pela IANA junto ao Conselho de Arquitetura da Internet (Internet Architecture Board).⁷⁵

Em 1997, o Governo Clinton, no seu *Framework for Global Electronic Commerce*, fez um chamado para a total privatização do Sistema de Nomes de Domínios (DNS). Após abertura de comentários para comunidade internacional, o Departamento de Comércio formula o *Green Paper* e o *White Paper*, o primeiro acerca de melhorias técnicas para o sistema, e o segundo sobre a organização de sua administração. Em 1998, Jon Postel, 2 meses antes de morrer, enviou para o Departamento de Comércio dos EUA um rascunho de um estatuto (*Bylaws*) para criação de uma nova organização. A melhoria desse documento, após cessões de comentários públicos, viria a ser o estatuto oficial da nova organização não governamental, criada sob o direito societário da Califórnia (EUA), responsável pela governança global desse sistema: a Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números (ICANN – Internet Corporation for Assigned Names and Numbers).⁷⁶

Inicia-se, dessa forma, um processo de transição das funções da IANA para a ICANN em três grandes frentes: o gerenciamento da zona raiz (*root zone management*), a transição administrativa (*stewardship transition*), e o desenvolvimento de melhorias de responsabilidade (*accountability*

⁷⁵ INTERNET ASSIGNED NUMBERS AUTHORITY (IANA). **Root zone management**. Disponível em: <https://bit.ly/2lvo3Et>. Acesso em: 5 jan. 2021.

⁷⁶ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **History project**. Disponível em: <https://go.icann.org/38N5QQy>. Acesso em: 5 jan. 2021.

enhancements).⁷⁷ Em 1 de Outubro de 2016 o contrato da IANA e, assim, a ligação com os EUA, é oficialmente espirado e, como resultado, “[...] a coordenação e gestão dos identificadores únicos da Internet é agora privatizado e está nas mãos da comunidade a-base-de-voluntários de múltiplos atores”.⁷⁸ (tradução nossa). A rede de governança, que passa a se formar, é um dos maiores exemplos atuais para observação da organização e dinâmica dos processos sociais da cultura das redes. A distinção público/privada mostra-se como incapaz de apreender essa organização político-jurídica, pois ela ainda faz parte do discurso monológico da soberania liberal burguesa.⁷⁹

Explica Ladeur que o novo “direito transnacional” que se constitui para além do Estado está entre o nacional e o internacional, entre o público e o privado, devido a uma lógica em rede que remonta a organizações econômicas híbridas e suas interrelações em um nível transnacional – e não pode ser entendido apenas como uma ampliação em “escala” dos processos. Isso afeta, também, os fenômenos políticos, os quais seguem, agora, uma lógica de governança “experimental” e “em rede”.⁸⁰ Dentro das próprias teorias das organizações, as redes são vistas por muitos autores como organizações eminentemente distintas que escapam às definições tradicionais de “organização”, pois elas “[...] pressupõem ajustes mútuos,

⁷⁷ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **IANA stewardship transition implementation**. Disponível em: <https://go.icann.org/zIDgspW>. Acesso em: 5 jan. 2021.

⁷⁸ “[...] the coordination and management of Internet’s unique identifiers is now privatized and in the hands of the volunteer-based multistakeholder community”. INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **IANA stewardship & accountability**. Disponível em: <https://go.icann.org/38N5WaS>. Acesso em: 5 jan. 2021.

⁷⁹ ROCHA, Leonel Severo. **La problemática del discurso jurídico**: (des)legitimando el poder soberano del estado contemporáneo. Curitiba: Editora Prismas, 2016.

⁸⁰ LADEUR, Karl-Heinz. The State in international law. In: Joerges, Christian; Falke, Julius (ed.). **The Social embeddedness of transnational markets**. Oxford: Hart Publishing, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3kAlJED>. Acesso em: 5 jan. 2021.

alocações de recursos complementares, disputas de poder [...] e relações de confiança [...] combinam consenso e conflito [...]”.⁸¹

Nesse seguimento, assevera-se que Conselho de Diretores da ICANN consiste em 15 membros com poder de voto que são nomeados por uma organização independente chamada NomCom, criada especificamente para essa finalidade. O Ombudsman é outra organização independente, a qual é responsável pela “resolução alternativa” de conflitos em casos envolvendo as ações ou inações dos funcionários da ICANN, do conselho, ou das organizações que fazem parte da sua rede, seguindo os “estândares de comportamento” ou “normas de conduta” que devem ser observados por todos da comunidade. Além das organizações que fazem parte diretamente da chamada “Comunidade ICANN”, muitas outras conectam-se a ela, como é o caso da ISO (Organização Internacional de Normalização) e do IETF (*Internet Engineering Task Force*).⁸²

O desenvolvimento e refinamento das políticas do DNS são liderados pelas chamadas Organizações de Suporte (SOs – *Supporting Organizations*). São elas: 1) GNSO, organização de suporte responsável pelo desenvolvimento de políticas relacionadas aos nomes de domínios genéricos; 2) ccNSO, organização de suporte que lida com as políticas operacionais acerca dos nomes de domínios de países e territórios; e 3) ASO, organização de suporte de políticas de operação, administração e atribuição de endereços. Essa última é composta por 15 membros, sendo 3 nomeados de cada um dos 5 RIRs (Registadores de Internet Regionais): AFRINIC (África), APNIC (Ásia e região do pacífico), ARIN (EUA, Canadá, parte das ilhas do caribe e ilhas do atlântico norte), LACNIC (América

⁸¹ BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge Renato. Redes são redes ou redes são organizações?. **RAC**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, jul./ago. 2014. p. 528. Disponível em: <https://bit.ly/32NpNTE>. Acesso em: 5 jan. 2021.

⁸² INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Community**. Disponível em: <https://go.icann.org/3nqgfFJ>. Acesso em: 5 jan. 2021.

Latina e parte do caribe) e RIPE NCC (Europa, Oriente Médio e partes da Ásia Central).⁸³

Os Comitês de Aconselhamento (ACs – *Advisory Committes*), por sua vez, aconselham diretamente o corpo de diretores da ICANN. São eles: 1) GAC, comitês de governos de países, portanto responsáveis pelo aconselhamento acerca da compatibilidade das políticas da ICANN com acordos internacionais e políticas domésticas; 2) SSAC, responsável pelo aconselhamento sobre segurança, estabilidade e integridade das políticas; 3) RSSAC, aconselhador do sistema da zona raiz, relatando questões mais administrativas e de operabilidade, mas também sobre segurança, estabilidade e integridade; e 4) ALAC, que é o comitê de aconselhamento relacionado a comunidade *At-Large*, que defende os interesses dos usuários em geral e possui sub-organizações em todas as regiões do mundo nas quais qualquer indivíduo pode participar.⁸⁴

Dessas políticas do DNS, formuladas no modelo multissetorial, se destaca a Política de Uniformização para Resolução de Disputas envolvendo os Nomes de Domínios (UDRP - *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*). Normalmente, os casos são acerca dos nomes de domínios genéricos, ou seja, são indivíduos ou empresas que possuem a sua identidade ou marca violadas por outro registro ilegal. Esses casos são definidos como *cybersquatting*.⁸⁵ O artigo 4º, alínea a, do UDRP, prescreve que o reclamante deve provar que possui direitos em relação ao domínio que foi registrado, ou está sendo usado de má fé, e que esse outro

⁸³ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Policy**. Disponível em: <https://go.icann.org/2I1iHIY>. Acesso em: 5 jan. 2021.

⁸⁴ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Policy**. Disponível em: <https://go.icann.org/2I1iHIY>. Acesso em: 5 jan. 2021.

⁸⁵ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **About cybersquatting**. Disponível em: <https://go.icann.org/3pum5Yt>. Acesso em: 5 jan. 2021.

domínio é idêntico ou que se confunde facilmente com o seu.⁸⁶ A disputa será julgada pelo tribunal arbitral a ser escolhido pelo reclamante, dentro da lista daqueles que possuem um contrato com a ICANN.

A questão central para Teubner é que há um grupo de casos conhecidos como *companynamesucks* no qual o registro de um nome de domínio próximo ao dos reclamantes foram reconhecidos como legítimos pelos tribunais arbitrais. E, mais, sob o argumento de que estariam protegidos pelo direito à liberdade de expressão, dado que o registro desses nomes de domínios são uma forma de crítica ou manifestação contra certas empresas, o que configura um registro de boa-fé. Pode-se verificar nos julgados, como no caso *Wal-Mart Stores, Inc. vs. walmartcanadasucks.com and Kenneth J. Harvey*, julgado pelo Centro de Arbitragem WIPO (*World Intellectual Property Organization*), que a fundamentação recorre a outras decisões anteriores, ao estatuto da ICANN e ao UDRP, mas raramente se encontra menção a tratados internacionais de direitos humanos ou a constituições de países.⁸⁷ Teubner, ao analisar casos desse grupo, afirma que:

Os painéis da ICANN concretizam direitos fundamentais dentro do Ciberespaço na base de uma ficção. Eles desenham sobre a ficção de um ‘núcleo comum’ de princípios jurídicos globais aplicáveis, os quais incluem direitos humanos e fundamentais, e com sua ajuda concretizam direitos fundamentais específicos da internet dentro do alcance de uma ‘lei comum’ da Internet.⁸⁸ (tradução nossa).

⁸⁶ INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Uniform domain name dispute resolution policy**. Disponível em: <https://go.icann.org/2Ha815e>. Acesso em: 5 jan. 2021.

⁸⁷ WIPO Arbitration and Mediation Center. **Wal-Mart Stores, Inc. v. walmartcanadasucks.com and Kenneth J. Harvey. Case nº D2000-1104**. Painelista único: Henry H. Perritt Jr. Data: 23 Nov. 2000. Disponível em: <https://bit.ly/2lw76gd>. Acesso em: 5 jan. 2021.

⁸⁸ “ICANN Panels concretise fundamental rights within Cyberspace on the basis of a fiction. They draw upon the fiction of a ‘common core’ of globally applicable principles of law, which include fundamental and human rights, and with their help concretise internet-specific fundamental rights within the reaches of a ‘common law’ of the Internet”. TEUBNER, Gunther; KARAVAS, Vaíós. *www.companynamesucks.com: the horizontal effect of fundamental rights*

O raciocínio de Teubner, como já afirmado, pode-se resumir afirmando que a autopoiese de uma *lex digitalis* evolui para questões constitucionais. Nesse sentido, a (auto)constituição dos estândares de direitos fundamentais do regime específico da rede da ICANN faz parte de um processo maior de constitucionalização dessa organização e de sua rede, expandindo-se para muitas outras questões, como a proteção de dados e o novo sistema de gerenciamento da base dos domínios ou, ainda, aos processos de inclusão regionais por meio de traduções e possibilidades de participação na formulação das políticas.

Perceba que nesse acoplamento constitucional, no outro lado da forma do direito, há processos políticos e instituições em rede na qual o poder se investe. Essa constitucionalização, que terá a ICANN em seu centro, conjuga, em uma rede global de governança da internet, posições próprias para os mais diversos atores (especialistas, corpos técnicos, países, organizações não governamentais, usuários individuais).

Dessa forma, destaca-se que no constitucionalismo social de Teubner, existe a possibilidade, ao menos latente, de que esses processos impulsionem a constitucionalização de toda a internet, devido a dinâmica coevolutiva da sociedade. Reafirma-se que a constitucionalização se apresenta como um processo jurídico apenas de forma secundária, pois o que se constata por primeiro é a evolução da autopoiese dos meios simbólicos dos sistemas – como o direito (validade), o poder (política), o dinheiro (economia) e o digital (internet), para ficar com exemplos centrais desta pesquisa. O constitucionalismo é, para Teubner, um “[...]”

processo de ‘tradução’ bidirecional [...] uma dinâmica coevolutiva entre sistemas sociais constituídos e o direito constitucional [...]”.⁸⁹

A consolidação desse constitucionalismo digital, nas palavras de Teubner, efetiva-se com a “metacodificação híbrido-binária”. Nessa lógica, tanto o código direito/não direito quanto o código digital/não digital são superordenados pelo código constitucional no âmbito digital - por isso o prefixo “meta”. À reflexividade codificada de ambos os sistemas se adiciona outra para orientação dos processos comunicacionais, qual seja, o código constitucional/não constitucional. Esse metacódigo constitucional, por sua vez, pode-se programar para reforçar a reflexividade do âmbito digital. Assim, se levantam questões sobre a responsividade ambiental e a forma como se operacionaliza a inclusão/exclusão das comunicações (forma central para se pensar os direitos fundamentais e os movimentos sociais).⁹⁰

3 Constitucionalização dos meios de comunicação e direitos fundamentais: uma constituição para a internet?

O constitucionalismo digital, na perspectiva de Teubner, objetiva a reconstrução da observação sobre o constitucionalismo estatal, como tem-se argumentado. A territorialidade, como esfera simbólica das relações de poder, permitiu ao direito e política estatais-nacionais construir pressupostos organizacionais e o compartilharem para outros âmbitos parciais.⁹¹ Mas, sobretudo no âmbito digital, a fronteira geográfica não funciona como fronteira de sentido e outros atores que não o Estado, com seus próprios procedimentos, possuem a pretensão de serem os

⁸⁹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 140.

⁹⁰ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁹¹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

legitimados para produção normativa.⁹² Retomando o caso da ICANN, constata-se que os Estados possuem seu lugar e procedimentos específicos a seguir nessa rede. Em relação aos domínios de países, a governança, apesar de ser feita de forma interna, por organizações independentes – CGI.br, no Brasil – conectam-se a rede mundial da ICANN e seguem as padronizações técnicas, jurídicas e políticas, pois isto é imprescindível para interoperabilidade e sustentação de uma internet global.

A dialética do poder constituinte/constituído pressupunha uma certa homogeneidade cultural, um *demos* territorializado, um mito político fundante, a soberania da nação, e uma esfera pública e partidos políticos. Teubner, em oposição, teoriza o poder constituinte como um “potencial comunicativo” que permanece sempre como um “[...] perene fator de irritamento do poder constituído”.⁹³ O poder constitui-se, de forma circular, na relação entre âmbitos espontâneos e âmbitos profissionais organizados internos a essas redes. E o direcionamento e delimitação de sentido desses processos constitucionais é orientado pelo meio de comunicação digital. No caso da ICANN, novamente, verifica-se a conexão em rede de diversas organizações formalizadas e sua relação com a “comunidade ICANN”, e, ainda, de forma indireta, de todos aqueles que se utilizam da internet ao redor do globo (“externos afetados”).

Diante do exposto, até aqui, pode-se responder negativamente sobre a possibilidade de uma constituição, única, para toda a internet. Apesar do meio de comunicação digital, na concepção de Teubner, generalizar o sentido das práticas sociais reflexivo-constitucionais específicas da internet, podemos encontrar diversos outros locais (outras redes) no qual

⁹² TEUBNER, Gunther. Societal constitutionalism: alternatives to State-centered constitutional theory? In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (ed.). **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford; Portland: Hart, 2004. p. 3-29.

⁹³ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

a significação da liberdade de expressão é diferente daquele sentido construído nas práticas da rede de nomes de domínios, por exemplo. Neste ponto, deve-se esclarecer que os direitos fundamentais também são fundamentalmente paradoxais, pois, na sociedade moderna, eles repousam em sua própria lesão:

[...] Luhmann descreve isso, tendo em vista a perda de relevância das negociações estatais, como o paradoxo 'contemporâneo' nas turbulentas relações globais, em que [...] os direitos fundamentais não são estabelecidos como norma antes de serem feridos, mas, exatamente ao contrário, justamente por meio de sua lesão e por meio de correspondente ultraje são postos em vigência [...].⁹⁴

Luhmann descrevia os direitos fundamentais como a institucionalização das expectativas, em primeiro momento fático, e, só depois, jurídico.⁹⁵ Em sentido próximo, o constitucionalismo social de Teubner elegerá os direitos fundamentais como uma contra-instituição, um dos mecanismos principais para frear a expansão desenfreada dos sistemas (exclusão) e institucionalizar as demandas de inclusão.⁹⁶ Em Luhmann, esses direitos já eram responsáveis pelo reforço das diferenças (funcionais) da sociedade, e não se direcionam simplesmente ao Estado.⁹⁷ Tendo em vista o Estado de bem-estar social, Luhmann afirma que para além do aumento da carga decisória na burocracia estatal, o Estado passa a se caracterizar a partir da inclusão social, ou seja, a inclusão das

⁹⁴ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 231.

⁹⁵ LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: aportación a la sociología política. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana, 2010.

⁹⁶ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁹⁷ LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: aportación a la sociología política. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana, 2010.

comunicações individuais nos diversos âmbitos (sistemas) sociais, o que ressalta o acesso às prestações dos diversos sistemas, e não apenas da política. Daqui a dificuldade do Estado, sozinho, ser a organização central para “efetivação” desses direitos, como já dissertado no início do segundo tópico.⁹⁸

No âmbito digital, essa dinâmica se mostra no caso Snowden. Pode-se observar a discussão sobre a privacidade, liberdade e segurança de dados, com diversos movimentos sociais a elas conectados, que foi impulsionado pelo vazamento dos arquivos da Agência Norte-americana de Segurança (NSA) por Edward Snowden, um ex-funcionário terceirizado da mesma, no qual vem à tona um projeto do próprio governo americano chamado “PRISM”, criado com intuito de monitoramento de diversas pessoas e organizações ao redor do mundo desde o atentado às torres gêmeas de 2011.

A presidenta do Brasil, Dilma Rousseff, em seu primeiro mandato (2011-2014), foi uma das lesadas desse programa, o que ressaltou a problemática acerca dos direitos fundamentais no âmbito digital em conexão com as discussões globais nesse tema. Coloca-se em regime de urgência a aprovação do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), sancionado em 2014 na abertura do Encontro Global Multissetorial sobre o Futuro da Governança da Internet (NETMundial) que foi sediado, na época, na cidade de São Paulo.⁹⁹ Um outro exemplo, mais atual, é o caso Trump. Em 17 de março de 2018, uma matéria do The Guardian revela a colheita de dados de 50 milhões – apurados em mais de 87 milhões, posteriormente – perfis do Facebook pela empresa Cambridge Analytica

⁹⁸ LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

⁹⁹ OBSERVATÓRIO DO MARCO CIVIL DA INTERNET. **Histórico do marco civil**. Disponível em: <http://www.omci.org.br/historico-do-marco-civil/timeline/#21>. Acesso em: 1 jan. 2021.

após uma investigação da Channel 4 News.¹⁰⁰ Em 24 de julho de 2019 a FTC (*Federal Trade Commission*) publica a condenação em \$5 (cinco) bilhões de dólares ao facebook em relação a este vazamento de dados.¹⁰¹

A mineração e análise desses dados e sua projeção para o processo eleitoral norte-americano, no qual Donald Trump foi eleito presidente dos Estados Unidos da América, apresenta-se como um dos casos mais emblemáticos acerca dos impactos políticos e jurídicos das novas dinâmicas sociais que ocorrem no interior da internet, mas têm suas “consequências” no mundo offline. Há, então, diversas tentativas nacionais e regionais para reformulação da proteção de dados, e o próprio facebook coloca em prática a criação de um Comitê de Supervisão autônomo para reavaliar suas decisões e suas políticas. Castells já descreverá sobre os movimentos sociais na era na internet, analisando, a exemplo, a revolução Egípcia de 2011,¹⁰² na qual, adiciona-se, não seria possível sem o Twitter e a atuação *hacktivista* do “grupo” Anonymous. Schwartz, de outra sorte, observa as peculiaridades dos novos movimentos sociais no século XXI e reforça a possibilidade de apresentarem momentos constituintes, e não só destituíntes (de desintegração).¹⁰³

Diversos outros exemplos podem ser dados com relação aos vazamentos e as problemáticas sobre a proteção de dados nas redes

¹⁰⁰ CADWALLADR, Carole; GRAHAM-HARRISON, Emma. Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach. **The Guardian**, 23 mar. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>. Acesso em 1 jan. 2021.

¹⁰¹ FEDERAL TRADE COMMISSION. **FTC Imposes \$5 Billion Penalty and Sweeping New Privacy Restrictions on Facebook**. Disponível em: <https://bit.ly/3wSZEzm>. Acesso em: 24 jul. 2020.

¹⁰² CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

¹⁰³ SCHWARTZ, Germano. **As constituições estão mortas?: momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

sociais,¹⁰⁴ assim como sobre as novas dinâmicas (em rede) dos movimentos sociais.¹⁰⁵ Contudo, faz-se necessário a continuação da linha de construção teórica, justamente para a devida observação desses novos fenômenos e a compreensão de como pode-se falar em um constitucionalismo no âmbito digital. Em relação à Teubner, uma de suas grandes contribuições é à análise dos direitos fundamentais horizontais, a relação dos direitos fundamentais (sua lesão e proteção) entre atores privados.

A relação horizontal descentraliza, novamente, o Estado, pois o paradoxo dos direitos fundamentais há de ser tratado (desparadoxizado) nos próprios regimes, organizações ou redes. Os movimentos sociais possuem um papel central para irritação e pressão para a tomada de decisões, mas a formação de estandartes de direitos fundamentais em âmbitos específicos acaba por se formar a maneira de uma “*common law constitution*”, ou seja, é uma reconstrução contínua por decisões formalizadas.¹⁰⁶ A eficácia excludente desses direitos traduz-se como uma defesa à instituições sociais nas zonas limítrofes entre âmbitos sociais parciais. É a proteção ecológica (natural, psíquica e social) às próprias instituições, sistemas e redes.¹⁰⁷ Por isso, Teubner afirma que a lesão a direitos fundamentais deve ter sua fonte antes identificada, pois os seres humanos são muito mais ameaçados por processos comunicativos

¹⁰⁴ Como o novo vazamento de mais de 533 milhões dados pessoais de usuários do facebook: SOARES, Lucas; ARRUDA, Wellington. Facebook tem vazamento de mais de 500 milhões de telefones e dados pessoais de usuários; brasileiros incluídos. **Olhar digital**, 3 abril 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3gMQfEo>. Acesso em: 7 abril 2021.

¹⁰⁵ Veja, para um exemplo adicional, sobre o facebook e os recentes movimentos sociais em Hong Kong e Taiwan: NIP, Joyce; FU, King-wa; CHENG, Yu-Chung. Communication battles on Facebook in Hong Kong's Umbrella Movement and Taiwan's Sunflower Movement. **SSRN Electronic Journal**, [S.l.], set./2020. Disponível em: <https://bit.ly/3d6NbjN>. Acesso em: 1 jan. 2021.

¹⁰⁶ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 236.

¹⁰⁷ ROCHA, Leonel Severo. Comunicação ecológica por Niklas Luhmann. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 1, jan./abr. 2014. p. 232-262. Disponível em: <https://bit.ly/3f4sFQt>. Acesso em: 1 jan. 2021.

anônimos. Assim, a regulação segue essa lógica específica, sempre *ex post* e *ad hoc*.¹⁰⁸

É por isso que ao falar de constitucionalismo digital não basta a generalização e especificação simbólica a esse meio de comunicação (internet), mas deve-se estar atento às práticas sociais reflexivas do local de lesão aos direitos fundamentais. O meio é o lugar na qual os elementos estão acoplados de maneira “frouxa”, dizia Luhmann, em oposição ao acoplamento forte, que caracteriza a constituição. Por essa razão seria necessário a observação de um local formalmente organizado. Em Luhmann, os meios de difusão da comunicação (escrita, imprensa tipográfica, meios de comunicação de massa e computador) são responsáveis, de forma geral, pelo alcance da redundância social, pois a informação transforma-se em redundância quando da sua repetição (quando perde a “novidade”). Eles aumentam os círculos de receptores da comunicação, fazendo com que a difusão não necessite se restringir à interação entre presentes.¹⁰⁹ Por isso seu papel na constituição de escândalos públicos e difusão das lesões de direitos fundamentais.

Todavia, falar em constitucionalização do meio de comunicação digital, da internet, é um passo além. Em Luhmann, os meios de comunicação de massa formam um sistema próprio.¹¹⁰ E, nessa continuidade, Teubner, ao observar o computador e a internet, estende a tese da constitucionalização para este sistema. Para Vesting, a tese da fragmentação constitucional, da (auto)constitucionalização de setores sociais parciais e de seu acoplamento com o direito, pretende trazer uma forma de estabilização e unidades mínimas para esses processos, algo que

¹⁰⁸ TEUBNER, Gunther. A matriz anônima: violação de direitos humanos por atores “privados” transnacionais. *In*: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 273-313.

¹⁰⁹ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006.

¹¹⁰ LUHMANN, Niklas. **The reality of mass media**. Stanford: Stanford University Press, 2000.

pode ser remetido a própria tradição da teoria constitucional tradicional (nacional). Ele admite que possam existir exemplos dessa dinâmica afirmada por Teubner, mas não na internet, pois a internet não é um sistema autopoiético de comunicação. Ela deve ser entendida como:

[...] um novo tipo de *medium* de comunicação baseado em um código digital por meio do qual todas os outros meios de comunicação (linguagem, imagens e sons) podem ser integrados [...] A partir desse *insight* a tese de que não existirá uma ‘constituição digital’, assim como nunca existiu uma ‘constituição da linguagem’ legalmente relevante, pode ser desenvolvida.¹¹¹ (tradução nossa). (grifo do autor).

A organização em rede reformula a política e o direito, conectando as espécies de conhecimentos prático-técnicos específicos das “comunidades epistêmicas” a que fazem parte. Isso desconstrói a noção da organização como um sistema autopoiético que se mantém como o único local em que as hierarquias podem ser encontradas.¹¹² Teubner verifica que as redes híbridas do campo econômico estão além das relações contratuais e da organização, mas a autonomia do direito é reconstruída, ainda, de modo autorreferencial. Nessa lógica, as relações entre direito e as diferentes práticas reflexivas, nos setores parciais da sociedade, se formalizam ao restrito modo do acoplamento estrutural.¹¹³ A perspectiva de Vesting busca mostrar a relação entre as práticas sociais reflexivas, apoiadas em estândares técnicos, e o direito sem antes pressupor a autonomia deste, de

¹¹¹ “[...] a new type of communications medium based on a digital code by means of which all other communications media (language, pictures and sound) can be integrated [...] From this insight the thesis that there will not be a ‘digital constitution’, just as there has never been a legally relevant ‘language constitution’, can be developed”. VESTING, Thomas. Constitutionalism or legal theory: comments on Gunther Teubner. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther. **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 38-39.

¹¹² LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2010.

¹¹³ TEUBNER, Gunther. Coincidentia oppositorum: hybrid networks beyond contract and organization. In: GORDON, Robert; HORWITZ, Mort (ed.). **Festschrift in Honour of Lawrence Friedman**. Stanford: Stanford University Press, 2006. p. 302-325. Disponível em: <https://bit.ly/35vWnLh>. Acesso em: 1 jan. 2021.

forma que as decisões co-geram de modo experimental os próprios padrões em que se baseiam.¹¹⁴ Assim, leciona Vesting:

Essa necessidade de integração, junto ao surgimento de relações de cooperação e coordenação, está associada não apenas ao domínio de uma velocidade crescente do controle de operações computadorizadas, mas também com o domínio de um sentido elevado de incerteza que não pode simplesmente ser absorvido pelo processo de tomada de decisões.¹¹⁵ (tradução nossa).

Joel Reidenberg é um teórico do direito que compreendeu, ao final do século passado, a desintegração do paradigma da soberania estatal e o rompimento de limites “substantivos” bem definidos do direito, inclusive da propriedade intelectual, por meio da infraestrutura técnica da internet.¹¹⁶ Porém, Vesting vê na *lex informática* de Reidenberg, assim como na declaração de Lessig de que o “código é lei”,¹¹⁷ uma confusão entre as infraestruturas físicas e lógicas e as diversas camadas de conteúdo, as quais não se relacionam de modo hierárquico, mas também não se fundem. Da mesma forma, o direito não é o código ou os protocolos técnicos da internet.¹¹⁸

Há práticas específicas em redes a partir das quais os padrões técnicos se formam, e por sua vez, servem de base para uma reflexão jurídica na internet. Percebe-se que a epistemologia das redes de Vesting

¹¹⁴ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹¹⁵ “This need for integration, along with the rise of network-like relationships of cooperation and coordination, is associated not only with mastery of a increasing speed of computerized control operations, but also with mastery of a heightened sense of uncertainty that cannot simply be absorbed by decision-making process”. VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2018. p. 458.

¹¹⁶ REIDENBERG, Joel. Governing networks and cyberspace rule-making. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 45, n. 3, Jun./Sep. 1996. p. 907-926. Disponível em: <https://bit.ly/32MNFqA>. Acesso em: 5 jan. 2021.

¹¹⁷ LESSIG, Lawrence. **Code**: version 2.0. New York: Basic Books, 2006. p. 1.

¹¹⁸ VESTING, Thomas. The autonomy of law and the formation of network standards. **German Law Journal**, Cambridge, v. 5, n. 6, June 2004, p. 639-668. Disponível em: <https://bit.ly/3kAcSdi>. Acesso em: 5 jan. 2021.

não leva a afirmação de uma total autonomia do direito, traçando-se limites, nem a uma confusão total entre técnica e direito, por assim dizer. Ele quer mostrar a base e a dinâmica da relação entre a formação de conhecimentos sociais e jurídicos em contextos midiáticos específicos. Nesse sentido, levando a reflexão para as dimensões político-jurídicas do direito, na cultura das redes, ele leciona que:

A tarefa mais importante para o novo “direito da Internet” é de garantir a capacidade de inovação da Rede ao assegurar uma variedade de soluções técnicas de rede e garantir sua abertura e interoperabilidade. Um ampliado direito (público) da mídia nacional e transnacional deve manter toda a Rede aberta para processos de autotransformação e inovação [...] abrangeria a preservação de um domínio público como a esfera na qual uma cultura pública (‘aberta’) da Internet e suas piscinas de conhecimento prático possam evoluir espontaneamente.¹¹⁹ (tradução nossa).

O século XXI têm poucas décadas de história e, diante das transformações que a ampliação do uso do computador e a internet causam na sociedade, é difícil definir apenas um caminho a ser tomado. O principal, para o direito e o direito constitucional, é garantir o não retorno às posições clássicas, em termos de busca da segurança e da unidade, que a muito não podem ser conquistadas de modo estável, nem a base da força. Por isso, o ensinamento de Vesting é que a teoria do direito se apresente como um hipertexto, capaz de construir novas formas de links e conexões entre os diversos saberes e práticas sociais.¹²⁰ Se a teoria do direito vai

¹¹⁹ “The most importante task for a new “Internet law” is to ensure the innovative capacity of the Net by securing a variety of technical network solutions and to guarantee their openness and interoperability. An enlarged national and transnational (public) media law ought to keep the entire Net open for processes of self-transformation and innovation [...] would encompass the preservation of a public domain as a realm in wich a public (‘open’) Internet culture and their practical knowledge pools can evolve spontaneously”. VESTING, Thomas. The autonomy of law and the formation of network standards. *German Law Journal*, Cambridge, v. 5, n. 6, June 2004, p. 663. Disponível em: <https://bit.ly/3kAcSdi>. Acesso em: 5 jan. 2021.

¹²⁰ VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015.

fazer isso seguindo um modelo digital, como as Tecnologias de Facilitação da Privacidade (Privacy Enhancing Technologies/PETs), abrangidas dentro do conceito de privacidade por concepção (Privacy by Design/PbD), ou, ainda, se as constituições seguirão o modelo *Crowdsourced* como se tentou na Islândia, é algo secundário.¹²¹

O mais importante é a teoria estar aberta as transformações das práticas sociais, como os novos espaços de sociabilidade nas redes sociais e a problemática dos direitos fundamentais na internet. Os direitos fundamentais devem ser pensados como “[...] formas fundamentais de associação e mediação entre indivíduos dentro das quais [...] a subjetividade e a individualidade poderiam ser possibilitadas”.¹²² Na cultura das redes, a grande problemática dessas proteções refere-se à lesão das novas formas de construção das subjetividades nas plataformas de interação, não mais diretamente por um indivíduo específico ou um grupo, mas pela comunicação digital e pelos processos artificiais dessa nova realidade. Tudo isso depende de que se recepcione essas transformações práticas da sociedade e se reconheça que os conhecimentos produzidos fora das organizações formais importam.

Assim, com essas considerações, a tese sobre do constitucionalismo social de Teubner pode ser mantida apenas em um sentido “fraco”. A dependência da constituição para com o Estado se modifica, mas ela não desaparece, como fica claro no exemplo da ICANN. Para destacar em um outro âmbito, pode-se pensar nas questões relativas à moderação de conteúdo e a liberdade de expressão no facebook. O desenvolvimento de um Comitê de Supervisão independente intensifica a dinâmica de co-

¹²¹ SCHWARTZ, Germano. **As constituições estão mortas?:** momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

¹²² VESTING, Thomas. Vizinhança: direitos fundamentais e sua teoria na cultura das redes. In: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação:** método constitucional entre dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 252.

geração de padrões normativos a serem seguidos, mas as normatizações e políticas estatais de cada país vão precisar também, aos poucos, se padronizarem para se que forme uma proteção mais ou menos homogênea neste âmbito.

As constituições nacionais vão ser forçadas a resolução de problemas globais em relação à internet, e o caminho é a ressignificação dos elementos nacionais em um sentido apropriado das estruturas em rede.¹²³ Para própria atuação Estatal nesses âmbitos, é necessário uma prévia normatização própria a estes âmbitos, pois somente onde “[...] direitos exercitam uma força excludente para balancear e proteger o poder contra seu paradoxo inclusivo original [...] que uma forma residual de Estado pode persistir”.¹²⁴ Seja pelo caminho da teoria constitucional (Teubner), seja pelo caminho da teoria do direito (Vesting), a problemática da organização do poder e a “garantia” de direitos fundamentais no âmbito digital deve observar a atuação do Estado junta a outras organizações formalizadas em redes específicas já pré-estruturadas por meio de práticas sociais próprias em estrita relação com a infraestrutura técnica-lógica da internet.

Referências

BALESTRIN, Alsones; VERSCHOORE, Jorge Renato. Redes são redes ou redes são organizações? **RAC**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, jul./ago. 2014. p. 528. Disponível em: <https://bit.ly/32NpNTE>. Acesso em: 5 jan. 2021.

¹²³ LADEUR, Karl-Heinz. Towards a legal theory of supranationality: the viability of the network concept. **European Law Journal**, v. 3, n. 1, March 1997, p. 33-54. Disponível em: <https://bit.ly/2UsSkfl>. Acesso em: 1 jan. 2021.

¹²⁴ “[...] rights exercise exclusionary force to balance and protect power against its own original inclusionary paradox (statehood) that a residual (and necessarily diffuse) form of statehood might persist”. THORNHILL, Chris. The future of State. In: KJAER, Poul; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (ed.). **The financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation**. Oxford; Portland: Hart, 2011. p. 384.

BECK, Ulrich. The cosmopolitan condition: why methodological nationalism fails. **Theory, Culture & Society**, v. 24, n. 7-8, dec. 2007. p. 286-290.

CADWALLADR, Carole; GRAHAM-HARRISON, Emma. Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach. **The Guardian**, 23 mar. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>. Acesso em: 1 jan. 2021.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade**: contingência, paradoxo, só-efetuação. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

CORSI, Giancarlo. On paradoxes in constitutions. In: FEBBRAJO, Alberto; CORSI, Giancarlo (ed.). **Sociology of constitutions**: a paradoxical perspective. London; New York: Routledge, 2016. p. 11-29.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho.; ROCHA, Leonel Severo. A crônica de uma morte anunciada em Gunther Teubner e o papel dos atratores na articulação do direito regulatório na globalização. In: BARRETO, Vicente de Paulo; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra; DIAS, Paulo Thiago Fernandes (Org.). **Sentir o Direito**: pesquisa e cultura jurídicas na interação com cinema e literatura. Porto Alegre: Fi, 2020. p. 2-36.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. Fragmentos de constituição e transconstitucionalismo: cenários atuais da teoria constitucional. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 34, n. 1, jan./jul. 2018. p. 1-26. Disponível em: <https://bit.ly/3q8v3v8>. Acesso em: 1 jan. 2021.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. Sociologia das constituições: o constitucionalismo entre o normativismo e a teoria sistêmica. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**, v. 4, n.1, jan./jul. 2018. p. 38-56. Disponível em: <https://bit.ly/3eXxjBE>. Acesso em: 7 fev. 2021.

FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**: constituição e teoria dos sistemas. Curitiba: Juruá, 2016.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **FTC Imposes \$5 Billion Penalty and Sweeping New Privacy Restrictions on Facebook**. Disponível em: <https://bit.ly/3wSZEzm>. Acesso em: 24 jul. 2020.

FOERSTER, Heinz von. Cybernetics of cybernetics. In: KRIPPENDORFF, Klaus. **Communication and control in society**. New York: Gordon and Breach, 1979. p. 5-8. Disponível em: <https://cepa.info/fulltexts/1707.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2021.

INTERNET ASSIGNED NUMBERS AUTHORITY (IANA). **Root zone management**. Disponível em: <https://bit.ly/2Ivo3Et>. Acesso em: 5 jan. 2021.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **About cybersquatting**. Disponível em: <https://go.icann.org/3pum5Yt>. Acesso em: 5 jan. 2021.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Community**. Disponível em: <https://go.icann.org/3nqgfFJ>. Acesso em: 5 jan. 2021.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **History project**. Disponível em: <https://go.icann.org/38N5QQy>. Acesso em: 5 jan. 2021.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **IANA stewardship transition implementation**. Disponível em: <https://go.icann.org/2IDgspW>. Acesso em: 5 jan. 2021.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **IANA stewardship & accountability**. Disponível em: <https://go.icann.org/38N5WaS>. Acesso em: 5 jan. 2021.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Policy**. Disponível em: <https://go.icann.org/2II1HY>. Acesso em: 5 jan. 2021.

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS (ICANN). **Uniform domain name dispute resolution policy**. Disponível em: <https://go.icann.org/2Ha815e>. Acesso em: 5 jan. 2021.

KING, Michael; THORNHILL, Chris. **Niklas Luhmann's theory of politics and law**. New York: Palgrave Macmillan, 2003. p. 181.

LADEUR, Karl-Heinz. The State in international law. *In*: Joerges, Christian; Falke, Julius (ed.). **The Social embeddedness of transnational markets**. Oxford: Hart Publishing, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3kAljED>. Acesso em: 5 jan. 2021.

LADEUR, Karl-Heinz. Towards a legal theory of supranationality: the viability of the network concept. **European Law Journal**, v. 3, n. 1, March 1997, p. 33-54. Disponível em: <https://bit.ly/2UsSkfl>. Acesso em: 1 jan. 2021.

LEFORT, Claude. **Pensando o político**: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LESSIG, Lawrence. **Code**: version 2.0. New York: Basic Books, 2006.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: aportación a la sociología política. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana, 2010.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana; Herder, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

LUHMANN, Niklas. **The reality of mass media**. Stanford: Stanford University Press, 2000.

LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. **Rechtshistorisches Journal**, [S.l.], v. 9, 1990, p. 176-220. Disponível em: <https://bit.ly/2T2aBQ9>. Acesso em: 1 fev. 2021.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De máquinas y seres vivos: autopoiesis: la organización de lo vivo**. 6. ed. Buenos Aires: Lumen, 2003.

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

NIP, Joyce; FU, King-wa; CHENG, Yu-Chung. Communication battles on Facebook in Hong Kong's Umbrella Movement and Taiwan's Sunflower Movement. **SSRN Electronic Journal**, [S.l.], set./2020. Disponível em: <https://bit.ly/3d6NbjN>. Acesso em: 1 jan. 2021.

OBSERVATÓRIO DO MARCO CIVIL DA INTERNET. **Histórico do marco civil**. Disponível em: <http://www.omci.org.br/historico-do-marco-civil/timeline/#21>. Acesso em: 1 jan. 2021.

PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (ed.). **Paradoxes and Inconsistencies in the Law**. Oxford: Hart, 2005.

REIDENBERG, Joel. Governing networks and cyberspace rule-making. **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 45, n. 3, Jun./Sep. 1996. p. 907-926. Disponível em: <https://bit.ly/32MNFqa>. Acesso em: 5 jan. 2021

ROCHA, Leonel Severo. Comunicação ecológica por Niklas Luhmann. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 19, n. 1, jan./abr. 2014. p. 232-262. Disponível em: <https://bit.ly/3f4sFQt>. Acesso em: 1 jan. 2021.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean.

Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13.

ROCHA, Leonel Severo. Direito e autoipoiese. *In*: STRECK, Lenio Luís; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. n.13. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2017. p. 123-136.

ROCHA, Leonel Severo. **La problemática del discurso jurídico**: (des)legitimando el poder soberano del estado contemporâneo. Curitiba: Editora Prismas, 2016.

ROCHA, Leonel Severo. Observação luhmanniana. *In*: BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. [e-book]. n. 15. São Leopoldo: Karywa; UNISINOS, 2019. p. 200-232. Disponível em: <https://bit.ly/3o8kAP9>. Acesso em: 1 jan. 2021.

ROCHA, Leonel Severo. Teoria dos sistemas sociais autopoiéticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea. *In*: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2013. p. 329-356.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. As constituições em Niklas Luhmann: pressupostos sociológico-sistêmicos para observar o constitucionalismo. *In*: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Atualidade da constituição**: o constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting. Porto Alegre: Fi, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/35juPXZ>. Acesso em: 1 jan. 2020.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo social**: constituição na globalização. Curitiba: Appris, 2018.

ROCHA, Leonel Severo; de AZEVEDO, Guilherme. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoiética. **Revista de Estudos Constitucionais**,

Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 4, n. 2, jul./dez. 2012. p. 193-213. Disponível em: <https://bit.ly/31r3Jx9>. Acesso em: 1 nov. 2020.

ROCHA, Leonel Severo; MOURA, Ariel Augusto Lira de. Epistemologia das redes e a governança digital da ICANN: teoria e práxis do direito na cultura das redes. *In*: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (org.). **Atualidade da constituição**: o constitucionalismo em Luhmann, Febrajo, Teubner e Vesting. Porto Alegre: Fi, 2020. p. 504-538. Disponível em: <https://bit.ly/3cYc7Kh>. Acesso em: 1 jan. 2021.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O direito dos oprimidos**. São Paulo: Cortez, 2015.

SCHWARTZ, Germano. **As constituições estão mortas?**: momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2001.

SOARES, Lucas; ARRUDA, Wellington. Facebook tem vazamento de mais de 500 milhões de telefones e dados pessoais de usuários; brasileiros inclusos. **Olhar digital**, 3 abril 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3gMQfEo>. Acesso em: 7 abril 2021.

TEUBNER, Gunther. A matriz anônima: violação de direitos humanos por atores “privados” transnacionais. *In*: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação**: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 273-313.

TEUBNER, Gunther. Breaking frames: economic globalization and the emergence of lex mercatória. **European journal of social theory**, New York, v. 5, n. 2, abr./jun. 2002, p. 199-217. Disponível em: <https://bit.ly/3lAROVE>. Acesso em: 1 jan. 2021.

TEUBNER, Gunther. Coincidentia oppositorum: hybrid networks beyond contract and organization. *In*: GORDON, Robert; HORWITZ, Mort (ed.). **Festschrift in Honour**

of **Lawrence Friedman**. Stanford: Stanford University Press, 2006. p. 302-325.
Disponível em: <https://bit.ly/35vWnLh>. Acesso em: 1 jan. 2021.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Unimep: Piracicaba, 2005.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Coloustre Gulbenkian, 1989.

TEUBNER, Gunther. Societal constitutionalism: alternatives to State-centered constitutional theory? *In*: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (ed.). **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford; Portland: Hart, 2004. p. 3-29.

TEUBNER, Gunther; KARAVAS, Vaios. *Www.companynameucks.com: the horizontal effect of fundamental rights on 'private parties' within autonomous internet law*. **Constellations**, [S.I.], v. 12, n. 2, May/June, 2005, p. 260-283. Disponível em: <https://bit.ly/3nvkAro>. Acesso em: 5 jan. 2021.

THORNHILL, Chris. **A sociology of transnational constitutions: social foundations of post-national legal structure**. v. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

THORNHILL, Chris. The future of State. *In*: KJAER, Poul; TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto (ed.). **The financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation**. Oxford; Portland: Hart, 2011. p. 357-395.

UNITED NATIONS. International Law Commission. **Report on the work of its fifty-eighth session (1 May to 9 June and 3 July to 11 August 2006)**. General Assembly Official Records, Sixty-first Session Supplement n. 10 (A/61/10). Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc//reports/2006/english/chp12.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2021.

- VESTING, Thomas. Constitutionalism or legal theory: comments on Gunther Teubner. *In*: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther. **Transnational governance and constitutionalism**. Oxford: Hart Publishing, 2004. p. 29-41.
- VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2018.
- VESTING, Thomas. O direito moderno e a crise do conhecimento comum. *In*: FORTES, Pedro; CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (coord.). **Teorias contemporâneas do direito: o direito e as incertezas normativas**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 19-42.
- VESTING, Thomas. **Teoria do direito: uma introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- VESTING, Thomas. The autonomy of law and the formation of network standards. **German Law Journal**, Cambridge, v. 5, n. 6, June 2004, p. 639-668. Disponível em: <https://bit.ly/3kAcSdi>. Acesso em: 5 jan. 2021.
- VESTING, Thomas. Vizinhança: direitos fundamentais e sua teoria na cultura das redes. *In*: CAMPOS, Ricardo (org.). **Crítica da ponderação: método constitucional entre dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 226-272.
- WIPO Arbitration and Mediation Center. **Wal-Mart Stores, Inc. v. walmartcanadasucks.com and Kenneth J. Harvey. Case nº D2000-1104**. Painelista único: Henry H. Perritt Jr. Data: 23 Nov. 2000. Disponível em: <https://bit.ly/2lw76gd>. Acesso em: 5 jan. 2021.

Parte 02

Aplicação: fragmentação e eficácia horizontal dos direitos humanos no constitucionalismo social

Sociedade global e eficácia horizontal dos direitos fundamentais em Gunther Teubner

*Gabriel Pedro Moreira Damasceno¹
Lara Santos Zangerolame Taroco²*

1 Introdução

Uma das afirmações principais de Teubner a ser explorada neste estudo é a de que, nas últimas décadas, novas formas globais de coordenação e decisão jurídica emergiram para além do Direito Internacional Público, o que tem reflexo direto em relação a proteção e eficácia dos direitos fundamentais. Tanto por isso, para melhor desenvolver o pensamento do referido autor sobre os direitos fundamentais na ordem transnacional, o que se faz neste estudo a partir de pesquisa exploratória realizada por meio de revisão bibliográfica, parte-se da conceituação do Direito Internacional. São traçadas, no primeiro tópico, algumas premissas necessárias a compreensão das diferentes perspectivas e divergências doutrinárias em relação aos sujeitos, expansão e possível cenário de fragmentação da Sociedade Internacional.

Feito isso, passa-se ao diagnóstico a respeito da fragmentação e do pluralismo jurídico global, com destaque para as observações do autor em relação ao planejamento jurídico a ser delineado para lidar com esse contexto. Neste ponto assumem destaque três argumentos a serem

¹ Doutorando em Direito pela UNISINOS. Mestre em pela UFMG. Especialista em Direito Internacional pelo CEDIN. Bolsista do PROEX/CAPES. Integrante do Núcleo de Direitos Humanos e do Grupo de Estudos Culturais Jurídicas Comparadas, Internacionalização do Direito e Sistemas de Justiça, ambos da UNISINOS. Integrante do Grupo de Estudos Direito Internacional Crítico da UFU. Integrante do Núcleo de Estudos sobre Epistemologia Jurídica, da UNIPAMPA. Advogado. E-mail: gpmdamasceno@hotmail.com.

² Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (bolsista Capes/PROEX). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. E-mail: larasantosz@hotmail.com.

desenvolvidos e articulados a partir da teoria dos sistemas, tal qual entendida por Teubner, quais sejam: a radicalidade e pluridimensionalidade da fragmentação do Direito global, que transcende as acepções jurídicas, políticas e econômicas tradicionais; a impossibilidade de uma unidade normativa do Direito global e, por fim, a necessidade de estabelecimento de uma lógica que facilite um acoplamento frouxo das unidades de colisão, dada a impossibilidade de combater a fragmentação jurídica.

Uma vez delineado o diagnóstico, a temática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais na ordem jurídica transnacional é tratada com destaque para as funções desses direitos e com enfoque no que Teubner identifica como *colère publique* global e *common law constitution*. Os critérios de validade desses direitos perante sujeitos transnacionais privados são abordados, tendo em vista os numerosos escândalos envolvendo a violação de direitos humanos por sociedades empresárias transnacionais. A responsabilização desses sujeitos, como sustenta Teubner, depende justamente do reconhecimento da validade dos direitos fundamentais perante entidades privadas, o que igualmente demanda justificação e passa pelas funções constitutivas e limitativas desses direitos, para além da acepção tradicional da eficácia horizontal. Isso porque, em última análise, esses direitos fixam limites aos setores da sociedade em relação aos seus ambientes, garantindo a autonomia contra as tendências totalizantes de racionalidades parciais da sociedade.

No entanto, o reconhecimento da expansão da Sociedade Internacional e a inclusão de novos atores para além da lógica do State Action, como empresas transnacionais e membros da sociedade civil, parece não ser suficiente. Há ainda um processo comunicativo, pouco considerado, que afeta diretamente a judicialização das violações dos direitos fundamentais, identificado por Teubner como a matriz anônima.

1 Fragmentação e pluralismo jurídico global: o diagnóstico de Gunther Teubner

Considerando o conceito de sociedade mundial cunhado por Luhmann e apontando para uma possível transição das sociedades organizadas estatalmente para uma sociedade global, Teubner ressalta a existência de normas de conflito intersistêmicas, as quais derivam não só de uma colisão entre direitos privados nacionais, mas que se projeta também como colisão entre diversos setores globais sociais (TEUBNER, 2005, p.115). Dentre as razões que incitam os referidos conflitos, repercutindo em fragmentação, é possível identificar a carência de uma hierarquia judicial, bem como a proliferação de políticas divergentes das distintas organizações e regimes reguladores, outro fator determinante para a mencionada colisão.

A partir disso, propõe que a constitucionalização das relações da Sociedade Internacional precede uma interligação das constituições próprias dos fragmentos globais – das nações, dos regimes transnacionais, das culturas regionais – umas com as outras, gerando-se um direito constitucional de colisões. Quanto a isso, cabe destacar que para Teubner, as problemáticas associadas a fragmentação e ao desenvolvimento de constituições sociais parciais não remontam tão somente ao advento da globalização, como indicam alguns autores.

As constituições próprias geradas por setores sociais parciais no contexto dos Estados Nacionais indicam que a questão da fragmentação e do pluralismo não são novas. Esse processo de constitucionalização que também toma o espaço transnacional diz respeito a um “déficit básico do constitucionalismo da modernidade, que desde os primórdios do Estado Nacional permanece sem resposta ao lidar com a questão da regulação dos âmbitos sociais não estatais” (TEUBNER, 2016, p.67). Portanto, a

problemática do constitucionalismo social não se instaura com a globalização, mas está presente desde a fragmentação do todo social e autonomização desses fragmentos no Estado Nacional, o que passa a ser potencializado no cenário contemporâneo.

Como será aprofundado no tópico seguinte, a diferenciação funcional da sociedade, já identificada nesses momentos iniciais do Estado Nacional, passou a ser projetada com mais potência para a sociedade mundial, que em virtude da transnacionalização amplificou tendências e questões ainda não enfrentadas (TEUBNER, 2016). Considerando esse cenário, bem como as premissas e dissensos que informam do Direito Internacional, o próximo tópico irá apresentar o diagnóstico e aprofundar alguns elementos teóricos de Teubner, para tratar da fragmentação e pluralismo jurídico global.

Teubner observa que a aproximação entre direito e política tende a um reducionismo político, ao passo que oferece tão somente uma explicação unidimensional dos conflitos. Nesta instância, é importante observar que a fragmentação do direito global não se refere somente as normas de conflito ou a conflitos político. Na verdade, tem sua origem “nas contradições que se produzem entre as diversas racionalidades que se tornaram institucionalizadas em toda sociedade global” (TEUBNER, 2005, p.117), o que demanda um repensar do planejamento jurídico sobre as normas de conflito, ainda que se reconheça que o direito não pode solucionar por si tais contradições.

Considerando esse cenário, três argumentos são apontados para orientar o planejamento jurídico então proposto, quais sejam: a fragmentação do Direito global é radical, pluridimensional e profunda, não sendo apreendida por uma perspectiva unidimensional, seja ela jurídica, política ou econômica. Em segundo lugar, toda aspiração a uma unidade normativa do Direito global é insustentável, dada a impossibilidade de

existência de um meta-nível em que todos os conflitos possam ser resolvidos no âmbito global, o que enseja a intensificação da fragmentação jurídica e, por fim, não se pode combater a fragmentação jurídica, quando muito objetivar uma compatibilidade normativa dos fragmentos, a depender do estabelecimento de uma lógica em rede, a qual pode facilitar um acoplamento frouxo das unidades de colisão (TEUBNER, 2005).

A partir das contribuições de algumas teorias sociais sobre a globalização, Teubner trata da fragmentação jurídica relacionando-a a processos profundos de fragmentação dentro da própria sociedade global, os quais podem ser observados a partir dos conflitos de racionalidade da sociedade global policêntrica; da integridade operativa; da diferenciação interna (co-evolutiva) do Direito global; da divisão centro periferia e dos regimes autoconstituídos. Ao abordar da globalização policêntrica, a reflexão se direciona a partir de um modelo globalizante que transcende a economia, na medida em que se estrutura como uma “diferenciação acelerada da sociedade em vários sistemas sociais autônomos, cada um deles atravessando os limites territoriais e se constituindo de forma globalizada” (TEUBNER, 2005, p.118).

A ciência, a tecnologia, a saúde, o transporte, a cultura, o esporte, cada um desses sistemas, a partir de suas lógicas, produzindo um sistema global autônomo, fechados em sua clausura operativa e criando uma esfera de si mesmos, que permite intensificar sua própria racionalidade. Neste ponto Teubner (2005) regata o conceito de racionalidade de maximização, que envolve diversos sistemas funcionais sociais de caráter global, que intensificam suas racionalidades diferenciadas e, com isso, também ocultam riscos para as pessoas, a natureza e sociedade. Como pontua Leonel Severo Rocha (2019), a modernidade se aproxima de uma reflexão que pretende conciliar dois projetos simultâneos, em muito conflitantes: a vontade de produzir modelos estáveis da realidade social e,

ao mesmo tempo, a consciência de que a situação social é sempre indeterminada e o mundo, irrepresentável.

Desse modo, “o dilema da modernidade é a proposta de elaboração de uma racionalidade de um mundo, que se sabe que não pode observar complementemente devido a sua diferenciação” (ROCHA, 2019, p.202), o que pode ser melhor compreendido do conceito de sistemas. No contexto das ciências sociais, os sistemas podem ser identificados como “ordens estruturadas de comunicações” (BITENCOURT; RECK, 2016, p.137), ao passo que a comunicação permite a ligação entre sistemas psíquicos por meio da informação e quando ordenadas “adquirem estabilidade a partir de certos princípios organizativos, formando sistemas” (BITENCOURT; RECK, 2016, p.137). Para a teoria dos sistemas, o processo de diferenciação de um sistema exige de forma simultânea “uma diferenciação interna que se desenvolva enquanto o sistema se desenvolve” (LUHMANN, 2006, p.397).

Nesse registro, a forma de diferenciação interna é a forma pela qual “as relações entre os sistemas parciais (subsistemas) expressam o ordenamento do sistema total (...) diferenciação interna quer dizer também, mas não só, que, da perspectiva do sistema parcial, tudo o que pertence ao sistema é ambiente” (LUHMANN, 2006, p.397). Ademais, “as distinções podem se repetir sob determinadas circunstâncias e, com isso, adquirir estabilidade” (RECK, 2009, p.50), o que pode ser observado a partir dos conceitos que adquirem estabilidade no sistema. O referido fechamento operativo do sistema que se diferencia e afasta a participação do ambiente, como tratado por Luhmann em *O direito da sociedade*, decorre de uma necessidade interna ao sistema que tem que decidir:

O estado do sistema não pode ser tomado como resultante do estado do mundo. A diferença sistema/ambiente é experimentada no sistema como um

problema aberto; ao final de uma ampla experiência com esse fechamento e, depois, do desenvolvimento das instituições que o tornem possível, o próprio sistema se vê obrigado a decidir (LUHMANN, p.410).

Teubner destaca que para melhor compreender a relação existente entre a fragmentação jurídica e a diferenciação social, é necessário afastar a premissa de que o sistema jurídico, em sentido estrito, só pode se dar no nível do Estado-nação, embora o constitucionalismo clássico tenha dificuldades de projetar a constituição para além desse âmbito (TEUBNER, 2016). Em que pese a referida resistência, o Direito, em decorrência da lógica da diferenciação funcional também se estabeleceu globalmente como um sistema unitário, sendo possível também observar a constitucionalização para além do Estado-nação. No entanto, diferente do que ocorre no contexto do Estado-nação, “a unidade do Direito mundial já não se funda estruturalmente em uma consistência de disposições normativas asseguradas em função da organização hierárquica” (TEUBNER, 2005, p.119).

O fundamento se dá em termos procedimentais, considerando o modo pelo qual as operações jurídicas se vinculam entre si. Por esse modo específico de vinculação, “ordenamentos jurídicos extremamente diversos transferem uma vigência normativa vinculante” (TEUBNER, 2005, p.119), o que propicia uma unidade do sistema jurídico também a nível global, o que não faz cessar uma série de conflitos nesse âmbito. No entanto, cabe ressaltar, como observa Teubner (2005, p.119), que a unidade jurídica do Direito mundial passa da consistência normativa à integridade operativa.

No que concerne a diferenciação interna do Direito, a distinção entre o Direito global se dá na medida em que durante séculos o direito foi pensado a partir de uma lógica da política dos Estados-nação, manifestado em uma multiplicidade de ordens jurídicas nacionais, cada qual adstrita a

sua própria circunscrição territorial. Com a expansão das organizações internacionais e dos regimes reguladores, o que se dá é uma “fragmentação setorial que se sobrepõe a diferenciação nacional do Direito” (TEUBNER, 2016, p.135). Trata-se da passagem da diferenciação territorial para a diferenciação setorial, também presente nos regimes jurídicos-privados de caráter autônomo, os quais não possuem um caráter não-estatal e produzem normas reguladores, independente da atuação do Estado.

Neste ponto, a premissa de que o Direito global só adquire validade através dos processos de legislação e sanção estatal, não se sustenta. Isso porque, em âmbitos como a economia global e a internet um Direito autônomo com pretensão de validade global passa a ser pensado compondo regimes jurídicos privados contemporâneos. Esses regimes autônomos não estatais produzem “um colapso na clássica hierarquia normativa” (TEUBNER, 2005, p.120), reproduzindo a divisão centro/periferia própria do Direito global. Como ressalta Teubner (2005, p.121), “apesar de os tribunais ocuparem o centro do Direito, a periferia está habitada por diversos regimes jurídicos autônomos”, os quais se estabelecem nas fronteiras do Direito, mantendo aproximações com os setores sociais autônomos.

É quando ocorre o acoplamento da lógica desses regimes com os setores sociais que são produzidas diversas formas de conflitos estruturais, os quais “produzem diversos sistemas funcionais dentro do Direito” (TEUBNER, 2005, p.122), o que contribui para a fragmentação jurídica global, na medida em que:

Los juzgados, tribunales, comités de arbitrajes y otros organismos de resolución de disputas, se encuentran tan estrechamente acoplados – tanto en términos organizativos como en términos de percepción de sí mismos – con

sus propios regímenes especializados, que necesariamente contribuyen a la fragmentación jurídica global (TEUBNER, 2005, p.122).

No que diz respeito a questão constitucional, em nível global, o eixo da constitucionalização se desloca do sistema de relações internacionais para diferentes setores sociais, os quais estabelecem suas próprias constituições civis (TEUBNER, 2005). Constituição nesta concepção não remete somente ao sentido de política institucionalizado, mas também se refere as configurações não políticas da sociedade civil em outros âmbitos.

Desse modo, “os regimes autossuficientes se fortalecem a si mesmos como regimes autoconstituídos” (TEUBNER, 2016, p.89), pois além de gerarem normas primárias especializadas, também produzem normas próprias secundárias, de acordo com a legislação, o reconhecimento jurídico e as sanções jurídicas. Nesse registro, as constituições surgem quando “emergem fenômenos de dupla reflexividade – ou seja, reflexividade do sistema social que se autoconstitui e reflexividade do direito que apoia tal processo de autofundação constitutiva” (TEUBNER, 2016, p.58), este último que identifica o início do processo de constitucionalização.

Dadas as características fragmentárias do Direito global, Teubner reforça a afirmação de que a aspiração de unidade neste âmbito é uma quimera, sendo que a “única opção realista é desenvolver formas heterárquicas de Direito que se limitem a estabelecer relações frouxas entre os fragmentos do Direito” (TEUBNER, 2005, p.124), o que se dá a partir: de uma compatibilidade normativa simples, ao invés da unidade hierárquica do Direito; a criação de normas jurídicas através da irritação, observação e reflexão mútua entre sistemas jurídicos autônomos e de modos descentralizados de adaptar-se aos conflitos entre Direitos como método jurídico. Assim, no contexto dos conflitos internacionais e dos

conflitos entre regimes, ante a ausência de hierarquia, cabe investigar os caminhos indicados por Teubner para lidar com esses conflitos, especialmente em relação aos direitos fundamentais e sua eficácia horizontal transnacional.

2 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na ordem jurídica transnacional: da *colère publique* global ao *Common Law Constitution*

Ao analisar os possíveis fundamentos de validade dos direitos fundamentais na ordem jurídica transnacional, Teubner considera tanto a proposta jusnaturalista, quanto a abordagem do positivismo jurídico. Quanto a primeira, o autor ressalta que dado o pluralismo cultural, qualquer construção jusnaturalista de direitos humanos pautada em uma validade universal não poderia ser sustentada, o que afasta a possibilidade de justificação tomando por base a tradição do direito natural (TEUBNER, 2016). Já no que diz respeito ao positivismo jurídico, a dificuldade tangencia a própria fonte dessa validade, cuja identificação é difícil e transcende a dinâmica do ordenamento jurídico interno, por considerar uma multiplicidade de atores para além do Estado.

Ao invés da proposta de uma expansão dos direitos fundamentais nacionais ou da declaração de normas sociais como normas jurídicas, Teubner aponta para a necessidade de se basear em decisões concretas sobre a validade jurídica prolatadas por instituições de regimes específicos (TEUBNER, 2016). Ademais, além das práticas decisórias, a serem discutidas a seguir, Teubner também questiona a possibilidade de a *colère publique* atuar como fonte do direito global que, por intermédio da escandalização, cria direitos humanos. Retomando as considerações de Luhmann a respeito dos direitos humanos, há que se destacar a situação de frustração de expectativas nesse contexto, na medida em que:

A forma mais atual de afirmação dos direitos humanos poderia ser assim, simultaneamente, a mais original (mais natural). Normas são reconhecidas por meio de suas violações; e os direitos humanos na medida em que são descumpridos. Assim como frequentemente as expectativas tornam-se conscientes por via de sua frustração, assim também as normas frequentemente pela ofensa delas (LUHMANN, 2000, p.154).

Nessa linha, no âmbito global, dada a dinâmica das relações e negociações então estabelecidas, os direitos fundamentais não são estabelecidos como norma antes de serem violados. Mas, exatamente ao contrário, é por meio da sua lesão e por meio de correspondente ultraje que são postos em vigência. Essa prática é identificada por Luhmann como sendo um paradoxo, e é apenas uma desparadoxização que pode possibilitar que direito surja dessa escandalização. A partir dessa situação de frustração, que conduz os sistemas à “reconstrução de seu próprio passado” (LUHMANN, 2000, p.156) e oculta um paradoxo, em que “a validade da norma se mostra em seu descumprimento” (LUHMANN, 2000, p.158), Teubner propõe observar a prática jurídica emergente. Isso para compreender como ela lida com o paradoxo, a partir de diferenciações institucionalizadas, as quais sustentam a vigência dos direitos fundamentais nesses processos de escandalização e igualmente pode promover a condenações de práticas questionáveis.

As práticas decisórias dos tribunais podem vir a incorporar as demandas dessa *colère publique*, e também ao definirem standards contribuem para fundamentar a validade jurídica dos direitos fundamentais transnacionais, embora não seja possível asseverar, como ressalta Teubner (2016), que essa validade provém de forma exclusiva dessas práticas. Há então um processo complexo, compostos por distintos atores, que conduz aos atos de positivação dos direitos fundamentais.

Dentre esses, destaca Teubner: os tribunais internacionais, os quais fixam, em um movimento similar ao do *common law*, standards de direitos fundamentais que determinam qual direito fundamental possui força vinculante naquele regime específico; o constitucionalismo social, manifestado pelos protestos, atuação popular e conseqüente difusão pelos meios de comunicação de massa, o que dá substância a escandalização que culmina na construção jurídica responsável por sustentar a validade dos direitos fundamentais para além da normatização secundária, mas integrada ao sistema global; e os tribunais nacionais, cuja atuação remete ao reconhecimento de sentenças estrangeiras e a incorporação das decisões de outros regimes, permitindo o desenvolvimento de “uma *common law* transnacional dos direitos fundamentais” (TEUBNER, 2016, p.67).

Como lembra Teubner, não se trata de uma atuação protagonística dos tribunais nacionais, como pode pretender apontar uma interpretação estatal-positivista, mas sim decisões que somadas com tantas outras e compostas também por outros atores, resultam no referido cenário. Esse processo complexo de múltipla interação é identificado com o “*common law constitution*”, enquanto processo mediante o qual direitos fundamentais são positivados nos regimes transnacionais públicos e privados em um processo decisório reiterado, o qual tem lugar entre as decisões dos tribunais arbitrais, dos tribunais nacionais, dos contratos entre atores privados, da normatização social e das ações de escandalização de movimentos de protestos.

Assim, trata-se de um processo de constitucionalização, que atravessa e compõe o conceito de *common law constitution*, enquanto movimento espontâneo de decisões:

(...) tomadas por atores em uma posição de autoridade ao responder exigências situativas de momento (...) isso não implica sugerir que a constituição global irá ser o agregado de diversas constituições setoriais; mas antes sugere que a constituição global será uma colcha de retalhos e muito provavelmente precisará ser identificada caso a caso ao invés de ser escrita de forma significativa ou coerente: uma constituição material ao invés de uma constituição formal (TEUBNER, 2016, p.78).

No entanto, mesmo que os regimes transnacionais positivamente eles mesmos seus próprios standards de direitos fundamentais, segue aberta a questão da vinculação desses direitos fundamentais não apenas em relação aos atores estatais, mas também em relação aos privados. A doutrina do State Action enfrenta tradicionalmente esse cenário considerando que atores privados apenas podem lesar direitos fundamentais de outros se em seus atos um elemento da ação estatal se deixar identificar, seja porque as instâncias estatais são identificadas nas ações, seja porque eles próprios exercem funções públicas. Teubner (2016) aponta para a necessidade de recorrer a outra via para além da centralidade do Estado, que no âmbito transnacional não pode ser compreendido como um ator onipresente, como pretende sustentar a doutrina do State Action.

A generalização e a reespecificação são apontadas como meios mais adequados para compreensão dos direitos fundamentais e de sua eficácia horizontal. Nesse contexto, não é o Estado como tal, mas o meio sistêmico-específico do poder político, de cuja vinculação os direitos fundamentais devem se libertar e se generalizar em direção a outros meios de comunicação realmente eficazes na sociedade, em um processo pautado pela generalização e pela reespecificação (TEUBNER, 2016). Por sua vez, o processo de reespecificação não pode significar apenas a redução dogmática dos direitos fundamentais, sem considerar os distintos contextos sociais.

Ao invés disso, os direitos fundamentais quando reespecificados devem ser reajustados à lógica e à normatividade sociais próprias de cada setor parcial específico e naturalmente ser igualmente adaptados às normas jurídicas ali válidas. Isso significa que “em cada constituição parcial respectiva, o meio de comunicação singular – dinheiro, direito, ciência – deve ser diluído em posições de direitos fundamentais distribuídas de forma descentralizada” (TEUBNER, 2016, p.62).

Além dos processos de generalização e reespecificação, Teubner (2016) também ressalta que os direitos fundamentais são mecanismos de inclusão de diferentes setores sociais, contribuindo para a função constitutiva de constituições civis ao apoiarem a autonormatização de setores parciais da sociedade. Ademais, também possuem uma função de caráter limitativo de constituições sociais quando se trata de construir limites próprios para cada uma das dinâmicas sistêmicas respectivas. Assim, os direitos fundamentais servem para fixar limites aos setores da sociedade em relação aos seus ambientes, por meio dos quais indivíduos e instituições externos aos setores recebem garantias de autonomia contra essas tendências de expansão (TEUBNER, 2016).

Ao tratar da eficácia inclusiva dos direitos fundamentais, Teubner aponta para a desconsideração desse tema no contexto das discussões a respeito da eficácia horizontal, que tradicionalmente se preocupou apenas com a função de defesa. Neste ponto assume destaque o problema do paradoxo da inclusão da diferenciação funcional. Isso porque, os sistemas funcionais encontram-se estruturados de tal forma que “não possuem como membros grupos populacionais bem delimitados – como no caso de sociedades estratificadas, mas por sua vez incluem, cada qual, toda a população de forma apenas estritamente circunscrita à sua função respectiva” (TEUBNER, 2016, p.68). Esse processo de inclusão da

totalidade da população em cada sistema social é o que identifica a diferenciação funcional.

Todavia, a dinâmica interna dos sistemas funcionais leva precisamente às exclusões de grupos, sendo que tais exclusões funcional-específicas “reforçam-se mutuamente quando a extrema exclusão de um sistema funcional (como no caso da pobreza) leva à exclusão de outros sistemas funcionais (como a saúde, proteção jurídica, estabilidade familiar)” (TEUBNER, 2016, p.69). Segundo Teubner, a partir desse contexto, as exclusões sociais são resultado da própria intensificação da diferenciação funcional, que marca a modernidade e opera pela diferença entre inclusão/exclusão, identificada como “metacódigo do século XXI” (TEUBNER, 2016, p.69), ao passo que propicia os demais códigos, mas também oculta a própria diferenciação funcional.

O constitucionalismo social tensiona justamente esse estado de coisa, ao por em prática sua pretensão de “construir setores parciais da sociedade contrainstituições constitucionalmente garantidas” (TEUBNER, 2016, p.70). Inseridos nesse cenário, os direitos fundamentais são tanto limites aos sistemas funcionais em relação a autonomia dos cidadãos, quanto uma garantia de inclusão da população em sistemas sociais. Considerando as limitações impostas pela diferenciação funcional, dentre os caminhos possíveis, como indica Teubner (2016), está a transformação dos direitos fundamentais de inclusão em direitos civis ativos no interior dos setores sociais específicos, o que pode se dar por movimentos de cogestão e coparticipação, responsabilidade social corporativa e outros mecanismos.

Se os direitos fundamentais sociais inclusivos ainda carecem de concretização, o mesmo não se aplica a eficácia horizontal dos direitos sociais em função defensiva – ou seja, direitos fundamentais de defesa contra instituições sociais. Os direitos fundamentais de inclusão, assim

como os de exclusão, reagem aos problemas que levantam questões relacionadas à diferenciação de sistemas funcionais autônomos e à independência de seus meios de comunicação. Trata-se justamente do problema da tendência dos sistemas funcionais que se tornam autônomos transgredirem seus limites funcionais específicos e procurarem garantias para exclusão de âmbitos de autonomia. Tanto na função inclusiva como na exclusiva, os direitos fundamentais estabelecem barreiras sociais internas às tendências de totalização do meio de comunicação de sistemas funcionais.

O modelo tradicional de direitos fundamentais relacionado à defesa contra o Estado funciona apenas enquanto o estado se identifica com a sociedade ou, ao menos, enquanto o Estado possa ser considerado forma de organização da sociedade e a política possa ser vista como coordenação hierárquica da sociedade. Apenas quando se tornou claro que a sociedade moderna é descrita de maneira insuficiente pelo dualismo indivíduo/comunidade e tornou-se conhecida a libertação e autonomização de outros meios de comunicação extremamente especializadas (dinheiro, conhecimento, direito, medicina, tecnologia), esse modelo deixou de ser plausível (TEUBNER, 2016, p.68).

É exatamente a partir dessa constatação que surge a problemática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais excludentes na sociedade, ao passo que a fragmentação da sociedade multiplica as zonas limítrofes dos meios de comunicação autônomos para setores autônomos individuais e institucionais. Assim, o problema dos direitos humanos não se limita na relação entre indivíduo e Estado, mas alcança outros níveis mais complexos que decorrem da fragmentação, sendo este o centro da questão dos direitos fundamentais como direitos de defesa.

Há que se reconhecer, como ressalta Teubner (2016, p.71), que os direitos fundamentais são muitas vezes capturados ou subordinados às tendências totalizantes de racionalidade parciais da sociedade, razão pela

qual a questão da eficácia horizontal dos desses direitos deve ser encarada de outra perspectiva, apta a considerar também o que o autor identifica como a “matriz anônima” (TEUBNER, 2016, p.72), a ser analisada no item seguinte, considerando as repercussões desse tipo de violação para a judicialização dos direitos fundamentais e a para a própria proposta de Gunther Tubner.

3 Matriz anônima e gestão da colisão de racionalidades: a proposta de Gunther Tebner

Ao abordar as insuficiências da teoria tradicional a respeito da eficácia dos direitos fundamentais, Teubner identifica outras formas de violação desses direitos, as quais ocorrem a partir de uma “matriz anônima”, a ser compreendida como “processos comunicativos autônomos e independentes (instituições, sistemas funcionais, redes), os quais, por sua vez, não são personificados como coletividade. São relações entre processos de poder anônimos, por um lado, e de corpos feridos e de almas machucadas de outro” (TEUBNER, 2016, p.73).

Trata-se de uma aceção que transcende a compreensão tradicional da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, na medida em que não considera somente uma dimensão de violação de direitos subjetivos entre indivíduos. Vai além ao considerar a policontextualidade da violação desses direitos, em uma compreensão mais ampla, que para além dos atores tradicionais da sociedade internacional, também identifica processos comunicativos autônomos como ameaça a tais direitos:

A questão dos direitos humanos em sentido estrito tem que ser compreendida hoje como ameaça à integridade psicofísica dos seres humanos singulares causada por inúmeros processos comunicativos, hoje globalizados, anônimos e autônomos. A fragmentação da sociedade mundial em subsistemas autônomos não cria dessa forma apenas novos pontos fronteiros exteriores à sociedade entre subsistema e seres humanos, mas também novos limites no interior da

sociedade, nos quais as tendências de expansão dos subsistemas operam de maneira específica em relação a cada sistema (TEUBNER, 2016, p.75).

Nesse registro, não se sustenta a simples equação entre indivíduo e Estado, e a que se propõe em perspectiva alargada considerar indivíduo e atores privados. Ao tratar da eficácia horizontal dos direitos fundamentais a partir da policontextualidade de violações, há que se considerar a matriz anônima de um meio de comunicação autônomo, em um repensar da leitura tradicional acerca do tema. A compreensão tradicional acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais não dá conta do conflito instaurado entre sistema/ambiente, o qual se encontra “entre” os mundos de sentido da comunicação e da consciência, o que dificulta a tematização pela comunicação como conflito, com conflito social ou mesmo como conflito jurídico (TEUBNER, 2016).

Assim, a questão que se coloca a partir das reflexões de Teubner (2016) é como o direito pode qualificar esse conflito fronteiriço se ele dispõe apenas do idioma direito de pessoas? Outra questão posta pelo autor é se os direitos humanos podem ser processados por meio de uma lógica binária de conflitos que se estabelecem entre pessoas e a face da violência estrutural de processos de comunicação anônimos. Tais dificuldades relativas à justiciabilidade, que interpelam a dogmática jurídica e o processo judicial, demonstram a carência de soluções neste âmbito e, também, a dimensão profunda dos conflitos entre comunicação e seres humanos, muitas vezes sequer percebida pelo Direito. Dadas essas circunstâncias, a justiça dos direitos humanos é compreendida por Teubner (2016) de maneira negativa, ao passo que as sucessivas lesões comunicativas impossibilitam o pleno estabelecimento de situações justas.

Ao analisar a proposta de Teubner, Klaus Gunther (2020) observa que no pensamento desse autor resta ressaltada a dificuldade em se lidar

com os processos autônomos de formação de normas dentro dos sistemas funcionais a partir da legislação. Estas últimas podem, na melhor das hipóteses, aparecer de forma fragmentada e, em caso de colisão, apenas garantir uma fraca compatibilidade normativa das racionalidades internas diferenciadas e autorreguladas, sem poder intervir nessas próprias racionalidades. O conhecimento dos agentes, por sua vez, é baseado na experiência e é gerado a partir das práticas decisórias, conforme analisado neste estudo, as quais se fundam em ordens espontâneas de coordenação e resolução de conflitos, que estão mais próximas dos problemas particulares de suas práticas que uma legislação centralizada.

Assim, dada a pluralidade de ordens normativas que caracteriza o espaço fragmentado do direito global, não há que se falar em condição de monopolização de um subsistema na sociedade global, mas sim de ambições hegemônicas e um domínio expansivo sobre outros subsistemas, o que Klaus Gunther (2020) identifica como uma espécie de “feudalismo sistêmico”, que em última análise levaria à desintegração dos outros subsistemas e, assim, à desintegração da própria sociedade. Nesse contexto marcado pela pretensão de refeudalização de certos subsistemas, aumenta a pressão para o desenvolvimento de mecanismos, formas e procedimentos de resolução de conflitos e gestão de colisões entre racionalidades internas dos subsistemas (GUNTER, 2020).

A proposta de Teubner sugere buscar tais mecanismos não em um espaço social e simbólico comum e compartilhado de resolução discursiva de conflitos – *shared social space and the common symbolic space of the discursive conflict resolution* –, tal qual propõe Paul Schiff Berman (2018), mas na constituição interna dos subsistemas autônomos. Desse modo, os subsistemas autônomos devem, de suas respectivas perspectivas, processar os requisitos de compatibilidade externa de seu ambiente, levando-os em consideração reflexivamente em suas próprias operações,

tal qual descrito, no segundo item deste texto, como processo de generalização. Isso pode ser motivado por incentivos externos ou estipulações, mas não imposto por outro subsistema.

Como destaca Gunther (2020), a solução para o problema de colisões entre as racionalidades internas dos subsistemas, na perspectiva de Teubner (2016), deve ser gerenciada estritamente descentralizada dentro dos próprios subsistemas, sendo que cada regime, cada subsistema, cada esfera de significado busca compatibilizações de sua perspectiva interna. Seguindo essa premissa, cada subsistema, partindo de sua perspectiva interna, teria que assumir uma postura generalizante, transcendendo sua racionalidade interna, mesmo que nunca pudesse atingir o ponto arquimediano de uma posição objetiva e imparcial de um terceiro universalizado, mas mantém a pretensão do próprio ponto de vista a partir do qual toda a sociedade seria representada (TEUBNER, 2016). Em síntese, na perspectiva de cada racionalidade interna, cabe desenvolver “fórmulas de interesse público” que variam para cada subsistema.

No entanto, para além das pretensões centralistas da modernidade e reconhecendo as insuficiências dessa proposta tradicional que não reconhece ou encara o pluralismo como uma espécie de déficit, há que se ponderar que a proposta de gestão da colisão de racionalidades de Teubner esbarra, como destaca Gunther, tanto no reconhecido processo de refeudalização, quanto nas assimetrias de poder, que também o compõem. Assim, há que se ponderar que se uma padronização jurídica global não é previsível, nem desejável, em outra ponta, promover a gestão dos conflitos somente a partir de uma perspectiva interna dos subsistemas, pode reforçar a diferenciação funcional e os processos de exclusão:

Historical experience teaches us that a pluralism of normative orders can rapidly become the victim of power asymmetries, or even create such

asymmetries itself. Whoever has access to larger and stronger economic resources or means of force, whoever can, by dint of modern information technologies, strategically and successfully disseminate normative reasons, determine the political agenda and influence the political process with one's own themes. And reasons, whoever can make entire demographic groups dependent or turn elites into clients – has better chances asserting one's normative order against others and of immunizing oneself against critique, dissent and resistance for extended periods of time. A few powerful individuals can bring thus many weak ones into relations of loyalty and dependence, of patronage and clientelismo (GUNTHER, 2020, p.89).

Dadas as assimetrias de poder, que podem ser observadas no decorrer do processo histórico, certas ordens normativas se estabilizam a longo prazo, reproduzindo um arranjo de status social existente, que por sua vez é acompanhado por uma distribuição desigual de poder performativo e de oportunidades de acesso a esferas públicas (GUNTHER, 2020). Esse processo de refeudalização assume potência no contexto contemporâneo, justamente em virtude do alto grau de diferenciação funcional da sociedade global, o que agrava o risco de uma captura regulatória, com a qual um sistema funcional tenta obter privilégios sobre outros sistemas, expandindo-se. Klaus Gunther (2020) aproxima a proposta de generalização de Teubner ao método da razão prática de Kant, baseada na universalização de cada máxima individual de forma que se tornasse uma lei universal. Porém, diferente da crítica da razão prática, não há indicação a respeito da coerção em relação a proposta de Teubner de demanda por uma autotranscendência da perspectiva interna específica de um subsistema.

A pressão externa associada à *colère publique* e às esferas públicas parciais são tratada por Gunther (2020) como pontos pouco precisos, ao passo que os agentes são indeterminados e também não resta claro quais agentes sustentam essas reivindicações de validade e quem gerencia

colisões de tal maneira que as racionalidades internas dos subsistemas são forçadas a criar internamente regras de compatibilidade e, assim, transcender sua particularidade em direção a um núcleo comum de validade assumido. Esses apontamentos críticos, somados aos demais relacionados ao possível cenário de fragmentação do Direito Internacional dão o tom da crítica direcionada à proposta de Teubner, e esse cenário marcado por divergências só reforça a relevância do tema que demanda de forma contínua um repensar do planejamento jurídico, questionando seus limites de coordenação face às pretensões expansionistas de alguns subsistemas.

Considerações finais

Ao tratar dos direitos fundamentais na ordem jurídica transnacional, Gunther Teubner insere essa discussão no contexto da fragmentação do direito global, compreendida pelo autor como decorrência dos conflitos de normas intersistêmicas, as quais derivam não só de uma colisão entre direitos privados nacionais, mas que se projeta também como colisão entre diversos setores globais sociais. Dentre as razões que incitam os referidos conflitos, repercutindo na fragmentação sustentada por Teubner, é possível identificar a carência de uma hierarquia judicial, bem como a proliferação de políticas divergentes das distintas organizações e regimes reguladores, outro fator determinante para a mencionada colisão.

Esse diagnóstico traçado pelo autor que guiou as reflexões deste estudo, se sustenta também em fatores históricos, na medida em que durante séculos o direito foi pensado a partir de uma lógica da política dos Estados-nação, manifestado em uma multiplicidade de ordens jurídicas nacionais, cada qual adstrita a sua própria circunscrição territorial. Com a expansão das organizações internacionais e dos regimes reguladores, há uma fragmentação setorial que se sobrepõe à diferenciação nacional do

Direito. Tais características fragmentárias do Direito global afetam diretamente a eficácia dos direitos fundamentais na ordem transnacional, em especial no que diz respeito a vinculação desses direitos em face de entidades privadas, que desafiam o modelo clássico de responsabilidade.

Em termos de efetividade, há que se considerar, ainda, a validade desses direitos perante sujeitos transnacionais privados como temática de primeira ordem. Isso porque, não se pode deixar de observar os numerosos escândalos envolvendo a violação de direitos humanos por sociedades empresárias transnacionais e que a responsabilização desses sujeitos depende justamente do reconhecimento da validade dos direitos fundamentais perante entidades privadas e de sua justificação. O fundamento de validade apontado são as práticas decisórias dos tribunais que ao definirem standards contribuem para fundamentar a validade jurídica dos direitos fundamentais transnacionais.

No entanto, essa validade não provém de forma exclusiva dessas práticas. Isso porque, se dá mediante um processo que conduz aos atos de positividade dos direitos fundamentais, cuja participação inclui tribunais internacionais; movimentos de protestos, ONG's e meios de comunicação de massa e tribunais nacionais. Assim, seguindo a proposta do common law constitution os direitos fundamentais são positivados nos regimes transnacionais públicos e privados em um processo que remonta uma sequência de decisões reiteradas. Porém, dificuldades de outra natureza, como as violações decorrentes de processos comunicativos, no caso da matriz anônima, impõem outros desafios para além da validade.

As dificuldades em relação a efetividade dos direitos fundamentais na ordem jurídica transnacional remetem ao alto grau de diferenciação funcional da sociedade global, enquanto processo da modernidade. Encontrar formas e procedimentos para resolução de conflitos e gestão de colisões entre as racionalidades internas dos subsistemas é, portanto,

questão crucial. Teubner busca lidar com isso a partir de uma forma descentralizada e dentro dos próprios subsistemas. Cada regime, cada subsistema, cada esfera de significado busca compatibilizações de sua perspectiva interna, desenvolvendo fórmulas de interesse público a partir de processos de generalização e reespecificação.

A crítica direcionada a essa proposta se baseia nas contribuições de Klaus Gunther, que destaca os perigos em relação as pretensões autorregulatórias propostas por Teubner, sustentadas sem considerar as assimetrias de poder e um espaço social e simbólico comum e compartilhado, mas contando com a capacidade reflexiva de cada subsistema. Não há indicação de elemento coercitivo que possa impulsionar ou assegurar a realização desse processo, tão somente uma pressão externa; e igualmente não são precisados, segundo Gunther, os agentes responsáveis por levantar as reivindicações de validade e promover a gestão das colisões. Isso é deslocado para as próprias racionalidades internas dos subsistemas, repercutindo em indeterminação, como sustenta Gunther em sua crítica.

Dessa forma ao analisar o diagnóstico e as contribuições de Gunther Teubner para a compreensão dos direitos fundamentais na ordem jurídica transnacional, o presente estudo pretendeu, para além de expor a proposta do autor, também destacar contrapontos, essenciais para demarcar a complexidade e a pluralidade da temática. A partir de um diálogo que considera a importância do estudo dos direitos fundamentais na ordem jurídica transnacional, não restam dúvidas a respeito das dificuldades em relação a gestão das colisões entre as racionalidades internas dos subsistemas, o que só ressalta a relevância do Direito Internacional para pensar e reger uma sociedade internacional plural, não homogênea e marcada por assimetrias de diversas ordens.

Referências

- BERMAN, Paul Schiff. Global Legal Pluralism as a Normative Project. **GWU Law School Public Law Research Paper**, n.76, 2018.
- BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. Categoriais de análise de políticas públicas e gestão complexa e sistêmica de políticas públicas. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 16, n.66, out/dez, 2016.
- GUNTHER, Klaus. Normative legal pluralismo: a critique. In: FABRA-ZAMORA, Jorge L. (Org.). **Jurisprudence in a Globalized World**. Cheltenham: Edward Elgar, 2020, p.84-99.
- KRASNER, Stephen D. Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables. In: KRASNER, Stephen D. (editor). **International Regimes**. Ithaca: Cornell University Press, 1983.
- LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. **Revista Themis**, Fortaleza, v.3, n.1, p.153-161, 2000.
- RECK, Janriê Rodrigues. Observação pragmático-sistêmica dos serviços públicos. Tese de Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2019, Disponível em: http://bdtd.unisinos.br/tde_arquivos/11/TDE-2009-10-26T135212Z-911/Pu77uu7ublico/JanrieReckDireito.pdf. Acesso em: 05 jan. 2021.
- ROCHA, Leonel Severo. Observação luhmanniana. BRAGATO, Fernanda Frizzo; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**, n. 15. São Leopoldo: Karywa, Unisinos, 2019.
- SHAW, Malcolm N. **International law**. 8. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

TEUNER, Gunther. **El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global**. Lima: Ara Editores, 2005, p.115.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. Edição do Kindle.

TEUBNER, Gunther. Constitucionalismo social: nove variações sobre o tema proposto por David Sciulli. In: CAMPOS, Ricardo; BARBOSA, Samuel (Org.). **Teorias contemporâneas do direito**: o direito e as incertezas normativas. Curitiba: Juruá, 2016

Empresas transnacionais e o sistema do direito: um Estudo do Caso Chevron pela Teoria de Gunther Teubner

*Larissa de Oliveira Elsner*¹

*Rafael Selicani Teixeira*²

1 Introdução

O presente artigo é resultado dos estudos desenvolvidos no Seminário Sistemas Sociais e Direito, do curso de doutorado do programa de pós-graduação em direito da UNISINOS, ministrado pelo professor Dr. Leonel Severo Rocha. Neste seminário, os doutorandos releeram as principais obras de estudiosos da teoria sistêmica, com ênfase às produções de Gunther Teubner, as quais foram a base referencial dessa pesquisa.

O tema escolhido nesse artigo é a função do sistema do direito em casos que envolvam empresas transnacionais e violações de direitos humanos. Para tanto, adotou-se a teoria sistêmica como estrutura teórica para analisar um caso jurídico ocorrido no Equador, mas que teve repercussões no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, o objetivo geral é aplicar a teoria sistêmica de Teubner ao estudo do caso Chevron, a

¹ Doutoranda e Mestra em Direito Público pela UNISINOS. Bolsista PROEX/CAPES. Especialista em Direito do Trabalho pela UFRGS. Graduada em Direito pela PUCRS. Membro dos Grupos de pesquisa Trabalho e Capital da UFRGS, Núcleo de Direitos Humanos da UNISINOS (NDH) e Grupo Jurisgêneses da UNISINOS. Cofundadora do DiversoS - Educação em Direitos Humanos. Advogada e pesquisadora. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9215715351032855>. E-mail: larissaelsner@hotmail.com.

² Doutorando em Direito Público pela UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela FMP. Graduado em Direito pela UEM. Membro do Grupo de pesquisa Trabalho e Capital da UFRGS e do Núcleo de Direitos Humanos da UNISINOS (NDH). Analista Judiciário no TRT4 e professor de Direito Processual do Trabalho e Prática Processual Trabalhista na UNIFIN. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0964047420167332>. Email: rafa_texa@hotmail.com

fim de responder o seguinte problema de pesquisa: em que medida a matriz sistêmica de Teubner poderia auxiliar na análise de casos de violações de direitos humanos no âmbito transnacional, em especial, no caso Chevron?

A hipótese que se apresenta à problemática é a de que a teoria sistêmica de Teubner é um importante amparo teórico à compreensão de um problema prático e atual que se originou com os avanços provindos da globalização e, principalmente, devido a força econômica e social conferida às empresas transnacionais, a qual, nem mesmo os ordenamentos jurídicos dos Estados-Nações conseguem regular.

O desenvolvimento desse trabalho em busca da resolução do problema de pesquisa e da confirmação – ou não – da hipótese referida, será estruturado em duas partes, sendo que cada uma delas corresponde a um dos objetivos específicos desse trabalho, quais sejam: o primeiro objetivo específico é composto pela descrição e análise do caso Chevron, com a narrativa dos fatos e seus desdobramentos envolvendo os sistemas do direito de três estados distintos: o Equador, os Estados Unidos da América e o Brasil. E ainda, com base nos fatos narrados, buscar-se-á identificar os principais conceitos teóricos que envolvem o caso por uma leitura sistêmica; o segundo objetivo específico engloba uma leitura da teoria sistêmica de Teubner sobre o caso Chevron com o intuito de se identificar a sua aplicabilidade e importância nesse caso concreto, bem como a outros que envolvam empresas transnacionais e violações de direitos humanos.

A metodologia adotada é do tipo qualitativa, utilizando-se dos métodos de pesquisa do tipo revisão de bibliografia, em que se analisarão as principais obras nacionais e internacionais relacionadas ao tema, e documental, visto que dedicar-se-á ao estudo do caso Chevron e suas repercussões jurídicas.

2 A função do sistema do direito no Caso Chevron

O caso Chevron é reconhecido enquanto emblemático e representativo no tocante ao tema de direitos humanos e empresas, em especial, por se tratar de um exemplo acerca “[...] dos danos e violação de direitos humanos passíveis de serem causados por empresas transnacionais, assim como da impunidade da qual elas podem usufruir”. (ROLAND et. al.; 2018, p.3). Outro fato relevante ao estudo desse caso é a sua repercussão no judiciário brasileiro, pois ainda que as atividades empresariais do grupo Chevron indicadas como violações de direitos humanos não tenham ocorrido diretamente no Brasil, esse foi provocado a dar uma decisão que afetou diretamente as partes do caso.

Frente a isso, pretende-se apresentar uma síntese dos fatos relacionados ao caso Chevron e sua repercussão no direito brasileiro, para após, com apoio nos principais conceitos da teoria de Teubner, analisar quais as possibilidades ao sistema do direito para imprimir decisões que sejam efetivas às violações de direitos humanos por empresas transnacionais.

2.1 O Caso Chevron e sua Repercussão no Direito Brasileiro

O caso Chevron tem origem no Estado do Equador, no ano de 1964, quando foi concedido à empresa Texaco Petroleum os direitos de exploração e produção de petróleo, por meio de um contrato de concessão firmado com a subsidiária local da Texaco, a Texpet (PIGRAU, 2014, p. 6). “Entre os anos de 1964 e 1992, a empresa Texaco-Gulf (posteriormente adquirida por Chevron Corp.) explorou petróleo na Amazônia equatoriana [...]” (NAVARRO, 2019, p.2), mais precisamente nas “[...] províncias de Orellana e Sucumbíos, em uma área de cerca de um milhão e meio de hectares, permanecendo no país por quase 30 anos [...]” (ROLAND et. al.;

2018, p.3). Durante esse longo período, contabiliza-se que foram “[...] derramados cerca de 73 bilhões de litros de óleo no meio ambiente” (NAVARRO, 2019, p.2).

A empresa encerrou suas atividades no Equador no ano de 1992, mas deixou enquanto resultado de suas atividades empresariais uma imensurável variedade de estragos em relação à violação de direitos humanos, como se observa na seguinte estimativa:

Por ser sido tão prejudicial e extensa, é difícil contabilizar a real dimensão dos resultados ocasionados pela atuação da Texaco. Contudo, a estimativa inclui 450.000 hectares de floresta destruídas, 60.000 milhões de litros de águas tóxicas jogadas em rios, 880 fossas de resíduos de hidrocarburos e 6,65 milhões de metros cúbicos de gás natural queimados ao ar livre. Soma-se a isso, ainda, a diminuição da biodiversidade, o grande número de mortes, o aumento no número de casos de câncer e outras doenças na região e, até mesmo, a extinção de tribos indígenas. Esse cenário demonstra apenas algumas das sérias violações aos Direitos Humanos ocasionadas pelas atividades da empresa, como ao direito à saúde, à alimentação, a um meio ambiente sadio e diversos outros. (ROLAND *et. al.*; 2018, p.3).

Diante desse cenário, no ano de 1993, “[...] trinta mil equatorianos, incluindo indígenas e nativos atingidos direta ou indiretamente, ajuizaram ação nos Estados Unidos, país sede da Texaco [...]” (ROLAND *et. al.*, 2018, p.4), em que postulavam a responsabilização da companhia e indenização por crime ambiental (ROLAND *et. al.*, 2018, p.4). Essa ação, que recebeu o título de *Aguinda vs. Chevron*, foi extinta sem julgamento de mérito (ROLAND *et. al.*, 2018, p.4), pela Corte Americana, que reconheceu a “[...] ausência de jurisdição para julgar a lide em 2002, alegando o princípio *forum non conveniens*” (NAVARRO, 2019, p.2). Em 2003, nova ação foi proposta perante o judiciário do Equador, sendo essa encerrada em 2013, com a condenação da empresa a pagar cerca de dez bilhões de dólares em

indenização (NAVARRO, 2019, p.2). Contudo, a Chevron já não possuía mais sede e tampouco bens no território do Equador para garantir a execução. Por esse motivo, “[...] as vítimas do caso propuseram ações de execução em outros países americanos contra subsidiárias da Chevron (Argentina, Canada, Estados Unidos e Brasil). Até o momento, apenas as ações no Brasil e Estados Unidos transitaram em julgado (NAVARRO, 2019, p.2).

A decisão proferida nos Estados Unidos negou à execução da sentença equatoriana sobre os argumentos de que durante o processo equatoriano o caso teria sido alvo de fraude e corrupção, alegações essas que influenciaram a decisão proferida pelo judiciário brasileiro, ainda que esse não tivesse nenhum compromisso com as provas que sustentaram a decisão norte-americana (NAVARRO, 2019, p.3).

O judiciário brasileiro recebeu o pedido de homologação da sentença equatoriana em junho de 2012 (BRASIL, 2018), para ser processada nas bases previstas nos artigos 960 a 965 do Código de Processo Civil (CPC) e, também, seguindo o Regimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) com destaque aos artigos 216-D a 216-F (NAVARRO, 2019, p.2). Dois destaques sobre o regramento do CPC acerca da homologação de sentença estrangeira: as sentenças estrangeiras somente produzirão efeitos – podendo ser executadas – em território brasileiro quando homologadas pelo STJ³ (BRASIL, 2015); e, o STJ não analisará o mérito da sentença, somente os requisitos formais⁴⁻⁵ (BRASIL, 2015). Frente a esses limites

³ “Art. 961. A decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do exequatur às cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado”. (BRASIL, 2015).

⁴ “Art. 963. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão: I - ser proferida por autoridade competente; II - ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia; III - ser eficaz no país em que foi proferida; IV - não ofender a coisa julgada brasileira; V - estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado; VI - não conter manifesta ofensa à ordem pública”. (BRASIL, 2015).

⁵ “Segundo o CPC, art. 263, são requisitos da decisão: “I - ser proferida por autoridade competente; II - ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia; III - ser eficaz no país em que foi proferida; IV - não ofender a coisa julgada brasileira; V - estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado;

legais, o STJ foi provocado a julgar um caso complexo tanto em sua particularidade, como em relação ao seu volume econômico envolvido e também a quantidade de informações contidas nos autos, como se observa no trecho abaixo:

O processo tornou-se a causa em andamento com maior valor de causa em território nacional, além de contar, no momento da decisão, com mais de vinte e quatro mil páginas, denotando a complexidade da matéria. A empresa requerida protocolou diversos pareceres de influentes doutrinadores, como Ada P. Grinover, Nádia Araújo, Luis R. Barroso, dentre outros, os quais foram explicitamente mencionados pelo relator em seu voto, demonstrando impacto na decisão final. (NAVARRO, 2019, p.2).

Sobre o desenrolar do processo, destaca-se a atuação do Ministério Público Federal (MPF) que em maio de 2015 apresentou parecer com posicionamento contrário à homologação da sentença equatoriana, por entender que essa ofenderia à ordem pública, em confronto ao inciso VI, do artigo 963 do CPC (ROLAND *et. al.*; 2018, p.8). No ano de 2017, as vítimas protocolaram um pedido de renúncia da ação, o qual não foi aceito pela empresa Chevron (ROLAND *et. al.*; 2018, p.8). A Corte Especial do STJ indeferiu o pedido de renúncia das vítimas, sob o argumento de que “[...] não seria possível a desistência a não ser que a parte contrária (Chevron Corp.) consentisse, o que não ocorreu” (NAVARRO, 2019, p.3), e também considerou o fato de que o advogado que apresentou a renúncia não teria poderes expressos para fazê-lo (ROLAND *et. al.*; 2018, p.8). Ainda no ano de 2017, o STJ proferiu a decisão final ao caso, considerando o seguinte:

VI - não conter manifesta ofensa à ordem pública” No mesmo sentido, há jurisprudência consolidada do STJ analisando apenas requisitos formais. A título de exemplo, veja: STJ, SEC no 3035/FR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 19.08.2009; STJ, SEC no 1.185/EX, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 10.06.2011; e STJ, SEC no 5.270/EX, Rel. Min. Felix Fisher, j. 14.06.2011”. (NAVARRO, 2019, p.2).

Finalizados os procedimentos iniciais, foi finalmente proferido o julgamento acerca da demanda no dia 29 de novembro de 2017, que decidiu, de maneira unânime, pela não homologação da decisão. O voto do relator, Ministro Felipe Salomão, que foi seguido pelos demais, fundamentou sua decisão em dois argumentos centrais: a) a ausência de jurisdição brasileira e, consequentemente, falta de legitimidade passiva para a homologação e falta de interesse de agir dos autores; e, subsidiariamente, b) a ofensa à ordem pública “nacional e internacional”. (ROLAND *et. al.*; 2018, p.8).

O primeiro argumento foi fundamentado na ausência de legitimidade do polo passivo, porque: “[...] a Chevron Brasil Petróleo, mencionada na inicial pelos autores, é subsidiária indireta e pessoa jurídica distinta da Chevron Corporation, que foi a parte condenada pela sentença equatoriana [...]” (ROLAND *et. al.*; 2018, p.9). E ainda, soma-se a isso o fato de que a “[...] Chevron Corporation a verdadeira legitimada passiva, não possuiria o Brasil jurisdição para executar seus bens, uma vez que tal empresa não possuiria quaisquer bens ou patrimônios no país” (ROLAND *et. al.*; 2018, p.9). E sobre a ofensa à ordem pública, a decisão seguiu a mesma tese apresentada na manifestação do MPF, que se baseou nos argumentos da sentença proferida nos Estados Unidos da América, para invalidar o processo e a decisão equatoriana sob a alegação de que estariam minados por fraudes e corrupção (ROLAND *et. al.*; 2018, p.10).

Em suma, a decisão do STJ reconheceu a presença de todos os requisitos legais necessários para homologação da sentença, mas indeferiu o pedido através da aplicação de um princípio (princípio da efetividade) e da exigência de um requisito não constante na legislação, o ponto de conexão. A presente decisão inova no ordenamento, já que em casos anteriores apenas os requisitos formais eram analisados, sem qualquer menção a ponto de conexão. A análise da separação entre a subsidiária brasileira e o grupo econômico é temática referente ao mérito da execução judicial e não da homologação de sentença,

pois demandaria dilação probatória referente à inexistência de vínculo entre elas. (NAVARRO, 2019, p.4).

Dos fatos narrados, destaca-se que a escolha de empresas transnacionais por alocar suas sedes em países da América Latina é uma prática que vem se intensificando com a globalização e com a constante oferta de facilidades por esses Estados, com o objetivo de se tornarem atrativos economicamente para essas grandes empresas. Todavia, os impactos provenientes de algumas atividades empresariais podem gerar resultados negativos tanto à população local como ao meio ambiente, o que se verifica no caso do Equador, como relato abaixo demonstra:

Durante décadas, as corporações transnacionais aproveitaram-se da fraqueza institucional de nosso país em relação ao setor público e dos padrões internacionais frouxos para a conformidade empresarial com proteções e regulamentos de direitos humanos. A extração irresponsável de recursos naturais, os métodos inadequados de remediação e a falta de compensação financeira para as vítimas da irresponsabilidade corporativa prejudicaram não apenas vidas humanas, mas também o meio ambiente⁶. (CELY, 2014, p.354, tradução nossa).

Com base na estrutura fática do caso, avança-se para o estudo de alguns conceitos os quais entende-se essenciais à compreensão da função do sistema do direito para a solução de casos complexos como esse que envolve empresas transnacionais e violações de direitos humanos.

⁶ “For decades, transnational corporations took advantage of our country’s institutional weakness as related to the public sector and of lax international standards for business compliance with human rights protections and regulations. Irresponsible extraction of natural resources, inadequate methods of remediation, and lack of financial compensation for victims of corporate irresponsibility harmed not only human life but also the environment”. (CELY, 2014, p.354).

2.2 Conceitos Essenciais ao Caso Chevron: Sistema do Direito, Empresa Transnacional, Globalização, Territorialidade e Direito Humanos

Considerando as particularidades do caso Chevron, pretende-se analisar os conceitos chaves para se compreender a função do direito por uma perspectiva da Teoria dos Sistemas, especialmente, a partir do pensamento de Teubner e também com suporte na obra de Luhmann.

A primeira consideração a se fazer é sobre o conceito de sistema do direito. Para tanto, recorre-se a Luhmann (2016, p.73) que esclarece o sistema do direito enquanto um subsistema do sistema da sociedade e, portanto, a sociedade não seria apenas o ambiente do sistema do direito. Outra característica importante é a de que pelo fato de o sistema do direito ser um sistema social, “[...] e como realização da sociedade, as operações do sistema jurídico têm características que se efetivam não apenas no sistema do direito” (LUHMANN, 2016, p.74).

No caso estudado, verifica-se essa interação da operação do sistema do direito em outros sistemas por meio das sentenças judiciais proferidas. Observa-se que tanto a sentença do judiciário equatoriano que condenou a empresa transnacional, como a ausência de decisão da Corte norte americana que entendeu não ter poderes para emitir uma decisão, provocaram impactos no sistema social da mídia, da economia e da sociedade, uma vez que todos esses foram atingidos pelas comunicações emitidas pelo sistema jurídico. Sobre as comunicações jurídicas, importa destacar que “O sistema jurídico pressupõe simplesmente que a comunicação funcione e que seja entendida ou mal-entendida, podendo provocar aprovação ou rechaço” (LUHMANN, 2016, p.74).

Novamente, pode-se aplicar o conceito exposto ao caso analisado, visto que tanto a ausência de uma sentença que julgasse o caso – o que ocorreu na Corte norte americana – como pela sentença condenatória do judiciário equatoriano, a comunicação do sistema do direito foi

apresentada e entendida pelas partes, ainda que elas possam não ter concordado com os resultados de cada uma das decisões. A importância da comunicação para o sistema do direito supera uma ideia operacional, pois “O Direito é comunicação e nada mais que comunicação”⁷ (TEUBNER, 2005, p.41, tradução nossa).

O conceito de Teubner acerca do sistema do direito segue essa premissa de que direito é comunicação e reforça serem equivocadas as definições que o limitam a um sistema de normas, bem como entende problemáticas aquelas que o definem enquanto um sistema de profissionais e organizações jurídicas em que os elementos básicos são os seres humanos (TEUBNER, 2005, p. 44). Para Teubner, a definição do sistema do direito enquanto um sistema social autopoietico está relacionada as comunicações, conforme exposto abaixo:

O direito como sistema social autopoietico não é composto nem por normas nem por legisladores, mas por comunicações jurídicas, definidas como a síntese de três seleções de sentido: participação, informação e compreensão. Essas comunicações estão inter-relacionadas entre si em uma rede de comunicações que não produz nada além de comunicações. É isso que se entende por autopoiese: a auto-reprodução de uma rede de operações comunicativas por meio da aplicação recursiva de comunicações aos resultados das comunicações anteriores. O Direito é uma rede comunicativa que produz comunicações jurídicas. As comunicações jurídicas são os instrumentos cognitivos pelos quais o Direito, como discurso social, é capaz de “ver” o mundo⁸. (TEUBNER, 2005, p.42-43, tradução nossa).

⁷ “El Derecho es comunicación y nada más que comunicación”. (TEUBNER, 2005, p.41).

⁸ “El Derecho como sistema social autopoietico no está compuesto ni por normas ni por legisladores, sino por comunicaciones jurídicas, definidas como la síntesis de tres selecciones de sentido: participación, información y comprensión. Dichas comunicaciones están interrelacionadas entre sí en una red de comunicaciones que no produce otra cosa que comunicaciones. Esto es lo que se pretende señalar con la autopoiesis: la auto-reproducción de una red de operaciones comunicativas mediante la aplicación recursiva de comunicaciones a los resultados de comunicaciones anteriores. El Derecho es una red comunicativa que produce comunicaciones jurídicas. Las comunicaciones jurídicas son los instrumentos cognitivos mediante los cuales el Derecho, como discurso social, es capaz de ver el mundo.” (TEUBNER, 2005, p.42).

Avançando na linha de identificar os principais conceitos a se compreender o caso Chevron, salientam-se as definições de Teubner acerca da globalização e de territorialidade. A globalização é um processo que por meio da “[...] diferenciação funcional primeiramente realizada na Europa e na América do Norte passa abarcar todo o globo terrestre” (TEUBNER, 2016, p.91). Dessa forma, os sistemas sociais interagem simultaneamente, com a mesma intensidade, em todas as partes do globo terrestre. Enquanto exemplos da influência da globalização nos sistemas sociais, Teubner afirma que a “Religião, ciência e economia estão firmemente estabelecidas como sistemas mundiais, enquanto a política e o direito ainda permanecem, em seu cerne, processos que ocorrem no âmbito de Estados Nacionais” (TEUBNER, 2016, p. 91). Dessa definição, passa-se imediatamente ao conceito de territorialidade, que para Teubner, “[...] pode ser entendida não apenas geograficamente, mas como esfera simbólica de poder” (TEUBNER, 2016, p.93).

Com base nesses dois conceitos, retoma-se ao caso Chevron, para se verificar a aplicabilidade da estrutura de Teubner àquela realidade. Ocorre que ainda que os fatos tenham ocorrido em um determinado território, no Equador, o agente violador de direitos humanos indicado no caso é um ator global, ou seja, uma empresa transnacional. Logo, sua atuação não se restringe a um território e tampouco ao local onde está instalada a sede matriz da empresa. Portanto, ainda que a empresa tivesse sede nos Estados Unidos da América, exerceu suas atividades empresariais no Equador. Aqui demonstra-se como as empresas transnacionais, impulsionadas pela globalização, não encontram limites no território.

A marca da territorialidade enquanto uma esfera simbólica de poder fica ainda mais evidente quando analisamos a segunda fase desse caso, em que o judiciário equatoriano toma uma decisão, mas a mesma não é

executada, pois a empresa já não se encontrava no território do Equador. Nesse sentido, observa-se a tensão entre o direito – que produziu uma comunicação – e os efeitos decorrentes da territorialidade e da globalização que impediram a execução da decisão equatoriana.

Cumprе ainda destacar o conceito de empresa transnacional, haja vista que essa é o tipo de empresa a qual a Chevron é identificada, bem como ressaltar a perspectiva da teoria dos sistemas acerca dos direitos humanos. As empresas transnacionais são conglomerados de empresas – redes - que não se limitam a um único território, pois exercem atividades econômicas em diferentes países e, portanto, superam a ideia de regulação unicamente por atores estatais (FORNASIER; FERREIRA, 2015, p.397-398). Como Teubner (2012, p.109) afirma, nos anos recentes, essas empresas – ou corporações – transnacionais tem se envolvido em grandes escândalos relativos à violação de direitos humanos.

Ao analisar os direitos humanos pela Teoria dos Sistemas, Rocha e Martini (2016, p.37-39) rechaçam às críticas destinada a Luhmann de que sua teoria seria anti-humanista, por entender que diante do enfoque analítico que desconsidera valores morais e busca desvelar paradoxos, “[...] os seres humanos nunca foram levados tão a sério por serem o ambiente (entorno) da sociedade” (ROCHA; MARTINI, 2016, p.37). Ademais, justificam a importância dos direitos humanos enquanto produtores de diferenças, o que seria positivo ao direito e a sociedade, no sentido de possibilitar a sua efetividade. “É preciso considerar que direitos humanos implicam deveres, em responsabilidades, em decisão” (ROCHA; MARTINI, 2016, p.38).

Diante dessas considerações, ingressa-se a uma nova etapa desse artigo, na qual será estudada com mais profundidade a teoria de Teubner e sua aplicabilidade ao caso Chevron, servindo-se ainda, dos conceitos apresentados nessa primeira parte do trabalho.

3 A matriz sistêmica e a garantia de direitos fundamentais transnacionais

Após essa breve contextualização do caso Chevron, seus desdobramentos jurídicos e dificuldade de resolução de questões com base na normatividade estatal dos países, bem como a introdução de conceitos importantes da matriz teórica pragmático-sistêmica, passa-se a alguns questionamentos importantes: por que o sistema jurídico existente se mostrou incapaz de solucionar, de forma razoável, os conflitos originados da atuação da Chevron no território equatoriano? Poder-se-ia ainda apostar no constitucionalismo dos Estados Nacionais como forma de proteção de direitos humanos em situações envolvendo empresas privadas transnacionais, como o caso da Chevron? E, por fim, esses questionamentos levam ao problema central dessa pesquisa: em que medida a matriz sistêmica de Teubner poderia auxiliar na análise dos casos de violações de direitos humanos no âmbito transnacional, em especial, no caso Chevron?

Inicialmente, é inegável que a intensificação das atividades comerciais no âmbito global atuou como mola propulsora para o desenvolvimento em larga escala de atividades que ultrapassam os limites dos países de origem de empresas privadas. É quase impensável imaginar-se atualmente as relações de comércio nos países sem essa atuação transnacional das empresas e conglomerados. A exploração de matérias-primas, a existência de mão-de-obra barata, legislações que facilitam e proporcionam lucros mais favoráveis, são situações atraentes para que empresas fundadas nos países já desenvolvidos economicamente, iniciem suas atividades nos países com desenvolvimento tardio ou ainda subdesenvolvidos, tais como os Estados latino-americanos.

O caso Chevron, portanto, não se mostra como exceção, mas sim uma regra que se reproduz tanto na América Latina⁹, como em países caribenhos, países africanos, do leste europeu e asiáticos. A atuação predatória das empresas transnacionais, somada a uma superexploração da mão-de-obra, tem produzido um incontável número de violações a direitos fundamentais, que na maioria das vezes, restam sem responsabilização pela impossibilidade de eficácia normativa extraterritorial dos ordenamentos jurídicos nacionais. Em outras palavras, a proteção existe, mas se limita às fronteiras nacionais – situação esta que, como visto no caso Chevron, praticamente torna ineficaz a proteção de direitos humanos.

É a relação oposta entre a dependência dos investimentos financeiros internacionais e as condições jurídicas internas pouco rígidas para a proteção dos direitos humanos que propicia a existência de inúmeros casos de violações de direitos humanos na América Latina por empresas transnacionais (OLSEN; PAMPLONA, 2019, p. 148), principalmente constituídas nos países de capitalismo plenamente desenvolvido. Neste sentido, a globalização

[...] gera um quadro de facilitação da exploração econômica de populações em Estados com estrutura jurídica, social e política deficitária por empresas transnacionais. A pulverização das cadeias produtivas torna difícil a responsabilização das empresas diretamente beneficiadas, as quais lucram com violações de direitos humanos não devidamente reprimidas. (OLSEN; PAMPLONA, 2019, p. 133).

⁹ Neste sentido, o Consórcio Latino-Americano de Pós-Graduação em Direitos Humanos, realizou diversos estudos de casos, os quais tem como objeto a atuação de empresas transnacionais da mineração na América Latina e a violação de Direitos Humanos. Um dos três eixos analisados nos casos foi a interferência na política interna dos países, por meio de corrupção e cumplicidade, resultando em ausência de proteção dos direitos humanos de sujeitos e coletividades. (MATHIS, 2018).

Atualmente, a análise da responsabilização jurídica das empresas e conglomerados transnacionais aponta para três perspectivas principais: no âmbito interno do país no qual a empresa desenvolve suas atividades, no âmbito interno do país no qual a empresa é constituída e, por fim, no âmbito internacional, por meio de uma jurisdição universal (OLSEN; PAMPLONA, 2019, p. 139).

No caso analisado nesse estudo, percebe-se que as duas primeiras opções apresentadas de pronto se mostraram falhas na tentativa de responsabilização pela violação de direitos humanos na atuação da Chevron. Não obstante a existência de inúmeros mecanismos disponíveis para os casos de violação de direitos humanos por parte de empresas transnacionais, a prática tem mostrado que quase sempre a eficácia de tais processos é nula ou incapaz de fornecer a proteção ampla e total que os Direitos Humanos necessitam¹⁰.

A dificuldade do direito em responder de forma efetiva às violações dos direitos humanos, como no caso da Chevron, tem como um fundamento importante a característica de *soft law* que possuem as normas internacionais que tratam sobre tais direitos. Contudo, há que se pensar em normatividades que se conflitam e se influenciam, independente do conceito que a dogmática jurídica dê a tais normativas, principalmente, nas relações complexas mundiais, onde o sistema do Direito se mostra em déficit quando comparado aos outros sistemas sociais como a economia, como defende Teubner:

¹⁰ Além do Ato das Reclamações Cíveis Estrangeiras (ATCA), nota-se a existência da Lei das Empresas (Companies Act), no Reino Unido. Cita-se ainda a possibilidade de denúncias contra Estados na ONU, que atingem ainda que indiretamente as empresas, bem como procedimentos na Organização Internacional do Trabalho (OIT), Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), União Europeia, Organização dos Estados Americanos (OEA). Por fim, existem casos, com ainda menos perspectiva de sucesso, no Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). (PRIOSTE; HOSHINO, 2009)

Será a flexibilidade sinal de força ou de fraqueza? Uma vez mais, não deveríamos vê-la como uma desvantagem, e sim como uma característica do direito mundial. Ela é a compensação pela impossibilidade de implementar o direito mundial. Torna esse ordenamento jurídico mais maleável e adaptável a condições gerais em via de transformação, e a *lex mercatoria* mais adequada a uma uniformização global do direito. E a deixa relativamente resistente à destruição simbólica, no caso do desvio da norma. A estabilidade é o resultado da sua disposição a ceder. A *lex mercatoria* é *soft law*, mas não um direito fraco. (TEUBNER, 2003, p. 26).

Em outras palavras, e respondendo a primeira questão feita no início deste tópico, não é somente o fato das leis internacionais de Direitos Humanos serem tratadas como *soft law* – em um sentido negativo – que dificulta a responsabilização por violações, mas o fato de que o Direito, como sistema social, ainda não se mostra totalmente desenvolvido no âmbito global como os demais sistemas sociais. Neste sentido, Lessa e Reis analisando a evolução da atuação da ONU no particular, concluem:

[...] apesar de todo o tratamento dado à questão, as obrigações de sujeitos não estatais estabelecidas na normativa internacional permanecem inaptas a gerarem, por si só, meios de coerção e sanções a tais atores. São ainda os Estados os encarregados de investigar e punir o ocasional descumprimento pelos empresários de suas obrigações acerca dos Direitos Humanos, sendo a sua atuação insuficiente. (LESSA; REIS, 2017, p. 272).

Outro argumento que auxilia no entendimento da dificuldade de proteção dos direitos humanos face a atuação de empresas transnacionais é o fato de que há ainda uma grande dificuldade de se visualizar a eficácia horizontal dos referidos direitos quando se coloca o Estado como centro do sistema de proteção. Neste sentido, Teubner desenvolve uma crítica importante ao afirmar que “O mais significativo equívoco do Estado-centrismo consiste em tratar a eficácia horizontal dos direitos

fundamentais como um problema de poder social” (TEUBNER, 2016, p. 43), o que tiraria de foco a real função da eficácia horizontal, qual seja, a de possibilitar a limitação por meios jurídicos das tendências expansionistas que não se manifestam somente no sistema político, mas em todos os demais sistemas sociais parciais (TEUBNER, 2016, p. 43). O abandono da ideia de que a eficácia horizontal dos direitos humanos somente seria atingida por meio de direitos subjetivos, com base na coerção estatal, que marca a instrumentalização de tais direitos nos ordenamentos nacionais, abre um campo de possibilidades de desenvolvimento de mecanismos de influência de outros sistemas sociais.

Seguindo o caminho de distanciamento com relação às constituições nacionais, Teubner rechaça também a argumentação de expansão dos direitos fundamentais dos Estados-nacionais até o interior dos regimes transnacionais privados. Segundo ele, tal ideia apenas direciona o problema da validade transnacional dos direitos humanos às fontes jurídicas dos Estados: “Não há dúvidas de que direitos fundamentais de Estados Nacionais apresentam modelos de conteúdo a seus equivalentes transnacionais” (TEUBNER, 2016, p. 228), de forma que haja uma “[...] transferência de conteúdo de normas, princípios e dogmáticas de direitos fundamentais” (TEUBNER, 2016, p. 228). Mas, segundo Teubner, a questão da validade transnacional de tais direitos permanece inexplicada (TEUBNER, 2016, p. 228).

O cerne da questão é identificar as estruturas jurídicas e o processo constitucionalmente legitimado que positiva os direitos fundamentais dentro dos sistemas transnacionais (TEUBNER, 2016, p. 229). E nesse sentido, Holmes desenvolvendo a crítica de Teubner, quanto ao distanciamento dos regimes constitucionais nacionais, aponta a existência de três fenômenos frequentes presentes em estruturas de governança global:

Vou me referir a (a) uma desformalização do código jurídico, que altera o modo com que o direito é programado; (b) uma mentalidade gerencialista na reprodução do direito, que altera o tipo de processo decisório baseado na observação da contingência interna típica da dogmática moderna, e (c) um processo de formação de redes, que induz a produção de uma elite transnacional de especialistas em posição de ignorar processos políticos tanto nacionais como transnacionais. (HOLMES, 2014, p. 1150).

Portanto, fica evidente que o ordenamento jurídico equatoriano, no caso da Chevron, não obstante ter dado uma resposta judicial às inúmeras violações de direitos humanos cometidas, não produziu o resultado esperado e satisfatório, simplesmente porque a proteção por meio de direitos subjetivos constitucionalmente previstos não conseguiu alcançar o patrimônio da empresa – reparação financeira – e, uma vez que a atuação das transnacionais tem caráter predatório, superexploração e posterior abandono das ações nos países explorados¹¹, o direito equatoriano não conseguirá prevenir novas empreitadas danosas, que se darão em outros países em desenvolvimento.

Teubner rechaça ainda a capacidade de os Estados-Nações desenvolverem mecanismos para coibir e reparar tais violações transnacionais de direitos humanos, mesmo que por meio de um direito global unificado. Isso porque, o direito construído no âmbito global parte das periferias sociais, zonas de contato entre os sistemas sociais e o direito, e não a partir do centro das instituições de Estados Nacionais ou das instituições internacionais criadas por estes Estados (TEUBNER, 2003, p. 14). E tal realidade se acentua quando se verifica diversos sistemas sociais

¹¹ Neste sentido, não surpreende a existência de outras situações semelhantes de inúmeras transnacionais e inclusive a própria Chevron, como no caso ocorrido em 1998, no qual nigerianos que estavam em protesto pacífico foram assassinados e torturados por soldados pagos pela Chevron. (LERNER, David; DAR, Melissa; DONOWITZ, Paul, 2009).

que estão em forte desenvolvimento global¹², inclusive alheios aos Estados, demonstrando de forma empírica que “Na via da globalização, a política foi claramente ultrapassada pelos outros sistemas sociais” (TEUBNER, 2003, p. 12), sistemas esses denominados de *global villages* (TEUBNER, 2003, p. 12).

A chave de virada para a solução de casos nos quais violações de direitos humanos ocorrem fruto de atividades de empresas transnacionais, como o caso analisado, passa pela compreensão da complexidade desses casos e, portanto, a aposta na teoria sistêmica parece razoável, visto que o direito nacional não alcança de forma integral os demais sistemas globais já adiantados em seu desenvolvimento. O contato entre eles é deficitário e a influência praticamente não causa efeitos no sentido de desenvolver respostas comunicativas eficientes. “Sempre que dois sistemas comunicativos interconectam, essa interconexão os torna capazes de desenvolver seus próprios mecanismos de aprendizado e influência estáveis e mútuos” (FORNASIER; FERREIRA, 2015, p. 401).

Em se tratando de sistemas sociais autônomos – no caso analisado, a economia – que ultrapassam a territorialidade dos Estados Nacionais, a conexão com o sistema do direito, portanto, não produz respostas comunicativas eficientes justamente porque são identificadas relações entre ordens jurídicas diversas no interior do mesmo sistema funcional da sociedade mundial atual, o Direito – no qual se distinguem ordens diversas e subordinadas ao mesmo código binário, direito e não direito, mas com programas e critérios diferentes (FORNASIER; FERREIRA, 2015, p. 401). Em outras palavras, os sistemas sociais globais têm dificuldade de interconexão com os mais variados sistemas jurídicos nacionais, haja vista

¹² O autor cita como candidatos ao desenvolvimento de um “direito mundial sem Estado”, a *lex mercatória*, o sistema de padronização técnica e autocontrole profissional, o discurso dos direitos humanos, o direito do trabalho, a área de proteção ambiental e ainda a *lex sportiva internationalis*. (TEUBNER, 2003, p. 11)

ainda não ter se formado um sistema global do direito. Isso explica, no caso da Chevron, porque inicialmente o sistema jurídico dos Estados Unidos, local de origem da empresa transnacional, remeteu o processo para o sistema jurídico equatoriano --local de atuação da empresa transnacional - no qual foi produzida uma comunicação interna, uma decisão judicial. Contudo tal decisão, foi posteriormente entendida como fraudulenta e ilegítima, gerando inclusive um processo contra o próprio advogado que representava as vítimas equatorianas, no sistema jurídico norte-americano¹³.

Então, se o direito nacional se mostra insuficiente por si só para legitimar os direitos humanos, mormente nos casos de violação por empresas transnacionais onde há um conflito evidente de sistemas jurídicos dos diferentes Estados, e que na maioria das vezes tendem a favorecer os interesses empresariais em detrimento dos direitos humanos das populações do local de atuação de tais empresas, Teubner questiona como se daria a formação espontânea de um direito válido transnacional, “[...] sem a autoridade do Estado, sem a sua capacidade de impor sanções, sem o seu controle político e sem a legitimidade de um processo democrático? Onde está a norma fundamental no plano global?” (TEUBNER, 2003, p. 17).

O próprio Teubner aponta um caminho ao tratar da *colère publique*, declarada por Durkheim como fonte de direitos. Segundo Teubner, com fundamento em Luhmann, o direito válido surgirá à medida que houver condenações de práticas questionáveis conduzidas pelo código jurídico e estas foram reflexivamente reconhecidas como violações de direito humanos, sendo então incorporadas à recursividade das operações

¹³ Steven Dowziger foi processado pela Chevron em Nova York e encontra-se em prisão domiciliar. Ver: <https://theintercept.com/2020/01/29/chevron-ecuador-lawsuit-steven-donziger/>

jurídicas (TEUBNER, 2016, p. 232). O surgimento de redes heteroárquicas e hierarquias de reputações em substituição da hierarquia tradicional dos tribunais nacionais (TEUBNER, 2003, p. 25), poderia compor uma governança global, que envolveria os Estados, organizações não governamentais, movimentos sociais, corporações transnacionais e outros atores dos mercados, interagindo em uma esfera cada vez mais permeada por meios de comunicação de massa mundiais, na tarefa de criar regulações e coordenar as ações desses atores no nível global (HOLMES, 2014, p. 1141). Ou seja, os regimes especializados transnacionais concorrem, como sujeitos constitucionais, com os Estados Nacionais, mas sua comunicação se dá pelos meios de outros sistemas funcionais e não pelo meio poder da política. Logo, são os conflitos entre os regimes transnacionais que dominam a prática jurídica (TEUBNER, 2016, p. 232).

De volta à questão da proteção dos direitos humanos no âmbito das empresas transnacionais, é promissora a solução que se pode inferir das lições de Teubner, ao analisar caso distinto, mas que analogicamente proporciona o mesmo desafio teórico-prático. A proposta apresentada é a de que “Uma maneira de sair desse dilema é deslocar a proteção dos direitos fundamentais contra o poder privado do nível individual para o nível institucional (TEUBNER, 2021, p. 94). Dessa forma, parece plausível crer que o afastamento da ideia de proteção dos Direitos Humanos por meio de direitos subjetivos, bem como o abandono da aposta nos sistemas de direito dos Estados-Nação, poderia proporcionar uma proteção mais efetiva em casos como o da Chevron.

Para Teubner, o efeito horizontal dos direitos humanos passaria a ser garantido pela organização e processos que preservam seu aspecto institucional e não por direitos individuais que possibilitariam a propositura de ações jurídicas. Neste sentido, a questão sobre qual organização e quais processos poderiam ser usados para proteger os

direitos humanos já não seria, portanto, passível de resposta dentro do direito.

Assim, “O conteúdo normativo de tais garantias institucionais só pode ser obtido a partir de fora do direito, a partir da autonormatividade da prática social” (TEUBNER, 2021, p. 94). Os próprios sistemas sociais autônomos, por meio de seus códigos e programas separados, dariam origem às orientações normativas que difeririam das opiniões convencionais de indivíduos, possuindo assim um caráter institucional. E a normatividade institucional de tal porte seria encontrada em estruturas historicamente desenvolvidas, “[...] reativadas na dogmática de reflexão da ciência e do sistema da saúde e reformadas nas decisões e nos debates políticos antes de serem absorvidas pelo direito” (TEUBNER, 2021, p. 94). Seguindo o mesmo raciocínio, Holmes constata que:

[...] os especialistas dos respectivos “domínios funcionais” se tornam gradualmente os responsáveis tanto pela elaboração de normas como pelos processos decisórios mais relevantes (com base nas normas que eles mesmos elaboram), o que explicitamente rompe com a ideia tradicional de uma separação democrática de poderes. (HOLMES, 2014, p. 1151).

A proposta de Teubner não deixa de ser desafiadora, uma vez que tal ideia possibilita que o sistema econômico imponha sua forma de comunicação e corrompa os demais sistemas, tendo em vista seu amplo desenvolvimento global, como inclusive se viu no caso Chevron. E nesse ponto, é importante a consideração de tal crítica à espontaneidade da formação da normatividade e proteção de direitos humanos de forma institucional, como proposto por Teubner.

Por mais que se constate a dificuldade do direito se impor globalmente, tal fato não diminui o risco da *lex mercatoria* se impor frente a todos os demais sistemas sociais autônomos, dentre eles o próprio

direito. O caminho de se desenvolver “[...] uma teoria da reflexividade entre ordens estatais e não estatais – teoria esta que verse acerca da possibilidade de aprendizado e complementação na regulação entre essas ordens de origem diversa” (FORNASIER; FERREIRA, 2015, p. 411), passa pela constatação que a irritação que cada sistema produz nos demais não respeita um limite igualitário ou sequer de razoabilidade, o que pode ocasionar crises sociais graves, como por exemplo: a crise do petróleo de 1979, a crise financeira dos *subprimes* nos Estados Unidos em 2007 e, mais recentemente, a própria crise sanitária da pandemia da Covid-19. Em todas essas situações a irritação sistêmica que se deu na interação entre os variados sistemas sociais autônomos resultou em um quase colapso sistêmico, no qual o Direito pouco ou nada pode fazer, inclusive com resultado de violações a direitos humanos.

4 Considerações finais

No presente artigo analisou-se o caso Chevron, no qual a empresa norte-americana Texaco-Gulf (posteriormente adquirida por Chevron Corp.) desenvolveu suas atividades econômicas, qual seja a exploração e produção de petróleo na Amazônia equatoriana, causando diversos reflexos negativos ao meio ambiente da região, bem como violando direitos humanos das populações que habitavam a região explorada. Por meio de um processo judicial na justiça equatoriana, a empresa foi condenada ao pagamento de uma indenização. Contudo, pela dificuldade de execução no Equador de tais valores, uma vez que a empresa já não possuía sede e nem bens em solo equatoriano, houve tentativas de cumprimento da sentença, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, em função da existência de subsidiárias da mesma atuando em solo brasileiro, não tendo havido, contudo, sucesso. Deste modo, as violações de direitos humanos ali constatadas restaram sem qualquer reparação,

demonstrando a dificuldade do direito estatal em solucionar litígios e violações provocadas por empresas transnacionais.

Não obstante, de fato se reconhece o desenvolvimento de sistemas sociais autônomos globais que ultrapassam os âmbitos dos Estados Nacionais, é evidente a ausência de um sistema jurídico mundial apto a solucionar os conflitos originados em tais sistemas, principalmente quando se trata da proteção de direitos humanos em países ainda em desenvolvimento como, por exemplo, os latino-americanos.

No caso concreto analisado, o sistema jurídico equatoriano se mostrou inapto a concretizar a responsabilização da Chevron, da mesma forma que os sistemas jurídicos norte-americano e brasileiro. Ou seja, diante de relações desenvolvidas em sistemas sociais autônomos que transcendem as limitações territoriais dos Estados Nacionais, há necessidade de um direito que não seja baseado nos sistemas jurídicos nacionais, de modo a apresentar soluções mais satisfatórias aos conflitos produzidos em tais relações transnacionais.

A teoria sistêmica parece bem descrever a realidade dos sistemas sociais autônomos que se desenvolvem de forma global e, em alguns casos, como o sistema econômico, de forma mais abrangente que o próprio sistema político e jurídico. O desafio de se buscar alternativas ao direito nacional tem instigado os estudiosos, de modo que diversas propostas são apresentadas, sendo que a sistêmica aparenta proporcionar senão as melhores respostas, pelo menos os melhores questionamentos. Neste sentido, a construção teórica sistêmica de Teubner de consideração do efeito horizontal dos direitos humanos por meio da organização empresarial e processos institucionais e não por direitos individuais, se mostra promissora.

Referências

- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jan. 2021.
- BRASIL. **Sentença Estrangeira Contestada nº. 8.542 - EC (2013/0081095-1)**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça (STJ), 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=75344946&num_registro=201300810951&data=20180315&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 31 jan. 2021.
- CELY, Nathalie. Balancing Profit and Environmental Sustainability in Ecuador: Lessons Learned from the Chevron Case. **Duke Environmental Law & Policy Forum**, 2014. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/62566534.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2021.
- FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. **Revista de Direito Internacional Uniceub**, Brasília, v.12, n.5, p.396-415, 2015. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/3303>. Acesso em: 5 fev. 2021.
- HOLMES, Pablo. O Constitucionalismo entre a Fragmentação e a Privatização: Problemas Evolutivos do Direito e da Política na Era da Governança Global. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, p. 1137 a 1168, 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582014000401137. Acesso em: 18 fev. 2021.
- LESSA, Rafaela R. Zauli; REIS, Daniela Murada. A ONU e a responsabilidade internacional de empresas por transgressão aos direitos humanos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 5, n. 2, p. 261-274, jul./dez., 2017. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/download/531/228>. Acesso em: 18 fev. 2021.

LERNER, David; DAR, Melissa; DONOWITZ, Paul. Chevron Found Not Liable For Killings, Shootings and Torture of Nigerian Peaceful Protesters. Center for Constitutional Rights, 2009. Disponível em: <<https://ccrjustice.org/home/press-center/press-releases/chevron-found-not-liable-killings-shootings-and-torture-nigerian>>. Acesso em: 10/02/2021.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. São Paulo: Martins fontes, 2016.

NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. Homologação de sentença estrangeira condenatória por danos ambientais no brasil: análise do caso Chevron SEC nº 8542, Superior Tribunal de Justiça. **Homa Publica Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas**, Juiz de Fora, v. 3, n. 1, ago. - jan., 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30578>. Acesso em 24 jan. 2021. Acesso em: 24 jan. 2021.

OLSEN, Ana Carolina; PAMPLONA, Danielle Anne. Violações a Direitos Humanos por Empresas Transnacionais na América Latina. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ano 7, nº 13, p. 129-151, Jan./Jun. 2019. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/articloe/download/8496/6153>. Acesso em: 18 fev. 2021.

PIGRAU, Antoni. The Texaco-Chevron Case in Ecuador: Law and Justice in the Age of Globalization. **Revista Catalana de Dret Ambiental**, Catalunha, n. 1, v. 5, 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7685902>. Acesso em: 27 jan. 2021.

PRIOSTE, Fernando Galhardo Vieira; HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. **Empresas Transnacionais no Banco dos Réus: Violações de Direitos Humanos e Possibilidades de Responsabilização**. Curitiba: Terra de Direitos, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; MARTINI, Sandra Regina. **Teoria e prática dos sistemas sociais e direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2016.

ROLAND *et. al.* O processo de homologação da sentença do Caso Chevron no Brasil: uma análise da ação SEC nº. 8542 e a importância de um Tratado Internacional sobre

empresas e Direitos Humanos. **Cadernos de Pesquisa Homa**, Juiz de Fora, v. 1, n. 2, 2018. Disponível em: <http://homacde.com/wp-content/uploads/2018/02/Chevron-Diagramado-BR.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2021.

TEUBNER, Gunther. **A bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional**. Revista Impulso, Piracicaba, v. 13, n. 33, p. 09-31, 2003.

TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (Corporate Codes of Conduct) privados e estatais. Tradução de Ivar Hartmann. Revisão de Germano Schwartz. *In*: SCHWARTZ, Germano (Org.). **Juridicização das esferas e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TEUBNER, Gunther. **Direito e teoria social: três problemas**. **Tempo Social revista de sociologia da USP**, São Paulo, v. 27, n. 2, p.75-101, 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So103-20702015000200075. Acesso em: 5 fev. 2021.

TEUBNER, Gunther. **El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global**. Peru: Ara Editora, 2005.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ICANN e o Caso Amazon: sobre a complicada legitimidade da governança global

*Maurício Pedrosa Flores*¹

1 Introdução

Em uma disputa por um domínio na internet, uma organização estabelecida na Califórnia decide em favor de uma empresa norte-americana a despeito dos protestos de uma coalização formada por países sul-americanos. Descrito assim, em termos gerais, esse soa como mais um caso representativo de que a chamada “governança global”² sempre tenderá a favorecer os interesses de um gigante corporativo baseado em um país rico em detrimento de uma justa demanda elaborada por um grupo de países considerados periféricos.

E de fato, essa primeira visão, ainda que superficial, não é fácil de ser dissipada. Em se tratando de disputas internacionais, as suspeitas de que os interesses hegemônicos de grandes potências estão por trás das decisões de organismos transnacionais raramente são injustificadas – há toda uma tradição teórica, a realista, que justamente se baseia no fato de que tais suspeitas costumam ser confirmadas. Mas é possível dizer que nessa disputa, em torno do registro do domínio virtual “.amazon”, o

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista CAPES/PROEX. E-mail: mauriciopflores@gmail.com

² Seguimos aqui a definição de Zürn (2018, p. 3-4), para quem a governança global se refere “ao exercício de autoridade para além de fronteiras nacionais assim como normas e regras consentidas para além do Estado-nação, ambas justificadas em referência a bens comuns ou problemas transnacionais”. Essa definição engloba dois tipos de autoridades: internacionais (intergovernamentais) e transnacionais (aquelas que contam com a participação direta de ao menos um ator privado). Contudo, como bem ressalta Bernstein (2011, p. 23-24), essas categorias representam apenas tipos ideais para fins explicativos, já que na prática “poucas instituições intergovernamentais operam sem a influência de atores não estatais e poucas instituições não estatais mantem autonomia completa em relação à autoridade dos Estados soberanos.”

cenário se mostrou um pouco mais complexo do que uma apressada leitura realista poderia sugerir.

O caso Amazon (como o chamaremos a partir de agora) remete a uma série de complicadas questões bem anteriores à sua decisão final, tomada em maio de 2019. Como este artigo pretende mostrar, muitas das circunstâncias que envolvem esse caso são sintomas mais gerais da complicada tarefa de alcançar padrões aceitáveis de legitimidade em instituições transnacionais que promovem a governança global. Em outras palavras, a problemática legitimidade de decisões baseadas em um direito que não tem como base nem o direito estatal e nem as consolidadas – mesmo que por vezes vacilantes – regras de direito internacional.

No centro desse caso está a Corporação da Internet para Atribuição de Nomes e Números (ICANN, na sigla em inglês), um organismo tão polêmico quanto necessário para o bom funcionamento da internet da forma como a conhecemos. Apesar de ter uma atribuição predominantemente técnica, muitas das questões com as quais a ICANN lida possuem importantes implicações políticas e jurídicas, como o caso Amazon bem ilustra.

A primeira parte do artigo analisa a forma controversa por meio da qual essa organização passou a assumir a autoridade de um dos aspectos mais centrais da infraestrutura da internet, o registro e concessão de domínios de topo genéricos. Já a segunda parte se debruça especificamente sobre as circunstâncias do caso Amazon, que fornecem uma visão mais concreta do tipo de problema de legitimação enfrentado por uma autoridade como a ICANN quando não há regras muito claras sobre como proceder – mas ainda assim uma decisão precisa ser tomada.

2 O surgimento da autoridade da ICANN

A história sobre o surgimento da internet – um projeto denominado ARPANET (*Advanced Research Projects Agency Network*), em que um grupo de engenheiros realizou uma série de pesquisas financiadas pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos – e seu lento desenvolvimento até o início da década de noventa atestam que sua atual utilização massiva e global não fora inicialmente pretendida. Durante muito tempo, a internet não foi vista como o recurso extremamente valioso que é hoje, com suas extensas aplicações para fins sociais, econômicos, políticos, educacionais, religiosos etc. Sua difusão efetiva ocorre poucos anos após o início dos chamados processos globalizantes, e desde então vem não apenas acompanhando a velocidade destes como favorecendo seus últimos desenvolvimentos – mercados globais simultaneamente conectados por frações de segundo, difusão instantânea de informações a qualquer parte do mundo, comunicações à distância em larga escala, inteligência artificial etc.

Muitas das ferramentas e serviços que a internet oferece estão facilmente à disposição de um enorme público. Mas alguns aspectos, mais propriamente ligados à sua estrutura e funcionamento, são bem menos conhecidos pela maior parte de quem navega por ela. Um desses aspectos é a chamada função IANA, sigla em inglês para designar a autoridade responsável pela atribuição de números na internet. Explicando de forma breve, para que um computador acesse a internet ou um servidor mantenha uma página na web, é preciso que eles recebam números determinados, únicos. No caso dos domínios da internet, esses números correspondem a nomes também individualizados, como “wikipedia.org” ou “gov.br”. Quando um usuário digita um desses nomes em um navegador, somente uma página pode aparecer, com um dono específico.

A autoridade IANA é responsável não somente pela atribuição desses nomes, mas também por definir quais domínios de topo genéricos³ (*general top-level domains*) como “.com”, “.net” ou “.love” devem ou não existir.

Até 1990, essa função hoje bastante complexa esteve a cargo de uma única pessoa: Jon Postel, um cientista da computação e pesquisador baseado na Califórnia. A partir de 1990, em função de uma ampliação das atividades na internet, essa função passou a ser dividida com uma subsidiária de uma empresa contratada pelo governo norte-americano, chamada Network Solutions. Ao contrário dos fundadores e mantenedores da internet até então, a Network Solutions possuía fins lucrativos, e não tardou a buscá-los quando vislumbrou a oportunidade para tanto. Com o passar dos anos e o aumento da demanda por domínios na internet, a empresa abocanhava lucros cada vez maiores por uma atividade outrora realizada, na esteira do espírito do ciberespaço, de forma colaborativa e não lucrativa. Esse não era o rumo que Jon Postel e os demais precursores esperavam que a internet tomasse – e a relação entre eles e a empresa, até então pacífica, estremeceu. (GOLDSMITH; WU, 2006, p. 35).

Na medida em que o interesse comercial pela internet cresceu em meados da década, o que se parecia mais com uma “função” passou a ganhar ares cada vez maiores de “autoridade”. Os tempos do trabalho quase bibliotecário de Jon Postel na década de oitenta haviam ficado para trás, assim como seu método informal de resolução de problemas dentro das margens da razoabilidade e do bom senso. A internet havia ficado grande demais para que seu funcionamento dependesse, como outrora, de consensos obtidos por um grupo de engenheiros norte-americanos

³ Além dos genéricos, como “.com” e “.org”, existem os domínios de topo específicos de cada país (*country-code*), formados por duas letras e a cargo de autoridades nacionais. No caso brasileiro, o “.br” é administrado pelo Conselho Gestor da Internet (CGI).

reunidos em uma sala. Na medida em que o debate envolvia mais interessados, como empresas de tecnologia e governos nacionais, tornou-se fundamental indagar sobre quem exerceria, sob bases legítimas, a autoridade sobre a alocação de nomes e números na internet.

Em seus primeiros desenvolvimentos, o debate opôs basicamente dois atores: de um lado, a crescente comunidade técnica de engenheiros da internet, reunida em torno de organizações independentes como a Internet Society; de outro, o governo norte-americano. Esse conflito inicial é bem resumido por Goldsmith e Wu (2006, p. 32):

[...] Postel e a geração de fundadores da Internet viam a si próprios como a autoridade atuante sobre a maioria dos assuntos da Internet. Eles desenharam a arquitetura da Rede, eram os experts e tinham controle diário sobre a maior parte dos aspectos de sua operação. Mas eles não possuíam qualquer base jurídica para governar a Internet – um problema que eles geralmente negligenciavam. O governo norte-americano possuía outro tipo de reivindicação. Nos Estados Unidos, você normalmente é dono daquilo que você paga. Ainda que os engenheiros fundadores pudessem ter inventado a Internet e a dirigido por anos, praticamente todos os aspectos do desenvolvimento da Internet foram financiados por meio de contratos com o governo norte-americano. O governo norte-americano acreditava que esses contratos lhe garantiam propriedade sobre o sistema de nomes e números.

Ou seja, o desenvolvimento da internet enquanto ferramenta de uso massivo e potencialmente lucrativo provocou uma situação bastante inusitada. Quem tem autoridade sobre ela: quem tratou de cuidá-la desde o princípio, quando seu potencial ainda era desconhecido, ou quem sempre esteve por trás do financiamento de seu incerto desenvolvimento?

Por mais robustos que fossem os argumentos apresentados por cada um dos lados, estava claro desde o início que uma solução final não seria encontrada invocando alguma base jurídica decisiva. Mais do que isso, não

era o tipo de questão que poderia ser resolvida por uma decisão judicial. Tratava-se não apenas de um problema desconhecido, sem nenhum precedente ao qual se pudesse reportar, mas também algo difícil de ser mensurado, uma vez que o que estava em jogo era o futuro de um espaço virtual que já havia evidenciado sua capacidade de transcender fronteiras e cujo alcance tendia a um nível verdadeiramente global. Ou seja, a história jurídica da autoridade sobre a atribuição de nomes e números na internet estava prestes a começar em um completo vácuo de legislação aplicável, fosse nacional ou internacional.

Sabendo que esse vácuo haveria de ser suplantado de alguma forma, os interessados no futuro da internet começaram a agir. Organizações independentes e representantes da sociedade civil se mobilizaram, por exemplo, a fim de elaborar de um documento jurídico conhecido como gTLD-MOU (Generic Top-Level Domain Memorandum of Understanding) (GOLDSMITH; WU, 2006, p. 38). Esse documento serviria como base para a formação de uma autoridade internacional sobre a atribuição de nomes e números na internet, e apontava, entre outros aspectos, a necessidade de se adotar uma estrutura formal e legítima perante o sistema internacional de Estados.

Esse acordo informal, do qual nenhum governo nacional foi convidado a participar, ganhou ares de oficialidade graças ao apoio da União Internacional de Telecomunicações (ITU), agência das Nações Unidas especializada em telecomunicações e responsável pela normatização de tecnologias de informação e comunicação como rádios e telefones. Em suma, o gTLD-MOU era uma tentativa de declarar independência da internet em relação à política de governo norte-americana e lançar as bases para a formação de uma governança multilateral da internet.

A iniciativa foi acolhida com surpresa por muitos governos, que enxergaram nela a tentativa desesperada de uma moribunda ITU de assumir o controle de algo que visivelmente já não era um “simples” meio de comunicação como, por exemplo, as linhas telefônicas – mas sim um precioso recurso econômico e uma enorme ferramenta de poder em função de seu potencial impacto e alcance globais. Para os Estados Unidos, no entanto, por mais questionável que fosse sua real importância, o gTLD-MOU soou como um sinal de alerta. (RAUSTIALA, 2016, p. 8).

O governo Bill Clinton entendeu prontamente que algo precisava ser feito para que o futuro da internet não fosse ameaçado – ou ao menos para que o interesse norte-americano no futuro da internet não fosse ameaçado. Costuma-se apontar dois motivos – que podem ser vistos como não excludentes, mas complementares – que levaram os Estados Unidos a uma resposta mais concreta sobre o futuro da função IANA. Em primeiro lugar, na medida em que grandes empresas começavam a fazer vultuosos negócios por meio da internet, os Estados Unidos temiam que a arquitetura da rede ficasse vulnerável nas mãos de um grupo de engenheiros independentes. Ninguém investiria seus milhões de dólares enquanto não houvesse garantias acerca da segurança da internet, e essa garantia somente poderia ser dada por um organismo forte – preferencialmente o próprio governo norte-americano, junto ao seu Departamento de Defesa. (GOLDSMITH; WU, 2006, p. 41).

Mas havia outro elemento em jogo, talvez de maior importância: uma estrutura de governança multilateral da internet era vista com grande receio pela Casa Branca. Em primeiro lugar, uma internet supervisionada por instituições multilaterais como a ITU ou qualquer organização internacional significava que os Estados Unidos teriam direito a apenas um voto, em paridade com outros estados membros, muitos dos quais não tiveram qualquer parcela de contribuição ao desenvolvimento da internet.

Segundo, abria-se uma perigosa possibilidade de que países reputados como violadores das liberdades de acesso e de livre expressão, dois dos fundamentos da própria internet, pudessem exercer algum controle sobre seu desenvolvimento. Além disso, o setor privado, reputado como fundamental para o avanço comercial da internet, sairia severamente prejudicado em termos de participação caso um arranjo intergovernamental fosse implantado. (RAUSTIALA, 2016, p. 8).

A atitude que o governo norte-americano tomaria a seguir é até hoje interpretada de forma ambígua – por um lado, é de fato possível vislumbrar eventuais riscos que uma abordagem multilateral representaria para a internet; por outro, é impossível não desconfiar que os Estados Unidos fizeram de tudo para preservar uma estrutura que atendesse, em primeiro lugar, a seus próprios interesses. E essa estrutura era nada mais do que aquela que já existia até então: uma governança multissetorial convenientemente dominada por companhias de tecnologia norte-americanas, pesquisadores norte-americanos e grupos da sociedade civil também norte-americanos (RAUSTIALA, 2016, p. 9). Logo, optou-se criar uma versão mais robusta e formalizada de multissetorialismo, que dissipasse qualquer dúvida sobre quem exerceria a autoridade de fato sobre a alocação de nomes e números na internet – nascia assim, em 1998, a ICANN. A partir de um contrato com o Departamento de Comércio dos Estados Unidos, essa organização privada não lucrativa regulada pelas leis de Califórnia passou a funcionar como um sistema de governança estruturada sobre alguns dos aspectos mais fundamentais da internet.

Ou seja, por meio de um ato unilateral, o governo norte-americano preenchia uma lacuna jurídica e dava início a uma nova era na governança da internet – uma era que já começava sob olhares suspeitos de muitos governos e organizações não governamentais. Não se podia negar que a ICANN possuiria certo grau de independência, sobretudo em questões

técnicas. Mas havia uma justificável desconfiança acerca da ingerência do governo norte-americano sobre o órgão, uma vez que a ICANN estava legalmente (por meio do contrato com o governo) e fisicamente (o computador onde ficava a *root zone file* era de propriedade norte-americana) vinculada ao governo dos Estados Unidos, a despeito dos discursos sobre “privatização” e “internacionalização” que este defendia perante as demais nações. (GOLDSMITH; WU, 2006, p. 169).

As preocupações com uma internet centrada nos Estados Unidos cresceram na virada do milênio e acabaram originando uma série de iniciativas, a começar pela World Summit on the Information Society (WSIS), cúpula das Nações Unidas coordenada pela ITU. A proposta inicial da WSIS era de fomentar o entendimento entre as nações sobre os novos rumos da sociedade da informação e promover o desenvolvimento das Declarações do Milênio, mas logo se transformou em uma grande discussão sobre o futuro da governança da internet, com foco nas atividades da ICANN.⁴ Sem apoio generalizado, no entanto, a WSIS fracassou em sua missão de reforma institucional. O embate entre uma visão multilateral da governança da internet e a estrutura multissetorial existente seguiu em outros movimentos pós-WSIS, como o Working Group on International Governance (WGIG), e de certa forma persiste até hoje.

Mas o fato é que o arranjo entre ICANN e o governo norte-americano permaneceu largamente intocado. A única mudança significativa aconteceu em 2014, quando o governo Barack Obama optou por não renovar a relação contratual entre a ICANN e o Departamento de

⁴ Na Declaração de Princípios de Genebra, documento final do encontro da WSIS realizado em 2003, os atores envolvidos defenderam uma divisão da internet entre assuntos técnicos, que continuariam a cargo de agentes privados do setor, e assuntos de política pública, que passariam à supervisão dos governos em âmbito nacional e objeto de acordos e negociações entre eles no âmbito internacional. (MUELLER, 2010, p. 58-64).

Comércio. Mas não para estabelecer um controle mais direto dos Estados Unidos sobre a internet, e sim o contrário: o governo decidiu conceder, a partir daquela data, plena autonomia à ICANN para executar suas funções, entre elas a alocação de domínios.

Essa decisão pode ser lida, uma vez mais, como uma restrição estratégica por parte dos Estados Unidos. Se o modelo multissetorial da ICANN servia bem aos seus interesses, por que não abrir mão de qualquer controle governamental sobre ele? Se as propostas de adoção de modelos multilaterais de governança se baseavam na alegação de um indevido controle norte-americano sobre a internet, os Estados Unidos demonstravam cabalmente que estavam saindo de cena em prol de uma instituição que seriam tão incapazes de controlar como qualquer outra nação. Como bem pontua Raustiala (2016, p. 14), a estratégia norte-americana foi paradoxalmente a de limitar seu poder justamente para melhor sustentá-lo.

Em síntese, o estabelecimento da ICANN pode ser lido como uma estratégia empregada pelo governo norte-americano para afastar a internet do controle de organismos multilaterais e do complicado balanço de poder do qual elas substancialmente dependem. Não há como saber exatamente o que teria acontecido se as tentativas frustradas da ITU de assumir o controle da governança da internet, por exemplo, houvessem sido bem-sucedidas. É possível afirmar que um arranjo multilateral seria irremediavelmente superior em termos de representatividade e participação? Ou então: se a governança da internet tivesse se estabelecido de forma multilateral, ela seria necessariamente mais *legítima* e/ou *democrática*?⁵

⁵ A tentativa mais próxima de ser responder a essas questões é representada por estudos comparativos, como o de Ingo Take (2012), que levou em consideração seis tipos de indicadores de legitimidade democrática para analisar a atuação da ICANN, da ITU e da WSIS. Os resultados não chegam a surpreender: Take (2012) concluiu que, em um registro geral, a ICANN goza de uma maior legitimidade do que a ITU e WSIS, especialmente no que se refere aos

A priori, não parece haver qualquer comprovação nesse sentido. É certo que as condições de legalidade de autoridades transnacionais como a ICANN podem ser consideradas, em geral, como mais precárias quando comparadas às organizações intergovernamentais, pois em tese elas não contam com o recurso direto às formas jurídicas “clássicas” promovidas pelo direito internacional. Mas essa eventual desvantagem pode ser compensada, por exemplo, pelo benefício representado por um maior distanciamento em relação a disputas geopolíticas entre seus participantes, algo tido como um grande obstáculo para a criação de regras em muitas organizações internacionais.

Além disso, quando consideramos alguns indicadores possíveis para se aferir a legitimidade de uma instituição, como condições de participação, transparência e *accountability*, é razoável crer que, em média, instituições como a ICANN alcançam melhores resultados do que arranjos intergovernamentais, uma vez que uma maior pluralidade de atores e de interesses já se faz presente em suas estruturas desde o começo. Para ao menos descartar a hipótese de que o modelo multilateral é sempre melhor, basta comparar o modelo efetivamente multissetorial que a ICANN aperfeiçoou ao longo dos anos com a estrutura pouco transparente (e nada democrática) do Conselho de Segurança da ONU.

Mas assim como não se pode afirmar com certeza que a internet estaria melhor regulada por grandes consensos alcançados pelo sistema internacional de Estados, é importante compreender que nenhuma organização não-governamental emerge em um vácuo de poder, seja ele privado ou estatal, econômico ou político. Nossa breve reconstituição do

indicadores de representatividade e mecanismos de *accountability*. Mas as limitações desse tipo de estudo são evidentes, a começar pelo fato de que as três instituições não executam exatamente as mesmas funções – justamente porque o estabelecimento da ICANN fechou as portas para que a ITU, a WSIS ou qualquer outro arranjo institucional pudesse exercer a autoridade sobre a alocação de nomes e números na internet.

contexto de formação da ICANN, aliás, exemplifica muito bem esse ponto. Mas é possível que, apesar de um passado pouco legítimo, a ICANN consiga tomar decisões de uma forma legítima?

A resposta tende a ser positiva, uma vez que atualmente a autoridade da ICANN tem sido muito menos contestada do que outrora – reflexo direto de uma atuação em boa medida transparente e imparcial. Mas o caso a ser tratado a seguir ajuda a ilustrar como esse processo de legitimação pode ser dificultado quando fortes interesses econômicos e políticos estão envolvidos e ao mesmo tempo existem poucas fontes jurídicas a que se possa recorrer.

3 O Caso Amazon

O registro de domínios de topo genéricos (gTLDs) sempre recebeu forte controle por parte da ICANN: até 2012, haviam sido criados apenas 21 gTLDs. No entanto, percebendo o grande potencial econômico que a criação de novos domínios carrega e as constantes demandas de empresas do setor de tecnologia, a ICANN iniciou então um programa que visava ampliar as possibilidades de registro basicamente a todos aqueles atores capazes de arcar com seus custos.⁶ Foi no contexto do lançamento dessa iniciativa que a gigante tecnológica *Amazon* solicitou para fins comerciais o registro do domínio de internet “.amazon” à ICANN, entre outros domínios relacionados a produtos e atividades da empresa.

No entanto, temendo futuros prejuízos a negócios locais e a esforços de preservação da região, os países da Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA), liderados por Brasil e Peru, se opuseram à criação do registro, uma vez que ele se refere a uma denominação geográfica, isto é, o nome “Amazônia” em inglês. Ainda que as regras da

⁶ A taxa inicial de registro cobrada é de 185 mil dólares, ressalvadas outras cobranças necessárias durante o processo.

ICANN sobre registros previssem certas restrições ao uso dos domínios, os países sul-americanos entenderam que a apropriação do domínio “.amazon” para fins comerciais representava uma ameaça à esforços de conservação e proteção da região amazônica (VARGAS-LEON; KUEHN, 2015, p. 14).

Essa é uma disputa que retrata bem a pluralidade de atores envolvidos ou afetados pela governança global: uma autoridade pública transnacional decide uma questão que interessa a um grupo de Estados e a uma empresa multinacional. Mas além disso, ela também evidencia um dos grandes problemas de legitimidade da governança global: não havia fontes jurídicas estabelecidas a que se pudesse recorrer para resolver a disputa. Não que a ICANN não se apoie em instrumentos jurídicos. Até mesmo por regular uma área tão central para as comunicações globais, cuja atuação dificilmente permaneceria circunscrita a questões técnicas⁷, a ICANN foi desenvolvendo suas regulações na medida em que eventuais problemas de repercussão mais ampla apareciam.

Assim é que a instituição criou, por exemplo, uma *Política uniforme sobre resolução de disputas sobre nomes de domínio* (UDRP, na sigla em inglês). Ainda que a UDRP tenha sido inicialmente concebida para lidar com um problema específico⁸, com o passar do tempo ela se transformou em um importante marco regulatório em constante atualização para lidar com variadas questões relativas a domínios. Ou seja, a UDRP representa, junto com uma série de regulações sobre outros assuntos, o aspecto de “legalidade” ou de “constitucionalidade” da ICANN. Uma possível solução

⁷ A título de exemplo, dois casos famosos com importantes implicações políticas, sociais e econômicas que a ICANN precisou resolver foram o da criação ou não do domínio “.xxx” (LINDSAY, 2013) e os chamados “company-sucks cases” (TEUBNER; KARAVAS, 2005).

⁸ O alvo central da regulação era a prática do *cybersquatting*, o registro de domínios com nomes de atores econômicos ou sociais famosos por parte de terceiros, que posteriormente cobravam da empresa ou da instituição interessada altos valores pela venda do domínio.

para o impasse do caso Amazon, por exemplo, seria a presença do termo “amazon” nas reservas geográficas listadas no próprio edital do programa de criação de novos domínios pela ICANN, o que não ocorreu – somente o nome “Amazonas”, referência ao estado brasileiro, constava na lista.⁹

Além das circunstâncias do caso transcenderem os parâmetros de legalidade definidos pela ICANN, um segundo fator complicador era a presença de interesses políticos estatais na controvérsia. Os Estados possuem representação dentro da ICANN por meio de um órgão chamado Governmental Advisory Committee (GAC), mas cuja função é consultiva, sem poder de voto. A principal atribuição desse órgão é a de emitir pareceres quando as regulações da ICANN precisam ser “harmonizadas” com normas de direito internacional ou quando elas afetam interesses políticos dos Estados. No caso Amazon, foi por meio do GAC que os países amazônicos manifestaram à ICANN sua preocupação com a concessão do domínio “.amazon” à empresa, recomendado a negativa do pedido.¹⁰

Em tese, a ICANN não é obrigada a seguir recomendações do GAC, sendo suas decisões consideradas independentes da vontade dos Estados – argumento que, aliás, serviu como base para a reivindicação por parte do governo norte-americano de que o modelo multissetorial implementado pela ICANN garantiria à internet um futuro livre de intervenções estatais maléficas. Mas se olharmos mais de perto para as dinâmicas de poder existentes, o papel concedido ao GAC é uma espécie

⁹ “As regras do edital do programa de novos gTLDs previam algumas reservas a nomes de cunho geográfico – nomes de capitais de países; nomes de cidades em geral quando seu uso fosse associado à cidade e não a outro objeto homônimo; nomes de lugares e regiões subnacionais constantes da lista ISO 3166-2; 14 nomes de regiões nos termos definidos em lista mantida pela UNESCO; nomes de regiões constantes da lista de regiões continentais e regiões subcontinentais, de grupos econômicos e outros mantida pela ONU. O nome do estado brasileiro do Amazonas faz parte da lista ISO 3166-2. Nenhuma das outras categorias previstas no edital, entretanto, confere qualquer proteção à região amazônica propriamente dita e, principalmente, ao termo específico “amazon”.” (CANABARRO, 2018).

¹⁰ Para que uma recomendação do GAC seja emitida, é necessário que nenhum Estado se oponha ao seu conteúdo. Apesar da suspeita de que os Estados Unidos assumiriam o lado da empresa *Amazon* na disputa, eles optaram inicialmente pela neutralidade, permitindo assim que o GAC apresentasse objeção à concessão de domínio em face das preocupações manifestadas pelos países amazônicos. (VARGAS-LEON; KUEHN, 2015, p. 15).

de faca de dois gumes: ele confere um grau maior de legitimidade à ICANN por representar um olhar “externo”, mas ao mesmo tempo abre caminho para influências políticas indevidas em suas decisões (FROOMKIN, 2011). Nem sempre a ICANN se veria disposta, alegam seus críticos, a confrontar a vontade de Estados nacionais – principalmente os mais poderosos.

Não podendo recorrer a fontes jurídicas próprias, mas ainda assim precisando chegar a uma decisão que pudesse ser considerada legítima para as partes litigantes e, de forma geral, para todos os atores envolvidos na governança da internet, a ICANN precisou buscar outros meios de resolução. Primeiro, solicitou um parecer independente, junto a um especialista em direito internacional, com o intuito de buscar eventuais regras jurídicas aplicáveis ao caso. Mas em sua conclusão, o parecer evidenciou aquilo que já se temia: não havia nenhuma norma de direito internacional, nacional ou regional aplicável que obrigasse a ICANN nem a aceitar e nem a negar à concessão do domínio à empresa norte-americana. (ICANN, 2014).

Essa ausência de fontes legais – dentro e fora das normas da própria ICANN – que pudessem ser mobilizadas para se chegar a uma decisão legítima, somada à pressão de diferentes agentes, colocou a ICANN em uma posição bastante difícil. Assim é que em 2014, com base na recomendação do GAC, a organização decidiu rejeitar o pedido da *Amazon*, no que alguns estudiosos esperavam ser o ponto final para o caso (VARGAS-LEON; KUEHN, 2015; BIANCHI, 2016). Tratava-se de uma decisão cautelosa da ICANN: ainda que estivesse sendo rejeitado um importante pedido comercial, a instituição evitava problemas não apenas com os países sul-americanos interessados na questão, mas com a comunidade internacional como um todo, representada internamente pelo GAC.

Contudo, uma vez que não havia embasamento jurídico para a rejeição do pedido, era de se esperar que a empresa recorresse da decisão.

Assim, a *Amazon* levou a decisão da ICANN a um painel de revisão independente, obtendo um parecer favorável (ICDR, 2017). Isso levou a ICANN a reabrir o caso, iniciando um longo percurso de meses de tentativas frustradas de negociação entre as partes e inúmeros adiamentos de uma nova decisão final. Nesse ínterim, a *Amazon* chegou a ofertar milhões de dólares em produtos e serviços aos países sul-americanos para finalizar o caso, mas eles recusaram qualquer acordo desse tipo (THE REGISTER, 2018). A ICANN também abriu uma consulta pública digital para que qualquer pessoa interessada pudesse se manifestar sobre a questão, o que não surtiu muito efeito para além de demonstrar que seu arranjo orgulhosamente multissetorial estava aberto às opiniões de toda a gama possível de interessados.

Quando um novo adiamento enfim se mostrou insustentável, em maio de 2019 a ICANN se viu na obrigação de emitir uma decisão favorável à empresa *Amazon* (ICANN, 2019). A justificativa não foi muito além do que diz uma fórmula jurídica historicamente consagrada: aquilo não é proibido, é permitido. Uma vez que não havia empecilhos legais para o registro do domínio e a *Amazon* havia obedecido a todas as regras do processo, a ICANN não possuía nenhum motivo razoável para a recusa, sob pena de criar um incidente *ad hoc* contrário aos seus preceitos legais historicamente constituídos.

Insatisfeito com a decisão, o Brasil ainda buscou uma nova revisão independente do processo ou uma nova tentativa de acordo. Dessa vez, no entanto, não encontrou entre os membros do GAC a unanimidade que tivera no início do caso. Os Estados Unidos se mostraram contrários a uma reabertura, sob a justificativa de que a decisão da ICANN havia obedecido todos os parâmetros legais pertinentes e extrapolado uma duração razoável. Essa posição foi apoiada pelo governo de Israel e contestada por representantes chineses e europeus, em uma disputa que pareceu ser

influenciada mais por questões geopolíticas do que por um entendimento divergente sobre o caso em si (THE REGISTER, 2019).

A decisão foi mantida e um acordo final sobre o registro, entre a ICANN e a *Amazon*, foi redigido em dezembro de 2019 (ICANN, 2019). Somente em junho de 2020, passados oito anos do pedido inicial de registro, todos os trâmites operacionais foram resolvidos e a empresa finalmente obteve o domínio do ponto de vista técnico, sob a promessa de utilizá-lo de forma restrita a seus interesses comerciais, sem prejuízos a eventuais esforços dos países sul-americanos em fomentar a cultura e proteger o patrimônio natural da região amazônica – inclusive cedendo a eles alguns endereços para uso não-comercial (VENTURA, 2019).

Os países sul-americanos ficaram insatisfeitos com a decisão, mas a acataram. Não houve tentativas de deslegitimação da ICANN enquanto autoridade sobre a concessão de domínios, nem se colocou em questão o modelo multissetorial por ela estabelecido. Mas ainda assim é compreensível uma decepção justa por parte do lado que perdeu o caso, e uma preocupação razoável para todos que de alguma forma participam da governança da internet. Não pelo fato da derrota em si – como não houve acordo, alguém fatalmente perderia, como em qualquer instância jurisdicional. O que suscita preocupação é o fato de que a decisão não foi capaz de se apoiar em bases muito consistentes. A questão da legitimidade, seja na governança global ou fora dela, se relaciona muito mais com as bases pelas quais as decisões são tomadas do que ao eventual saldo de vencedores e perdedores. Como a ICANN precisa em parte construir essas bases *enquanto* opera, sua missão se torna ainda mais complicada.

Como aponta Zürn (2018, p. 80), há “uma estranha falta de sujeitos” na governança global: é como dizer que “algo acontece”, mas é difícil identificar o responsável. Isso não significa que a formação de autoridades públicas internacionais ou transnacionais seja espontânea ou desprovida

de atores, mas somente que em boa parte dos casos é difícil explicar seus arranjos atuais – e, principalmente, sua capacidade de exercer autoridade – recorrendo-se a uma origem oficial e determinada, seja ela política ou jurídica. Pode-se dizer então que a ICANN, para usar a expressão de Zürn (2018, p. 80), “aconteceu”: sua autoridade foi sendo exercida ao longo dos anos sem que fosse possível sustentar com clareza que base jurídica ou política autorizava essa organização a exercer um papel fundamental na governança da internet mundial.

Mas resta então saber o que fazer quando uma instituição primeiro “acontece” e somente em um momento posterior se vê impelida a encontrar formas de legitimação perante os destinatários de suas regras e demais interessados. O que deveríamos valorizar mais na hora de avaliar a legitimidade de uma autoridade como a ICANN: as condições de sua formação ou os esforços posteriores da instituição para garantir, por meio de regras e procedimentos, decisões imparciais, independentes e passíveis de contestação por parte de todos os envolvidos?

Escapa dos propósitos deste artigo expor as diferentes formas sob as quais a literatura especializada tem debatido o problema de legitimidade da governança global, embora pontuemos algumas questões a seguir nas considerações finais. Nosso foco central aqui foi demonstrar que casos como o que foi apresentado desafiam definições tradicionais sobre legitimidade enquanto uma “autorização” pré-estabelecida para agir conforme certos limites legais e sob fontes jurídicas reconhecidas e determinadas. Instituições transnacionais como a ICANN, que hoje regulam uma variada gama de áreas distintas (TEUBNER, 2016), continuarão enfrentando problemas semelhantes no futuro, o que coloca a questão de sua legitimidade como um desafio concreto, urgente e que demandará soluções normativas inovadoras.

Considerações finais

O estabelecimento da autoridade da ICANN não é um caso isolado no que tange à governança global, e é justamente aí que reside seu maior interesse. Seu contexto de formação pode ser único, mas a questão de sua legitimidade parece ser o sintoma de um problema mais geral que atinge arranjos transnacionais que extrapolam regras de direito estatal ou direito internacional público – sejam eles públicos ou privados. Esse problema pode ser resumido da seguinte forma: como uma autoridade *de facto* pode se tornar uma autoridade legítima?

O desafio de instituições como a ICANN, privadas da legitimidade formal de que goza o direito estatal ou mesmo o direito internacional público, é alcançar um grau satisfatório de legitimidade entre os afetados por suas regulações *ao mesmo tempo* em que constrói essas próprias regulações. Embora seja possível recorrer a fontes jurídicas reconhecidas para tomar decisões, dificilmente o recurso a eles será por si só capaz de fornecer a última palavra, dado o ineditismo de muitos dos casos a serem enfrentados.

Difícilmente há respostas jurídicas fáceis em questões irremediavelmente transnacionais como a internet. Mas não estamos falando aqui de *hard cases*, como a expressão consagrada pela literatura jurídica nos informa, em que há dúvidas sobre a interpretação da regra X ou do estatuto Y ou mesmo sobre o peso que os princípios P e Q devem exercer sobre uma possível decisão. Estamos falando da impossibilidade de se recorrer a uma ou outra fonte de direito para *resolver* uma questão. Logo, da impossibilidade de se ter uma decisão legítima *porque* se reporta a uma ou outra fonte de direito.

É mais provável que soluções sejam construídas a partir do reconhecimento de uma sobreposição de ordens normativas, ou de

“espaços híbridos” como os denomina Paul Schiff Berman (2007; 2012). Para construir tais soluções, no entanto, é preciso que as instituições tenham a seu dispor o maior número de ferramentas possível. Isso pode incluir, por exemplo, relacionamentos com outras instituições, conforme os proponentes do conceito de “autoridade relativa” (ROUGHAN, 2013; VENZKE; MENDES, 2018) têm enfatizado. A própria ICANN ilustra esse aspecto, uma vez que recorre com frequência aos painéis arbitrais da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) a fim de resolver alguns litígios sobre concessão de domínios, mesmo sabendo que ela própria não estaria obrigada a respeitar a decisão destes painéis (WIPO, 2021). Isso acontece porque a ICANN reconhece suas próprias limitações no exercício de uma função jurisdicional que não costuma exercer, e assim recorre à OMPI não como uma meta-autoridade ou instância superior, mas como uma instituição mais preparada para desempenhar essa função.

Nem sempre isso será possível, como demonstra o próprio caso Amazon. Mas cabe então mencionar outro fator que a literatura especializada tem apontado como capaz de impulsionar a legitimidade de organizações como a ICANN: a presença de regras e procedimentos jurídicos robustos, com a adoção de estruturas de divisão de poderes e a ampliação de canais de participação e contestação (ZÜRN; NOLLKAEMPER; PEERENBOOM, 2011; WIENER, 2014; HEUPEL; REINOLD, 2016).

A existência de regras e procedimentos jurídicos mais sólidos talvez pudesse ter tornado o caso Amazon um pouco menos complicado. Evidente que nem sempre é possível criar regras que antecipem completamente casos como esse, assim como jurisdições estatais frequentemente também enfrentam casos inéditos, que desafiam o direito vigente ou os precedentes consolidados. Esse aspecto faz parte do fenômeno mais geral, reconhecido especialmente pela teoria do direito do

século XX, como indeterminação do direito. Mas assim como as democracias liberais modernas contam com um “Poder Judiciário” devidamente constituído para fins de julgamento, uma “constituição oficial” que circunscreve sua atuação e a ideia de um “Estado (democrático) de direito” que lhe serve de sustentação principiológica, não seria absurdo pensar que instituições transnacionais fariam melhor se pudessem contar com estruturas e conceitos semelhantes.

Dito isso, como última observação podemos sugerir que a legitimidade da ICANN – assim como de outras autoridades semelhantes – não depende, de maneira fundamental, de tentativas infrutíferas de reconstituir uma autorização “original” que jamais existiu. Contestações à sua legitimidade adviriam mesmo se ela houvesse sido democraticamente criada por meio de uma assembleia mundial. Isso não significa que devemos esquecer completamente o passado e avaliar cada instituição da governança global somente a partir do que ela faz hoje. Tendo esse passado como horizonte de crítica, podemos avaliar as instituições também pelo esforço delas em fornecerem respostas consistentes às suspeitas que elas carregam desde sua criação. Se elas se proclamam, como é o caso da ICANN, enquanto autoridades públicas independentes, elas possuem o ônus de comprovar sua independência por meio das regras, procedimentos e decisões que adotam. Ou seja, seu passado não deve ser levado em conta para descartar, em princípio, a validade de qualquer processo de legitimação que venha a ser construído – mas funciona sempre como um alerta de que é preciso afastar influências indevidas. Casos difíceis como a controvérsia do domínio “.amazon” não são extraordinários no âmbito da governança global e devem continuar aparecendo. O melhor que pode ser feito para reduzir suas complicações e não colocar em risco a legitimidade das instituições é desenvolver

ferramentas para que elas sejam capazes de tomar decisões da melhor forma possível.

Referências

BERMAN, Paul Schiff. A Pluralist approach to international law. **Yale Journal of International Law**, New Haven, v. 32, n. 2, p. 301-329, 2007.

BERMAN, Paul Schiff. **Global legal pluralism: a jurisprudence of law beyond borders**. Nova York: Cambridge University Press, 2012.

BERNSTEIN, Steven. Legitimacy in intergovernmental and non-state global governance. **Review of International Political Economy**, Londres, v. 18, n. 1, p. 17-51, 2011.

BIANCHI, José Flávio. Internet e Regulação: a ICANN à luz da teoria da regulação. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 247-268, 2016.

CANABARRO, Diego. O .amazon é bem mais que um mero nome de domínio. *In*: POLITICS. Rio de Janeiro, jun. 2019. Disponível em: <https://politics.org.br/edicoes/o-amazon-%C3%A9-bem-mais-que-um-mero-nome-de-dom%C3%ADnio>. Acesso em: 22 mai. 2021.

FROOMKIN, A. Michael. Almost free: an analysis of ICANN's 'Affirmation of Commitments'. **Journal on Telecommunications and High Technology Law**, Boulder, v. 9, p. 187-233, 2011.

GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who controls the internet?: illusions of a borderless world**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

HEUPEL, Monika; REINOLD, Theresa (orgs.). **The rule of law in global governance**. Londres: Palgrave Macmillan, 2016.

ICANN. .amazon Registry Agreement. 19 dez. 2019. Disponível em: <https://www.icann.org/en/registry-agreements/details/amazon?section=agreement>. Acesso em: 22 mai. 2021.

ICANN. Approved Board Resolutions, Special Meeting of the ICANN Board. 15 maio 2019.

Disponível em: <https://www.icann.org/resources/board-material/resolutions-2019-05-15-en#1.c>. Acesso em: 18 mai. 2021.

ICANN. Carta em resposta ao Governmental Advisory Committee (GAC) Advice –.AMAZON

(and related IDNs). 7 abr. 2014. Disponível em: <https://www.icann.org/en/system/files/correspondence/crocker-to-dryden-07apr14-en.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2021.

ICDR. Independent Review Panel No. 01-16-0000-7056. 10 jul. 2017. Disponível em:

<https://www.icann.org/en/system/files/files/irp-amazon-final-declaration-11jul17-en.pdf>. Acesso em: 17 mai. 2021.

KARAVAS, Vaios; TEUBNER, Gunther. *www.CompanyNameSucks.com: the horizontal*

effect of fundamental rights on 'private parties' within autonomous internet law. Constellations, Oxford, v. 12, n. 2, p. 262-282, 2005.

LINDSEY, David. What do the .XXX disputes tell us about internet governance? ICANN's

legitimacy deficit in context. *Telecommunications Journal of Australia*, Melbourne, v. 63, n. 3, p. 1-15, 2013.

MUELLER, Milton. *Networks and states: the global politics of internet governance.*

Cambridge: The MIT Press, 2010.

RAUSTIALA, Kal. Governing the internet. *UCLA Public Law & Legal Theory Research*

Paper Series, Los Angeles, n. 16-33, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2814777. Acesso em: 02 mai. 2021.

ROUGHAN, Nicole. *Authorities: conflicts, cooperation, and transnational legal theory.*

Oxford: Oxford University Press, 2013.

TAKE, Ingo. Regulating the Internet infrastructure: a comparative appraisal of the

legitimacy of ICANN, ITU, and the WSIS. *Regulation & Governance*, v. 6, n. 4, p. 1-25, 2012.

- TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.
- THE REGISTER. Amazon tried to entice Latin American officials with \$5m in Kindles, AWS credits for .amazon. 25 out. 2018. Disponível em: https://www.theregister.com/2018/10/25/amazon_domain_kindles/. Acesso em: 20 mai. 2021.
- THE REGISTER. The .amazon argy-bargy is still going on – and Uncle Sam has had enough with ICANN. 4 nov. 2019. Disponível em: https://www.theregister.com/2019/11/04/amazon_domain_name/. Acesso em: 25 mai. 2021.
- VARGAS-LEON, Patricia; KUEHN, Andreas. The battle for critical internet resources: South America vs. Amazon.com, inc. **Journal of Law and Regulation**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 1-22, 2015.
- VENTURA, Felipe. Amazon vence disputa com Brasil e países da Amazônia pelo domínio .amazon. In: TECNOBLOG. Disponível em: <https://tecnoblog.net/290940/amazon-vence-disputa-brasil-amazonia-dominio-icann/>. Acesso em: 26 mai. 2021.
- VENZKE, Ingo; MENDES, Joana. The idea of relative authority in European and international law. **International Journal of Constitutional Law**, Nova York, v. 16, n. 1, p. 75-100, 2018.
- WIENER, Antje. **A Theory of contestation**. Berlim: Springer, 2014.
- WIPO. Selected WIPO correspondence with ICANN. Disponível em: <https://www.wipo.int/amc/en/domains/resources/icann>. Acesso em: 16 mai. 2021.
- ZÜRN, Michael. **A theory of global governance**: authority, legitimacy, and contestation. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- ZÜRN, Michael; NOLLKAEMPER, André; PEERENBOOM, Randall. Rule of law dynamics in an era of international and transnational governance. **Amsterdam Law School Legal Studies Research Papers**, Amsterdam, n. 28, 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1933701>. Acesso em: 18 mai. 2021.

Colisão e conexão das constituições transacionais: Diagnóstico da Fragmentação e Referências Empíricas

*Maria Cândida Simon Azevedo
Péricles Stehmann Nunes*

Introdução

A teoria sistêmica de origem luhmanniana (2007; 2005) vem contribuindo para o constitucionalismo no atual cenário de ordem global. Diferenciando-se das matrizes analítica e hermenêutica do Direito, a matriz pragmático-sistêmica enfoca uma efetiva mudança epistemológica da teoria jurídica (ROCHA, 2013a), em especial a partir do diagnóstico da fragmentação constitucional de Teubner (2016).

Ao invés de focar em um aspecto normativo, Teubner (2016) compreende que o constitucionalismo social na globalização se estabelece a partir de fragmentos de constituição e os regimes transnacionais concorrem com os Estados Nacionais, como sujeitos constitucionais, se estabelecendo a partir de outros sistemas e formando constituições próprias. Não se trata, entretanto, de conflitos normativos como os que conhecemos, mas de colisões entre racionalidades da sociedade mundial, tendo em vista que os regimes jurídicos transnacionais se organizam através de outros sistemas, que não o Direito e a Política. De plano, a ideia de uma constituição mundial é refutada, entrando em cena a comunidade internacional, “[...] como um elenco de atores políticos e sociais e, ao mesmo tempo, como comunidade jurídica de indivíduos” (TEUBNER, 2016, p. 269).

Embora existam tentativas de se retomar o controle da sociedade através da política, essas tentativas têm fracassado continuamente, assim

como ocorre com o direito global, onde a concepção de controlar os conflitos através de um meio jurispático (COVER, 1983) tem sido insustentável, ante a ausência de uma instância hierárquica. Para Teubner (2016), portanto, na sociedade mundial, a única solução viável é aquela estritamente heterárquica.

A partir desse contexto e utilizando-se do método de abordagem pragmático-sistêmico, bem como do método de procedimento de documentação indireta e revisão bibliográfica, o presente artigo pretende responder à seguinte questão: de que forma podemos pensar soluções heterárquicas para a fragmentação nos termos propostos por Teubner? Para tanto, dividimos o texto em duas partes, que correspondem a dois objetivos específicos, que buscam elucidar o diagnóstico da fragmentação constitucional do Teubner e, ao mesmo tempo, trazer para o debate alguns exemplos práticos de colisões inter-regimes e interculturais.

No primeiro capítulo, analisaremos de forma mais específica o diagnóstico do Teubner, em especial o capítulo final de seu livro *Fragments Constitucionais*, no qual ele lança a ideia da necessidade de estabelecermos soluções heterárquicas dos conflitos emergentes no constitucionalismo social da globalização. O objetivo é compreendermos adequadamente sua abordagem, para que seja possível analisarmos de forma mais específica alguns casos concretos de colisões.

No capítulo dois, faremos um exame específico de algumas referências empíricas de problemas referentes à colisão e conexão das constituições transnacionais. O objetivo aqui é tentar entender, a partir de uma proposta de início de proteção global lançada por Teubner e analisada no capítulo anterior, algumas situações práticas que vêm ocorrendo na sociedade global, onde são postas à prova a relação entre ordens jurídicas estatais com ordens jurídicas transnacionais e as culturas regionais.

Com isso, pretendemos contribuir com a análise sociológica a partir de casos concretos, lançando mão da existência de um direito de colisão inter-regimes e outro intercultural, que necessitam de respostas específicas, os quais estão imbricados na existência de três ordens constitucionais distintas e colidentes entre si, os Estados nacionais, os regimes transnacionais e os grupos indígenas.

1 Colisão e conexão: o diagnóstico da fragmentação constitucional segundo Teubner

Teubner (2016) desenvolve sua obra partindo de uma concepção sistêmica de sociedade de Niklas Luhmann, utilizando a mesma para compreender o quadro da teoria constitucional. Em razão disso, seu trabalho está vinculado à matriz pragmático-sistêmica da teoria jurídica contemporânea, enfocando “[...] um conceito de sentido ligado à pluralidade” (ROCHA, 2013b, 346). Dessa influência sistêmica, Teubner utiliza a concepção fundamental de sociedade mundial, segundo a qual a sociedade não é mais vista como um conjunto de indivíduos, mas como um espaço de comunicação. Partindo dessa compreensão comunicativa, Teubner (2016) busca desenvolver uma análise do quadro atual do constitucionalismo, o qual chama de fragmentação constitucional. Vamos analisar melhor esse diagnóstico.

Segundo Teubner (2016), sistemas como a religião, a ciência e a economia se estabelecem facilmente em âmbito global, o que não ocorre com os sistemas do direito e da política, os quais permanecem presos ao âmbito dos Estados nacionais. Assim, ele busca compreender a seguinte questão: como os sistemas parciais podem adquirir autonomia em âmbito global, sem instituições político-jurídicas para lhes apoiar?

Em razão da capacidade de expansionismo global de alguns sistemas em face da incapacidade dos sistemas direito e política, ocorre o

deslocamento de processos políticos para as mãos de atores privados. A exemplo da economia, que opera através do código binário lucro/não lucro, esse é um dos principais sistemas que expandem mundialmente, formando uma constituição econômica autônoma. O mesmo ocorre com outros sistemas, que passam a formar constituições autônomas, como a seguridade social, a imprensa, a saúde etc. Com a desvinculação dos Estados nacionais e, conseqüentemente, da Constituição dos estados, ocorre o que Teubner denomina de tensão latente. Além disso, esses sistemas dotados de autonomia passam a desenvolver constituições próprias, como o processo de emancipação constitucional da Organização Mundial do Comércio e a constituição da internet a partir das normas da ICANN. (TEUBNER, 2016).

Dessa ruptura com o modelo de constitucionalismo tradicional e o surgimento de constituições autônomas dos subsistemas sociais, surge um novo contexto de constitucionalismo, a fragmentação constitucional. A constituição, sendo um acoplamento entre o sistema direito e o sistema político, não encontra um correspondente em âmbito global, mas tão somente fragmentos de um *common law*. “No mar da globalidade, formam-se apenas ilhas de constitucionalidade” (TEUBNER, 2016 p. 107). Nesse contexto, perde força a característica da sanção jurídica, passando a não mais exercer um papel fundamental, o que decorre da ideia de que não há mais normas, mas fragmentos.

1.1 A ausência de uma narrativa redentora e a solução heterárquica

Tanto a teoria política quanto o direito internacional público teriam a ideia de que uma constitucionalização do direito internacional estaria em condições de criar uma ordem constitucional cosmopolita, ou seja, uma constituição mundial unificada para toda a sociedade mundial, a exemplo do que propôs Habermas (2012). Essa concepção de uma constituição

unificada normalmente é compreendida como irrealista por Teubner (2016), ainda que a comunidade internacional seja vista como referência de um direito constitucional mundial emergente, deixando de ser mera comunidade de Estados soberanos.

As análises sociológicas mostram a profunda fragmentação da sociedade mundial, o que traz diversas dificuldades para um constitucionalismo unitarista. No debate tradicional, a fragmentação é compreendida como um problema a ser superado e não como uma necessidade de redefinição dos problemas constitucionais da sociedade. A atenção se volta para os conflitos fundamentais existentes entre os fragmentos constitucionais. Mas essa ideia de um direito constitucional de amplo alcance apenas consegue alcançar um direito constitucional de colisões e não um direito unificado, porque os pressupostos que possibilitam ao Estado nacional ser uno não se encontram nos espaços transnacionais. Além disso, é necessário lidar também com a dupla fragmentação da sociedade mundial, que torna completamente ilusória a identificação de padrões unificados de uma constituição mundial. (TEUBNER, 2016).

Para Teubner (2016), a ideia de uma constituição mundial somente pode se manter com a interligação das constituições próprias dos fragmentos globais umas com as outras, formando um direito constitucional de colisões. A concepção de colisão não é mais pensada como algo casuístico, mas uma questão existencial, da qual a solução poderia ser apenas nos respectivos sistemas parciais, onde o conflito de racionalidades passa a ser suportado e não abolido.

Em mesmo sentido, inexistente no âmbito global uma terceira instância hierárquica que pudesse estabelecer uma narrativa redentora capaz de decidir de forma jurispática os conflitos como ocorre no âmbito dos Estados nacionais, conforme explica Cover (1983). Ao contrário, Teubner

(2016) ressalta que no âmbito transnacional, os esforços devem ser voltados à solução de colisões, através de um modelo heterárquico. E essa solução heterárquica pode se dar com a alocação dos conflitos nas constituições dos regimes (internalização) ou na cooperação entre eles (externalização).

Na internalização, “os elementos dos outros regimes são reconstruídos pelo fórum na constituição própria” (TEUBNER, 2016, p. 273). Contudo, essa abordagem é capaz de intensificar a fragmentação do direito, uma vez que ela não exclui normas externas divergentes, já que as decisões são tomadas internamente nos regimes participantes. No caso da externalização, “as colisões são, ao contrário, tematizadas, disputadas e decididas na cooperação entre regimes” (TEUBNER, 2016, p. 273). Com essa última abordagem, as chances de se entrar em consenso são ampliadas, abrindo-se outras possibilidades para a constitucionalização jurídica. Entretanto, questiona-se: “pode a construção de constrinstituições nos regimes sociais – normas de colisão ou arranjos de negociação – fazer frente ao imperialismo de regimes hegemônicos?” (TEUBNER, 2016, p. 274). É o que Teubner busca analisar e o que abordaremos nos tópicos seguintes.

1.2 Colisões inter-regimes

A partir da concepção lançada acima, de que a ordem mundial contempla regimes jurídicos transnacionais, estabeleceu-se um debate acerca da solução de conflitos entre regimes, buscando-se desenvolver um direito capaz de lidar com a colisão. Com isso, foi possível observar que as normas de direito internacional público e o direito internacional privado não podem dar conta de uma solução capaz de se adequar aos novos conflitos inter-regimes. (TEUBNER, 2016).

O Direito Internacional Privado (DIP) tradicional tratou as colisões entre regimes jurídicos de forma inadequada, uma vez que vinha considerando tais regimes apenas como fatos ou normas sociais. Contudo, um debate que vem se fazendo necessário questiona a possibilidade de serem utilizados princípios do DIP para solucionar conflitos inter-regimes. Para Teubner (2016), esse seria um ponto de partida possível e adequado para se começar a pensar em soluções para a problemática em questão, dependendo de quais modificações serão pensadas e realizadas.

Nesse caso, a primeira modificação que podemos observar é a transferência da ideia de limites territoriais para limites funcionais dos próprios regimes e, com isso, não se deduz mais as regras normativas e competências jurisdicionais dos ordenamentos jurídicos territoriais das nações. Substitui-se, então, a ideia de domicílio por conexão. Nesse caso, a questão é se um direito inter-regimes pode ser suprido pelas técnicas do DIP ou se deve procurar estabelecer normas de colisão, que podem ser melhor compreendidas por uma abordagem substantiva do direito. (TEUBNER, 2016).

Isso ocorre, porque, na medida em que diferentes princípios são postos em um único espaço social, emerge o que se tem conhecido por hibridismo, razão pela qual a abordagem do DIP tradicional, de escolher a aplicação de um ou outro não é suficiente. Para tanto, o pluralismo jurídico pode dar uma resposta mais adequada, a exemplo do que vem sendo defendido por Berman (2018), embora ele tenha empenhado seus esforços nos últimos anos a compreender uma abordagem normativa do pluralismo jurídico tradicional.

Para Teubner, há necessidade de substituir as regras do DIP por normas substantivas, que seriam desenvolvidas pelas instâncias acionadas dos próprios regimes, discutindo-se os argumentos substantivos e decidindo. Assim, “Tais normas substantivas resultariam em que, passo a

passo, uma forma de direito misto surgisse, no qual os regimes, em larga medida, ‘aplicassem’ as normas do outro regime, o regime ‘alheio’” (TEUBNER, 2016, p. 277).

Isso é necessário tendo em vista que existe grande diferença entre as constituições dos Estados nacionais e as constituições dos regimes. Nas primeiras, os conflitos são resolvidos em favor de uma ou outra ordem jurídica participante, de forma jurisprudência, como referido acima, mas isso se dá em um contexto holístico, onde os dispositivos estão inseridos em um tecido de normas equilibradas internamente. No caso dos regimes transnacionais, estes não se orientam para um bem comum, mas estão limitados à sua própria racionalidade, solipsista e imperialista. (TEUBNER, 2016).

Essa diferença, normalmente negligenciada, é de suma importância para a compreensão de um direito de colisão, sob pena de se estabelecer a hegemonia de um regime. É necessário, portanto, desenvolver normas substantivas que sejam capazes e suprir a falta de equilíbrio interno dos regimes, uma vez que a forma horizontal do DIP tradicional não dá conta dessa especificidade. É necessário estabelecer uma ordem pública transnacional, que tem um papel dominante e não corretivo. Portanto, não se trata de aplicar uma ou outra política de um determinado regime, mas trata-se de uma orientação de ambos os regimes. (TEUBNER, 2016).

Em assim sendo,

Cada um dos regimes participantes desenvolve, por assim dizer, “holograficamente” sua constituição mundial imaginária, a partir de uma perspectiva na qual o bem-estar social aparenta ser diferente, a depender do ponto de vista de um ou do outro. Uma constituição mundial, na qual o regime oriente suas próprias operações e limite suas opções. (TEUBNER, 2016, p. 280).

Aqui, entra em cena o princípio da tolerância constitucional, que estabelece o reconhecimento mútuo entre as constituições dos regimes. Nesse caso, Teubner (2016) acredita que o modelo de colisão para integração das ordens jurídicas nacionais europeias de Christian Joerges, proporciona alguns pontos de referência para as colisões entre regimes transnacionais. A abordagem de Joerges oferece um modelo heterárquico para lidar com conflitos, o que o DIP tradicional e o federalismo seriam incapazes de oferecer. Assim, tendo em vista que a abordagem horizontal e a o modelo hierárquico não são adequados, é necessário remeter às estruturas de rede. Com a globalização, emergiu uma nova formação de redes jurídicas, que se dão tanto em colisões horizontais, como também verticais e diagonais, razão pela qual a teoria das redes pode fornecer uma terminologia mais adequada.

A prestação central das formações de redes encontra-se no fato de elas traduzirem as contradições externas, que se manifestam nas colisões normativas, na perspectiva interna dos nós individuais, os quais representam internamente as relações dos diversos níveis e sistemas parciais, dos nós da rede, das relações dos nós e da formação de redes como um todo. (TEUBNER, 2016, p. 282).

Com isso, os nós da rede desenvolvem o seu próprio direito de colisão a fim de decidir os conflitos normativos. A construção de redes é capaz de estabelecer assimetrias internas heterárquicas, nas quais as colisões são solucionadas não por uma centralização, uma vez que a central é apenas mais uma no meio desse nós. Assim, “[...] a estrutura da ‘comunidade internacional’ assume um papel, não como estrutura social institucionalizada (como a União Europeia), mas sim como ‘identidade narrativa’, como ‘comunidade imaginária’, que é gerada nas ordens parciais” (TEUBNER, 2016, p. 284).

Para Teubner (2016), cada regime transnacional deve, portanto, elaborar sua própria ordem pública transnacional, com a finalidade de estabelecer suas próprias normas e combiná-la com outras, com o intuito de formar um *ius non dispositivum* global. Essa concepção, entretanto, depende de estímulos e pressões externas, de forma a serem quase impostas aos regimes.

1.3 Colisões interculturais

Quando estamos tratando de conflitos interculturais, as colisões normativas se dão de maneira bastante diversa da acima exposta, principalmente quando estamos falando de regimes transnacionais funcionalmente diferenciados entrando em contato com culturas indígenas. No mesmo sentido da colisão entre regimes, há aqui também colisões entre ordens jurídicas, que, entretanto, são estabelecidas através de princípios de ordens sociais diversas. (TEUBNER, 2016).

Nesse sentido, lutas contra a biopirataria e a grilagem de terras por comunidades tradicionais escandalizam conflitos sociais entre as hiperestruturas da modernidade e as tradições culturais regionais. Trata-se de uma oposição por grupos da sociedade civil contra a exploração de recursos proporcionada por empresas multinacionais. Emerge, assim, a problematização, por instituições transnacionais, da proteção de recursos territoriais e cognitivos de sociedades indígenas em face de empresas multinacionais, mas que também encontra o problema da fragmentação do direito internacional.

A fragmentação transfere o debate da esfera jurídica também para a política, causando mais colisão entre regimes transnacionais que se preocupam com o conhecimento tradicional. Com isso, é preciso “[...] desvincular a fragmentação do direito de sua conexão estreita às *policies* dos regimes e as reconduzir aos próprios conflitos de racionalidades da

sociedade globalizada” (TEUBNER, 2016, p. 288). Colidem-se, assim, em nível transnacional, as racionalidades parciais da sociedade mundial, através dos princípios orientadores da economia, da ciência, da cultura etc. Em assim sendo, a biopirataria e a grilagem de terras podem ser classificadas como um problema de colisão de racionalidades na modernidade.

Mas essa colisão de racionalidades está atrelada apenas à fragmentação simples, e não à dupla fragmentação da sociedade mundial. O problema real emerge da dupla fragmentação, isto é, da fragmentação dos sistemas funcionais e das culturas regionais. Portanto, é decisiva a “[...] diferença entre princípios fundamentais da diferenciação da sociedade: diferenciação funcional dos estoques de conhecimento ‘modernos’ *versus* incorporação social dos conhecimentos ‘tradicionais’” (TEUBNER, 2016, p. 289). Isso significa que as hiperestruturas da modernidade, ao deparem-se com estruturas tradicionais da sociedade, incorporam esse conhecimento tradicional e o transformam em seu próprio favor, subvertendo-o. “Em resumo: a multifuncionalidade das instituições tradicionais é prejudicada pela unifuncionalidade das hiperestruturas modernas” (TEUBNER, 2016, p. 290).

Nesse sentido, Teubner (2016) acredita que normas de colisão tradicionais não podem mais dar conta dessa problemática, uma vez que elas precisariam impor certos limites às hiperestruturas da modernidade, compatibilizando-as com as formas de saber tradicionais. Essa limitação, aqui, deve ocorrer a partir das próprias instituições através de uma espécie de autolimitação imposta externamente, de forma a forçar as hiperestruturas a respeitarem as indisponibilidades das culturas regionais.

Para tanto, é possível se valer de alguns impulsos da sociologia da constituição, que vem ressaltando a possibilidade de restringir essas tendências destrutivas das hiperestruturas a partir de contrainstituições

sociais, forçando os sistemas sociais a se autolimitarem. Mas a teoria constitucional precisa “[...] alterar-se: de conflitos entre sistemas parciais dentro da diferenciação funcional para conflitos configurados bem diferentes entre a globalidade funcionalmente diferenciada e o conhecimento incorporado em culturas regionais” (TEUBNER, 2016, p. 292). Como seria possível, então, a teoria da constituição se adaptar à essas colisões entre os regimes funcionalmente diferenciados e o conhecimento das culturas regionais? Em razão da ameaça proporcionada pela diferenciação funcional da integridade do conhecimento tradicional de culturas indígenas, é preciso que protestos, conflitos, resistência e movimentos sociais forcem as hiperestruturas em direção a uma juridificação do protesto, limitando sua expansão através de garantias constitucionais. (TEUBNER, 2016).

A partir de toda a discussão lançada, para Teubner (2016) o direito de colisão é levado a desenvolver formas jurídicas híbridas, através de um acordo peculiar entre as especificidades das culturas regionais e a operatividade do direito moderno. Limitando-se a expansão das instituições da modernidade, estas devem então reconstruir o alheio na sua própria terminologia, levantando-se as barreiras nos locais adequados, sob pena de os protestos e resistências se tornarem ineficazes. Essa reconstrução se dá de maneira responsiva e sensível ao ambiente, embora Teubner (2016) ressalte que não exista de fato um direito indígena, mas apenas uma construção da modernidade, através de uma seleção de alguns costumes e regulamentações culturais convenientes a uma colagem posteriormente compreendida como lei consuetudinária. “Sobre essa ficção real, o direito moderno gera, no assim chamado *indigenous law*, um novo mecanismo de reprodução jurídica, que pode antagonizar, através de proibições e outras sanções jurídicas, as tendências expansivas da modernidade” (TEUBNER, 2016, p. 294).

A questão que emerge nesse contexto é compreender como é possível aumentar a responsividade do direito moderno em face do conhecimento tradicional, sem desconsiderar os direitos humanos? Teubner (2016) entende ser importante a ideia de autocompreensão da cultura indígena para sua posterior reconstrução de conformidade com o direito moderno. A questão gira em torno da efetiva proteção do direito indígena, através das formas jurídicas modernas, mas da proteção dos próprios processos de produção do conhecimento produzido nas culturas. Isso porque, a existência do conhecimento é dependente do próprio contexto em que ele é produzido, “[...] da preservação das condições básicas da cultura local” (TEUBNER, 2016, p. 295).

Aqui, surge novamente um conflito entre conhecimento da modernidade versus conhecimento tradicional, no mesmo sentido do conflito entre o direito da modernidade e o direito socialmente incorporado das culturas regionais. Uma resposta é a ideia de diversidade globalizante holística, como explica Teubner (2016), que exige das instituições do direito moderno uma responsividade em face das culturas indígenas.

Essa questão normalmente é suportada através de três instituições, a propriedade intelectual, a herança cultural e o direito do título nativo. Entretanto, nenhuma dessas soluções consegue proteger efetivamente as culturas indígenas, tendo em vista suas próprias pré-compreensões culturais e jurídicas. (TEUBNER, 2016). Com isso, “A abordagem mais promissora parece ser aquela que se abstém de levar em conta a relação entre conhecimento tradicional, território e grupos indígenas sob um conceito alargado de propriedade, mas sim baseando-se na *shared sovereignty*” (TEUBNER, 2016, p. 296). Essa soberania compartilhada permitiria aos grupos indígenas se auto organizarem e protegerem suas heranças culturais.

Pensar em direitos fundamentais na modernidade não se limita a conservar culturas, mas sim proteger o direito fundamental de autodesenvolvimento dessas culturas, impondo limites à modernidade. Com isso, Teubner (2016) delinea algumas abordagens capazes de fornecer um início de proteção global desses direitos:

(1) Imputação de direitos coletivos comunais: a primeira questão que se coloca aqui é quem é o detentor ou o beneficiário da proteção jurídica? Normalmente este é visto enquanto indivíduo, contudo, essa compreensão não é adequada ao caráter coletivo do conhecimento tradicional. É necessário compreender os próprios processos de comunicação indígenas como detentores de direitos. “Direitos culturais indígenas’ seriam reconhecidos, então, como terceiro gênero, como forma ‘híbrida’ de direito face à diferença entre direitos individuais e direitos coletivos: *eleva processos culturais à categoria de sujeitos de direitos fundamentais*” (TEUBNER, 2016, p. 298).

(2) Direitos de participação: “[...] aos próprios grupos indígenas reserva-se a decisão sobre conceder a outros o acesso aos conhecimentos tradicionais, esse é o princípio orientador” (TEUBNER, 2016, p. 299). É necessário que os grupos tenham conhecimento sobre decisões que lhes digam respeito e possam decidir se aceitam ou não uma intervenção externa.

(3) Compensação monetária: é necessário estabelecer soluções que forneçam fundos aos grupos indígenas e não meros coaproveitamentos econômicos do conhecimento tradicional. (TEUBNER, 2016).

A partir dessas três abordagens lançadas por Teubner, vamos analisar no capítulo seguinte alguns possibilidades de efetivá-las a partir de exemplos reais. No mesmo sentido de Teubner, não colocaremos respostas definitivas aos problemas existentes, mas poderemos apontar

para algumas pistas na direção da proteção global dos direitos fundamentais.

2 Referência empírica aos problemas face a colisão e conexão das constituições transacionais

A relação entre ordens jurídicas estatais com ordens jurídicas transnacionais ocorre em sentido estrito, ou seja, com ordens normativas que são constituídas não por Estados ou a partir de Estados, mas sim por atores ou organizações privados ou quase públicos, instigados pelo “constitucionalismo transnacional que tem nos direitos fundamentais sua mais alta plausibilidade” (TEUBNER, 2016, p. 225).

Embora as ordens jurídicas transnacionais tenham “dificuldade de construir-se autonomamente perante os sistemas funcionais globais e as organizações com os quais estão estruturalmente vinculadas” (NEVES, 2009, p. 188), ou seja, na economia, esporte, internet, organizações não governamentais, entre outros, elas afirmam, exatamente com base na “formação dos respectivos sistemas funcionais e organizações, uma pretensão de autonomia perante o direito estatal, do que resultam problemas de entrelaçamentos, no plano reflexivo de autofundamentação” (NEVES, 2009, p. 188), entre elas e as ordens estatais.

Essas ordens não se restringem à “dimensão econômica (embora essa se apresente como dimensão mais relevante do transnacionalismo jurídico), não permanecem isoladas, entrando em relação de colisão ou cooperação com outras ordens jurídicas, inclusive com ordens jurídicas estatais” (NEVES, 2009, p. 188).

Os problemas envolvendo as colisões constitucionais surgem quando “casos concernentes a direitos fundamentais ou à organização básica do poder, levam ao entrelaçamento das ordens e dos respectivos tribunais

supremos” (NEVES, 2009, p. 188). Ou seja, quando as diversas organizações globais aportam em outros locais, em processos “sociais concretos ‘abaixo’ dos sistemas funcionais, em organizações formais e em transações formalizadas, não vinculadas às fronteiras dos Estados Nacionais, mas sim com pretensões de alcance global” (TEUBNER, 2016, p. 111).

Nesse sentido, é plausível conferir às normas internacionais de direitos fundamentais de pleno direito um caráter de constituição¹. Igualmente “difícil de se sustentar seria, ainda, fazer com que a validade dos direitos fundamentais em distintos regimes transacionais depende de coincidências entre acordos internacionais” (TEUBNER, 2016, p. 225). Por fim, poderia restar indiscutivelmente, a eficácia dos direitos fundamentais em “espaços não estatais do globo, isto é, sua validade perante sujeitos transnacionais privado” (TEUBNER, 2016, p. 226). Vejamos especificamente a seguir.

2.1 Colisões constitucionais entre ordens estatais e transacionais

Na contemporaneidade, muitas sociedades empresárias transnacionais se envolvem em escândalos em que violam direitos humanos, produzem danos ambientais irreparáveis e, quando levadas às cortes internacionais e nacionais, “chegou-se frequentemente ao resultado de que os tribunais – apesar de grande incerteza em relação aos fundamentos de validade – concederam proteção a direito fundamental também em face de atores privados” (TEUBNER, 2016, p. 226).

A validação no reconhecimento dos direitos fundamentais em regimes transnacionais privados apresenta-se na “expansão dos direitos fundamentais

¹ Teubner (2016, p. 225) indaga o questionamento: “Quem já desejou negar aos direitos humanos universais sua superioridade legal, sua validade mundial e sua natureza constitucional? A alternativa seria a contradição dificilmente sustentável de se entender os direitos fundamentais no âmbito nacional dos Estados por sua própria natureza como direito constitucional de mais alta estirpe, qualificando, entretanto, os mesmos direitos nos diferentes acordos transnacionais sobre direitos humanos como direito comum, desprovido de preferência em relação a outras normas jurídicas”.

dos Estados-nacionais até o interior dos regimes transnacionais privados” (TEUBNER, 2016, p. 227). A fundamentação da construção teórica é acentuada pelo movimento entre ordens jurídicas internacional e nacionais, com o diálogo entre os tribunais constitucionais envolvendo o entrelaçamento e o intercâmbio entre direito público e privado.

A construção é sugestiva, “considerando que ela reconduz, sem maiores percalços, a problemática validade transnacional dos direitos fundamentais às fontes jurídicas dos Estados-nacionais” (TEUBNER, 2016, p. 228), e que ela pode, da mesma maneira, tornar o conteúdo desenvolvido da dogmática de direitos fundamentais dos Estados-nacionais cabíveis para regimes transnacionais. Não há dúvidas de que esses apresentam modelos de conteúdo a seus equivalentes transnacionais, ocorrendo uma transferência de normas, princípios e dogmáticas de direitos fundamentais, exigindo-se uma decisão, um ato de colocar em validade um “processo de criação e estabelecimento do direito juridicamente institucionalizado, cuja necessidade não pode ocultar a transferência do conteúdo dos *standards* (padrões) de direitos fundamentais” (TEUBNER, 2016, p. 228).

Uma situação com grande repercussão diz respeito ao caso da importação de pneumáticos usados pelo Brasil. Esse acontecimento envolve tanto o direito constitucional brasileiro e as ordens jurídicas uruguaia e paraguaia, quanto o direito do Mercosul e a ordens jurídicas da Organização Mundial do Comércio (OMC). Em dezembro de 2007, o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC, ao adotar informe do Órgão de Apelação da OMC, decidiu de maneira favorável ao recurso interposto pelo Brasil, com base em argumentos em defesa à proteção do meio ambiente, para que fosse vetada a importação de pneus usados provenientes da União Europeia.

Entretanto, essa decisão considerou discriminatória a política brasileira de continuar importando pneus usados do Paraguai e do Uruguai e, portanto, deveria ser abolida, mesmo que o Brasil tenha alegado que o número de pneus recauchutados importados do Uruguai e do Paraguai não era significativo. Mais tarde, em laudo arbitral no âmbito da OMC, por solicitação das Comunidades Europeias, decidiu-se que o Brasil teria um prazo para cumprir as recomendações e resoluções do Órgão de Solução de Controvérsias, no qual, encerrar-se-ia um ano a partir da data de adoção por este dos informes do Grupo Especial e do Órgão de Apelação. O problema decorrente dessa condição imposta pela decisão do OSC da OMC consiste em que:

O Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul já rejeitara pretensão da Argentina de que fosse proibida a importação de pneus recauchutados oriundos do Uruguai, corroborando recentemente em duas decisões anteriores, por entender que uma tal proibição ofenderia as normativas do Mercosul. O Brasil tentou contornar ambas as decisões, procurando propor um limite ao número de pneus usados a serem importados do Uruguai, Paraguai, desrespeitando, ao mesmo tempo, as normas do Mercosul e da OMC, em sentidos diametralmente opostos (NEVES, 2009, p. 247).

A situação se agravou com o fato de que a Presidência da República, em 2006, propôs uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n.º 101/2006), na qual se pediu que fossem declaradas inconstitucionais as decisões judiciais que vinham admitindo a “importação de pneus usados com base no argumento de que as normas infraconstitucionais que cedam essa prática são inconstitucionais” (NEVES, 2009, p. 247), fundamentando-se basicamente na redação do art. 225 da Constituição Federal. O *caput* desse dispositivo constitucional prescreve: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente

equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

Embora a decisão do STF tenha sido pelo provimento quase integral da ADPF 101/2006 (BRASIL, 2009), “essa situação aponta para dificuldades prementes de afastar um constitucionalismo provinciano no caso brasileiro” (NEVES, 2009, p. 248). Ao mesmo tempo, corrobora a grande dificuldade de se conseguir um nível aceitável para todas as ordens envolvidas. O governo brasileiro rejeitou a importação de pneus usados na União Europeia (com base em argumentos ecológicos e referentes ao direito à saúde), mas, simultaneamente, admitiu a importação do mesmo produto quando provindos do Uruguai e do Paraguai, gerando uma grande inconsistência.

Nesse caso, impõe-se cada vez mais, “uma revisão dos paradigmas constitucionais, possibilitando um diálogo mais sólido com ordens normativas entrelaçadas em torno de problemas” (NEVES, 2009, p. 248). A ordem constitucional brasileira, especialmente o Supremo Tribunal Federal, deve firmar parceria com ordens transnacionais e internacionais para consolidar a construção de uma ordem jurídica frente ao constitucionalismo social na globalização.

2.2 Policentrismo cultural: colisão entre regimes transnacionais e nacionais funcionalmente diferenciados com ordens internas de culturas indígenas

A experiência brasileira se depara com problemas jurídico-constitucionais decorrentes do entrelaçamento entre ordens jurídicas estatais, transnacionais e ordens normativas nativas, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais, cujos pressupostos antropológico-culturais não se conciliam com o modelo de constitucionalismo do Estado. Evidentemente, nesse caso, “trata-se de

ordens arcaicas que não dispõem de princípios ou regras secundárias de organização e, por conseguinte, não se enquadram no modelo reflexivo do constitucionalismo” (NEVES, 2009, p. 216). A rigor, elas não reconhecem problemas jurídico-constitucionais de direitos humanos e de limitação jurídica do poder.

A América Latina tem sérios problemas jurídico-constitucionais envolvendo as ordens jurídicas extraestatais e estatais, em muitos casos, procura-se solucionar os litígios com o modelo de integração constitucional da pluralidade resultante das particularidades normativas das comunidades nativas. Nessa perspectiva, o modelo brasileiro de integração constitucional² dos indígenas dirige-se, sobretudo, ao reconhecimento e proteção³ dos “direitos originários sobre as terras”, firmando a competência da União para demarcá-las. Não há, portanto, “um regime de autonomia institucional, com determinação de jurisdições ou unidades organizacionais próprias” (NEVES, 2009, p. 218). Nesse sentido, observa Segato:

Contudo, esses territórios não se comportam como verdadeiras jurisdições, a devolução de terras não foi acompanhada por um processo equivalente de reflexão e reconstrução das instâncias próprias de resolução de conflitos, graus crescentes de autonomia institucional no exercício da justiça própria e recuperação paulatina da prática processual. A figura da tutela, vigente até

² A Constituição brasileira traz elementos com pretensão de integração das comunidades indígenas no âmbito do constitucionalismo estatal, mesmo que de uma forma restrita, no Capítulo VIII do Título VIII (arts. 231 e 232).

³ Nessa perspectiva de proteção e reconhecimento, na experiência latino-americana, destacam-se sobretudo as constituições da Colômbia e Bolívia. Neves cita que nessas se encontram “critérios de articulação entre direito estatal e as ordens normativas das comunidades indígenas. Nesse sentido, a pretensão mais acentuada de integração constitucional dessas comunidades encontra-se na recente Constituição boliviana, que estabeleceu o Estado como ‘plurinacional comunitário’ (art. 1º), incluindo as comunidades indígenas como unidades políticas com poder e direito de autonomia e autogoverno, assim como à participação na ‘formação’ de vontade estatal (arts. 2º, 30-32, 146, 147, 269, inciso I, e 289-296)”. (NEVES, 2009, p. 218). Também, destaca-se a Constituição peruana, que além de determinar que as “comunidades nativas ‘têm existência legal e são pessoas jurídicas’, assim como que elas ‘são autônomas em sua organização’ (art. 89), estabelece uma jurisdição própria dessa comunidade, baseada nos respectivos direitos consuetudinários, sob a reserva, porém, de que o exercício da correspondente jurisdição não leve à violação dos direitos fundamentais da pessoa (art. 149)” (NEVES, 2009, p. 218).

hoje no Estatuto do Índio, apesar de sua revogação parcial no novo texto constitucional, contribui para reduzir cada pessoa indígena, em sua individualidade, ao regime ambivalente de subordinação/proteção por parte do Estado Nacional (2014, p. 69).

Essa posição limitada de integração e de afirmação da autonomia organizacional das comunidades no modelo brasileiro constitucional intensifica a perspectiva de colisões entre ordem jurídica estatal e as ordens normativas de comunidades indígenas. Mas a possibilidade de emergência dessas colisões, por força de “entrelaçamentos de perspectivas diversas de tratamento de problemas cruciais de direito constitucional, também está presente naqueles países em que a pretensão de integração constitucional da autonomia institucional das comunidades nativas foi mais acentuada” (NEVES, 2009, p. 219), implantando-se de maneira mais ramificada na prática jurídico-constitucional.

Um conflito envolvendo a demarcação de terras foi alvo de denúncia do Conselho de Direitos Humanos da ONU em Genebra (Suíça), que realizou a Revisão Periódica Universal do país. Segundo o relatório da ONU para esta matéria, a população indígena poderá sofrer muitos danos com a aprovação da PEC 215 – atualmente tramitando na Câmara dos Deputados –, recomendando a rejeição.

A ementa da proposta de autoria do Deputado Federal Almir Moraes Sá (PPB/RR) tem o seguinte teor: “acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231, da Constituição Federal”. Ainda em trâmite no Congresso Nacional, é encarado pelos diversos povos tradicionais brasileiros e ativistas como uma ameaça aos direitos indígenas. Não há dúvida de que há uma situação extremamente precária em que se atrela uma colisão entre ordens normativas em princípios inconciliáveis, mas se trata de caminhos na busca de diálogo constitucional.

Um exemplo do entrelaçamento de colisões constitucionalmente relevantes se apresentou na relação entre a ordem jurídica estatal brasileira e a ordem normativa dos índios Suruwaha, habitantes do município de Tapauá, localizado no Estado do Amazonas, os quais se mantiveram isolados voluntariamente até o final da década de 1970, na qual tiveram seu primeiro contato com uma equipe do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), que percebeu se tratar de “um povo capaz de garantir sua autossustentabilidade e manter viva sua cultura, desde que permanecesse livre da presença de invasores” (SEGATO, 2014, p. 73).

Conforme o direito consuetudinário⁴ dos Suruwaha, é “obrigatório o homicídio dos recém-nascidos quando tenham alguma deficiência física ou de saúde em geral” (NEVES, 2009, p. 222). A repercussão pública do costume dos Suruwaha levou à proposição, por parte do Deputado Federal Henrique Afonso, do Projeto de Lei n.º 1.057, de 2007, que objetiva modificar o Estatuto do Índio para criar proteções a crianças, pessoas com deficiência e idosos de comunidades indígenas que possam ter sua integridade física e psíquica ameaçada em razão de práticas culturais.

O Projeto é conhecido como *Lei Muwaji*, em homenagem a uma mãe da tribo que se rebelou contra a tradição de sua comunidade e salvou a vida da filha que seria morta por ter nascido deficiente, destinado especificamente à criminalização dessa prática. A ementa desse projeto tem o seguinte teor: “Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à

⁴ Em outra comunidade, a dos indígenas Yawanawá, localizada no Estado do Acre, na fronteira entre Brasil e Peru, “há uma ordem normativa consuetudinária que determina que se tira a vida de um dos gêmeos recém-nascidos. Nesse contexto, também tornou-se público o fato de que práticas desse tipo eram comuns entre os Yanomami e outras etnias indígenas” (NEVES, 2009, p. 222). Essa situação levou a grandes repercussões polêmicas, pois se tratava de um conflito praticamente insolúvel entre direito de autonomia cultural e direito à vida. O problema tomou destaque na ocasião em que a indígena Edna Luiza Alves Yawanawa, “em oficina de direitos humanos da Fundação Nacional do Índio, em 2002, descreveu a obrigatoriedade, em sua comunidade, da prática de homicídio de um dos gêmeos, apresentando-se como vítima dessa prática jurídica costumeira” (SEGATO, 2014, p. 68). Nesse contexto, a questão também foi apresentada, conforme explica Segato, “como conflito entre direito de autonomia cultural e direito das mulheres. Passou, porém, a ter ampla repercussão pública em relação ao direito da criança à vida” (2014, p. 68).

proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais” (AFONSO, 2007).

Para fins de “medidas específicas de combate a essas práticas, inclusive a criminalização daqueles que, em contato com a comunidade nativa, não procedessem à devida notificação às autoridades competentes” (NEVES, 2009, p. 223), assim como das autoridades que não tomassem as providências pertinentes ao caso (arts. 3º, 4º e 5º do Projeto de Lei 1.057/07), o art. 2º, inciso I a VIII, do Projeto, previa tipificação dos seguintes casos de “homicídio de recém-nascido”:

I. homicídios de recém-nascidos, em casos de falta de um dos genitores; II. homicídios de recém-nascidos, em casos de gestação múltipla; III. homicídios de recém-nascidos, quando estes são portadores de deficiências físicas e/ou mentais; IV. homicídios de recém-nascidos, quando há preferência de gênero; V. homicídios de recém-nascidos, quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão; VI. homicídios de recém-nascidos, em casos de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo; VII. homicídios de recém-nascidos, quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais; VIII. homicídios de recém-nascidos, quando estes são considerados portadores de má-sorte para a família ou para o grupo (AFONSO, 2007, p. 1).

O Projeto também propunha tipificação dos “homicídios de criança, em caso de crença de que a criança desnutrida é fruto de maldição, ou por qualquer outra crença que leve o óbito intencional por desnutrição (art. 2º, inciso IX)” (AFONSO, 2007, p. 2). Essas hipóteses previstas no Projeto, além de outras referentes a “abusos sexuais, maus-tratos e outras agressões físico-psíquicas de crianças e seus genitores por fundamentos culturais e tradicionais (art. 2º, incisos X, XI e XII)” (AFONSO, 2007, p. 2), correspondem a práticas executadas nas comunidades indígenas brasileiras.

A discussão do projeto deu ensejo a uma audiência pública na Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados. Embora, não tenha logrado êxito, o contexto em que foi elaborado e a discussão que engendrou apontam para um caso singular de diálogo entre ordens jurídicas. O mencionado Projeto foi aprovada em 26 de agosto de 2015. Por fim, a mesa diretora da Câmara dos Deputados remeteu a matéria ao Senado Federal por meio do Ofício n. 510/15/PS-GSE em 02 de setembro de 2015.

Aceita a matéria, o Projeto de Lei nº 1057/07 tornou-se o Projeto de Lei da Câmara nº 119/2015 no Senado Federal, na qual estão sendo marcadas audiências públicas para discussão do assunto. A justificativa baseia-se em instrumentos jurídicos que acentuam os direitos das mulheres e crianças perante costumes nativos. Assim, visa cumprir dispositivos como o Decreto n.º 99.710 de 1990, o qual promulga a Convenção sobre os Direitos das Crianças que reconhece o direito à vida como inerente a toda criança. Também visa executar recomendação da Assembleia Geral das Nações Unidas, como estabelecido na Resolução A/RES/56/128 de 2002, a qual combate as práticas tradicionais nocivas. Igualmente, cumpre mencionar a Resolução A/S-27/19, também da Assembleia Geral da ONU, que coloca em prioridade os interesses das crianças.

Destaca-se a proteção da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, garantindo o direito à vida e à saúde a todas as crianças, bem como que essa proteção é garantida pelo artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ressalta-se, ainda, o Código Civil (2002), em seu artigo 1º, no qual determina que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil e, em seu artigo 2º, que o começo da personalidade civil se dá com o nascimento com vida. Os Instrumentos normativos mencionados estão

indicados como justificativa no Projeto de Lei. Do mesmo modo, outra justificativa que o Projeto de Lei 1057/07 cita:

[...] é importante destacar que a cultura é dinâmica e não imutável. A cultura não é o bem maior a ser tutelado, mas sim o ser humano, no intento de lhe propiciar o bem-estar e minimizar seu sofrimento. Os direitos humanos perdem, completamente, o seu sentido de existir, se o ser humano for retirado do centro do discurso e da práxis. Portanto, a tolerância (no sentido de aceitação, reconhecimento da legitimidade) em relação à diversidade cultural deve ser norteada pelo respeito aos direitos humanos (AFONSO, 2007, p. 3).

Os elaboradores e defensores do Projeto de Lei “partiram primariamente da absolutização do direito fundamental individual à vida, nos termos da moral cristã ocidental” (NEVES, 2009, p. 224). Subsidiariamente, também contribuiu para a proposição do Projeto o “direito fundamental da mãe à maternidade” (NEVES, 2009, p. 224). Essa atitude unilateral pela imposição dos direitos individuais em detrimento da “autonomia cultural das comunidades não pareceu adequada para os que se manifestaram em torno do problema em uma perspectiva antropológica mais abrangente” (NEVES, 2009, p. 224).

A criminalização das práticas culturais indígenas, em nome da defesa do direito à vida, pode ser vista, outrossim, conforme elucida Neves (2009, p. 224), “como um verdadeiro genocídio cultural, a destruição da própria comunidade, destruindo suas crenças mais profundas”. Ademais, há quem defenda que a proposta é inconstitucional, pois nega a identidade cultural aos povos indígenas, conforme artigo 215, § 1º da Constituição Federal:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. (BRASIL, 1988).

Com intensa participação nas audiências públicas na Câmara dos Deputados, as ponderações da antropóloga Segato “contribuíram positivamente para o esclarecimento dessa colisão de ordens jurídicas, apontando para a necessidade de um diálogo entre ordens normativas” (NEVES, 2009, p. 224). No contexto dos debates, Segato (2014, p. 68) reconheceu que tinha “a ingrata tarefa de argumentar contra essa lei, mas, ao mesmo tempo, fazer uma aposta forte na transformação do costume”.

No âmbito de sua argumentação, Segato invocou pesquisa empírica sobre os Suruwaha, na qual se verificou que, “em um grupo de 143 pessoas na qual, entre 2003 e 2005” (2014, p. 73-74), houve dezesseis nascimentos, vinte e três suicídios, dois homicídios de recém-nascidos (denominados pelos antropólogos “infanticídio”, sem o sentido técnico-jurídico do tipo penal) e uma morte por doença. Ou seja, “enquanto 7,6% das mortes ocorreram por ‘infanticídio’, houve 57,6% mortes por suicídio” (NEVES, 2009, p. 225), entre os Suruwaha.

Tal situação aponta uma concepção da vida e morte bem diferente dos entendimentos cristãos ocidentais. Entre essa “comunidade indígena, a vida só tem sentido se não for marcada por excessivo sofrimento para o indivíduo e a comunidade, se for uma vida tranquila e amena” (NEVES, 2009, p. 225). Assim se justificaria “o homicídio de recém-nascidos em determinados casos” (SEGATO, 2014, p. 78).

Nesse contexto, impõe-se considerar a “colisão entre duas perspectivas diversas dos direitos, procurando não ‘fazer injustiça’ mediante a imposição de uma, a da ordem dos mais fortes, à da outra dos mais fracos” (NEVES, 2009, p. 226). De um lado se encontra o direito à

autonomia coletiva, de outro o direito à autonomia individual. Simplesmente “submeter aquele, considerado expressão de uma forma ética de vida, a esta, considerado expressão de uma moral universal que se apresenta como base dos direitos humanos” (NEVES, 2009, p. 226), não parece a solução adequada em uma metodologia transconstitucional.

Ao contrário, nessas circunstâncias de colisão radical entre ordem jurídica estatal e as ordens normativas indígenas, tem-se de “considerar e ponderar entre o direito à vida⁵ do sujeito individual e o direito à vida do sujeito coletivo, assim como também o direito à vida da mãe e o direito à vida do recém-nascido” (SEGATO, 2014, p. 78). No caso, a criminalização das práticas de homicídio de recém-nascidos praticadas nas comunidades indígenas, proposta no Projeto de Lei da Câmara nº 119, de 2015, poderia ser “etnocida, ao eliminar valores culturais indispensáveis à vida biológica e cultural de um povo” (SEGATO, 2014, p. 77). Assim sendo, uma tal solução legal teria sérias implicações com a ordem constitucional do Estado brasileiro, sendo necessário, nessas circunstâncias, a busca por outros caminhos.

A proposta que se apresenta mais adequada reside em garantir a “jurisdição ou foro étnico, para que cada comunidade indígena resolva seus conflitos e elabore seu dissenso interno por um caminho próprio” (SEGATO, 2014, p. 85). Isso não implica, conforme leciona Rawls (2002, p. 235), “simplesmente tolerância do mais poderoso, tampouco tolerância perante o intolerante”, antes se trata de “capacidade de admitir a autonomia do outro, isto é, da esfera de comunicação, do jogo de linguagem ou da forma de vida

⁵ Segato se refere ao significado da expressão “direito à vida” nesse contexto: “essa expressão pode indicar dois tipos diferentes de direito à vida: o direito individual à vida, isto é, a proteção do sujeito individual de direitos, e o direito à vida dos sujeitos coletivos, isto é, o direito à proteção da vida dos povos em sua condição de povos. Precisamente porque esse último se encontra muito menos elaborado no discurso jurídico brasileiro e nas políticas públicas, é a ele que deveríamos dedicar a maior parte de nossos esforços de reflexão e tentar imaginar como brindar uma maior proteção legislativa, jurídica e governamental aos sujeitos coletivos de direitos – os mais desprotegidos –, como promover sua vida e fortalecer seu tecido social comunitário e coletivo” (SEGATO, 2014, p. 78).

diferente do nativo” (NEVES, 2009, p. 227), não submetida aos moldes do constitucionalismo estatal.

Tampouco cabe falar de sociedades “decentes” ou “indecentes”, ou seja, dignas ou indignas do diálogo com as outras sociedades membras ditas “liberais” de um Estado democrático constitucional, como se não estivéssemos na “mesma sociedade mundial, com colisões e conflitos entre domínios de comunicação e jogos de linguagem” (NEVES, 2009, p. 227).

Esse difícil conflito não se restringe ao dilema entre relativismo ético (das culturas particulares) e universalismo moral (dos direitos humanos), antes aponta para o “convívio de ordens jurídicas que partem de experiências históricas diversas, exigindo especialmente por parte do Estado constitucional uma postura de moderação relativamente à sua pretensão de concretizar suas normas específicas” (NEVES, 2009, p. 228), quando essas entrem em choque com normas de comunidades indígenas fundadas em bases culturais fundamentalmente diferentes.

Considerações finais

Teubner desenvolveu um assertivo diagnóstico sobre a fragmentação constitucional. Sendo um teórico crítico, o objetivo de Teubner foi, claramente, compreender a realidade das relações de ordem global e retirar daí um potencial capaz de superar as problemáticas decorrentes dessa realidade. Então, a problemática da fragmentação é um fato, mas as soluções tradicionais não conseguem dar conta desse problema, porque ele tem características peculiares e transcende essas soluções tradicionais. A questão é buscar compreender o que pode ser feito e quais ferramentas já existentes podem ser utilizadas para tentar solucionar isso ou ao menos amenizar o problema, porque o conflito existe e é necessário lidar com ele de alguma forma.

Como analisado ao longo do texto, a proposta teórica do Teubner passa por uma possível solução heterárquica dos conflitos, já que a globalização proporcionou o escape dos sistemas sociais das soluções tradicionais de conflitos. Nesse sentido, não existe nesse âmbito a possibilidade de se estabelecer uma narrativa redentora, ou seja, uma resposta em que se possa optar por uma ou outra ordem, através da qual existe uma organização coordenada e coerente de sistemas sociais.

No âmbito global, não há a possibilidade de estabelecermos um sistema coordenado de solução de conflitos como ocorre no âmbito interno dos Estados nacionais, uma vez que os sistemas não trabalham de forma harmônica. É preciso fazer frente ao imperialismo de regimes hegemônicos e normas de colisão tradicionais não podem mais dar conta dessa problemática, uma vez que elas precisariam impor certos limites às hiperestruturas da modernidade, compatibilizando-as com as formas de saber tradicionais. Para tanto, Teubner se vale do pluralismo jurídico e de formas jurídicas híbridas, capazes de limitar a expansão das hiperestruturas.

A resposta ao questionamento proposto no início do texto pôde ser melhor concretizado na análise empírica desenvolvida no segundo capítulo. Evidentemente não se trata de problemáticas de fácil resolução e, portanto, não existe uma resposta decisiva capaz de resolver definitivamente os conflitos existentes, de forma especial quando há conflitos interculturais. Contudo, os apontamentos lançados foram capazes de absorver a proposta teórica de Teubner e, assim como o autor, apontar para algumas possíveis soluções heterárquicas aos problemas reais.

Em todos os casos, se mostra essencial a necessidade de ordens jurídicas nacionais e transnacionais estarem abertas para a irritabilidade de outras ordens, com a finalidade de limitarem-se e influenciarem-se

mutuamente, criando um modo de constitucionalismo social que visa forma de sustentabilidade intensivada a partir da criação de uma nova racionalidade capaz de dar conta das colisões e conexões.

Referências

AFONSO, Henrique. **Projeto de Lei 1057/2007**. Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em: 12 fev. 2021.

BERMAN, Paul Schiff. Global legal pluralism as a normative project. *UC Irvine L*, n. 8, n. 149, GWU Law School Public Law Research Paper n. 2018-76, p. 149-182, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3288690#. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101/2006**. Distrito Federal. Requerentes: Presidente da República. Intimados: Presidente do Supremo Tribunal Federal entre outros. Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, Julgado em: 14 de agosto de 2009. DJe 21 de agosto de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>. Acesso em: 10 fev. 2021.

COVER, Robert M. The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 97, n. 1, 1983. p. 4-68.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a constituição da Europa**: um ensaio. São Paulo: Ed. Unesp, 2012.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México; Herder, 2007.

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

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 141-149, jul-dez 2013a. Disponível em: <http://revistas.unisinus.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06>. Acesso em: 18 jan. 2021.

ROCHA, Leonel Severo. Teoria dos sistemas sociais autopoéticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Paradoxos da auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013b. p. 329-355.

SÁ, Almir Morais et al. **Proposta de emenda à Constituição nº 215-A**, de 2000. Acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231, da Constituição Federal; tendo parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, pela admissibilidade desta, com emenda saneadora, e das de nos 579t2002, 156t2003, 257t2004, 275/2004, 31 912004, 3712007, 1 1712007, 16112007, 29112008, 411t2009 e 415t2009, apensadas (relator: dep. Osmar Serraglio). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em: 10 fev. 2021.

SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, DF, v. 01, n. 01, p. 69, 2014. Disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4113557/mod_resource/content/1/19-85-1-PB.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

Compliance e autorregulação: uma análise sob o viés da Teoria da Fragmentação de Gunther Teubner e a sua aplicação no combate ao crime de lavagem de dinheiro

*Arthur Henrique Klein*¹
*Marcelo Augusto Rodrigues de Lemos*²

Introdução

Nas últimas décadas, tem-se vislumbrado no cenário global uma tendência de autorregulação dos sistemas parciais que independe dos atos legislativos praticados pelos Estados Nacionais. Empresas transnacionais – com o escopo de cumprir exigências para transações que atravessam as fronteiras dos Estados Nacionais – passam a se adaptar a normativas feitas pelo setor privado, por vezes, pautadas em legislações internas de alguma das economias de países ricos.

O presente texto, a base desse cenário, buscará explicar o fenômeno da autorregulação regulada, em que os Estados Nacionais – vislumbrando a tendência mundial – passam a criar estímulos legais para a imposição de medidas de controle contra atos corruptivos e provenientes de lavagem de capitais.

Analisando o tema sob viés da teoria da fragmentação desenvolvida por Gunther Teubner, buscar-se-á responder o questionamento se a autorregulação pode servir de estímulo para a adoção de políticas

¹ Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS. Mestre em Direito Público. Pós-Graduado em Direito Empresarial. Advogado.

² Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS. Mestre em Ciências Criminais e Especialista em Direito Penal Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Advogado.

institucionais que visem dar uma maior efetividade no combate ao crime de lavagem de dinheiro.

Sob o ângulo do Direito Penal, nos últimos anos tem-se imposto uma necessidade do que se chama de *criminal compliance*. O referido instituto tem por escopo a cooperação entre o setor privado e o público, com o intuito de coibir práticas delitivas em transações financeiras. Por isso, tratar-se-á de tal fenômeno analisando-se, sobretudo, as razões que levaram a esse estado de coisas, como o déficit jurídico na responsabilização criminal de dirigentes de empresa e, igualmente, na necessidade de atendimento de exigências do mercado mundial.

Para tanto, se utilizará a pesquisa bibliográfica em livros, artigos e textos que tratam da matéria, a partir da perspectiva metodológica sistêmico-construtivista, observando os movimentos derivados no instituto do *compliance* e sua afetação na seara criminal.

O método sistêmico-construtivista considera a realidade como uma construção de um observador, analisando todas as peculiaridades implicadas na observação, partindo de uma observação complexa de segunda-ordem, pressupondo reflexões que são estabelecidas a partir de um conjunto de categorias teóricas, próprias da Matriz Pragmático-Sistêmica³, que guardam uma coerência teórica autorreferencial. Trata-se de uma estratégia autopoietica de reflexão jurídica sobre as próprias condições de produção de sentido, bem como as possibilidades de compreensão das múltiplas dinâmicas comunicativas diferenciadas em um ambiente complexo, como é o gerado pelas novas tecnologias, em um contexto de um novo constitucionalismo, que se caracteriza pela fragmentação, e recebe os reflexos da globalização.

³ Rocha, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003, p. 100.

O artigo será dividido em três tópicos, conforme se verá a seguir, buscando traçar algumas considerações teóricas realizadas por Teubner referente as fragmentações internas do próprio direito, juntamente com as políticas específicas de *compliance*, com ênfase na aplicação das regras internacionais de combate aos crimes de lavagem de dinheiro.

2. A compliance fragmentada sob viés de Gunther Teubner

A cultura de *compliance* foi reconhecida pelo mercado brasileiro tardiamente. Implementada por empresas multinacionais, apenas na década de 1990, organizações públicas e privadas passaram a ver o *compliance* como uma regra essencial para a transparência de suas atividades, importando métodos e protocolos de conformidade.

Tendo como principal escopo a prevenção e detecção de riscos, bem como responder ante a eventuais inconformidades, o *compliance* traz consigo inúmeras benesses para a atividade empresarial: busca evitar danos à imagem da organização, de seus funcionários e perda do valor da marca; má alocação de recursos e redução da eficiência e da inovação; cassação de licença de operação ou outro ato administrativo pertinente (autorização, permissão ou concessão); sanções administrativas, pecuniárias e até mesmo criminais, dependendo do caso; custos secundários e não previstos (advogados, contabilistas, consultores, etc.).

O combate à corrupção e aos crimes financeiros tem submetido diversas empresas a alterarem a forma de visão sobre sua própria atuação e estabelecer métodos que visem obstaculizar o cometimento de crimes por seus executivos e funcionários. Dentre as práticas mais comuns estão: a) a orientação, formação e reciclagem de empregados e diretores sobre políticas de combate à lavagem de dinheiro; b) a elaboração de Códigos internos de conduta, organizar a coleta, sistematização e checagem de informações sobre clientes, empregados, parceiros, representantes,

fornecedores e operações praticadas com sua colaboração ou assistência; c) o desenvolvimento de sistemas de comunicação interna e externa que facilite o repasse de informações sobre atos suspeitos; d) a implementação de sistema de controle interno de atos imprudentes ou dolosos, com mecanismos de apuração e sanção disciplinar.

O legislador, por sua vez, tratou de estimular a transparência e lisura do agir empresarial, introduzindo no art. 7º, inciso VIII da Lei Anticorrupção regra de mitigação de sanções administrativas para as empresas que possuam mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica⁴.

Igualmente, antes da promulgação da Lei Anticorrupção, o legislador houve por alterar substancialmente a Lei n.º 9.613/1998. Além de ter aumentado a aplicabilidade do crime de lavagem de dinheiro, a partir da exclusão do rol taxativo de crimes antecedentes, também houve por incluir previsões acerca da cooperação entre órgãos públicos e privados no combate ao branqueamento de capitais. Hodiernamente, diversas pessoas físicas e jurídicas – constantes do art. 9º da referida lei – possuem a incumbência de comunicar os órgãos de controle quando diante de determinadas condutas que possam, eventualmente, caracterizar lavagem de dinheiro. Essa sorte de imposição, de tal arte, estimula a criação de programas de *compliance*, a fim de que as corporações obrigadas possam cumprir a contento as determinações legais.

A autorregulação das empresas, criando regras internas e condutas compulsórias, pode ser comparada a fragmentação do direito difundida

⁴BRASIL, Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. In: Diário Oficial da União, Brasília, 2out. 2013.

por Gunther Teubner. Seguindo a teoria desenvolvida por Luhmann, caracterizada pela ausência de um órgão central controlador, Gunther Teubner tece importante debate sobre a (im)possibilidade da existência de um topo, um cume, um centro, de onde a sociedade poderia ser controlada ou corrigida.

O autor parte da premissa de que a unidade constitucional está perdida, fragmentada nas diversas esferas sociais. As violações aos direitos ocorrem nas instâncias privadas de decisões de empresas, em especial multinacionais, que ameaçam a saúde coletiva e o meio ambiente, em corrupções na área da saúde e da pesquisa científica, ataques incisivos à liberdade de acesso à internet entre diversas outras catástrofes possíveis liberadas das dinâmicas sociais. Não se trata da falta de empenho para regulamentação por parte dos Estados, mas sim, o fato de que estes problemas ocorrem além das fronteiras dos Estados, em processos políticos transnacionais específicos, longe do poder político institucionalizado⁵.

As reflexões inovadoras trazidas por Teubner diagnosticam uma imanente diferenciação na sociedade moderna correlata a uma fragmentação interna do próprio direito. A perda da possibilidade de uma referência central, “de uma responsabilidade ética fundamental” – seja na sociedade como um todo, seja dentro do próprio direito –, continua, porém, latente no corpo social, devendo ser, por isso, revista sob condições de possibilidade de fragmentação da modernidade.

É nesse cenário que o *compliance* se alinha a teoria difundida por Teubner, na medida em que a sua aplicação perante as empresas busca adequar as atividades empresariais frente às normas legais vigentes,

⁵ TEUBNER, Gunther. Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 23.

criando, por conseguinte, normas internas condutoras e basilares, como forma de melhor atender aos interesses da própria empresa e, conjuntamente, os interesses sociais advindos da sua atuação, em especial com relação ao seu fim social. Assim como ocorre no direito transnacional, o contexto multidisciplinar que envolve as ações de *compliance* desloca as funções estatais, dentre elas aquelas inerentes ao sistema normativo, aos atores não governamentais.

A temática de descentralização do poder estatal, repassando o protagonismo aos atores externos foi exposta por Teubner quando da análise da questão relativa ao constitucionalismo social. Todavia, o norte do estudo guarda correlação direta com a estruturação e aplicação do *compliance*:

Já desde os primórdios do Estado Nacional, o constitucionalismo permanece sem resposta diante das questões sobre *se e como* a constituição deve abranger os âmbitos sociais não estatais. As atividades econômicas, científicas, pedagógicas e médicas, dentre outras atividades sociais, devem submeter às proposições normativas da constituição estatal? Ou devem as instituições sociais desenvolver, de forma autônoma, suas próprias constituições (*Eigenverfassungen*).⁶

A analogia da aplicação das políticas de *compliance* com relação aos fragmentos constitucionais trazidos por Teubner traz à tona o mesmo pano de fundo, qual seja, a adoção de políticas e ações num mundo globalizado, cuja repercussão e efeitos dos atos emanam reflexos que extrapolam o universo empresarial e de atuação específica da empresa e se torna uma questão social:

⁶ TEUBNER, idem, p. 32.

Responsáveis pela nova problemática constitucional são: a fragmentação da sociedade mundial, a desformalização de suas estruturas jurídicas, bem como as novas formas de direcionamento (Steuerung) da sociedade mundial e a questionável legitimidade da nova global governance. Sobre qual base de legitimação os regimes transnacionais regulam esferas inteiras de vida social, adentrando até mesmo nas especificidades da vida cotidiana? Onde se situam as fronteiras dos mercados financeiros globais em sua expansão na economia real e de outros âmbitos da sociedade? Pode-se pretender que os direitos humanos e fundamentais sejam válidos também em espaços não estatais da sociedade mundial, especialmente em face de organizações transnacionais?⁷

Nesse cenário globalizado, a questão acerca da forma de regulamentação por parte do Estado ganha maior enfoque, trazendo à tona a problemática e, por conseguinte, o desafio:

Como as experiências adquiridas pelo Estado Nacional com instituições do constitucionalismo social devem ser implementadas sob as diferentes condições da globalidade? Em especial: como definir o papel da política para as constituições transnacionais parciais no triângulo mágico formado por política, direito e âmbito social autônomo? Renúncia? Regulação? Supervisão? Complementaridade? Dissolução de *la politique* pela *la politique*?⁸

A forma de estruturação, fiscalização e aplicação das sanções no interior das empresas faz nascer uma regulação interna que para quem a aplica tem o mesmo efeito de lei, sendo que as penas, em alguns casos, podem ter efeitos mais drásticos que as próprias normas legais. Característica massiva das sociedades de redes, Teubner faz uma releitura de conceitos jurídicos até então quase estáveis, demonstrando como podem ser perfeitamente adaptados, transformados e reinventados, sob circunstâncias vigentes de uma sociedade complexa.

⁷ TEUBNER, idem, p. 33-4.1

⁸ TEUBNER, idem, p. 33-4.

Sob enfoque dos denominados *sistemas autônomos parciais* (e.g. economia global, ciência e tecnologia, sistema educacional, novos meios de comunicação em massa, sistema de saúde, sistema financeiro), para Teubner a “nova forma de abrangência das regulações reflexivas”⁹ estaria já implícita na atenção da comunidade acadêmica e seria palpável tanto nos “escândalos públicos” de diversas sortes, desde violações de direitos humanos por empresas multinacionais até risco de mercados de capitais, corrupções na medicina e armazenamento de dados por organizações privadas, quanto nos debates acalorados dos constitucionalistas nos dois lados do atlântico sobre a possibilidade de se pensar a constituição para além do Estado Nacional (principalmente, mas não apenas, no âmbito transnacional). Parafrazeando o autor: “No mar da globalidade formam-se apenas ilhas do Constitucional”.

Crimes de lavagem de dinheiro; violações de Direitos Humanos por empresas multinacionais; decisões controversas da Organização Mundial do Comércio que, em nome do livre comércio global, ameaçam a proteção ao meio ambiente e à saúde; *doping* esportivo; corrupção na medicina e na ciência; ameaça à liberdade de expressão por intermediários privados na internet; interferências massivas na esfera privada decorrentes da coleta e retenção de dados por organizações privadas; liberação de riscos catastróficos nos mercados financeiros mundiais são fenômenos que explicitam a crise do constitucionalismo moderno e se manifestam não somente na seara política e jurídica, mas enfatizam a problemática a nível constitucional em sentido estrito.

⁹ Nesse cenário, Teubner desenvolve, ainda no início de sua carreira, o singular conceito de “direito reflexivo”. Em razão de estudos sobre as novas dinâmicas do direito contratual na sociedade das redes (empresas virtuais, sistemas just-in-time e sistemas de franquias), enfatiza-se a perspicácia de Teubner em demonstrar como a relação entre teoria e prática pode ser produtiva para a dogmática do direito propriamente dita.

Teubner traz à tona os desafios do século XVIII e XIX, quais sejam, liberação das energias do poder político do Estado Nacional e, simultaneamente, da limitação efetiva das mesmas em um Estado de Direito. Expõe como desafios do século XX a liberação das energias sociais completamente diferentes, especialmente perceptíveis na economia e nos novos meios de tecnologia, bem como a restrição de seus efeitos destrutivos de maneira efetiva.

Para o autor, a sociologia constitucional modifica radicalmente a formulação da problemática imposta. Ela coloca a questão da constitucionalização não apenas para o direito internacional público e para o mundo dos Estados que fazem parte da política internacional, mas também para outros sistemas parciais autônomos da sociedade mundial, sobretudo para o da economia global, assim como para a ciência e tecnologia, sistema educacional, novos meios de comunicação em massa e serviços de saúde¹⁰.

3. A autorregulação regulada e o direito privado

Tema de pouca difusão no Brasil, mas de grande repercussão internacional, diz respeito a possibilidade de o setor privado criar regras de autorregulação com regulação estatal. Enquadra-se nessa seara as normas internas relativas à administração de empresas privadas que almejam através do *compliance* exercer suas atividades comerciais com maior transparência e credibilidade, mitigando ou buscando impedir os efeitos nocivos decorrentes de atividades ilícitas, cuja ênfase neste estudo se dá para a lavagem de dinheiro.

A autorregulação regulada (*enforced self-regulation*), por alguns denominada de correção, possibilita às empresas uma maior eficácia

¹⁰ TEUBNER, idem, p. 28.

na identificação de autoria dos crimes cometidos no âmbito empresarial, cuja repressão se dará na atividade penal, não afastando, todavia, por razões óbvias, que a própria empresa preveja uma série de sanções cíveis (patrimoniais) aos autores delitivos.

O papel preventivo decorrente de políticas internas de determinadas empresas auxilia de forma direta no combate ao crime de lavagem de dinheiro, podendo ser apontado através de duas espécies de deveres administrativos principais: a organização para evitar os delitos e o dever de informar determinadas operações classificadas como suspeitas. Ambos são entendidos como deveres de *compliance*, no sistema chamado de “autorregulação regulada”.

Cada vez mais protagonista nas discussões acerca do ritmo acelerado imposto pelo mundo globalizado, a regulação realizada pelo setor privado, através de suas instituições, ganha relevância quanto a sua importância e imprescindibilidade, dada a morosidade de implementação arraigada no sistema legal:

Os negociadores comerciais reconhecem a importância de incluir o setor empresarial, por meio de suas associações, no planejamento das negociações no sistema multilateral de comércio. O tempo de impacto entre a celebração do acordo internacional e seu impacto nos negócios cotidianos tem diminuído. As associações comerciais tomam a iniciativa de elaboração de instrumentos reguladores do comércio internacional com o objetivo de assegurar segurança em contraposição aos legisladores nacionais que dificultam a rapidez, a segurança e a confiança inerentes à atividade comercial, além de gerar incertezas.¹¹

¹¹ BIJOS, Leila; OLIVEIRA, João Rezende Almeida; BARBOSA, Leonardo Garcia. Direito do Comércio Internacional: Delimitação, características, autorregulação, harmonização e unificação jurídica e Direito Flexível. Revista de Informação Legislativa. Ano 50. Número 197, jan./mar. 2013, p. 252.

Diversas críticas podem ser expostas em relação à regulação estatal, o que, em certa medida, aumenta a importância de verdadeiros espaços de autorregulação. José Vicente Santos de Mendonça¹², trazendo à tona a importância da autorregulação comercial, enumera como dois de seus principais problemas: a (i) informação e (ii) adesão:

(i) O Poder Público não possui domínio epistêmico total sobre a realidade. A informação é sempre mais complexa do que qualquer tentativa de instrumentalizá-la (...). Sob a perspectiva do regulador público, no entanto, não ter acesso a toda a informação relevante, ou não conseguir operá-la, é problemático. É fonte de erros, que acabam sendo repassados para toda a sociedade. Um regulador desinformado é um regulador ruim. O problema da (ii) adesão é parente próximo ao da informação. O regulador deve contar com algum nível de adesão dos regulados à sua pauta de ação. O mercado regulado aceita o regulamento proposto pela agência, ou a norma é objeto de rejeição? É claro: críticas sempre existirão, e faz parte do agir estratégico do mercado regulado que existam. O ponto é outro. Trata-se de diferença de grau. Um regulamento radicalmente contestado pelo mercado é, potencialmente, um regulamento inefetivo.

Tais críticas, absolutamente pertinentes e consideráveis, são um ponto de apoio para que se reforce a importância da criação de ambientes de autorregulação. A regulação não substitui a autorregulação e vice-versa. Figuram como mecanismos complementares, cada um com vantagens e desvantagens. Mas ambos com potenciais de gerar a melhoria da execução de atividades em geral.¹³

¹² MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito Constitucional Econômico – A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 416.

¹³ CHAUVET, Rodrigo da Fonseca. Autorregulação e responsabilidade social da empresa no setor minerário: A experiência como o “Programa Mineração”. Revista de Direito da Administração Pública, ISSN 2595-5667, a. 2, v. 1, n. 1, fevereiro, 2017, p. 89.

Fornasier e Ferreira¹⁴, seguindo as premissas desenvolvidas por Gunther Teubner, enfatizam a tendência globalizada de autorregulação desenvolvida pela sociedade civil:

É notável o fato de que o mundo se encontra atualmente num processo de emergência de um Direito mundial para além das ordens políticas do tipo nacional e internacional, no qual “[...] setores sociais produzem normas com autonomia relativa diante do Estado-nação, formando um ordenamento jurídico *sui generis*”¹⁵. Neste contexto, os atores privados criam laços transnacionais e elaboram um direito totalmente independente de estruturas estatais e de aplicação global¹⁶. A institucionalização típica do Estado-nação não será, num futuro breve, capaz de dominar as forças centrífugas da sociedade civil mundial. Enquanto o Estado representa um ente estranho a estes temas e repleto de limitações em seu alcance (como o princípio da territorialidade), os agentes produtores destas normas estão plenamente inseridos em seus segmentos sociais, o que torna esta manifestação jurídica atrativa.

Wolfgang Hoffmann-Riem¹⁷ faz importante diferenciação entre os institutos da Autorregulação, Autorregulamentação e Autorregulamentação Regulamentada. Para o autor, o termo autorregulamentação social decorre da consagração das regras sociais, na medida em que o estabelecimento destas regras não só influencia o comportamento das pessoas que participam do estabelecimento delas, mas também outras pessoas reconhecem essas regras para si e, neste sentido, as regras têm efeito geral. Aqueles que desejam observar as regras

¹⁴ FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. Autorregulação e direito global: os novos fenômenos jurídicos não estatais. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. V. 35.2, jul./dez. 2015, p. 08. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/1518>. Acesso em 15.02.2021.

¹⁵ TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. Impulso, Piracicaba, v. 13, n. 33, 2003, p. 09.

¹⁶ TEUBNER, idem, p. 11-13.

¹⁷ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulação, Autorregulamentação e Autorregulamentação Regulamentada no contexto digital. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 46, n. 146, Junho, 2019, p. 531-2.

– p. ex., normas técnicas ou padrões de comportamento –podem se comprometer com essa observância juridicamente, p. ex., mediante contrato. Os interessados também podem permanecer juridicamente não vinculados às regras, mas esperar a sua observância mútua e o descumprimento pode ser sancionado por meios sociais, como o rompimento de relações comerciais ou a perda de reputação por parte de quem viola as regras. Já o termo “regulação” (Regulierung)¹⁸ é reservado, na maioria dos casos, apenas para intervenções do Estado em processos sociais que, com um objetivo específico, estabelecem diretrizes gerais de comportamento, as quais criam ou mantêm estruturas funcionais para resolver problemas específicos.

Conceituando autorregulação regulada, Hoffmann-Riem tece importantes considerações:

Falo de autorregulamentação social regulada pelo Estado, ou, em termos breves, de autorregulação/autorregulamentação regulada/regulamentada¹⁹ quando órgãos estatais confiam, para a solução de problemas, nas ordens criadas com (relativa) autonomia pelos membros da sociedade, mas atuam regulatoriamente de modo que, quando isso é feito, (também) se observem ou persigam deliberadamente fins relacionados ao bem comum. A influência do Estado pode acontecer de forma extremamente diversificada, p. ex., na forma de normas ou estímulos comportamentais, por meio do estabelecimento de estruturas – como as de natureza corporativa – ou pela viabilização e apoio de sistemas funcionais da sociedade, como o mercado.

¹⁸ Quanto ao conceito de regulação estatal, cf. Eifert, *Regulierungsstrategien*, in: Hoffmann-Riem; Schmidt-Aßmann; Voßkuhle (ed.), *Grundlegendes Verwaltungsrechts: Band I: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organization*, 2. ed., 2012, § 19, n. 16 et seq.

¹⁹ Quanto ao termo e à concepção de autorregulação regulada, bem como suas diversas versões e aplicações, veja Voßkuhle, *Regulierte Selbstregulierung – Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs*, in: *Die Verwaltung*, número especial: *Regulierte Selbstregulierung*, p. 197 et seq., 2001. Veja ainda Eifert, 2012 (n. 2), n. 52 et seq. De uma perspectiva histórica, veja as contribuições contidas em Collin et al. (ed.), *Regulierte Selbstregulierung in der westlichen Welt des 19. und frühen 20. Jahrhunderts*, 2014.

Nesse cenário o *compliance* ganha notoriedade, agindo como uma ferramenta capaz de dar suporte subsidiário às normas legais e extralegais editadas pelo Estado no intuito de reger as atividades comerciais e, principalmente, servir de agente inibidor de condutas ilícitas, em especial destaque com relação aos crimes de lavagem de dinheiro.

4. A realidade brasileira do *compliance* como instrumento de combate à lavagem de dinheiro

A partir da intensificação do processo de globalização econômica, em meados dos anos 90, o tradicional direito penal liberal viu-se questionado perante a sua ineficácia em face dos novos problemas de responsabilização criminal no âmbito da empresa. Isso porque “o problema do direito penal econômico passa a ser não mais os postulados clássicos da legalidade e individualização da culpabilidade, mas sim a descrição bem acabada do comportamento complexo dos agentes econômicos e o novo regime de necessidade de intervenção penal no âmbito das organizações empresariais”²⁰.

Na realidade atual, diante do endurecimento da jurisprudência e leis anticorrupção, as empresas passam a ter uma preocupação em gerenciar os riscos de sua atividade, com o escopo de cumprir as leis que regulam a sua atividade. Se antes, essa necessidade de cumprimento restringia-se a áreas do Direito alheias ao penal, hoje, em função dos novos tempos, a imperiosidade de imposição de mecanismos de controle também se destina ao combate à criminalidade organizada.

Souza e Ferreira contextualizam o momento da expansão do Direito Penal, no qual, em virtude da radicalização das indústrias na sociedade pós-industrial, com vista a criação de um mercado-mundo, acaba por

²⁰ SAAD-DINIZ, Eduardo. O sentido normativo dos programas de *compliance* na APn 470/MG. *Revista dos Tribunais*, vol. 933, São Paulo, jul. 2013, p. 151.

aumentar significativamente as transações financeiras. Basicamente, com esse incremento na sociedade pós-industrial, denotam-se novos riscos e temores mundiais, os quais são potencializados por uma mídia altamente evoluída e abrangente. Sem contar a sociedade que, a cada dia, aumenta a sua capacidade de reflexão. Assim, o Direito Penal passa a tutelar novos bens jurídicos, os quais, nos mais das vezes são difusos, coletivos ou de específicos grupos de pressão, não mais se restringindo ao indivíduo²¹.

Schunemann denuncia o *déficit* de sanção criminal na área de criminalidade econômica, frente ao característico tratamento desigual dispensado aos delitos patrimoniais, porém, também alerta para a irreflexiva criminalização dessa seara do Direito Penal, que colocava em perigo princípios jurídico-constitucionais irrenunciáveis. Assim, em sua visão, o grande desafio do Direito Penal era trazer um tratamento igualitário aos comportamentos socialmente danosos e aumentar o efeito preventivo do Direito Penal sem, contudo, desvincular-se de seus preceitos fundamentais e de sua função de *ultima ratio*²².

A autorregulação dos sistemas parciais, fundamentalmente da economia, promoveu alterações nos Estados Nacionais. Esse fenômeno ocorre porque o Estado deixou de ter o monopólio da regulação, na medida em que, aliado a outros fatores, houve um incremento na proliferação dos subsistemas econômicos autorregulados²³. Teubner explica que o que se vislumbra, até o momento, são ordenamentos transnacionais que apenas conferem suporte normativo por meio de regras constitutivas, aplicadas a racionalidades sistêmicas que se diferem em âmbito global. A demanda

²¹ SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. *Criminal Compliance e as novas feições do Direito Penal Econômico*. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 59, São Paulo, jan. 2013, p. 281.

²² SCHUNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, 1988, p. 529-558.

²³ VILA, Ivó Coca. *La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos*. In: JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ (Dir) e RAQUEL MONTANER FERNANDEZ (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance*, Barcelona, Espanha: Atelier Libros, 2013, p. 287-318.

por uma reorientação se enaltece, fundamentalmente, por movimentos que – verificando as tendências de expansão dos sistemas sociais parciais e dos impactos de crises internas – passam a propor regras limitativas ao escopo de limitar a autodestruição e evitar danos aos ambientes social, humano e natural. A negligência em relação às externalidades negativas dos sistemas que se expandiam, assim como a possibilidade de autodestruição destes, se mostrou, de acordo com o autor, na crise do mercado de capitais. Isso porque a constituição global do mercado financeiro foi forjada por uma intervenção ativa da política e do direito, que atendeu a interesses políticos desejados e, sob o ângulo jurídico, quedou-se estabilizada. Com isso, liberaram-se dinâmicas incontroladas que, somente hoje, com a ocorrência de problemas graves, é que se aventa a necessidade, no horizonte, da imposição de limitações constitucionais nos mercados financeiros²⁴.

No âmbito do combate à criminalidade organizada, a necessidade de adaptação estrutural das empresas a uma realidade global se enalteceu, em grande escala, após a edição da FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*) e dos atentados terroristas de 11 de setembro.

A concepção de autorregulação-regulada, em que a legislação interna dos Estados cria estímulos para se combater a criminalidade organizada, por meio da cooperação entre o setor privado e o público, se vincula a um novo modelo teoria e política criminal para combater a criminalidade empresarial, fundamentalmente, porque, de acordo com Ulrich Sieber, não há outra alternativa melhor. Atualmente, não há nada mais interessante para a prevenção da criminalidade empresarial:

²⁴ TEUBNER, Gunther. Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

El análisis presente del Derecho vigente ha llevado al resultado concreto de que los programas existentes de “compliance” ya de lege lata surten efectos en la punibilidad de los trabajadores de la empresa y, sobre todo, también en la imposición de sanciones a las empresas. Para crear estructuras de estímulo reforzadas con miras a sistemas de “compliance” efectivos, el Derecho penal de la empresa debería, sin embargo, de lege ferenda ser perfeccionado en aquella dirección que el homenajeado ya había mostrado de manera pionera: hacia un Derecho sancionador de empresas regulado en el Código penal, que disponga de efectivos mecanismos represivos y que tenga su contenido de injusto material en la culpa organizativa de la empresa, pero que también sea limitado –eventualmente quizás sólo bajo la forma de una condición objetiva de punibilidad- por una punibilidad de accesoriedad limitada de los trabajadores de la empresa así como por las clásicas garantías penales²⁵.

A FCPA, editada ainda nos anos 70, visa a coibir a corrupção internacional, possibilitando com que os Estados Unidos da América possam investigar e punir atos corruptivos em todo o cenário global. Além disso, a referida legislação também tem por escopo disseminar práticas integrativas de *compliance*, o que faz com que empresas daquele país – a maior economia mundial – exijam de seus fornecedores e/ou parceiros comerciais a adoção de políticas internas voltadas ao combate à corrupção, ainda que a legislação interna do seu Estado não o obrigue.

Doutro lado, o combate à criminalidade organizada ganhou ainda mais força após os atentados terroristas de 11 de setembro, especialmente por meio da imposição de medidas que visam a controlar o rastreo de dinheiro de origem ilícita. Essa sorte de imposição criou um sinal de alerta para as empresas transnacionais, uma vez que se enalteceu a necessidade de conhecer a origem do dinheiro transacionado em suas relações. A

²⁵ SIEBER, Ulrich. **Programas de *compliance* en el Derecho Penal de la Empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidad económica**. In: URQUIZO OLAECHEA, ABANTO VÁSQUEZ e SALAZAR SÁNCHEZ(coords.), *Homenaje a Klaus Tiedemann. Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal*, Lima: Tomo I, 2011, p. 205-246

filosofia adotada no particular da lavagem de capitais é a “*follow the money*”, que consiste em seguir o rastro do dinheiro, evitando que o delito seja uma atividade lucrativa. Se busca a dissuadir o criminoso de cometer delitos que gerem vultosos proventos econômicos. Isso se parte, efetivamente, da ideia da teoria da eleição racional (*rational choice theory*)²⁶, segundo a qual o criminoso atua movido por uma ponderação de riscos e resultados. Parte-se, através de dois pensamentos criminológicos: o primeiro que põem à baila os riscos, os esforços e os benefícios que o delinquente assumirá com a prática delitiva (teoria econômica do delito); e o segundo é o bloqueio de oportunidades ao criminoso²⁷.

A política criminal estabelecida deu ensejo ao que se conhece como *criminal compliance*, i.e. a adoção de práticas integrativas pelo meio empresarial com o fito de coibir crimes de lavagem de dinheiro por meio da cooperação entre os entes privados e os órgãos responsáveis pela investigação e repressão de tais delitos.

Compliance é um termo de origem anglo-saxão, que alude a uma função que as entidades privadas possuem de detectar e gerir “el riesgo de incumplimiento de las obligaciones impuestas por las normas a través del establecimiento de políticas y procedimientos adecuados”²⁸. A sua origem se dá, especificamente em relação à lavagem de capitais, nos Estados Unidos da América, através das 40 Recomendações do Grupo de Ação

²⁶ A teoria da eleição racional, tem, a sua principal ideia, voltada à eleição racional do criminoso dirigido a um comportamento racional que, de qualquer forma, o beneficiará. Ele se encontra, portanto, diante de uma eleição, na qual terá de optar, assim, “el sujeto optará por cometer un delito cuando los beneficios calculados sean mayores que los riesgos generados” BLANCO CORDERO, Isidoro. **Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales: estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica.** *Eguzkilore*, San Sebastián, dez. 2009, p. 117-138. À base disso e contra isso, as normas de prevenção ao branqueamento de capitais visam a intimidar e dissuadir os delinquentes de cometer ilícitos.

²⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. **Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales: estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica.** *Eguzkilore*, San Sebastián, dez. 2009, p. 117-138.

²⁸ Idem.

Financeira (GAFI), em 1990. Depois dos ataques terroristas de 11 de setembro, o GAFI editou mais nove recomendações. A partir disso, em âmbito internacional, desenvolveu, com referências nas recomendações do GAFI, a Diretiva 91/308/CEE na Europa, em 10 de junho de 1991.

No Brasil, o *compliance* – em sentido geral – é conhecido há algum tempo. No entanto, o *compliance* como instrumento de auxílio ao Estado para prevenção de crimes empresariais ganhou maior relevo a partir da alteração legislativa promovida pela Lei n.º 12.683/2012. Em linhas gerais, a referida lei alterou a Lei n.º 9.613/98 e estabeleceu uma maior amplitude ao tipo penal de lavagem de dinheiro. Na antiga redação, o tipo penal se caracterizava somente se o recurso “lavado” fosse oriundo de um rol taxativo de crimes antecedentes, como crimes contra o sistema financeiro nacional e tráfico de drogas. A nova redação, por outro lado, trouxe a previsão de que poderia caracterizar o tipo penal a “lavagem” oriunda de qualquer infração penal, incluindo-se, portanto, contravenções penais que, usualmente, são de grande lucratividade, como a exploração de jogos de azar.

A alteração da Lei de Lavagem de Dinheiro que mais interessa, porém, é a imposição legal de cooperação normativa entre pessoas físicas e jurídicas e os órgãos de controle. O art. 9.º, nesse sentido, estabelece que dezenas de setores deverão comunicar atividades suspeitas de branqueamento de capitais às unidades de inteligência financeira²⁹.

²⁹Em outros sistemas jurídicos, como na Espanha, a “Ley 19/1993” disciplina as pessoas obrigadas a reportarem à Unidade de Inteligência Financeira da Espanha (SEPBLAC), indicando as movimentações atípicas vinculadas ao possível cometimento de lavagem de capitais. Entre os obrigados, encontram-se cassinos, promoção imobiliária, auditores, contadores, assessores fiscais, notários e advogados. Essas pessoas obrigadas possuem a incumbência de criar mecanismos internos de controle à prevenção da lavagem de capitais: “A tal efecto, los sujetos obligados deben adoptar las medidas necesarias para que tales órganos estén dotados de los medios humanos, materiales, técnicos y organizativos adecuados para el cumplimiento de sus funciones. Estos procedimientos y órganos de control interno y de comunicación deben ser objeto de examen anual por un experto externo. Los resultados del examen han de ser consignados en un informe escrito de carácter reservado que describirá detalladamente las medidas de control interno existentes, valorará su eficacia operativa y propondrá, en su caso, eventuales rectificaciones o mejoras” (BLANCO CORDERO, Isidoro. *Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales: estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica*. Eguzkilore, San Sebastián, dez.

A par desse cenário, a necessidade de adequação às leis que visam a combater a lavagem de capitais e a corrupção – principalmente com o escopo de facilitar transações comerciais transnacionais – é, hoje, uma realidade também brasileira. O Estado, com o objetivo último de combater a criminalidade organizada e a corrupção, exige que diversos setores privados comuniquem atos delitivos. As empresas, por consequência lógica, acabam por instituir no âmbito corporativo mecanismos de controle e, inclusive, de investigação de atos ilícitos, independentemente da persecução criminal. Tudo isso para atender a uma exigência do mercado global e demonstrar, sobretudo, transparência e correção nas atividades internas da empresa.

A necessidade do *compliance* – notadamente o criminal – possui relevância sob dois ângulos fulcrais: a) para atender a uma exigência do mercado global – e também da maior economia do mundo, a partir das incumbências previstas na FCPA e; b) também para “auxiliar” o Estado no combate à criminalidade organizada, sobretudo pelo fato da complexidade das relações delitivas, uma vez que as teorias tradicionais de responsabilização criminal já não são mais tão eficazes para conseguir apurar autoria delitiva nessa sorte de crimes.

2009, p. 117-138. À base disso, a empresa centralizará essa função em um funcionário: o *compliance officer*, pois, segundo a legislação espanhola (art. 12.2 do Regulamento), a empresa obrigada deverá determinar um funcionário que será o representante da instituição perante o SEPBLAC. Alguns autores (*apud* Verhage) asseveram que o papel destinado ao *compliance officer* assemelha-se a um poder de polícia, pois supõe a existência de uma vigilância dentro de uma instituição privada, que tem certo paralelismo com os serviços de investigação privada que utilizam as empresas para combater e prevenir o branqueamento de capitais (tarefa de vigilantes da cadeia de lavagem de dinheiro, também conhecidos como *gatekeepers*). Nos Estados Unidos da América, WELNER conceitua o *compliance* como “internal mechanisms implemented by companies to detect and prevent criminal conduct from occurring within the corporation”. Nessa linha, se a empresa comete algum crime executado por um de seus colaboradores, é possível, tendo-se um combatente programa de *compliance*, a diminuição de sentença à luz da *United States Sentencing Guidelines*. Através desse incentivo da *Sentencing Guidelines*, explica o autor que culminou na criação de programas de *compliance* não-ideais, por parte das empresas, mormente em razão do custo alto para implementação de um efetivo. Na prática, em julgamentos, se discute, para aplicação da atenuante prevista na legislação norte-americana, justamente, a eficiência do *compliance* no combate à criminalidade WELNER, Philip A. **Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions**. *Cardozo Law Review*, vol. 27-1, 2006.

Conclusão

O presente estudo buscou analisar o instituto da autorregulação regulada e sua aplicação vinculada ao *compliance*, como forma de demonstrar que a concepção de regras extralegais, criadas pelo setor privado, podem trazer benefícios sociais e servir de mecanismo auxiliar tanto no que diz respeito a atuação empresarial, observando a sua função social, quanto no combate ao cometimento de crimes vinculados ao empreendimento.

Em resposta a problemática trazida, pôde-se verificar que, através da análise da teoria da fragmentação desenvolvida por Gunther Teubner, a autorregulação serve de estímulo para a adoção de políticas institucionais que visem dar uma maior efetividade no combate ao crime de lavagem de dinheiro.

O *compliance* – como um mecanismo de combate à criminalidade organizada – se enaltece a partir de uma imposição global, independentemente da legislação interna dos Estados. De fato, essa cultura já vinha se solidificando nas últimas décadas, em função de exigências do mercado mundial. O Brasil, a partir das alterações promovidas na Lei de Lavagem de Dinheiro e por meio do advento da Lei anticorrupção, encampou normativamente essa necessidade global, ao escopo de aferir, inclusive, transparência e correção nas transações financeiras globais.

Assim, conclui-se que a criação de normas internas condutoras e basilares para operação financeira e mercadológica ganha cada vez mais robustez frente ao cenário dinâmico e inconstante do mundo globalizado, cuja morosidade do processo de normatização e a sua rigidez pode colocar em xeque a efetividade do processo regulatório ou, ainda, a sua validade, haja vista que no cenário contemporâneo as informações e o *know-how* encontram-se, na maioria das vezes, em poder de particulares.

Referências

- BIJOS, Leila; OLIVEIRA, João Rezende Almeida; BARBOSA, Leonardo Garcia. Direito do Comércio Internacional: **Delimitação, características, autorregulação, harmonização e unificação jurídica e Direito Flexível**. Revista de Informação Legislativa. Ano 50. Número 197, jan./mar. 2013.
- BLANCO CORDERO, Isidoro. **Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales: estudio del cumplimiento normativo (compliance) desde una perspectiva criminológica**. *Eguzkilore*, San Sebastián, dez. 2009.
- CHAUVET, Rodrigo da Fonseca. **Autorregulação e responsabilidade social da empresa no setor minerário: A experiência como o “Programa Mineração”**. Revista de Direito da Administração Pública, ISSN 2595-5667, a. 2, v. 1, n. 1, fevereiro, 2017.
- FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. **Autorregulação e direito global: os novos fenômenos jurídicos não estatais**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. V. 35.2, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/1518>. Acesso em 15.02.2021.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Autorregulação, Autorregulamentação e Autorregulamentação Regulamentada no contexto digital**. Revista da AJURIS – Porto Alegre, v. 46, n. 146, Junho, 2019.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico – A intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003.
- SAAD-DINIZ, Eduardo. **O sentido normativo dos programas de compliance na APn 470/MG**. *Revista dos Tribunais*, vol. 933, São Paulo, jul. 2013.

SCHUNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa.** *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, 1988.

SIEBER, Ulrich. **Programas de compliance en el Derecho Penal de la Empresa: una nueva concepción para controlar la criminalidad económica.**In: URQUIZO OLAECHEA, ABANTO VÁSQUEZ e SALAZAR SÁNCHEZ(coords.), *Homenaje a Klaus Tiedemann. Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal*, Lima: Tomo I, 2011.

SOUZA, Luciano Anderson de; FERREIRA, Regina Cirino Alves. **Criminal Compliance e as novas feições do Direito Penal Econômico.** *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 59, São Paulo, jan. 2013.

TEUBNER, Gunther. **A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional.** *Impulso*, Piracicaba, v. 13, n. 33, 2003.

_____. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização.** São Paulo: Saraiva, 2016.

VILA, Ivó Coca. **La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos.** In: JESUS-MARIA SILVA SANCHEZ (Dir) e RAQUEL MONTANER FERNANDEZ (coord.). *Criminalidad de empresa y compliance*, Barcelona, Espanha: Atelier Libros, 2013.

WELLNER, Philip A. **Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions.** *Cardozo Law Review*, vol. 27-1, 2006.

Constitucionalismo social e administração pública: quando se ama o passado, o novo sempre vem?

*Vinícius Filipin*¹

1 Considerações iniciais

O desenvolvimento da globalização enquanto fenômeno multidimensional e a transnacionalização como processo jurídico acentuaram a diferença funcional dos sistemas e subsistemas que compõem a sociedade mundial. Neste complexo de mudanças, as relações entre Direito e Estado foram profundamente alteradas, já que os problemas – não somente, mas sobretudo jurídicos – passaram a exigir soluções que transbordam dos limites territoriais do estado nacional, tanto pela sua natureza transnacional quanto pela característica de que determinados conflitos não se localizam em espaços específicos. Redesenhados os contornos daquelas relações, impactam-se profundamente os efeitos das organizações juspolíticas, provocando a necessidade de se reestruturar, na prática e na teoria, os conceitos e aplicações do constitucionalismo e dos elementos constitutivos de Estado, Governo e Administração.

No plano do Direito Constitucional, as formulações tradicionais dos conceitos e funções das Constituições, em especial aquelas entendidas a partir do Estado Liberal, não mais se mostram suficientes. Isto porque os

¹ Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre e Bacharel em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor de Direito Público e Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER). Professor de Direito Administrativo em Programas de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito e Lato Sensu em Gestão Pública. Advogado administrativista. E-mail: vini.filipin@gmail.com

elementos que constituem um Estado, a partir da globalização, são invariavelmente outros, de modo que adquirem ampla relevância os estudos do constitucionalismo social, que encontra em Günther Teubner um de seus maiores expoentes. Apoiada na perspectiva pragmático-sistêmica de Luhmann, a corrente doutrinária representada por Teubner promove profundas alterações na forma como o Direito Constitucional é interpretado e aplicado, ampliando o constitucionalismo a partir do momento em que se passa a admitir o deslocamento o tradicional Estado Nacional para outros sujeitos constitucionais. Este deslocamento também impacta fortemente as estruturas que compõem o Direito Público, em especial aquelas que decorrem das sujeições de poder que integram as noções de Administração Pública e o Direito Administrativo, disciplina teoricamente, porém, ainda agarrada a velhos conceitos.

O presente estudo busca propor uma interpretação sobre os impactos do constitucionalismo transnacional nos institutos de Direito Administrativo. Para tanto, retoma-se o debate científico sobre a relação havida entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, em que se buscará entender se estes novos delineamentos propostos pelo constitucionalismo social encontrarão espaço nas noções administrativas, se é que necessitam encontrar. Na sequência, serão relacionados o constitucionalismo transnacional com os velhos dogmas que continuam compondo os institutos de Direito Administrativo, de modo a entender se se pode falar em uma Administração Pública transnacional.

2 A eterna discussão sobre quem pode mais: Direito Constitucional ou Direito Administrativo?

A constitucionalização do Direito, enquanto fenômeno global, assenta raízes no novo Direito Europeu, em especial no constitucionalismo italiano e alemão, que foram profundamente renovados após as experiências

traumáticas ocasionadas pelo nazifascismo. Poder-se-ia considerar, ainda, a experiência norte-americana, justamente porque nascedouro do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade. Contudo, conforme Luís Roberto Barroso (2005, p. 14), a Constituição americana de 1787 sempre se caracterizou como documento jurídico, possibilitando, desde sua concepção, a aplicação direta e imediata pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, a interpretação do Direito, em sua integralidade, à luz irradiada da Constituição, sempre foi uma marca da experiência norte-americana, não sendo uma singularidade da contemporaneidade.

O desenvolvimento do Direito Constitucional no período pós-guerra resultou na nova organização política desenhada no Estado Democrático de Direito, aproximando democracia e constitucionalismo, principalmente depois que práticas autoritárias encontraram legitimidade no próprio ordenamento constitucional. A transformação do estado legislativo para o estado constitucional, conforme aponta Ferrajoli (2005, p. 18)², consagra-se, portanto, nas Constituições europeias do fim da primeira metade do século XX, como na italiana de 1947, na alemã de 1949, na portuguesa de 1976 e na espanhola de 1978, redundando no novo modo de se pensar o Direito.

Garcia de Enterría (2006, p. 293-294) pressupõe três motivos que determinaram a virada do constitucionalismo europeu no período pós-guerra. O primeiro é a ascensão, após períodos totalitários, do princípio democrático como único na organização política. O segundo é a consagração da jurisdição constitucional. E o terceiro, finalmente, é a criação de um sistema típico de direitos fundamentais que sejam postos frente às maiorias (eventuais e transitórias), sendo tudo assegurado pela

² Ferrajoli, a propósito, identifica a crise do marco positivista marcada pelo colapso da amplitude e da capacidade formadoras da lei e, igualmente, pela quebra da unidade e da coerência das suas fontes.

própria justiça constitucional. Assim, mais que adequar na legislação infraconstitucional aos ditames constitucionais, há de se perceber a própria tendência da constitucionalização do ordenamento, marcado por um processo dinâmico de transformação de um Direito agora talhado pelas normas constitucionais. Antes, porém, a tradição constitucionalista revela que, ainda no decorrer do século XIX, obstou-se a evolução do próprio Direito Constitucional pelas reiteradas quebras de regimes assistidas na Europa e na América Latina, todas seguidas de novos textos constitucionais. Conforme Patrícia Baptista (2003, p. 36-37), a acentuada instabilidade institucional, somada a certa desatenção com o tema dos direitos fundamentais, acabou por comprometer o progresso de uma ciência jurídica constitucional. Os constitucionalistas, naquele contexto, encontravam-se, sob forte influência da Ciência Política, mais preocupados com a consolidação do Estado de Direito.

Com o declínio do positivismo jurídico e do normativismo, a doutrina constitucionalista buscou condicionar o direito positivo ao direito natural ou aos princípios jurídicos supraconstitucionais. Para Almiro do Couto e Silva (2015, p. 258), os valores, neste momento, não seriam encontrados no sistema jurídico mesmo, e sim fora dele ou sobre ele. Esta posição, contudo, não encontrou fundamentação teórica que a mantivesse. Partiu-se, daí, ao entendimento pelo qual os valores estão dentro do próprio ordenamento. Vale dizer, estariam nos princípios contidos, explícita ou implicitamente, na Constituição. Foi à luz desse pensamento que os princípios constitucionais já então identificados viram-se revigorados e ampliados em seus multifacetados aspectos. Os princípios, conforme o autor, adquiriram, no que denomina de direito público moderno, especial vigor, sobremaneira “na configuração da coerência e da consistência do sistema”. Logo, “as outras normas são sempre a eles necessariamente reconduzidas e são eles que orientam sua interpretação”. A

constitucionalização do Direito traduz-se, com efeito, no centralismo da Constituição nos ordenamentos jurídicos.

A constitucionalização do Direito como um todo depende, conforme Riccardo Guastini (2005, p. 49), da realização de uma série de condições. Seriam elas, por exemplo, uma Constituição rígida, com garantia jurisdicional da Constituição (vale dizer, com sistema de controle de constitucionalidade), com força vinculante (afinal, a Carta é tida como norma jurídica, e não como declaração programática). Ademais, deve haver a “sobreinterpretação da Constituição”, com o que os princípios constitucionais permitam solucionar todas as controvérsias que possam existir, assim como a aplicação direta das normas constitucionais. Por fim, exemplifica o autor com a condição de interpretação da legislação ordinária a partir da Constituição, e sua influência sobre as relações políticas. Guastini (2005, p. 49) sustenta, ainda, que um ordenamento jurídico constitucionalizado é caracterizado por uma Constituição extremamente “invasora e intrometida”, apta a condicionar tanto legislação quanto jurisprudência e doutrina, para além da ação dos atores políticos e das relações sociais.

Assim, as primeiras condições de rigidez e garantia jurisdicional da Constituição são imprescindíveis à caracterização de um ordenamento jurídico constitucionalizado, ao passo que as demais guardam relação apenas com o grau de constitucionalização — se maior ou menor. Reside exatamente aqui a necessária discussão acerca da rigidez constitucional e, por conseguinte, as garantias exigidas por uma Constituição. Nesse sentido, Guastini (2005, p. 49) pontua que a rigidez constitucional, ao pressupor a existência de uma Constituição escrita, dispõe que uma alteração só poderá ocorrer através de um processo mais complexo em relação àquele exigido para alteração das leis ordinárias. Tal pensamento é confrontado na doutrina de Paulo Bonavides (2011, p. 83), para quem “a

flexibilidade constitucional se faz possível tanto nas Constituições costumeiras como nas Constituições escritas”. Seria um erro dispor que “toda Constituição costumeira é flexível e toda Constituição escrita é rígida”.

Não se ignorar, contudo, que o processo de constitucionalização do Direito avança gradualmente. Na doutrina brasileira, Luís Roberto Barroso (2005, p. 2-20) aponta que o aludido processo decorre de, pelo menos, sete fatores. O primeiro guarda relação com o reconhecimento da força normativa da Constituição. O segundo, com a centralidade jurídica dos direitos e garantias fundamentais, que representam valores morais que devem ser respeitados, protegidos e fomentados pelo Estado, porquanto a aplicabilidade direta de que tratam as Constituições. O terceiro fator diz do reconhecimento dos princípios como espécie de norma jurídica, avantajados, não apenas pela eficácia integrativa, mas também interpretativa e derogatória. Como quarto fator, pontua a expansão da jurisdição constitucional. O quinto, a reaproximação do Direito com a ética, ao passo que o sexto é a aproximação entre Constituição e democracia. Por fim, como sétimo elemento, Barroso destaca o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

São multifacetadas as noções extraídas da expressão “constitucionalização” do Direito. Inicialmente, pode referir-se, conforme Guastini (2001, p. 4), ao introito da primeira Constituição escrita de um dado ordenamento. Tal noção, porém, mostra-se pouco interessante à maioria dos ordenamentos jurídicos atuais. Poderia, então, ser identificado como o fato de uma Constituição formal incorporar no seu texto diversos temas que sejam afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito, o que acontece “ao extremo”, conforme Barroso (2005, p. 12), na Constituição Federal brasileira de 1988, alcançando o próprio Direito Administrativo. Não obstante, Riccardo Guastini (2011, p. 4) sugere como sendo o sentido

mais acertado aquele que entende o constitucionalismo como um “processo de transformação de um ordenamento, ao término do qual, o ordenamento em questão resulta totalmente ‘impregnado’ por normas constitucionais”. A ideia de constitucionalismo, portanto, associa-se, na lição de Luís Roberto Barroso (2005, p. 12-13), a um “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. Todas as normas infraconstitucionais acabam, assim, condicionadas em validade e sentido pelos valores, fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição.

No Brasil, parte da doutrina aponta a redemocratização com o advento da Constituição de 1988 como efetivo início do processo de constitucionalização do Direito. Antes disso, diz Gustavo Binbenbojm (2014, p. 66), não havia sentido em se falar na constitucionalização, pois “vicejava entre nós, de forma mais ou menos velada, a percepção de que as constituições ‘não eram pra valer’; de que não passavam de retórica pomposa”, restando a realidade empírica basicamente à margem da “incidência das ordens constitucionais”. A constitucionalização material do Direito, na qual se insere a do Direito Administrativo, acentua-se mediante instrumentos que repercutem sobre os três poderes estatais, impondo-lhes deveres negativos e positivos, a fim de que estejam sempre vinculados aos limites e fins estabelecidos pela Constituição. Nesse sentido, conforme Barroso (2005, p. 22), a constitucionalização é fruto da jurisdição constitucional, a qual, no ordenamento brasileiro, é exercida, de modo difuso, pelos juízes e tribunais, e, de modo concentrado, sempre que o paradigma for a Constituição, pelo seu guardião, ou seja, pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, a concretude da supremacia, formal ou axiológica, da Constituição Federal, passa por pelo menos quatro técnicas e possibilidades de interpretação: (a) a possibilidade de reputar-se não

recepcionada e, portanto, revogada uma norma infraconstitucional anterior à Constituição Federal, ou à Emenda Constitucional, quando incompatível; (b) a declaração de inconstitucionalidade de norma infraconstitucional promulgada após o advento da Constituição Federal, quando incompatível; (c) a declaração de inconstitucionalidade por omissão, com determinação de atuação ao legislador; e (d) a interpretação conforme a Constituição. Não obstante, em qualquer das hipóteses, tem-se sempre a Constituição como parâmetro.

A constitucionalização do Direito Administrativo, enquanto vertente da constitucionalização do Direito, molda-se, conforme Odete Medauar (2017, p. 193), em evolução às expressões clássicas formuladas pela doutrina administrativista estrangeira. Fala-se, por exemplo, nas *têtes de chapitre*, de Pellegrino Rossi, para quem no Direito Constitucional é que se encontram os “títulos dos capítulos” do Direito Administrativo³. Também, em Georges Vedel (1954), cuja doutrina aponta o reforço das bases constitucionais do Direito Administrativo, do que Bernard Stirn (2006) denomina de “fontes constitucionais”. Se sobreleva compreender o processo de constitucionalização do Direito Administrativo como uma releitura e redefinição dos institutos e conceitos daquilo que Gustavo Binenbojm (2008, p 60) chama de “velha dogmática da disciplina”, o entendendo, pois, sob a égide de um sistema principiológico constitucional, a fim de suscitar novos paradigmas que se caracterizem não somente por apresentarem, em si mesmos, um arcabouço teórico fortificado, mas também, e principalmente, por estarem comprometidos com o sistema democrático, com a eficiência impulsora do desenvolvimento, e com o primado e promoção dos direitos fundamentais.

³ Conceito sobre o qual o argentino Manuel Maria Diez desenvolve a ideia de que o Direito Constitucional é a espinha dorsal do Direito Administrativo. Cf. DIEZ, Manuel Maria. **Derecho Administrativo**. Tomo I. Buenos Aires: Plus Ultra, 1974, p. 323.

Reforça-se, portanto, as bases constitucionais do Direito Administrativo de tal modo a sujeitá-lo, sobremaneira, aos direitos fundamentais definidos e previstos constitucionalmente. Por essa razão, Harmut Maurer (2001, p. 23) entende a constituição como formadora do fundamento e do critério de que se dispõe à ordenação jurídica como um todo, informando também a Administração e, por conseguinte, o Direito Administrativo. Ao mesmo tempo, conclui Baptista (2003, p. 36-37), o Direito Administrativo encontrou, influenciado pelas mesmas circunstâncias políticas, condições favoráveis no sentido de afirmar-se como disciplina jurídica autônoma. Na França, em especial, considerada o berço do Direito Administrativo, a separação de poderes e a jurisprudência administrativa produzida no Conselho de Estado “representaram fatores fundamentais para seu desenvolvimento científico”. Este quadro, com a “circunstancial superioridade científica do Direito Administrativo no âmbito do Direito Público”, para além da sua pretensão de neutralidade diante das vicissitudes políticas, fez com que doutrinadores sustentassem a total autonomia da matéria, não apenas para com o Direito Privado, mas também aos demais ramos do Direito Público, dentre os quais o Direito Constitucional.

Nos termos da interpretação de Otto Mayer (1949), em seu conhecido adágio “o direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”, necessário compreender, para Hartmut Maurer (1949), o contexto do momento histórico em que foi proclamada. Nesse sentido, Mayer faz alusão aos acontecimentos do fim do século XIX, ou seja, do Estado liberal de direito, representando, assim, não apenas a substituição da monarquia pela democracia parlamentar, mas verdadeiro exemplo do condicionamento constitucional do Direito Administrativo. Não obstante, para Odete Medauar (2017, p. 198-199), a justificativa buscada nos aspectos políticos e jurídicos do Direito Administrativo e do Direito

Constitucional, que despreza, simultaneamente, os aspectos jurídicos deste e os aspectos políticos daquele, não oferece elementos aptos a justificar a frase de Otto Mayer. Doutrina diversa aponta, inclusive, que o Direito Administrativo não se mostra indiferente às mudanças do Direito Constitucional, mas integra e expressa os valores postos na Constituição. A propósito, contrapõe-se Gomes Canotilho (2001, p. 705), ao afirmar que “o Direito Constitucional passa: o Direito Administrativo passa também”. Assim, mostra-se difícil dar ao Direito que cuida da atividade da Administração Pública um caráter pretensamente não político. De qualquer forma que se venha entender o termo “política”, em todas a atividade administrativa está enquadrada.

Por fim, Medauar (2017, p. 197-198) justifica na neutralidade da Administração e do Direito que a norteia como explicação à “maior continuidade da história do Direito Administrativo”, quando comparada com a evolução do Direito Constitucional, e, também a “adaptabilidade da administração a qualquer regime político”. Esta ideia está vinculada à noção clássica da Administração Pública como mera executora da lei e das opções políticas — concepção que, conforme a autora, não mais prevalece ou, pelo menos, está sendo posta em discussão. Logo, pontua, “destoa da própria configuração essencial da Administração na condição de espécie de atuação estatal” a proposta indiferença para com a política ou valores, mormente porque a mesma atuação está “vinculada à realização de valores que informam a vida do Estado e da coletividade”. Reconhece-se à Constituição, portanto, no modelo de Estado Democrático de Direito, status de norma jurídica, de modo que seus valores e princípios irradiam-se ao ordenamento, vinculando todos os poderes. A constitucionalização do Direito, na lição de Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 38), ocorre exatamente no sentido da “irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito”. Assim, as Constituições

modernas transmutam a ordem jurídica, fazendo do Estado, de mero garantidor das liberdades individuais e da propriedade, em verdadeiro guardião da ordem social, ampliando os serviços públicos e o Direito Administrativo.

O Direito Constitucional, conforme Caio Tácito (1986, p. 41-43), se imbrica com o Direito Administrativo, e ambos “se completam na prestação efetiva do estado de direito”. Logo, o papel do Estado, anteriormente resumido aos deveres negativos (de não fazer e não perturbar) à garantia do livre exercício dos direitos individuais, começa a representar deveres positivos (obrigações de fazer), correspondendo às pretensões dos cidadãos. Não há, portanto, conforme a doutrina de Georges Vedel (1974, p. 779), oposição do Direito Administrativo, como um direito imutável, em relação ao pretensamente mutável Direito Constitucional, pois “a antítese se coloca entre um direito que se desenvolve de modo contínuo, sem cortes brutais, e um direito que atua por mudanças bruscas e espetaculares”. Há, sim, para Vedel, um contraste entre ambos, mas não em termos de mutação ou imobilização, mas na ideia da descontinuidade e continuidade, exemplificado pelo autor na evolução do direito administrativo “à inglesa”, “enquanto o direito constitucional que lhe enquadra e condiciona evoluiu em um estilo tão tumultuado”.

Este pensamento, porém, é apontado por Medauar (2017, p. 200) como contraditório ao aspecto de mudança do próprio entendimento de Vedel acerca da certa mobilidade do Direito Administrativo, ainda que em descompasso com transformações do Direito Constitucional. A disparidade também é vista nas lições de Bachelet (1977, p. 3-6), que observa que “ao lado de elementos de permanência e estabilidade de tais instituições quando há mudanças constitucionais e sócio-políticas, há elementos de variação conectados a estas”. Para o publicista italiano,

lentos, mas constantes processos de sedimentação dos novos institutos que, a despeito de se mostrarem, inicialmente, como inovações parciais que “não atingiam a lógica do sistema originário, acabaram por multiplicar-se, modificando em profundidade o quadro da Administração”. Essa renovada concepção, arremata, vem a coincidir com um “período de mais rápidas mudanças sociais e político-constitucionais”, qual seja, o pós-segunda guerra. Antes, “ocorria a continuidade da Administração, mesmo com mudanças constitucionais e de regime”.

Consideradas, pois, as interações entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, há de se definir o modo pelo qual tal encontro se dá, sobretudo a partir das novas formulações que foram ocasionadas pela globalização, a partir do constitucionalismo social. A doutrina, como já era de se imaginar, não é uníssona quanto ao tema. Não se sustenta a primeira formulação no sentido de que a relação havida entre as disciplinas é caracterizada pela acessoriedade, assim como um direito processual guarda com o direito substantivo, porquanto a tese da autonomia do direito de ação torna absolutamente inócua a ideia de subordinação do direito processual ao direito substantivo. Por outro lado, está já evidenciado que o Direito Administrativo se desenvolveu em sistemática própria, sendo inaceitável, conforme Medauar (2017, p. 197-205), qualquer tentativa de classificá-lo como mera condição processual do Direito Constitucional.

A doutrina do Santi Romano (1951, p. 34) dispõe de outra formulação para justificar a relação havida entre Direito Constitucional e Direito Administrativo. Para o autor, o primeiro não é um simples ramo do então chamado Direito Público, mas o próprio tronco do qual outras ciências procedem. Logo, ainda que estivesse estabelecida uma separação científica entre ambos, consentia-se que o Direito Administrativo deveria buscar seus princípios gerais no próprio Direito Constitucional. Por outro lado,

Maurice Duverger (1957, p. 14), já na segunda metade do século XX, entendeu como inválida cientificamente qualquer tentativa de distinguir-se o Direito Administrativo e o Constitucional, compreendendo que as divisões trabalhadas pelas doutrinas no âmbito do Direito Público teriam caráter meramente formal, com finalidade pura e simplesmente pedagógica, como fizera seu contemporâneo Georges Vedel (1992, p. 25) – que, como já visto, pontou acerca das bases constitucionais do Direito Administrativo. Para Vedel, a tradição do Direito Constitucional francês, alicerçado na supremacia da lei e do Parlamento, torna a ideia de Direito Administrativo elemento indissociável da Constituição, pois “a Administração e o Direito Administrativo não podem, seja de um ponto de vista pedagógico, seja de um ponto de vista teórico, definir-se de modo autônomo”. Para o autor, “é partindo da Constituição que se pode estabelecer a sua definição”.

Já na doutrina alemã, Jürgen Habermas (1997, p. 308-309) defende, na seara das relações travadas entre Direito Administrativo e Constitucional, a influência dos direitos fundamentais desenvolvidos pela jurisdição constitucional como princípios da ordem jurídica geral, como o princípio da proporcionalidade. Tais conteúdos, denominados por Habermas como essenciais, ou “limites imanentes dos direitos fundamentais”, denota sua operatividade como parâmetros de atuação do Estado-administrador, num espaço não alcançado pela lei formal. Através da realização pela jurisdição constitucional, prossegue, tais princípios levam à superação da insuficiência do sentido clássico da separação de poderes, servindo de balizas controláveis e aferíveis da atuação administrativa. É, novamente, o efeito irradiador dos direitos fundamentais para todas as esferas jurídicas, pelo que o Direito Constitucional passa a assumir o papel de limitador substantivo, e não puramente formal, do Direito Administrativo. Há, portanto, uma relação

de necessidade mútua entre Direito Constitucional e Direito Administrativo. Consoante lição de Caio Tácito (2003, p. 58), os dois ramos estão associados tanto na “defesa da comunidade ameaçada ou lesada em valores relevantes”. Logo, Direito Constitucional e Direito Administrativo, por estarem imbricados, estabelecem uma relação de completude mútua, a fim de garantir a efetiva prestação do Estado de Direito. Dessa forma, “assim como o direito administrativo encontra suas bases no altiplano das constituições, estas se tornarão inoperantes, como meras cartas de princípio, sem o socorro do direito administrativo”.

Jorge Miranda (1991, p. 34), aliás, conclui que os avanços e retrocessos do Direito Administrativo e do Constitucional acabam sempre absorvidos “através da prática, da jurisprudência e da construção dogmática dos juristas” de tal modo que “a unidade dinâmica do ordenamento jurídico tem acabado, de um jeito ou de outro, por prevalecer”. Ademais, das linhas evolutivas do Direito Administrativo (português, sobremaneira), não se pode concluir, em termos absolutos, “nem no sentido da precedência necessária das normas constitucionais nem no da produção autônoma das grandes transformações jurídico-administrativas”. Para Miranda (1991, p. 34), há, sucessivamente, inúmeras normas constitucionais que não são efetivadas tanto na organização quanto na disciplina da atividade administrativa, ao mesmo tempo que se assiste inovações, mutações e aquisições, na seara do Direito Administrativo, sem que haja base constitucional imediata, fato que, para o jurista português, comprova que o Direito Administrativo não se reconduz a mero Direito Constitucional concretizado, não sendo algo que permanece, “enquanto as Constituições vão constantemente variando” (MIRANDA, 1991, p. 35).

Por outro lado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 88) entende que o constitucionalismo nasce com o Direito Administrativo, sendo que

este nunca se afastou do Direito Constitucional, tanto no sistema europeu-continental como no sistema da *common law*. No Brasil, em específico, poder-se-ia dizer que a constitucionalização do Direito Administrativo sempre existiu e, em especial, depois da Constituição Federal de 1934. Nesta, dispõe-se, por exemplo, sobre normas atinentes aos servidores públicos, assim como sobre a responsabilidade civil do Estado, a desapropriação, os remédios constitucionais como o mandado de segurança e a ação popular, para além da atribuição de atividades à competência exclusiva da União, previsão de lei sobre concessão de serviços públicos, etc. Di Pietro reconhece, porém, que a constitucionalização do Direito Administrativo se acentuou consideravelmente na Constituição de 1988 e, em especial, após as alterações introduzidas mediante as Emendas Constitucionais.

Destaca-se do texto constitucional a introdução de capítulo específico sobre a Administração Pública, com a previsão legal de princípios a serem obedecidos pela Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com a ampliação das normas sobre servidores públicos, dispoendo sobre seus vencimentos, proventos e pensões. Igualmente, a introdução de normas sobre o regime próprio de previdência social dos servidores públicos, bem como a determinação do processo de licitação pública para obras, serviços, compras e alienações a serem contratadas administrativamente, também são exemplos deste fenômeno de constitucionalização. Depois, prossegue Di Pietro (2012, p. 85-86), tem-se a ampliação da função social da propriedade à área urbana, ampliando as hipóteses de desapropriação (inclusive sem indenização), assim como a extensão de responsabilidade civil às entidades privadas que prestem serviço público. Por fim, destaca-se a previsão de órgãos reguladores, do contrato de gestão, das normas sobre gestão associada de serviços públicos, além da definição dos bens da

União e dos Estados, das normas de proteção do patrimônio cultural e, finalmente, da ampliação das medidas judiciais de controle da Administração Pública, mormente a partir das ações coletivas, da ação civil pública e do mandado de segurança coletivo.

A expansão da atividade administrativa, em especial no aspecto econômico e social, trouxe, ao âmbito dos ordenamentos jurídicos, através das Constituições contemporâneas, a proeminente inserção de temas inerentes ao Direito Administrativo. Por consequência, emerge a indissociável vinculação, tanto do legislador quanto do administrador, às regras e aos princípios positivados constitucionalmente. Portanto, a constitucionalização do Direito Administrativo (em concomitância à sua chamada principialização) não apenas possibilita a maior ingerência do Poder Judiciário no controle da atuação administrativa (inclusive, e talvez principalmente, em matérias que cuidam da discricionariedade administrativa), mas também alcança ao administrador margem favorável de liberdade hermenêutica para interpretar e aplicar a lei, tomando-o da axiologia constitucional enunciada principiologicamente, seja nos princípios que regem a Administração Pública, seja nos objetivos fundamentais da República Federativa, seja no princípio democrático, seja nos direitos e garantias fundamentais, imergindo-o nesta relação entre Administração Pública e Constituição.

A relação entre Direito Constitucional e Direito Administrativo encontra-se profundamente alterada na medida em que as próprias dogmáticas se encontram em transformação, sobretudo a partir da globalização, cujos efeitos provocam o surgimento de formas distintas de se interpretar e aplicar o direito. Contudo, a dificuldade em se estabelecer um conceito para o termo constituição, conforme Teixeira (2014, p. 402), é “um primeiro óbice para uma constituição cosmopolita”. Segundo o autor, para que o constitucionalismo transnacional exista, seria necessário

conformá-lo às ordens constitucionais existentes, “concentrando suas competências em temas notadamente transnacionais, como, por exemplo, Günter Teubner e Andreas Fischer-Lascano referem o Direito Constitucional transnacional voltado para a solução de conflitos normativos”.

O Direito Administrativo, como visto, adquiriu autonomia científica a partir do surgimento do Estado Liberal, que, ao romper com o regime absolutista até então vigente, imputou ao princípio da legalidade especial importância. É que, de fato, entendeu-se à época que apenas a lei como fruto da vontade do parlamento é que poderia deter o poder. Assim, as doutrinas clássicas de Direito Público definiram a noção de Administração Pública às leis, fazendo do Direito Administrativo uma disciplina que guardava a necessidade de estruturar a função administrativa, dando conta das relações entre poder público e cidadãos, assim como das relações internas, ou seja, de seus órgãos e agentes públicos. Para Binenbojm (2014, p. 142-149), é a partir deste modelo que a produção do poder legislativo, ou seja, a lei, caracteriza-se como a principal fonte do Direito Administrativo, no exato sentido de que administrar seria aplicar a lei de ofício. Nesta relação entre a disciplina e o Estado-nação é que se desenham as reestruturas da estatalidade, já que as demandas externas como o contexto político, social e econômico também impactam o Direito Público.

Com efeito, o fenômeno da globalização impactou diretamente o constitucionalismo, que passou a entender além do modelo tradicional, até então limitado a um caráter analítico de observação dos fenômenos. Exsurge, sobretudo, o constitucionalismo social de Teubner (2020), que entende o deslocamento do tradicional Estado Nacional enquanto elemento central da produção de normas constitucionais para outros sujeitos constitucionais. Ao entender o constitucionalismo social como um constitucionalismo da comunicação, Teubner eleva a ciência jurídica como

meio de comunicação simbólica. Assim, na esteira do que já ensinava Luhmann, no sentido de que a sociedade se compõe de comunicação, são os mais distintos sistemas sociais que passam a reduzir a complexidade do ordenamento social, ao mesmo tempo em que redefinem as complexidades da relação havida entre o Direito, política, Estado, governo e Administração Pública. Cabe, assim, analisar como o constitucionalismo transnacional e social influi na função administrativa.

3 O constitucionalismo transnacional frente à administração pública agarrada em seus velhos dogmas: um Direito Administrativo global?

Em sua obra *Fragmentos Constitucionais*, Teubner questiona qual seria a questão principal do constitucionalismo, já que se reconhece sua noção pluralista. Para tanto, o autor propõe a ampliação do âmbito de análise do constitucionalismo, trazendo à lume os possíveis novos sujeitos constitucionais, as normas e os procedimentos metodológicos que apoiam a checagem quanto à própria condição de sujeito constitucional. Neste contexto, Teubner entende que o Estado perde sistematicamente sua posição central no Sistema do Direito, já que muitas normas jurídicas, ou pretensamente jurídicas, já não são mais emanadas do Estado. Assim, prossegue, a política atingiu um estado de proto-globalidade, “quer dizer, não muito mais do que relações intersistêmicas entre unidades nacionais com elementos transnacionais relativamente fracos”, ao mesmo tempo em que outros subsistemas sociais formularam o que chama de “autêntica sociedade mundial ou melhor, uma quantidade fragmentada de sistemas mundiais distintos” (TEUBNER, 2003, p. 13).

Portanto, é com a globalização que o território enquanto limite da tomada de decisões perde sentido, de onde surgem os debates sobre a dimensão transnacional e transconstitucional do constitucionalismo. Na lição de Carvalho Costa e Severo Rocha (2018, p. 28), “concebe-se a

sociedade mundial como alcançabilidade do mundo da comunicação, abarcando todas as possibilidades de comunicação existentes no mundo”. Assim, “a divisão geográfica não é relevante em um primeiro momento de afirmação”. Para os autores, desde uma perspectiva histórica, durante parte do tempo a sociedade foi funcionalmente diferenciada a partir dos diversos sistemas sociais, os quais, de modo individualizado, caracterizaram-se por um tipo específico de comunicação.

A comunicação jurídica, por sua vez, foi que passou a importar para o Direito, fazendo-se através do código binário direito/não direito. Já para a Política, concluem, “o código binário governo/oposição caracteriza a aplicação do poder de vincular coletivamente a sociedade por meio de suas decisões” (COSTA; ROCHA, 2018, p. 28). Portanto, o sentido sociológico da constituição deriva da relação entre ambos sistemas – Política e Direito –, o que se impõe porque as decisões políticas devem ser justificadas do ponto de vista jurídico. Para Costa e Rocha, “há de se observar, portanto, que em Sociologia das Constituições pouco importa a presença de um documento único, escrito, como concebem os clássicos do constitucionalismo”, pois esta forma não influi na vinculação entre o político e o jurídico.

O impacto destas mudanças visualizadas na sociedade contemporânea, bem como a efetivação de um sistema de sociedade global, encontra no constitucionalismo societário sua principal referência teórica. Dentre estes, conforme já destacado, está Teubner, para quem a Constituição é um acoplamento estrutural que existe entre o Direito e todos os sistemas parciais da sociedade. Para Germano Schwartz (2020, p. 46), este cenário impõe duas conclusões: a primeira, no sentido de que a “sociedade contemporânea enfrenta novos conflitos constitucionais”; a segunda, no sentido de que “há uma constitucionalização da sociedade em níveis fragmentados”. Os tipos de conflitos constitucionais na sociedade

atual, diz Schwartz, são outros, sendo observados, justamente, nestes níveis fragmentados. Isso, no entanto, apenas se estrutura a partir de duas diferenças havidas entre Luhmann e seu discípulo Teubner: para aquele, a Constituição não é um acoplamento estrutural entre Direito e os demais sistemas, como visto, mas somente entre o Direito e a Política. Depois, pelo fato de que Teubner acredita que “classes sociais, corporações jurídicas e os movimentos sociais (...) são copartícipes de uma reflexividade que autodelimita o Direito a partir do contexto social no qual ele, o Direito, está inserido”.

Há, neste sentido, consequências diretas, seja pela condução a uma juridicização policontextual das esferas sociais, seja pelos diversos e assimétricos níveis de diferenciação funcional do Direito. Para Schwartz, a novidade, neste último, é que isto não pode ser medido pelos Estados-nação porque “o dilema da racionalização de uma sociedade de risco (...) em substituição a uma sociedade ligada ao perigo impõe abandonar a Constituição como local de segurança jurídica para observá-la como uma unidade de uma diferença entre ela e seu entorno”. Além disto, prossegue, não há como se visualizar a globalização senão como um fenômeno de níveis diversos e não coordenado. Ou seja, “a sociedade civil pode fazer valer valores constitucionais em espaços não-estatais”. Por fim, como consequência do que se viu até aqui, “as Constituições nem sempre conseguem uma mundialização de suas autodescrições”.

A teoria de Teubner, portanto, privilegia vários contextos, o que guarda especial relevância quando se buscar pensar numa Administração Pública transnacional ou, pelo menos, nos impactos que estas novas perspectivas do constitucionalismo imprimem no Direito Administrativo. Ora, se o autor entende que a sociedade mundial se encontra diante de uma “nova questão constitucional”, porquanto o paradigma tradicional nacional não mais responsabiliza-se pelo fenômeno constitucional, há de

se entender que os mais variados processos de globalização promoveram a privatização e a transnacionalização da política. Diz o autor que as “organizações internacionais, os regimes transnacionais e suas redes estão sendo não apenas juridicizados, mas também passando por um processo de constitucionalização”.

Contudo, ainda que se reconheça a inconstante relação entre a regulação política e a social, já que na atualidade haverá a constituição de regular ambas, Teubner (2020) pontua que foi a globalização que passou à ordem internacional os polos desta oscilação, já que tanto as influências externas quanto internas são incontroláveis. O constitucionalismo transnacional, portanto, é incompatível com a tradicional estrutura funcional centralizada do poder, já que diversas fontes de poder estão localizadas nas mais variadas esferas – esferas, esta, transversais e diversas desde o ponto de vista normativo (TEIXEIRA, 2014, p. 410). Este constitucionalismo, que “pode ser concebido, em termos gerais, como um processo global de afirmação da ubiquidade da existência humana como um bem em si, independentemente de concessões de direitos ou atribuições de sentido/significado estatais”, exige o reconhecimento de direitos que não estão mais vinculados apenas a um Estado específico, mas que redefine os objetivos deste próprio Estado, remodelando, igualmente, as noções da função de governo e da função administrativa.

Ocorre que a atividade administrativa é uma relação de função⁴, sendo o princípio da legalidade elemento indissociável. Para Laubadère (1963, p. 193)⁵, “o exercício da função administrativa é dominado pelo

⁴ Sobre função administrativa, vide, por todos: TABORDA, Maren Guimarães. Função administrativa e função de governo: o ‘giro do carteiro’ e a condução política do Estado”. In: ÀVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do estado de direito**: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 262-292.

⁵ No original : “*L’exercice de la fonction administrative est domine par le principe fondamental de la légalité [...] Ce principe signifie que les autorités administratives sont obligé, dans les décisions qu’elles prennent, de se conformer à*

princípio fundamental da legalidade”, princípio “que significa que as autoridades administrativas são obrigadas, no âmbito das decisões por elas tomadas, a se conformar à lei ou mais exatamente à legalidade”, ou seja, “a um conjunto de regras de Direito” que, predominantemente, encontram-se em leis formais. Por isto, a Administração Pública é quem deve fazer funcionar a norma jurídica, até então estática pela simples existência no plano normativo. Transformar o estático em dinâmico, ou seja, da ação à formulação de Direito prevista na lei formal obriga que aquela ação esteja em conformidade com a atividade legislativa. Conforme Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 83), “quando se constata um desajuste entre o Direito e a conduta do Estado observa-se a ruptura da normalidade jurídica, pois a mesma pessoa não pode ter um passo voltado para um lado e outro ao contrário”. A Constituição, neste aspecto, deve ser considerada ao lado da principiologia que orienta o seu Direito, razão pela qual “a atividade administrativa não pode estar em desacordo ou desconformidade com a atividade legislativa”.

Como visto, nos limites do Estado Nacional a constituição deve promover o acoplamento estrutural entre Direito e polícia. Assim, a função da constituição transnacional será, justamente, promover o acoplamento estrutural do Direito Público transnacional com os outros subsistemas que existem no mesmo nível de normatividade. Para ele, “o pluralismo constitucional também não se identifica com a implementação de objetivos políticos por toda a sociedade, como almejado pelas concepções de Estado social” (TEUBNER, 2020, p. 90). Logo, na esteira do magistério de Teixeira, “o estabelecimento de códigos em uma segunda ordem de observação (...) deverá seguir uma racionalidade que possa ser

formalmente reconhecida pelas demais ordens especializadas, autorreproduzindo-se, assim, como segundo nível de observação”, a depender dos limites da comunicação de cada subsistema (TEIXEIRA, 2014, p. 412).

Assim como a teoria constitucional passou a identificar que problemas constitucionais contemporâneos estão para além das fronteiras nacionais, também no Direito Administrativo parte da doutrina passou a se atentar às transformações que Estado e sociedade passam, sobretudo a fim de redesenhar o lugar que esta disciplina do Direito ocupa (CASESSE, 2012). Com o advento do Estado Social de Direito, “que possui múltiplas e complexas atribuições, a serem exercidas em um contexto de grande dinamismo”, como diz Aragão (2004, p. 52), tornaram-se ainda mais sofisticadas as necessidades de execução destas políticas transnacionais. Temas como meio-ambiente, energia, cultura e saúde são exemplos de políticas públicas que demandam uma sistematização de instrumentos normativos e jurídicos que consigam regular e padronizar a atividade executiva, que se faz presente tanto nas entidades nacionais quanto internacionais e transnacionais – tanto públicas quanto privadas. Neste aspecto, o Direito Administrativo deve assumir novo lugar na sociedade mundial, ressignificando-se mais uma vez.

Daí que necessário que se fale sobre os novos paradigmas do Direito Administrativo. O Estado de Direito e o Direito Administrativo, no entanto, não permaneceram estáveis, tendo experimentado, ao longo da história, várias e profundas evoluções – mudanças estas que não deixaram de influir, sobretudo, no princípio da legalidade administrativa, na noção de supremacia do interesse público sobre o particular, em temas como consensualidade e, no recorte particular desta pesquisa, na relação do Direito Administrativo com o constitucionalismo social e transnacional. Fala-se, então, na doutrina contemporânea, que novos paradigmas

assentam o Direito Administrativo⁶, donde se destacam fenômenos de renovação e ressignificação da noção segundo a qual a Administração Pública está adstrita à lei formal estritamente considerada, esta consagrada, no direito brasileiro, no adágio de Hely Lopes Meirelles⁷, segundo o qual “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.

Teubner, contudo, alerta que muito embora seja crescente o número de problemas constitucionais transnacionais, ainda assim não haveria de ocorrer de modo proporcional a alteração dos órgãos políticos internacionais em autoridades soberanas no contexto mundial. Ainda sim, é importante perceber que como o autor sustenta a existência de um direito global vivo, assim como o são as *societal constitutions*, sua teoria acaba dialogando com David Strauss, para quem a constituição e seu processo de evolução não está atrelada a mecanismos formais de mudanças, como tradicionalmente se ensina – sobretudo a partir das emendas constitucionais – já que o Direito, segundo Strauss, é resultado de um complexo processo de evolução, e não um ato auto-consciente de soberania popular. Daí a importância da diferença entre constituição informal (com o “c” minúsculo), e constituição formal, ou Constituição (com o “c” maiúsculo) (STRAUSS, 2010).

Há, portanto, a necessidade de que as funções administrativas sejam também praticadas nos espaços transnacionais, de modo que as formas globais de governança devem ser difundidas, ante a impossibilidade de reversão dos fenômenos de globalização. O Direito Administrativo, assim,

⁶ Quanto às transformações do Direito Administrativo, vide: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014; MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Sociedade, Estado e Administração Pública**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995; MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 93.

é repensado com a exata missão de oferecer ao tema da transnacionalização da função administrativa o melhor tratamento possível. Fala-se, por exemplo, no Direito Administrativo global, que identifica, na precursora doutrina de Koch Jr, a emergência de um “sistema complexo de governança constitucional”. Para o autor, com o aprimoramento das organizações globais e das redes de governança transgovernamentais também em razão da função administrativa, “o direito administrativo global afeta todas as nações e todas as pessoas do mundo, trazendo-os, sistematicamente, para dentro de sistemas complexos de governança internacional” (KOCH JR, 2002, p. 411)⁸. Assim, identificando-se a prática de funções administrativas no contexto do espaço global, aquela governança global, que até então era típica do Direito Internacional, começa a ser também estudada pelo Direito Administrativo. Espera-se, como resultado, que sejam identificadas as estruturas e os padrões normativos que conduzirão as tomadas de decisões administrativas transnacionais.

Os desafios, não obstante, são complexos, já que seria imprescindível reconhecer a estrutura entre as ordens jurídicas distintas, a fim de alcançar um lugar que permita o diálogo entre elas, sem que isto importe na primazia de uma sobre a outra, já que os conceitos de Estado, Governo e Administração Pública passam, também, pelas noções relacionadas à soberania estatal. Afinal, como ensina Teixeira, a economia, a política e o direito, enquanto atores de processos de globalização, produzem pressões que “conduzem a questionamentos cada vez mais profundos sobre a função do Estado nacional diante das usurpações de competências e prerrogativas que paulatinamente vem sofrendo”. É necessário, portanto,

⁸ No original: “Global administrative law affects all nations and all the peoples of the world increasingly being brought within complex systems of international governance”.

“mais do que repensar o Estado, os novos desafios regulatórios demandam que o Direito em si seja repensado” (TEIXEIRA, 2014, p. 427).

4 Considerações finais

A presente pesquisa buscou investigar se o constitucionalismo transnacional e social implica nos institutos de Direito Administrativo. Com efeito, discorreu-se sobre a antiga discussão doutrinária quanto à relação entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo. Como resultado, constatou-se que assim como a teoria constitucional passou a identificar que problemas constitucionais contemporâneos estão para além das fronteiras nacionais, também no Direito Administrativo parte da doutrina passou a se atentar às transformações que Estado e sociedade passam, sobretudo a fim de redesenhar o lugar que esta disciplina do Direito ocupa. Com o pluralismo jurídico que é típico da sociedade mundial, somado aos efeitos da constitucionalização do Direito Administrativo, que trouxe a ideia de normatividade para além do positivismo jurídico, vê-se a possibilidade de se falar em um Direito Administrativo global que deve reconhecer que normas jurídicas também são produzidas dentro destas novas estruturas e sujeitos que são identificados a partir do fenômeno da globalização.

De fato, a expansão da atividade administrativa, principalmente no plano econômico e social, conduziu, através das Constituições, ao âmbito dos ordenamentos jurídicos, a proeminente inserção de temas inerentes ao Direito Administrativo. Conseqüentemente, emerge a indissociável vinculação, tanto do legislador quanto do administrador, àquelas normas jurídicas que não mais se situam apenas no âmbito estatal. A sociedade mundial há de trazer novos tempos à Administração Pública, que deverá levar em conta os avanços propostos pela Sociologia das Constituições.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade.

Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 236, abr./jun., 2004, p. 51-64.

BACHELET, Vittorio. **Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica**

amministrazione. Scritti in onore de Onore di Costantino Mortati. Roma: Università di Roma, 1977.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro:

Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o

triumfo tardio do direito constitucional no Brasil), **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, 2005, p. 1-42.

BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito

brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional passa: o Direito Administrativo

passa também. In: **Studia Juridica**: estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares (Ad Honorem, 1), v. 61, 2001.

CASSESE, Sabino. **Trattato di diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè Editore, 2003.

COUTO E SILVA, Almiro. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Atualidades Jurídicas**: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, ano 2, n. 2, jan./jun., 2012.

DUVERGER, Maurice. **Droit public**. Paris: Presses universitaires de France, 1957.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro Del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. 4. ed. Madrid: Civitas, 2006.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de teoría constitucional**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma do México, 2001.

_____. La ‘constitucionalización’ del ordenamento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KOCH JR., Charles H. Introduction: Globalization of Administrative and Regulatory Practice. In: **Administrative Law Review**, vol. 54, pp. 409-414, 2002.

LAUBADÉRE, André de. **Traité élémentaire de droit administratif**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 2001.

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MIRANDA, Jorge. A Administração Pública nas Constituições Portuguesas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 183, 1991.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1994.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. Sociologia das Constituições: o constitucionalismo entre o normativismo e a teoria sistêmica. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**. Florianópolis. 2018. v. 4. n. 1.

SCHWARTZ, Germano. **As constituições estão mortas?:** momentos constituintes e comunicações constitucionalizantes dos novos movimentos sociais do século XXI. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito:** os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

STIRN, Bernard. **Les sources constitutionnelles du Droit Administratif:** introduction au Droit Public. 5. ed. Paris: LGDJ, 2006.

STRAUSS, David. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

TÁCITO, Caio. Bases constitucionais do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 166, out./dez., 1986.

_____. A Constituição e o Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, abr. 2003.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Direito Público Transnacional: por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica. **Novos Estudos Jurídicos** (Online), v. 19, p. 400-429, 2014.

TEUBNER, Günther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional. **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, [S.l.], v. 14, p. 9-32, 2003.

_____. Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VEDEL, Georges. **Les bases constitutionnelles du droit administratif**: études et documents du Conseil d'État. Paris: EDCE, 1954.

_____. **Droit Administratif**. Paris: PUF, 1964

_____; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif**. 12. ed. Paris: PUF, 1992.

Novas tecnologias e a constitucionalização da sociedade mundial: um estudo a partir de Gunter Teubner

*Demétrio Beck Da Silva Giannakos
Mickhael Erik Alexander Bachmann
Priscila Anselmini*

1 Introdução

A população mundial depara-se com o surgimento de novas tecnologias digitais, como a inteligência artificial, ocasionados pela chamada “economia do conhecimento”. Tal fato é perceptível no cotidiano das pessoas, principalmente no cenário provocado pela pandemia do “Corona Vírus”, no qual ressaltou a importância das novas tecnologias digitais.

O mundo globalizado não modificou somente o cotidiano da população, como também o ordenamento jurídico, surgindo um modelo de direito que ultrapassa os estados nacionais, isto é, fragmentos constitucionais, ocasionados pela economia do conhecimento e suas novas tecnologias, como a inteligência artificial.

Logo, seria possível uma constituição global, com a constituição política dos Estados nacionais? Quais as semelhanças e diferenças entre elas no cenário da economia do conhecimento?

Para isso, no primeiro capítulo aborda-se a economia do conhecimento, seus aspectos conceituais, pressupostos para o seu total desencadeamento na sociedade e seus reflexos no cotidiano das pessoas.

No segundo capítulo estuda-se uma das facetas da economia do conhecimento, isto é, a inteligência artificial no âmbito do Direito e suas consequências ao Estado e organismos internacionais.

No último capítulo, far-se-á uma análise a partir da teoria de Teubner, principalmente da sua obra *El Derecho como Sistema Autopoietico de la Sociedad Global. Cap II - La Constitucionalización de la Sociedad Global*, no qual aborda a possibilidade ou não de uma constituição global, diante do novo cenário da globalização e de novas tecnologias, comparando com os pressupostos e requisitos da constituição civil.

Para tanto, empregou-se na pesquisa, como recurso técnico, as fontes bibliográficas nacionais e estrangeiras, abrangendo fundamentalmente fontes jurídicas, tais como: livros jurídicos, relatórios oficiais e fontes jurisprudenciais. Ainda, utilizaram-se grandes obras de Direito, referenciadas ao final do trabalho.

O objetivo geral deste trabalho, portanto, é analisar os reflexos da economia do conhecimento e da inteligência artificial para a constitucionalização da sociedade global, a partir das discussões abordadas por Teubner, em sua *El Derecho como Sistema Autopoietico de la Sociedad Global*, especialmente no capítulo II - *La Constitucionalización de la Sociedad Global*.

Como objetivos específicos, pode-se citar:

- a) Analisar o conceito e os pressupostos para o desenvolvimento da economia do conhecimento, bem como seu impacto ao mundo jurídico e social;
- b) Explorar a inteligência artificial e seus reflexos para as relações jurídicas;
- c) Verificar a possibilidade ou não de uma constituição global, a partir dos debates proporcionados por Teubner, diante do surgimento da era digital.

O fato é que as tecnologias da Quarta Revolução Industrial, como a inteligência artificial, e a evolução da economia do conhecimento já estão modificando o modo de viver da população brasileira, sendo cada vez mais frequente o uso de produtos e serviços tecnológicos para desempenhar

certas atividades com mais eficiência. No entanto, a economia do conhecimento ainda está confinada, pois, embora se utilize o produto e serviço tecnológico ou digital, grande parte da indústria brasileira ainda não é detentora do conhecimento para produzir essa avançada prática de produção. Esse fato demonstra que o caminho para concretização da economia do conhecimento e o acesso à inteligência artificial será trilhado aos poucos. Para isso, necessário verificar como isso afeta as relações jurídicas e o surgimento de fragmentos constitucionais, a fim de analisar se é possível ou não uma única constituição global, nos termos de uma constituição civil.

Justifica-se, assim, esta pesquisa em razão de sua relevância sobre a realidade sociojurídica, bem como à aplicação jurisdicional do Direito frente a efetivação dos direitos fundamentais. A discussão envolvendo os fragmentos constitucionais e a constitucionalização da sociedade global é de suma importância para analisar os limites a serem impostos entre os subsistemas e, conseqüentemente, à concretização dos direitos fundamentais do cidadão.

2. A economia do conhecimento e seus reflexos para a sociedade mundial

Cotidianamente, observa-se mudanças tecnológicas no âmbito do trabalho, da pesquisa, medicina, indústria, entre outras áreas, nos quais trazem reflexos ao ordenamento jurídico e ao Estado. Uma das facetas do mundo globalizado é o acesso universal à comunicação digital, nos quais trazem conseqüências à vigência e efetividade das normas nacionais no espaço transnacional. Para completar, a globalização permitiu o surgimento de organismos internacionais, que, aliados à comunicação digital, provocam profundas mudanças ao Estado e seus princípios de soberania nacional e territorialidade.

Neste viés, o mundo digital e globalizado não modificou somente o cotidiano da população com o uso de novas tecnologias, mas também o ordenamento jurídico, surgindo um modelo de direito que ultrapassa os estados nacionais, advindos do empoderamento das organizações internacionais e do acesso à comunicação digital, ocasionando fragmentos constitucionais. Tais fragmentos são ainda mais perceptíveis no contexto da economia do conhecimento e suas novas tecnologias, como a inteligência artificial.

Todavia, o que é a “economia do conhecimento”? Por certo, muitos confundem a economia do conhecimento com os seus produtos e serviços, como as novas tecnologias digitais e de informação. Todavia, a economia do conhecimento é muito mais abrangente e ainda é inimaginável todos os seus reflexos para a vida humana e econômica.

Mangabeira Unger apresenta alguns conceitos sobre a economia do conhecimento, alegando que ela pode ser entendida como “[...] a atual prática produtiva mais avançada que tem potencial para transformar radicalmente a vida humana. Pode significar mudança de grande vulto no caráter da atividade econômica.”¹

Para entender o que significa a economia do conhecimento é necessário distingui-la do uso dos produtos e serviços, derivados da indústria de alta tecnologia, como computadores e tecnologias digitais. Por mais que se utilize os seus produtos, há uma diferença entre mudar o seu modo de operar. É neste ponto que se pode identificar a dita economia do conhecimento.

Em um primeiro momento, “[...] a economia do conhecimento consiste na acumulação de capital, tecnologia, capacitações tecnológicas e

¹ UNGER, Roberto Mangabeira. Economia do conhecimento; traduzido por Leonardo Castro – São Paulo: Autonomia Literária, 2018. p. 12

ciência aplicados à condução das atividades produtivas.”² Ela busca a inovação permanente em processos e métodos, assim como em produtos e tecnologias. Logo, a economia do conhecimento não almeja somente produzir bens e serviços sob arranjos típicos de equipamentos e tecnologias, mas se propõe ser um paradigma de produção que continuamente reinventa a si mesma.³

Neste sentido, o professor Dr. Álvaro Sanchez Bravo, afirma que o objetivo das novas tecnologias, desencadeadas pela economia do conhecimento, como a Inteligência Artificial é “[...] distinguir y extraer patrones de datos sin procesar para construir su propio conocimiento. Frente a los sistemas expertos, la solución actual no es trabajar con una base de datos de conocimiento, sino aprender conocimiento.”⁴

Todavia, ainda não está amplamente difundida na sociedade e isto dificulta o acesso ao conhecimento para a produção de novas tecnologias entre a população. Segundo Mangabeira Unger, na atual realidade, a economia do conhecimento está restrita a vanguardas produtivas insuladas, isto é, sob gerência de uma elite empresarial e tecnológica. Apesar de aparecer em praticamente todos os setores da economia, ainda se exhibe como uma “franja”, excluindo a maior parte da força de trabalho. Logo, o controle da operação está nas mãos de uma minoria, agravando ainda mais a desigualdade de renda entre as classes sociais, especialmente nas sociedades periféricas.⁵ Nas palavras de Marciano Buffon, “[...] de la

² UNGER, Roberto Mangabeira. *Economia do conhecimento*; traduzido por Leonardo Castro – São Paulo: Autonomia Literária, 2018. p 25-26

³ UNGER, Roberto Mangabeira. *Economia do conhecimento*; traduzido por Leonardo Castro – São Paulo: Autonomia Literária, 2018. p 25-26

⁴ BRAVO, Álvaro A. Sánchez. Marco europeo para una inteligencia artificial basada en las personas. In BRAVO, Álvaro A. Sánchez. *Derecho, Inteligencia Artificial y Nuevos Entornos Digitales*. Sevilha/Espanha, 2020. ISBN: 978-84-18416-15-6. p. 75.

⁵ UNGER, Roberto Mangabeira. *Economia do conhecimento*; traduzido por Leonardo Castro – São Paulo: Autonomia Literária, 2018. p 11-13

forma como actualmente está estruturada, la economía del conocimiento ha sido un elemento inductor de la desigualdad de renta y riqueza.⁶

Ocorre que la economía del conocimiento, tal como ahora se presenta, se trata, pues, de un nuevo elemento inductor de la desigualdad en pleno siglo XXI, como si no bastasen aquellos heredados del siglo precedente. Eso se verifica, porque – en los términos utilizados por Unger – esa ha sido tan solo la “economía del conocimiento insular”, o sea, está tan restringida a determinados guetos (en la antítesis de la palabra), que ha sido fuente de ampliación de las elásticas desigualdades existentes en los países periféricos y aparentemente inédita en los países centrales.⁷

Quando se refere à economia do conhecimento como insular, está-se dizendo que, apesar das empresas comercializam amplamente seus produtos e serviços, bem como o acesso a suas plataformas e redes, não é pela utilização desses produtos e serviços que uma empresa ou indivíduo passa a fazer parte da prática mais avançada de produção. Por certo, a empresa pode usar esses produtos e serviços para desempenhar certas atividades com mais eficiência, mas não é detentora do conhecimento para produzir essa avançada prática de produção.⁸

Embora já visível as mudanças na sociedade pelo uso de seus produtos e serviços, deve-se atentar que a economia do conhecimento está estagnada/confinada. Isto porque, há uma intensa desigualdade de renda global, principalmente nos países em desenvolvimento, como o Brasil. Isto dificulta o acesso ao conhecimento e capacitações para operar esta nova

⁶ BUFFON, Marciano. ¿La economía del conocimiento reduce la desigualdad de renta y riqueza? In BRAVO, Álvaro A. Sánchez. Derecho, Inteligencia Artificial y Nuevos Entornos Digitales. Sevilla/Espanha, 2020. ISBN: 978-84-18416-15-6. p. 477.

⁷ BUFFON, Marciano. ¿La economía del conocimiento reduce la desigualdad de renta y riqueza? In BRAVO, Álvaro A. Sánchez. Derecho, Inteligencia Artificial y Nuevos Entornos Digitales. Sevilla/Espanha, 2020. ISBN: 978-84-18416-15-6. p. 481.

⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. Economia do conhecimento; traduzido por Leonardo Castro – São Paulo: Autonomia Literária, 2018. p 11-13

prática de produção mais avançadas. Ora, utiliza-se as novas tecnologias, mas não se sabe o modo de operá-las e modificá-las constantemente.

Como prova disso, pode-se citar o acesso da população aos avanços trazidos pelas Revoluções Industriais. No estudo feito por Klaus Schwab, verificou-se que muitas sociedades ainda não têm acesso a produtos oriundos da primeira Revolução Industrial, o que impede que os efeitos da Quarta Revolução Industrial cheguem até essa população.

Os efeitos das Revoluções Industriais, como a globalização, urbanização, tecnologias e mudanças climáticas, impactaram significativamente o cotidiano da população. No entanto, os dados demonstram que grande número de pessoas ainda não desfruta de todos os benefícios das últimas revoluções industriais. Por exemplo, 600 milhões de pessoas ainda vivem em fazendas de pequeno porte sem qualquer acesso a mecanização, que foi um dos grandes avanços trazidos pela Primeira Revolução Industrial.⁹

Quanto à Segunda Revolução Industrial, aproximadamente um terço da população mundial não possui água potável e saneamento básico seguro. E em cerca de um sexto, o que equivale a 1,2 bilhões de pessoas, não possuem acesso à eletricidade.¹⁰

Estes fatos evidenciam que nem todos desfrutam dos benefícios surgidos com as revoluções industriais. Atualmente, cerca de 3,9 bilhões de pessoas não tem acesso à internet, o grande avanço alcançado na Terceira Revolução Industrial, e que é item fundamental para a

⁹ SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. Aplicando a Quarta Revolução Industrial. Prefácios de Satya Nadellla, João Doria; tradução Daniel Moreira Miranda – São Paulo: EDIPRO, 2018, p. 91.

¹⁰ SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. Aplicando a Quarta Revolução Industrial. Prefácios de Satya Nadellla, João Doria; tradução Daniel Moreira Miranda – São Paulo: EDIPRO, 2018, p. 91.

implementação e uso das tecnologias advindas da economia do conhecimento.¹¹

O acesso à internet é ainda mais precário quando analisado nos países em desenvolvimento, em que 85% da população encontra-se offline, isto é, não possuem internet em suas residências. Assim, os benefícios não precisam ser iguais entre todas as partes, mas o suficiente para que o cidadão possa ter uma vida a qual possa dar valor e que o empodere, de modo que os recursos tecnológicos possibilitem uma vida boa e digna.¹²

Atualmente, percebe-se que os países com economia bem-sucedida possuem altos padrões de vida, com tecnologias, conhecimentos e capacidade de usar e desenvolver a tecnologia. Em contrapartida, muitos países em desenvolvimento não possuem, por exemplo, acesso a redes digitais de alta velocidade e nem habilidades avançadas com as atuais tecnologias. Esse fato, além de impedir o uso dos produtos e serviços da economia do conhecimento, impede que estes países invistam em inovação, empreendedorismo, infraestrutura e industrialização. Por exemplo, as tecnologias trazidas pelas Terceira Revolução Industrial, como o celular, foram oferecidas aos consumidores, mas não houve um incentivo na inovação ou desenvolvimento desta tecnologia. Logo, isso dificultará que a economia do conhecimento se torne incluyente.¹³

O confinamento da economia do conhecimento traz consequências graves para a economia e para a sociedade. Hoje, tornou-se a mais importante causa tanto da estagnação econômica quanto do agravamento da desigualdade. Ora, os países que não possuem habilidades

¹¹ SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. Aplicando a Quarta Revolução Industrial. Prefácios de Satya Nadella, João Dória; tradução Daniel Moreira Miranda – São Paulo: EDIPRO, 2018, p. 91-92.

¹² SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. Aplicando a Quarta Revolução Industrial. Prefácios de Satya Nadella, João Dória; tradução Daniel Moreira Miranda – São Paulo: EDIPRO, 2018, p. 92.

¹³ SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. Aplicando a Quarta Revolução Industrial. Prefácios de Satya Nadella, João Dória; tradução Daniel Moreira Miranda – São Paulo: EDIPRO, 2018, p. 94-95.

tecnológicas somente poderão oferecer mão de obra a baixo custo. Ocorre que, com a Quarta Revolução Industrial se priorizará tecnologias automatizadas, como robôs, impressão 3D, que atrairão novas empresas aos países. Países sem este conhecimento e investimento em inovação tecnológica serão significativamente prejudicados.

Deste modo, Mangabeira Unger afirma que para superar o confinamento avançando em direção a um vanguardismo includente seria necessário “[...] retomar o crescimento acelerado e começar a corrigir as fontes da desigualdade extrema na segmentação hierárquica da economia.”¹⁴

Por isso, diante dessa nova realidade econômica-social, imprescindível o investimento em educação, qualificação e pesquisa, bem como desenvolvimento nacional, para que gere menos desigualdade e distribua mais amplamente apoio, instrumentos, capacitações e oportunidades. Em vista disso, a economia do conhecimento e suas profundas mudanças no cotidiano da população devem primar pelos “[...] intereses de las personas, conforme los valores, derechos fundamentales y las normas jurídicas propias de Estados democráticos de Derecho.”¹⁵ Isto por que, diante do enorme impacto da economia do conhecimento na vida das pessoas, segundo Álvaro Sanchez Bravo, “[...] el punto de partida debía ser generar confianza em su uso, y para ello, debe cimentarse en los valores y derechos fundamentales, como la dignidad humana y la protección de la intimidad.”¹⁶

¹⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. *Economia do conhecimento*; traduzido por Leonardo Castro – São Paulo: Autonomia Literária, 2018. p. 71

¹⁵ BRAVO, Álvaro A. Sánchez. Marco europeo para uma inteligência artificial basada en las personas. In BRAVO, Álvaro A. Sánchez. *Derecho, Inteligencia Artificial y Nuevos Entornos Digitales*. Sevilla/Espanha, 2020. ISBN: 978-84-18416-15-6. p. 75.

¹⁶ BRAVO, Álvaro A. Sánchez. Marco europeo para uma inteligência artificial basada en las personas. In BRAVO, Álvaro A. Sánchez. *Derecho, Inteligencia Artificial y Nuevos Entornos Digitales*. Sevilla/Espanha, 2020. ISBN: 978-84-18416-15-6. p. 77.

No Estado de Bem-Estar-Social, os direitos dos trabalhadores foram consolidados com base na economia dos mercados, ampliando a automatização, a tecnologia de informação e eletrônica, juntamente com os mercados nacionais cada vez mais abertos. Se tal fato já ocasionou o surgimento de fragmentos constitucional, nas palavras de Teubner, diante deste novo tempo, advindo do desenvolvimento da economia do conhecimento, muitas mudanças ainda estão por vir, como as fortes disputas no mercado de trabalho, mudanças demográficas, alterações legislativas, soberania do Estado nacional, entre outras.

Em vista deste contexto ainda imprevisível, pode-se observar que os fragmentos constitucionais, já presentes no cenário mundial, far-se-ão ainda mais relevantes na era digital. Neste viés, surge o questionamento se, com o enfraquecimento das fronteiras nacionais e o empoderamento de organismos internacionais, seria possível uma constituição global.

Dentre os posicionamentos tradicionais principais, destacam-se aqueles que querem elevar a Carta das Nações Unidas ao status de Direito Constitucional mundial; aqueles que pensam em uma Constituição mundial universalista, com novas instituições e procedimentos que sirvam como gênese de um centro federativo e foro de uma política interior mundial; Aqueles que pensam que tais esforços não são suficientes para a generalização do conceito tradicional de constituição no atual cenário, nem reespecificam com o cuidado necessário, transportando acriticamente as características do estado nacional para a sociedade mundial; e aquele que admite uma clara dissociação entre Estado e constituição, e pensam em uma constituição global sem Estado mundial.

Todos estes posicionamentos são provocados pelo cenário da economia do conhecimento e o seu desenvolvimento, bem como pelo aparecimento de novas tecnologias, como a inteligência artificial. Assim, após a análise dos aspectos conceituais da economia do conhecimento,

seus pressupostos e reflexos, inicia-se o estudo sobre uma das facetas da economia do conhecimento, a inteligência artificial, a fim de verificar as consequências ao mundo jurídico-constitucional, bem como aos direitos fundamentais.

2. A inteligência artificial e o direito

O nosso mundo está em processo de transformação estrutural desde há duas décadas. É um processo multidimensional, mas está associado à emergência de um novo paradigma tecnológico, baseado nas tecnologias de comunicação e informação, que começaram a tomar forma nos anos 60 e que se difundiram de forma desigual por todo o mundo. Nós sabemos que a tecnologia não determina a sociedade: é a sociedade. A sociedade é que dá forma à tecnologia de acordo com as necessidades, valores e interesses das pessoas que utilizam as tecnologias. Além disso, as tecnologias de comunicação e informação são particularmente sensíveis aos efeitos dos usos sociais da própria tecnologia. A história da Internet fornece-nos amplas evidências de que os utilizadores, particularmente os primeiros milhares, foram, em grande medida, os produtores dessa tecnologia¹⁷.

Para termos noção do grande volume de dados movimentados constantemente, a cada segundo, o Google processa mais de 40.000 pesquisas; totalizando 3,5 bilhões por dia. A cada minuto, usuários do YouTube assistem a mais de 4,1 milhões de vídeos. A cada minute, 156 milhões de e-mails são enviados¹⁸. Isso, por certo, afeta tanto o direito nacional quanto internacional.

Com o tempo, a ideia de tecnologia ganhou novos contornos e especificações e atualmente envolve uma extensa rede de pesquisadores e

¹⁷ CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.) A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Ação Política. Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005, p. 17.

¹⁸ TAULLI, Tom. Introdução à Inteligência Artificial: uma abordagem não técnica. São Paulo: Novatec Editora. 2020, p. 41.

projetos interdisciplinares¹⁹. Com isso em mente, a noção de tecnologia é ampla e pode ser tratada de diferentes perspectivas²⁰.

O tema da inteligência artificial está na ordem do dia²¹, um dos assuntos que mais circulam no mundo da ciência e da ambiência de uma sociedade digital em constante disrupção tecnológica. Trata-se de temática de interesse e abrangência globais, uma vez que se aplica no dia-a-dia dos cidadãos, independentemente da sua localização geopolítica. A interação entre o ser humano e a inteligência artificial tem sido objeto de grandes debates, especialmente no que tange a responsabilidade civil²².

Nas palavras de Ricardo Luis Lorenzetti,

O surgimento da era digital suscitou a necessidade de repensar importantes aspectos relativos à organização social, à democracia, à tecnologia, à privacidade, e à liberdade. O caráter aberto, interativo e global da internet, somando aos baixos custos de transação que apresenta como tecnologia, produzem um grande impacto em uma ampla categoria de questões pertencentes à sociologia jurídica e, logo, na dogmática: a noção de tempo, espaço, fronteira estatal, lugar, privacidade, bens públicos, e outras que aparecem igualmente afetadas²³.

¹⁹ MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018, p. 30.

²⁰ MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018, p. 30.

²¹ Como exemplos de obras fundamentais para a compreensão do tema, sugere-se as seguintes: HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; MARTINS DA SILVA, Roberta Zumblick. *Inteligência artificial e direito*. 1 ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019; *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade / coordenação Ana Frazão e Caitlin Mulholland*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019; *Regulação 4.0: novas tecnologias sob a perspectiva regulatória / coordenação Daniel Becker, Isabela Ferrari*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019; *Responsabilidade civil: novos riscos / organizado por Nelson Rosenvald, Rafael de Freitas Valle Dresch, Tula Wesendonck*. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2019; MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018; BARRAT, James. *Our Final Invention: Artificial Intelligence and the End of the Human Era*. New York: St. Martins Press, Thomas Dunne Books; BOSTROM, Nick. *Superinteligência: caminhos, perigos e estratégias para um novo mundo*. Rio de Janeiro: Darkside, 2018.

²² TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MEDON, Filipe. Responsabilidade civil e regulação de novas tecnologias: questões acerca da utilização de inteligência artificial na tomada de decisões empresariais. *Revista Estudos Institucionais*. V. 6, n. 1, p. 301-333, jan/abr. 2020.

²³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 50.

Como alerta Antonio Enrique Pérez Luño, novas tecnologias são onipresentes na vida individual e coletiva dos seres humanos. Eles tiveram um impacto direto e decisivo no exercício da cidadania. Esse grande debate de hoje, sobre sua inserção na sociedade, traz uma profunda reflexão sobre as projeções legais e políticas decorrentes das novas tecnologias²⁴. Em diálogo com Luño, Klaus Schwab sugere que a revolução / transformação digital aumentou o poder da cognição, baseado e caracterizado pela Internet móvel, pequenos sensores eletromagnéticos e maior capacidade de inteligência artificial²⁵. Uma dessas perspectivas é justamente o impacto direto nas relações jurídicas e, mais precisamente, no processo judicial. Lucana María Estévez Mendoza, ao dar palestras sobre o assunto, fornece o seguinte:

Seja como for, a IA se infiltrou em nossas vidas e está pronta para permanecer nelas. Diante dessa inserção de máquinas inteligentes, parece claro que o Direito, como ciência que intervém em conflitos sociais, não pode ficar à margem, deixando a critério das partes ou grupos que defendem parcialmente seus interesses, sua resolução, embora possam fazer isso, mais ou menos legitimamente.²⁶

A IA, como conhecida atualmente, teve seus estudos iniciados na década de 50, como um sistema capaz de entender a formulação de quaisquer problemas e resolvê-los com base em princípios fundamentais²⁷.

Os avanços tecnológicos direcionam a constante consideração de novos, presentes e futuros desafios a serem enfrentados pela sociedade e

²⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?. Gedisa, 2003, p. 57.

²⁵ SCHWAB, Klaus. The fourth industrial Revolution. World Economic Forum, 2016, p. 11.

²⁶ MENDOZA, Lucana María Estévez. Regulación de la inteligencia artificial y la protección de los derechos fundamentales en la cuarta revolución industrial. Memórias do XXIII Congresso Ibero-Americano de Direito e Informática / FIADI y Luiz Fernando Martins Castro (organizador). Timburi/SP: Editroa Cia do eBook, 2019, p. 267.

²⁷ LIMBERGER, Têmis; SANTANNA, Gustavo da Silva. O uso da inteligência artificial pela administração judiciária: da expectativa à realidade. In: Direito e inteligência artificial: o desafio ético no emprego das novas tecnologias/ organização de José Eduardo de Miranda, Hai de Maria Hupffer, Wilson Engelmann. 1 ed. Curitiba: Brazil Publishing, 2020, p. 206.

pela ciência jurídica²⁸. A importância do tema da inteligência artificial é latente para a sociedade. As universidades, enquanto instâncias qualificadas de produção do conhecimento humano, devem ser as protagonistas neste movimento de inflexão tecnológica, e aceleradoras da inovação e da disrupção das novas tecnologias para o benefício do ser humano.

O conceito de inteligência artificial, no entanto, não possui uma definição única ou pacífica entre os estudiosos sobre o assunto²⁹. Em 19 de fevereiro de 2020, a União Europeia publicou seu “Livro Branco sobre Inteligência Artificial - Uma Abordagem Europeia para Excelência e Confiança”³⁰.

Nisso, a IA foi reduzida a um conjunto de tecnologias que combinam dados, algoritmos e capacidade computacional. Nas palavras de Thomas Ramge, “[...]para criar uma máquina inteligente, são necessários pelo menos dois elementos: uma coleção robusta de regras e um aparelho que possa processar as informações provenientes das conclusões obtidas neste banco de dados³¹”.

No entanto, na obra de Stuart Russel e Peter Norvig, chamado *Inteligência Artificial: Uma Abordagem Moderna*, existem quatro categorias de IA: pensar como humano, agir como humano, pensar

²⁸ GODINHO, Adriano Marteleto; ROSENVALD, Nelson. Inteligência Artificial e a responsabilidade civil dos robôs e de seus fabricantes. In: Responsabilidade civil: novos riscos / Adalberto Pasqualotto; organizado por Nelson Rosenvald, Rafael de Freitas Valle Dresch, Tula Wesendonck. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2019, p. 23.

²⁹ “Any AI regulatory regime must define what exactly it is that the regime regulates; in other words, it must define artificial intelligence. Unfortunately, there does not yet appear to be any widely accepted definition of artificial intelligence even among experts in the field much less a useful working definition for the purposes of regulation. (...) The difficulty in defining artificial intelligence lies not in the concept of artificiality but rather in the conceptual ambiguity of intelligence. Because humans are the only entities that are universally recognized (at least among humans) as possessing intelligence, it is hardly surprising that definitions of intelligence tend to be tied to human characteristics.” (SCHERER, Matthew U, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*. Harvard Journal of Law & Technology. Volume 29, Number 2, Spring 2016, p. 359).

³⁰ <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/aace9398-594d-11ea-8b81-01aa75ed71a1/language-pt> acessado no dia 30 de julho de 2020.

³¹ RAMGE, Thomas. Who’s afraid of AI? New York/NY: The experimento, 2019, p. 32.

racionalmente e agir racionalmente³². Originalmente, Alan Turing, precursor dos estudos de IA, por sua vez, concentrou seus esforços no potencial dos computadores de replicar não a forma humana do processo de pensamento, mas o resultado externo dessa manifestação³³. Em outras palavras, a premissa de Turing é o "jogo da imitação", no qual o computador pretende convencer o interrogador de que ele é humano e não máquina.

Nesse mesmo sentido, Enrique Cáceres afirma que, nesse processo, a reprodução do modo de pensar humano é crucial, quando a máquina procura simular o que um humano faria, como no jogo de xadrez:

[...] lo que se busca es simular los resultados, independientemente de la semejanza de los procesos computacionales respecto de los humanos. Por ejemplo, en el caso de los sistemas que juegan ajedrez, es claro que los universos inteligentes son muy distintos, pues mientras el humano es de carácter bioquímico, el de la computadora es electromecánico. Nos obstante, es posible calificar a las 'conductas' de dichos sistemas como inteligentes.³⁴

Jordi Nieva Fenoll, processualista espanhol que estuda o comportamento judicial e uma possível integração com os sistemas informatizados baseados em inteligência artificial, especialmente no que se refere à maneira de pensar do juiz e à adequação ao pensamento da máquina, alerta que:

No existe un total consenso sobre lo que significa la expresión inteligencia artificial, pero sí que podría decirse que describe la posibilidad de que las

³² RUSSEL, Stuart J.; NORVIG, Peter. Artificial Intelligence: A Modern Approach, Third Edition, Pearson Education Limited, 2016.

³³ TURING, Alan M. Computing Machinery and Intelligence. MIND a Quarterly Review of Psychology and Philosophy, Vol. LIX, n. 236, October 1950, p. 433-460.

³⁴ CÁCERES, Enrique. Inteligencia Artificial, Derecho y E-Justice. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie, año XXXIX, núm. 116, mayo-agosto de 2006, p. 593-611.

máquinas, en alguna medida, piensan, o más bien imiten el pensamiento humano a base de aprender y utilizar las generalizaciones que las personas usamos para tomar nuestras decisiones habituales.³⁵

Jack Copeland, ao falar sobre o uso do termo "pensar" vinculado às máquinas, diz que nada mais é do que uma metáfora. Ele diz que é apenas uma maneira confortável de se expressar e fácil de entender³⁶. Outra concepção (mais recente) define AI como inteligência, com a capacidade de executar tarefas específicas³⁷. Por exemplo, os computadores podiam jogar xadrez em 1960 e, em 1997, podiam facilmente vencer o melhor jogador de xadrez do mundo. Wolfgang Hoffmann-Riem, quando discursa sobre o assunto, afirma que:

A IA é uma tecnologia transversal que visa capacitar computadores, usando grandes quantidades de dados (big data), capacidades computacionais apropriadas e processos específicos de análise e decisão, para alcançar realizações que se aproximam da capacidade humana ou até a excedem pelo menos em alguns aspectos.³⁸

Atualmente, ao definir o objetivo da IA moderna, seria resolver objetivos pré-estabelecidos, componente inserido na categoria “atuação” racionalmente”, definido por Stuart Russel e Peter Norvig. Esses autores, em seu trabalho, usaram o conceito de “agente racional” como uma definição de IA como aquele agente que “age como se estivesse obtendo o melhor resultado”³⁹. Os mesmos autores também sustentam que a IA

³⁵ FENOL, Jordi Nieva. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2018, p. 20.

³⁶ COPELAND, Jack. *Inteligencia artificial: Una introducción filosófica*. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 64.

³⁷ SCHERER, Matthew U. *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*. *Harvard Journal of Law & Technology*. Volume 29, Number 2, Spring 2016, p. 360.

³⁸ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Inteligência Artificial como Oportunidade para a Regulação Jurídica*. *RDU, Porto Alegre*, Volume 16, n. 90, 2019, p. 11-38, nov-dez 2019.

³⁹ RUSSEL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Third Edition, Pearson Education Limited, 2016.

inclui tarefas como aprendizado, raciocínio, planejamento, percepção, entendimento da linguagem e robótica.

Podemos sintetizar os objetivos da IA como sendo a forma de alcançar aprendizado e reproduzir o modo de raciocínio da mente humana, a fim de fornecer respostas e facilitar todas as áreas de conhecimento e desempenho que o homem possa precisar⁴⁰.

A IA também pode ser conceituada como a ciência e a engenharia da criação de máquinas inteligentes, especialmente programas de computador inteligentes, incluindo pesquisa e engenharia com o objetivo de usar a tecnologia digital para criar sistemas capazes de executar atividades para as quais geralmente é necessária inteligência, quando executadas por um indivíduo⁴¹.

Segundo Richard Bellman, a IA é a automação de atividades que associamos à cognição humana, como, por exemplo, tomada de decisão, resolução de problemas e aprendizado⁴². No entanto, devido ao fato de não haver unanimidade em sua conceituação, essa lacuna pode ter ajudado no crescimento do desenvolvimento do campo de estudo, pois isso não permitiu limitar a visão de seus pesquisadores⁴³. Assim, AI seria um termo genérico. Abriga muitas áreas de estudo e técnicas, como: visão computacional, robótica, processamento de linguagem natural e aprendizado de máquina, por exemplo⁴⁴.

⁴⁰ VELÁSQUEZ, Angie Verónica Rubio. IA em contacto con el derecho. Memórias do XXIII Congresso Ibero-Americano de Direito e Informática / FIADI y Luiz Fernando Martins Castro (organizador). Timburi/SP: Editroa Cia do eBook, 2019, p. 315.

⁴¹ CORREIA DA SILVA, Nilton. Inteligência Artificial. In: Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade / coordenação Ana Frazão e Caitlin Mulholland. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 36.

⁴² BELLMAN, Richard. An Introduction to Artificial Intelligence: Can Computers Think? Boyd & Frase, 1978.

⁴³ STONE, Peter, ET AL. Artificial Intelligence and life in 2030: report of the 2015-2016, Stanford University, 2016. Disponível em: https://ai100.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj9861/f/ai100report10032016fnl_singles.pdf. Acesso em: 12 de janeiro de 2021.

⁴⁴ HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. Inteligência artificial e direito / Fabiano Hartmann Peixoto, Roberta Zumblick Martins da Silva. 1 ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019, p. 75.

A inteligência artificial funciona a partir de sistemas de dados programados para responder de acordo com o banco de dados disponível. Esses sistemas são chamados de algoritmos. O algoritmo é um plano de ação predefinido a ser seguido pelo computador, de modo que a realização contínua de pequenas tarefas simples possibilite a execução da tarefa solicitada sem maiores gastos com trabalho humano. É uma regra usada para automatizar o processamento de dados. Eles são um conjunto finito de instruções que, por sua vez, executam uma tarefa específica⁴⁵. Na raiz, um algoritmo é uma coisa pequena e simples; uma regra usada para automatizar o processamento de dados⁴⁶.

Nas palavras de Fabiano Hartmann Peixoto: “Um algoritmo pode ser definido, de maneira simplificada, como um conjunto de regras que definem com precisão uma sequência de operações, para diversos fins, como modelos de previsão, classificação, especializações”⁴⁷.

Na esfera do Direito, conforme destacaram John O. McGinnis e Russell G. Pearce, em artigo publicado na *Fordham Law Review* intitulado *The great disruption: how machine intelligence will transform the role of lawyers in the delivery of legal services*, serviços típicos da advocacia que são repetitivos, a exemplo de buscas por doutrina e jurisprudência, geração de documentos ou petições jurídicas e criação de cartas e memorandos serão facilmente realizados por *machine learnings*. Restará ao advogado as atividades em demandas complexas, em áreas altamente especializadas, bem como na atuação junto a Tribunais e em situações em que a presença humana se faz fundamental, tais como em reuniões de

⁴⁵ HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. *Inteligência artificial e direito* / Fabiano Hartmann Peixoto, Roberta Zumblick Martins da Silva. 1 ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019, p. 71.

⁴⁶ ENGELMANN, Wilson; WERNER, Deivid Augusto. *Inteligência Artificial e Direito*. In: *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade* / coordenação Ana Frazão e Caitlin Mulholland. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 157.

⁴⁷ HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. *Inteligência artificial e direito* / Fabiano Hartmann Peixoto, Roberta Zumblick Martins da Silva. 1 ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019, p. 71.

trabalho e de relacionamento. Destacam os autores, na conclusão do artigo:

The market for electronic legal services is at a relatively early, yet significant, stage in terms of the disruptive effect of machine intelligence in undermining lawyers' monopoly. As machine intelligence in lawyering develops exponentially, it will take an increasingly larger role in five areas of legal practice: discovery, legal search, generation of documents, creation of briefs and memoranda, and predictive analytics. Eventually, machine intelligence will prove faster and more efficient than many lawyers in providing those services. Lawyers will continue to provide services that cannot be commoditized if they are superstars, practice in highly specialized areas of law subject to rapid change, appear in court, or provide services where human relationships are central to their quality. Otherwise, no effective barriers to the advance of machine lawyering in legal practices exist—not even in the law and ethics of lawyering. Lawyers will continue to embrace machine intelligence as an input and fail to prevent nonlawyers from using it to deliver legal services. Ultimately, therefore, the disruptive effect of machine intelligence will trigger the end of lawyers' monopoly and provide a benefit to society and clients as legal services become more transparent and affordable to consumers, and access to justice thereby becomes more widely available.⁴⁸

Este trabalho será dedicado, mais precisamente, de que forma a IA está revolucionando o Direito, e suas consequências ao Estado e organismos internacionais. No último capítulo, tais ideias serão analisadas a partir das leituras feitas da teoria de Teubner, principalmente da sua obra *El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global. Cap II - La Constitucionalización de la Sociedad Global*, no qual aborda a possibilidade ou não de uma constituição global, diante do novo cenário

⁴⁸ MCGINNIS, John O.; PEARCE, Russell G. The great disruption: how machine intelligence will transform the role of lawyers in the delivery of legal services. *Fordham Law Review*, [S.L.], v. 82, p. 3065-3066, 2014.

da globalização e de novas tecnologias, comparando com os pressupostos e requisitos da constituição civil.

3. A Constituição da sociedade global a partir da análise de Teubner: utopia ou realidade?

Como visto nos capítulos anteriores, o mundo atual ganha elementos de desenvolvimento e progresso tecnológico e científico notáveis. Noutra norte, eles acabam por ampliar as desigualdades e salientar a concretização de interesses de determinados setores e atores sociais. Desde Luhmann se anunciava que os problemas que temos hoje são muito piores que os de outrora. Hábitos e crenças morais podem até ser semelhantes, mas hoje em dia não se sabe com clareza quem irá escutar nossas demandas e poderá reagir a elas, já que a sociedade parece não possuir mais controle sobre ela mesma. A evolução social permitiu o desenvolvimento de sistemas cuja complexidade depende de fechamento operacional, mas não existe clareza acerca de como serão consideradas neste processo todos os tipos de demandas.⁴⁹

Nonet e Selznick também já haviam previsto as dificuldades inerentes ao Direito no mundo contemporâneo. Em seu epílogo da obra “Direito e Sociedade”, alertam que a ideia de Direito está relacionada aos modos de pensar e ao arcabouço institucional do “império-da-lei”. Entretanto, tais concepções são fragilizadas num modelo repressivo ou responsivo de Direito, percebendo-se o enfraquecimento da autoridade das normas e um aumento da discricionariedade. As construções formalistas artificiais tornam-se mais difíceis de distinguir em relação às análises de cunho político e amplia-se a vulnerabilidade e acessibilidade das instituições.⁵⁰

⁴⁹ Luhmann, Niklas. (1997), “Globalization or world society: how to conceive of modern society?”. In: *International Review of Sociology*, 7 (1): 67-79. p. 74-5.

⁵⁰ NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.172-3.

Um viés teórico um pouco mais recente é o do autor Gunther Teubner, que intenta realizar uma explicação dos fenômenos jurídicos que represente um meio-termo entre teorias sociocentradas, como as marxistas e weberianas baseadas em estruturas e superestruturas, e teorias como a do Direito Responsivo, como a concepção de Nonet e Selznick, que buscam explicar as “tendências antiformais do direito contemporâneo” tomando como base a “crise interna do formalismo jurídico”. Teubner toma como complementares tais propostas, optando “por um modelo que supõe três tipos de direito (formal, material e reflexivo) dimensionados por três níveis distintos (racionalidade interna, racionalidade normativa, racionalidade sistêmica)”. Em outras palavras, a proposta teórica de Teubner visa “identificar em cada momento concreto da evolução da sociedade uma configuração particular desses três tipos de direito”.⁵¹

Nas palavras de Leonel Severo Rocha, Teubner “pode ser considerado o autor do “Direito Híbrido”. De um Direito da periferia mundial que às vezes poderia até possuir [...] uma espécie de Constituição Civil, como a Lex Esportiva e a Constituição Digital”.⁵² Tais subsistemas sociais, que podem ser percebidos neste ambiente híbrido, são unidades que se relacionam de forma cognitiva, trocando informações com o meio, mas estão operacionalmente enclausurados. Em tal cenário, a comunicação social evolui sua construção, transformando-se também em comunicação jurídica. As comunicações jurídicas entre esses subsistemas acabam por construir a realidade jurídica, graças à policontextualidade do Direito.⁵³

⁵¹ MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. In: Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 18, n. 1, pp.351-373, jun./2006, pp.361-2.

⁵² ROCHA, Leonel Severo. Teoria dos sistemas sociais autopoiéticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). Paradoxos da auto-observação: percursos da Teoria Jurídica Contemporânea. 2. ed. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2013. p.346.

⁵³ ROCHA, Leonel Severo. Teoria dos sistemas sociais autopoiéticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). Paradoxos da auto-observação: percursos da Teoria Jurídica Contemporânea. 2. ed. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2013. p.349.

Num contexto híbrido, com sistemas e subsistemas sociais distintos, percebe-se um ambiente plural de autodescrições da sociedade, o que ocasiona a construção de racionalidades parciais conflitantes.⁵⁴ Especificamente a respeito do Direito, deve-se notar que a sua realidade social é composta por um grande número de relações circulares, de autorreferência, bem como os demais elementos componentes do sistema jurídico (ações, normas, processos, etc.).⁵⁵

Neste cenário, percebe-se que o sistema jurídico é autopoiético. Num primeiro momento, o Direito é socialmente difuso, ou seja, seus elementos, estruturas, processos e limites são idênticos àqueles percebidos na comunicação social. Em seguida, o direito torna-se parcialmente autônomo, estabelecendo e definindo os seus próprios componentes operacionais. Numa última fase, o direito torna-se autopoiético, ou seja, os seus componentes se articulam entre si em um hiperciclo em que a positividade das normas e atos jurídicos é intercalada com a doutrina e os processos jurídicos.⁵⁶

Assim sendo, as diferenciações funcionais de uma determinada sociedade não podem ser reduzidas a uma decisão política fundamental, mas devem ser compreendidas de um ponto de vista evolutivo, cujas distinções e diretrizes são cristalizadas nas instituições e passam a contar com lógica própria, determinando a sua própria identidade, sentido e autonomia no processo. A política constitucional pode pretender apenas realizar um acoplamento a tais processos evolutivos e, em alguns casos, agir no sentido de corrigir alguns caminhos, mas de maneira alguma pode pretender normatizá-los de forma específica.⁵⁷

⁵⁴ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.23-4.

⁵⁵ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 347.

⁵⁶ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 77.

⁵⁷ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.70.

Com a emergência de fenômenos transnacionais, alguns elementos dos processos políticos de poder deslocaram-se significativamente para as mãos de atores coletivos privados, impossibilitando a manutenção da centralidade de Estado e política na análise constitucional e justificando uma análise sociológica das constituições.⁵⁸ Necessita-se, portanto, de uma constituição híbrida neste direito híbrido que está posto no mundo contemporâneo, para que se possibilite que os elementos e as forças sociais externas – normatizações jurídicas e contrapoderes da sociedade civil – exerçam pressão sobre os sistemas funcionais, criando autolimitações internas que realmente funcionem.⁵⁹

Na leitura de Mello⁶⁰ sobre Teubner:

A autonomia jurídica reside no caráter circular da produção do direito, e não numa mera independência causal relativa ao meio envolvente. Isso, com efeito, não significa negar a existência de nexos causais entre os sistemas jurídicos e os demais subsistemas sociais. Apenas, afirma, em face da característica de circularidade da organização interna do sistema jurídico, os modelos de causalidade explicativos das influências externas respectivas tornam-se necessariamente mais complexos. Em vez de uma simples lógica causa-efeito, deve-se utilizar o que Teubner chama de lógica de “perturbação” (cf. *Idem*, p. 74). Nesse sentido, afirma, os fatores capazes de influenciar do exterior o direito deve ser descrito como um problema de influência externa sobre processos causais circular interno. (cf. *Idem*, p. 74).

Um aspecto digno de nota é a possibilidade de “perturbação” a partir de questões relativas aos direitos fundamentais em seara

⁵⁸ COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. Fragmentos de Constituição e Transconstitucionalismo: Cenários atuais da Teoria Constitucional. In: *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre*, v. 34, n. 1, p.1-26, jan./jun. 2018. p. 11.

⁵⁹ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p.101.

⁶⁰ MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. In: *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, v. 18, n. 1pp. 351-373, jun./2006, p.359-360.

transnacional, em que sujeitos privados figuram como responsáveis em potencial pela sua violação. Este ponto é especialmente relevante para este trabalho pois boa parte das celeumas envolvendo a inteligência artificial e os seus impactos na economia do conhecimento está relacionada aos receios em relação aos poderes inerentes aos detentores dos recursos necessários para o desenvolvimento e distribuição de aparatos tecnológicos com tal tipo de tecnologia.

Na leitura de Maicon Crestani⁶¹:

A conclusão do autor [Teubner] é que a justiça dos direitos fundamentais só pode ser formulada de maneira negativa, quando há o afastamento de situações injustas. Por outro lado, a justiça não consegue dizer o que seria justo em termos de direitos fundamentais, afirmativamente. Com efeito, nesse particular Teubner lança uma conclusão realista sobre a questão da justiciabilidade em relação à violação dos direitos fundamentais pela matriz anônima. Em sua conclusão sobre o tema, o autor refere que “Todas as tentativas palpáveis de uma judicialização dos direitos humanos não podem escamotear que se trata de um projeto impossível em sentido estrito.

Ou seja, num contexto repleto de sistemas e subsistemas fragmentados não é possível afirmar um conjunto finito e determinável de coisas que poderiam se considerar justas, mas se pode identificar um conjunto não aprioristicamente determinável de elementos que não são justos de acordo com a análise das variáveis do sistema. Assim seria possível determinar, pela auto-observação a posteriori dos sistemas acoplados, quais ações da iniciativa privada em relação à economia do conhecimento e aos impactos da inteligência artificial não são justas de

⁶¹ CRESTANI, Maicon. Vinculação dos direitos fundamentais transnacionais a atores privados: apontamentos sobre o problema da sua caracterização e resolução de conflitos. In: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (orgs.). Atualidade da Constituição: o constitucionalismo em Luhmann, Febrajo, Teubner e Vesting. Porto Alegre: Editora Fi, 2020. p.283.

acordo com as regras dos sistemas, mesmo que não seja possível determinar claramente qual o limite exato daquilo que é justo.

E, para tal exercício reflexivo, não se pode tomar em conta exclusivamente o modelo de constituição centrado no Estado. Como Teubner afirma, hodiernamente existe a emergência de um acúmulo de constituições civis que já se configura como uma tendência real que pode ser observada em escala global. Gerou-se um processo de constitucionalização de uma multiplicidade de subsistemas autônomos da sociedade mundial.⁶² E ignorar o problema não coloca o Direito mais perto de solucioná-lo.

Uma vez reconhecida a multiplicidade das constituições, percebe-se a autolimitação do Direito a partir do próprio processo jurídico de reflexão. O sistema jurídico deve ser considerado como um sistema dentro de um ambiente e deve reconhecer ele mesmo a sua capacidade limitada de regulação dos outros sistemas sociais⁶³.

De acordo com Teubner, a sociedade mundial só pode ser constitucionalizada em seus fragmentos. Pode-se falar apenas em um sistema jurídico global que não existe como unidade, mas de maneira fragmentada nas constituições de certos âmbitos sociais setoriais. Uma integração das constituições civis parciais não pode ser esperada, ao passo que a colisão dessa multiplicidade de constituições pode, o que poderá gerar conexões entre as constituições, formando uma rede. Assim, ao Direito Privado caberia a elaboração do caráter próprio e da autonomia de suas constituições parciais, enquanto caberia ao Direito Público o desenvolvimento das constituições políticas, versando sobre as condições

⁶² TEUBNER, Gunther. El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global. Cap II - La Constitucionalización de la Sociedad Global. Traducción Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez Jara Díez. Ed. ARA: Lima, Peru, 2005. P. 78.

⁶³ MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. In: Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 18, n. 1, pp.351-373, jun./2006, pp.361-2.

estruturais das constituições civis e acerca das redes que se formarão entre as constituições parciais.⁶⁴

Ou seja, caberia ao Direito Público elaborar as regras básicas relativas ao sistema jurídico e político para que os demais subsistemas do direito e da sociedade se organizem de acordo com alguns pressupostos básicos, como os direitos fundamentais. A multiplicidade de atores, sistemas e subsistemas pode gerar fragmentos constitucionais, mas deve ocorrer um acoplamento entre os subsistemas e o sistema do direito para que os direitos básicos sejam resguardados. Assim, a economia do conhecimento e suas tecnologias podem se desenvolver, podendo identificar e sanar as injustiças provocadas por este contexto, bem como a inteligência artificial pode encontrar limites condizentes com o interesse dos demais subsistemas, e não apenas daquele que a desenvolve.

Considerações finais

Como visto, a economia do conhecimento da prática produtiva mais avançada que tem potencial para transformar radicalmente a vida humana. Pode significar mudança de grande vulto no caráter da atividade econômica. Ainda consiste na acumulação de capital, tecnologia, capacitações tecnológicas e ciência aplicados à condução das atividades produtivas, isto é, busca a inovação permanente em processos e métodos, assim como em produtos e tecnologias.

Todavia, não está amplamente difundida na sociedade, pois a economia do conhecimento está restrita a vanguardas produtivas insuladas, isto é, sob gerência de uma elite empresarial e tecnológica. Em outras palavras, apesar das empresas comercializarem amplamente seus produtos e serviços, bem como o acesso a suas plataformas e redes, não é

⁶⁴ TEUBNER, Gunther. El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global. Cap II - La Constitucionalización de la Sociedad Global. Traducción Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez Jara Díez. Ed. ARA: Lima, Peru, 2005. p.111.

pela utilização desses produtos e serviços que uma empresa ou indivíduo passa a fazer parte da prática mais avançada de produção. Por certo, a empresa pode usar esses produtos e serviços para desempenhar certas atividades com mais eficiência, mas não é detentora do conhecimento para produzir essa avançada prática de produção.

Mesmo não estando amplamente difundida e estando na fase insular, analisou-se que tal fato já ocasionou o surgimento de fragmentos constitucional, nas palavras de Teubner, e muitas mudanças ainda estão por vir, como as fortes disputas no mercado de trabalho, mudanças demográficas, alterações legislativas, soberania do Estado nacional, entre outras.

Em vista deste contexto ainda imprevisível, observou-se que os fragmentos constitucionais, já presentes no cenário mundial, far-se-ão ainda mais relevantes na era digital, principalmente com a presença da tecnologia artificial. Esta, por sua vez, aumentou o poder da cognição, baseado e caracterizado pela Internet móvel, impactando diretamente as relações jurídicas.

Como foi demonstrado ao longo deste artigo, a inteligência artificial objetiva alcançar o aprendizado e reproduzir o modo de raciocínio da mente humana, a fim de fornecer respostas e facilitar todas as áreas de conhecimento e desempenho que o homem possa precisar.

Todas essas mudanças provocadas pela economia do conhecimento e inteligência artificial, principalmente os impactos ao cotidiano da população e nas relações jurídicas, como o enfraquecimento das fronteiras nacionais e do empoderamento de organismos internacionais, fizeram surgir o questionamento sobre a possibilidade ou não de uma constituição global.

Como visto, Teubner afirma que, com a emergência de fenômenos transnacionais, alguns elementos dos processos políticos de poder

deslocaram-se significativamente para as mãos de atores coletivos privados, impossibilitando a manutenção da centralidade de Estado e política na análise constitucional e justificando uma análise sociológica das constituições. Necessita-se, portanto, de uma constituição híbrida neste direito híbrido que está posto no mundo contemporâneo, para que se possibilite que os elementos e as forças sociais externas – normatizações jurídicas e contrapoderes da sociedade civil – exerçam pressão sobre os sistemas funcionais, criando autolimitações internas que realmente funcionem.

Desse modo seria possível determinar, pela auto-observação a posteriori dos sistemas acoplados, quais ações da iniciativa privada em relação à economia do conhecimento e aos impactos da inteligência artificial não são justas de acordo com as regras dos sistemas, mesmo que não seja possível determinar claramente qual o limite exato daquilo que é justo. E, para tal exercício reflexivo, não se pode tomar em conta exclusivamente o modelo de constituição centrado no Estado. Como Teubner afirma, existe a emergência de um acúmulo de constituições civis que já se configura como uma tendência real que pode ser observada em escala global.

Todavia, observou-se que, segundo Teubner, a sociedade mundial só pode ser constitucionalizada em seus fragmentos, isto porque um sistema jurídico global não existe como unidade, mas de maneira fragmentada nas constituições de certos âmbitos sociais setoriais. Logo, não seria possível uma constituição global, nos moldes de uma constituição civil.

Além disso, Teubner explica que deve ocorrer um acoplamento entre os subsistemas e o sistema do direito para que os direitos básicos sejam resguardados. Desse modo, a economia do conhecimento e suas tecnologias podem se desenvolver, podendo identificar e sanar as injustiças provocadas por este novo contexto, bem como a inteligência

artificial pode encontrar limites condizentes com o interesse dos demais subsistemas, e não apenas daquele que a desenvolve. Assim, a constitucionalização da sociedade global em seus fragmentos permite o avanço da economia do conhecimento e suas tecnologias, como também o respeito e a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Referências

BELLMAN, Richard. **An Introduction to Artificial Intelligence: Can Computers Think?** Boyd & Frase, 1978.

BRAVO, Álvaro A. Sánchez. Marco europeo para uma inteligência artificial basada en las personas. In BRAVO, Álvaro A. Sánchez. **Derecho, Inteligencia Artificial y Nuevos Entornos Digitales**. Sevilla/Espanha, 2020. ISBN: 978-84-18416-15-6.

BUFFON, Marciano. ¿La economía del conocimiento reduce la desigualdad de renta y riqueza? In BRAVO, Álvaro A. Sánchez. **Derecho, Inteligencia Artificial y Nuevos Entornos Digitales**. Sevilla/Espanha, 2020. ISBN: 978-84-18416-15-6.

CÁCERES, Enrique. **Inteligencia Artificial, Derecho y E-Justice**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie, año XXXIX, núm. 116, mayo-agosto de 2006.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Org.) **A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Acção Política**. Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2005.

COPELAND, Jack. **Inteligencia artificial: Una introducción filosófica**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

CORREIA DA SILVA, Nilton. Inteligência Artificial. In: **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade** / coordenação Ana Frazão e Caitlin Mulholland. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. Fragmentos de Constituição e Transconstitucionalismo: Cenários atuais da Teoria Constitucional. In: **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 34, n. 1, p.1-26, jan./jun. 2018.

CRESTANI, Maicon. Vinculação dos direitos fundamentais transnacionais a atores privados: apontamentos sobre o problema da sua caracterização e resolução de conflitos. In: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (orgs.). **Atualidade da Constituição**: o constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

ENGELMANN, Wilson; WERNER, Deivid Augusto. Inteligência Artificial e Direito. In: **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade** / coordenação Ana Frazão e Caitlin Mulholland. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

FENOL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2018.

GODINHO, Adriano Marteleto; ROSENVALD, Nelson. Inteligência Artificial e a responsabilidade civil dos robôs e de seus fabricantes. In: **Responsabilidade civil: novos riscos** / Adalberto Pasqualotto; organizado por Nelson Rosenvald, Rafael de Freitas Valle Dresch, Tula Wesendonck. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2019.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. **Inteligência artificial e direito** / Fabiano Hartmann Peixoto, Roberta Zumblick Martins da Silva. 1 ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Inteligência Artificial como Oportunidade para a Regulação Jurídica. **RDU**, Porto Alegre, Volume 16, n. 90, 2019, p. 11-38, nov-dez 2019.

LIMBERGER, Têmis; SANTANNA, Gustavo da Silva. O uso da inteligência artificial pela administração judiciária: da expectativa à realidade. In: **Direito e inteligência artificial: o desafio ético no emprego das novas tecnologias**/ organização de José Eduardo de Miranda, Hai de Maria Hupffer, Wilson Engelmann. 1 ed. Curitiba: Brazil Publishing, 2020.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Luhmann, Niklas. (1997), "Globalization or world society: how to conceive of modern society?". *In: International Review of Sociology*, 7 (1): 67-79.

MAGRANI, Eduardo. **A internet das coisas**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2018

MCGINNIS, John O.; PEARCE, Russell G. The great disruption: how machine intelligence will transform the role of lawyers in the delivery of legal services. **Fordham Law Review**, [S.l.], v. 82, p. 3065-3066, 2014.

MELLO, Marcelo Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner. *In: Tempo Social*, revista de sociologia da USP, v. 18, n. 1, pp.351-373, jun./2006,.

MENDOZA, Lucana María Estévez. Regulación de la inteligencia artificial y la protección de los derechos fundamentales em la cuarta revolución industrial. **Memórias do XXIII Congresso Ibero-Americano de Direito e Informática / FIADI** y Luiz Fernando Martins Castro (organizador). Timburi/SP: Editroa Cia do eBook, 2019.

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

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PÉREZ LUÑO. Antonio Enrique. **Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?**. Gedisa, 2003.

RAMGE, Thomas. **Who´s afraid os AI?** New York/NY: The experimento, 2019.

ROCHA, Leonel Severo. Teoria dos sistemas sociais autopoieticos: perspectivas de uma matriz jurídica contemporânea. *In: ROCHA, Leonel Severo (org.). Paradoxos da auto-observação*: percursos da Teoria Jurídica Contemporânea. 2. ed. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2013.

RUSSEL, Stuart J.; NORVIG, Peter. **Artificial Intelligence: A Modern Approach**, Third Edition, Pearson Education Limited, 2016.

SCHERER, Matthew U. **Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies**. Harvard Journal of Law & Technology. Volume 29, Number 2, Spring 2016.

SCHWAB, Klaus. **The fourth industrial Revolution**. World Economic Forum, 2016.

SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. Aplicando a Quarta Revolução Industrial. Prefácios de Satya Nadella, João Doria; tradução Daniel Moreira Miranda – São Paulo: EDIPRO, 2018

STONE, Peter, ET AL. **Artificial Intelligence and life in 2030**: report of the 2015-2016, Stanford University, 2016. Disponível em: https://ai100.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj9861/f/ai100report10032016fnl_singles.pdf. Acesso em: 12 de janeiro de 2021.

TAULLI, Tom. **Introdução à Inteligência Artificial**: uma abordagem não técnica. São Paulo: Novatec Editora. 2020.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; MEDON, Filipe. Responsabilidade civil e regulação de novas tecnologias: questões acerca da utilização de inteligência artificial na tomada de decisões empresariais. **Revista Estudos Institucionais**. V. 6, n. 1, p. 301-333, jan/abr. 2020.

TEUBNER, Gunther. **El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global**. Cap II - La Constitucionalización de la Sociedad Global. Traducción Manuel Cancio Meliá e Carlos Gómez Jara Díez. Ed. ARA: Lima, Peru, 2005.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

UNGER, Roberto Mangabeira. Economia do conhecimento; traduzido por Leonardo Castro – São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

VELÁSQUEZ, Angie Verónica Rubio. IA em contacto con el derecho. **Memórias do XXIII Congresso Ibero-Americano de Direito e Informática** / FIADI y Luiz Fernando Martins Castro (organizador). Timburi/SP: Editroa Cia do eBook, 2019.

Liberdade de expressão no estado democrático de direito e a perspectiva reflexiva de Gunther Teubner

*Carlos Arruda Flores*¹

Introdução

O presente artigo procura traçar, sem qualquer pretensão conclusiva, considerações sobre a liberdade de expressão enquanto direito de manifestação, traçando seus contornos a partir da perspectiva reflexiva de Gunther Teubner.

Com a rede mundial de computadores, os cidadãos brasileiros passaram a ter maior acesso à informação, a notícias em tempo real. A internet promoveu uma verdadeira revolução digital na dinâmica comunicativa entre as pessoas. A convivência digital se tornou tão intensa que tem suscitado embates acalorados nas redes sociais e, como não poderia deixar de ser, nas instituições que formam o Estado Democrático de Direito.

No centro desses embates diários estão inúmeros direitos, obrigações e princípios. Até mesmo o direito ao esquecimento é suscitado em relação à liberdade de expressão. É preciso que o direito analise melhor esse instituto, verifique o seu alcance, suas limitações e dê respostas à sociedade.

Para compreender adequadamente o instituto da liberdade de expressão e a sua finalidade no arcabouço jurídico do Estado Democrático

¹ Carlos Arruda Flores. Disciplina: Sistemas Sociais e Direito. Professor: Dr. Leonel Severo Rocha. Curso de Doutorado em Direito – UNISINOS, São Leopoldo-RS; linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos. E-mail: carlosarrudaflores@hotmail.com

de Direito é preciso iniciar com um breve apanhado histórico, citar suas principais fontes normativas, grupos de interesse que o defendem incondicionalmente, reflexos ou efeitos nocivos da ausência de limites, efeitos nocivos de restringi-lo ou condicioná-lo. Do mesmo modo, serão tecidos comentários sobre limites à liberdade de expressão.

Ultrapassado esse ponto, serão feitas considerações sobre a perspectiva reflexiva de Gunther Teubner, tentando demonstrar de que modo ela pode ser aplicada no tocante à liberdade de expressão. Assim, o presente artigo pretende apresentar caminhos de convergência ou convivência social harmoniosa, de forma a preservar um dos principais pilares do Estado Democrático de Direito.

2 – Breve histórico sobre a liberdade de expressão

A liberdade de expressão é um direito atinente à possibilidade de pensar e emitir opiniões. Ela está relacionada com o próprio existir, pois sentir e expressar esse sentimento ou impressão sobre algo é inerente à condição humana.

Não por acaso, a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pós Revolução Francesa de 1789, prevê a liberdade de expressão em seus artigos 10º e 11, do seguinte modo: “ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.” O artigo 11 prevê que: “a livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos legais”.

A ONU também inseriu esse direito na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, mais precisamente no artigo 19 que assim menciona: “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e

expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”.

O preceito fundante da liberdade de expressão é citado na doutrina de Miguel Carbonell como: “busca pela verdade, auto realização individual e incremento na participação democrática². De fato, pode-se dizer que liberdade de expressão e democracia ativa são institutos indissociáveis.

No Brasil, a liberdade de expressão está prevista em diversos instrumentos normativos, cumprindo, aqui, destacar sua presença expressa na Constituição Federal de 1988, mais precisamente nos artigos 5º, 150, VI, “d” e implicitamente em diversos preceitos que tratam da ordem social (art. 193), da comunicação social (art. 220).

Os incisos IV e V do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 podem ser citados como os principais pontos em que esse direito é reconhecido expressamente, vejamos: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.³

Verifica-se, assim, que direito brasileiro consagra na sua carta maior a liberdade de expressão, dando a ela contornos especiais de direito fundamental.

3 – Comunicação e liberdade de expressão no direito brasileiro atual

A comunicação é um instrumento de intercâmbio e uma ferramenta poderosíssima de convencimento e de afirmação de ideias, opiniões, desejos. Os seres humanos a praticam entre si há milhares de anos,

² CARBONELL, Miguel. El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional. In: **Sufragio-Revista Especializada en Derecho Electoral**. Número 5 Jun-Nov, 2010, pp. 20-29. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/5/art/art4.pdf>, acesso em 28/12/2020.

³ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03?constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05 jan. 2021.

formando uma certa identidade cultural entre povos, grupos, facções e nações.

Vimos no tópico anterior que a Constituição Federal Brasileira de 1988 previu e resguardou a comunicação em todos os níveis, ou seja, desde a manifestação individual, passando pela coletiva e finalizando na de massa.

Na medida em que a comunicação entre os cidadãos tornou-se extremamente rápida e dinâmica, sobretudo por meio de redes sociais e outros canais comunicativos que utilizam a internet como meio de interconexão, surgiu uma nova dinâmica social, permeada por debates polêmicos sobre assuntos, que sempre dividem opiniões.

Nesse enredo de discussões, achismos, aforismos, também emergem debates jurídicos interessantes. Questões de relevo jurídico despontam das mais diversas fontes, sempre tentando justificar concepções pessoais ou de organizações. Como exemplo pulsante temos a questão da liberdade de expressão, frequentemente suscitada pela imprensa como uma barreira absoluta, incondicional. Por óbvio a intenção da imprensa ou dos veículos de imprensa não é a de preservar liberdades individuais, mas de manter o seu próprio negócio vivo, livre de cerceamentos ou restrições externas.

A imprensa, as mídias sociais, os influenciadores digitais, todos eles possuem um ponto em comum, a capacidade e o poder de convencimento, de influenciar e direcionar as pessoas, eles podem mostrar recortes da realidade conforme a concepção de seu editorial e, com isso, provocar sentimentos e reações desejadas nos cidadãos.

Então, se de um lado temos o interesse de sistemas poderosos como a imprensa e de mídias sociais pressionando para que se reconheça como ampla e totalmente irrestrita a liberdade de expressão, de outro temos inúmeros cidadãos comuns, que sofrem diariamente os efeitos danosos de calúnias, difamações e de outros crimes digitais. Até mesmo a simples

divulgação de notícias verdadeiras, que mancham a imagem ou a reputação pessoal dos atingido, é capaz de gerar danos irreversíveis.

Assim, visando prevenir essas situações indesejadas, a Constituição Federal de 1988, no seu capítulo V, teceu importantes considerações sobre a comunicação social, princípios a serem observados por quem produz programas de comunicação coletiva ou de massa.

O caráter global da liberdade de expressão e sua fundamental aplicação a todo e qualquer Estado Democrático de Direito possibilitou o surgimento de diversas formas de regulação social, regulações não submetidas aos sistemas políticos e às autoridades de Estados nacionais.

Há múltiplas camadas e atores numa espécie de “constelação pós-nacional” de estruturas regulatórias ou, citando Teubner, “fragmentos constitucionais”, uma pluralidade transnacional. Não há dúvida de que centros de poder que criam e estabelecem normas aceitas e seguidas por determinados grupos estabelecem, na verdade, fragmentos constitucionais ou, no mínimo, normas cuja eficácia não se restringe ao âmbito de alcance de um ou de determinados estados nacionais.

Ainda que se possa dizer que essas “constituições fragmentadas” não equivalham funcionalmente às constituições políticas, é inegável que elas cumprem um papel de alta relevância diante de vácuos legislativos ou, mais precisamente, de espaços de omissão do poder político estatalmente organizado.

A internet permitiu a comunicação global em todos os níveis (em massa, coletiva ou individual), encurtou distâncias geográficas, tornou a informações conhecida instantaneamente, democratizou a troca de informações, deu voz a quem não tinha espaço. Tudo isso de forma barata, quase gratuita, com tráfego de dados gratuito.

Sistemas de comunicação ponto a ponto como o aplicativo *whatsapp* utilizam ferramentas de tráfego de dados impossíveis de serem

interceptadas Essa sistemática, ao mesmo tempo em que resguarda a privacidade dos cidadãos, também serve de ferramenta para diversos tipos de delinquentes e organizações criminosas. Desse modo, surgiu um importante debate entre aqueles que defendem a fragilização de todo o sistema utilizado, para que os órgãos de controle (do estado nacional) possam interceptar mensagens de organizações criminosas ou de suspeitos de crimes e aqueles que defendem a integridade do sistema, a prevalência da confidencialidade, a segurança na comunicação entre os cidadãos.

Para poder enfrentar esse e tantos outros debates que surgem hodiernamente, é preciso analisar questões afetas à liberdade de expressão. Em especial na concepção do que se entende por ela, do que a justifica.

A liberdade de expressão pode ser justificada de diversas formas, cumprindo destacar as duas principais linhas de sustentação, instrumental e substancial. Na linha instrumental ela seria o meio para o alcance de uma finalidade maior, que pode ser a democracia, o Estado Democrático de Direito, o descobrimento da verdade. Já no tocante à linha substancial, ela importa por si só, por ser algo inerente aos cidadãos, inerente à dignidade da pessoa humana.⁴

Eduardo Andrés Bertoni cita que a relação com a democracia faz da liberdade de expressão um direito humano que, se desrespeitado, põe em risco a vigência de todos os outros valores e princípios que norteiam uma sociedade democrática.⁵

O autor deste artigo entende que a justificação da liberdade de expressão está nas duas linhas, de forma concomitante e complementar.

⁴ CHEQUER, Claudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie** (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 17.

⁵ BERTONI, Eduardo Andrés. Prólogo. In: *A Liberdade de Expressão na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em http://www.adcsidh.org/images/files/documento_estandares_libex_final_ultimoport.pdf, acesso em 10 jan. 2021.

A liberdade de expressão é um meio e um fim, é um pilar de sustentação e uma condição de existência da democracia viva ou ativa.

No tocante à comunicação social, tem-se que o Capítulo V, Título VIII da Constituição Federal de 1988 trata de temas relacionados a isso, da liberdade de expressão coletivamente considerada. No artigo 220, *caput*, temos a proibição de qualquer restrição à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação por qualquer veículo emissor.

Percebe-se, portanto, que o texto da constituição brasileira em vigor preocupou-se muito com a liberdade de expressão, com o jornalismo livre, com a manifestação sem qualquer tipo de restrição. Esse posicionamento sobreveio como resposta aos tempos de ditadura militar e de ampla censura ao trabalho da imprensa. Em que pese a carta maior brasileira tenha primado por observar a liberdade de expressão, seja ela individual ou coletiva, nela também constam restrições como no tocante à publicidade de drogas lícitas e ao monopólio ou oligopólio de veículos de imprensa.

Nesse ponto o constituinte agiu corretamente, tão perigoso como restringir a liberdade de expressão, é concentrar o controle de veículos de comunicação de massa nas mãos de monopólios ou de oligopólios. Objetivos culturais, artísticos e educativos também foram previstos na constituição federal como princípios a serem observados pela comunicação de massa.

No artigo 222 tem-se a limitação de controle de veículos de comunicação por entidades estrangeiras: “A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País”⁶.

⁶ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03?constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05 jan. 2021.

Vigora no Brasil o sistema de concessões das frequências de rádio e televisão, estando no Poder Executivo a competência para outorgar ou renovar tais licenças por tempo determinado. O artigo 223 da Constituição Federal de 1988 prevê alguns meandros do sistema de concessão.

Portanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe sobre a liberdade de expressão nas duas linhas aqui inicialmente expostas, privilegiando em alguns momentos a substancialidade (incisos do art. 5º) e, em outros trechos, a instrumentalidade inerente ao alcance de um Estado Democrático de Direito em sentido pleno.

Importa, igualmente, apontar que a suprema corte brasileira vem julgando diversos casos que envolvem a liberdade de expressão, dando uma interpretação instrumental a esse direito, entendendo ele como um importante pressuposto para democracia. Salise Monteiro Sanchotene identificou alguns standards hermenêuticos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à liberdade de expressão, são eles: não protege ilícitos penais, não incentiva a intolerância racial e a violência, não autoriza a reprodução não consentida de imagem que, mesmo sem finalidade depreciativa, caracterize dano à honra e reserva ao judiciário a apreciação de eventual abuso⁷.

O Supremo Tribunal Federal vem sendo hostilizado, mal interpretado, criticado por influenciadores digitais e por pessoas que não compreendem adequadamente sua função institucional. Cobram alinhamento político, quando ele deve justamente contrabalancear os demais poderes. Cobram coesão, decisões de corpo coletivo, quando a riqueza maior do supremo está nas divergências, no constrangimento epistêmico que advém dos debates.

⁷ SANCHOTENE, Salise Monteiro. Limites, ponderações de direitos fundamentais. Liberdade de expressão e direito à honra/dignidade da pessoa humana. In: PAULSEN, Leandro. (coord.). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 232.

Em episódio recente, um deputado federal gravou um vídeo em que atacou e ameaçou diversos ministros do Supremo Tribunal Federal, ofendeu a instituição e defendeu a volta do AI-5. Foi preso por decisão do ministro Alexandre de Moraes, prisão essa confirmada posteriormente pela unanimidade dos ministros. O fato é público e de amplo conhecimento, mas o que mais interessa aqui são as reflexões em torno dele. De artigo escrito por Lenio Luiz Streck no Conjur extrai-se: “Diz o deputado que estava sob o manto protetor da imunidade. Só que, em primeiro lugar, a finalidade da imunidade é proteger a democracia e não a de servir de escudo para destruí-la.”⁸

Lenio foi preciso e atingiu o alvo ao mencionar que: “E esse é mais um episódio, entre os tantos vários dos últimos tempos, de algo legítimo sendo usado para defender o seu contrário. Aqui, é a imunidade contrariando sua própria razão de existência.” Mais adiante, no mesmo artigo, Lenio arrematou: “Atentar contra o Estado de Direito é algo que impõe que nenhum democrata reste silente. Não gosta do Supremo? Imagine como seria sem ele”.⁹

4 – A tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal em 11 de fevereiro de 2021 e alguns limites à liberdade de expressão

O Supremo Tribunal Federal brasileiro debateu recentemente a questão envolvendo a liberdade de expressão e o direito ao esquecimento. O debate centrou-se mais precisamente sobre o reconhecimento do direito ao esquecimento no direito constitucional pátrio. Majoritariamente, restou decidido que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição

⁸ STRECK, Lenio Luiz. Deus morreu e agora tudo pode? Reflexões sobre a prisão do deputado. Conjur 17-02-2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-17/streck-deus-morreu-agora-tudo-prisao-deputado> Acesso em 18 fev. 2021.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. Deus morreu e agora tudo pode? Reflexões sobre a prisão do deputado. Conjur 17-02-2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-17/streck-deus-morreu-agora-tudo-prisao-deputado> Acesso em 18 fev. 2021.

Federal Brasileira de 1988, que eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso.

O julgamento do pleno foi finalizado no dia 11 de fevereiro de 2021, foi negado provimento ao Recurso Extraordinário n. 1010606, com repercussão geral reconhecida. A Tese firmada pelo Supremo ao apreciar o tema 786 foi a seguinte:

É incompatível com a Constituição Federal a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social – analógicos ou digitais. Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais, especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral, e as expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível.¹⁰

É interessante transcrever alguns argumentos utilizados por ministros nesse debate para, então, tecer algumas colocações. A ministra Cármen Lúcia afirmou, em síntese, que: “não há como extrair do sistema jurídico brasileiro, de forma genérica e plena, o esquecimento como direito fundamental limitador da liberdade de expressão” “e, portanto, “como forma de coatar outros direitos à memória coletiva”. Ela também se referiu ao direito à verdade histórica no âmbito do princípio da solidariedade entre gerações e considerou que não é possível, do ponto de vista jurídico, que uma geração negue à próxima o direito de saber a sua história. “Quem vai saber da escravidão, da violência contra mulher, contra índios, contra

¹⁰ <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603> Acesso em 13 fev. 2021.

gays, senão pelo relato e pela exibição de exemplos específicos para comprovar a existência da agressão, da tortura e do feminicídio?”¹¹

Por sua vez, o ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a liberdade de expressão é um direito de capital importância, ligado ao exercício das franquias democráticas. No seu entendimento, enquanto categoria, o direito ao esquecimento só pode ser apurado caso a caso, em uma ponderação de valores, de maneira a sopesar qual dos dois direitos fundamentais (a liberdade de expressão ou os direitos de personalidade) deve ter prevalência. “A humanidade, ainda que queira suprimir o passado, ainda é obrigada a revivê-lo”, disse.¹²

O ministro Gilmar Mendes asseverou que com base nos direitos à intimidade e à vida privada, a exposição humilhante ou vexatória de dados, da imagem e do nome de pessoas (autor e vítima) é indenizável, ainda que haja interesse público, histórico e social, devendo o tribunal de origem analisar o pedido de indenização. Citou que liberdade de expressão e direito ao esquecimento são normas de mesma hierarquia, sendo necessário examinar de forma pontual qual deles deve prevalecer para poder verificar o direito de resposta e a possível indenização.

Marco Aurélio de Melo afirmou que o artigo 220 da Constituição Federal brasileira assegura a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, que ele está inserido em um capítulo que sinaliza a proteção de direitos. “Não cabe passar a borracha e partir para um verdadeiro obscurantismo e um retrocesso em termos de ares democráticos”, citou. Segundo o ministro, os veículos de comunicação têm o dever de retratar o ocorrido.¹³

¹¹ <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460414&ori=1> Acesso em 13 fev. 2021.

¹² <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460414&ori=1> Acesso em 13 fev. 2021.

¹³ <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460414&ori=1> Acesso em 13 fev. 2021.

O atual presidente do Supremo, ministro Luiz Fux, argumentou ser inegável que o direito ao esquecimento é uma decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, e, quando há confronto entre valores constitucionais, é preciso eleger a prevalência de um deles. Para o ministro, o direito ao esquecimento pode ser aplicado. Mas, no caso dos autos, ele observou que os fatos são notórios e assumiram domínio público, tendo sido retratados não apenas no programa televisivo, mas em livros, revistas e jornais.¹⁴

É importante frisar que a tese jurídica firmada será aplicável a todas as instâncias do Poder Judiciário Brasileiro. A maioria dos ministros da suprema corte votou por não reconhecer a constitucionalidade do direito ao esquecimento. Analisando o teor dos votos, vê-se que alguns argumentos são específicos do caso paradigma, mas outras colocações são genéricas, em tese. Restou definido que: o direito à liberdade de expressão, de informação prevalecem, em tese, sobre o direito ao esquecimento. A suprema corte deixou bem claro que isso não é um salvo conduto, que excessos e/ou abusos podem e devem ser analisados caso a caso.

A este autor parece que a resposta dada pela suprema corte está correta, que ela guarda coerência com os preceitos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e com o contexto que o país vive. Em que pese o direito ao esquecimento seja igualmente relevante, a democracia brasileira ainda não atingiu nível de maturidade suficiente para separar corretamente fatos de interesse público, social, histórico, daquilo que deve ser preservado para não ferir a imagem, a honra ou a privacidade das pessoas. O passado recente do Brasil, a censura e os abusos cometidos durante a ditadura militar, tudo isso ainda se faz muito presente. O Brasil ainda não aprendeu o suficiente sobre transparência,

¹⁴ <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460414&ori=1> Acesso em 13 fev. 2021.

liberdade, respeito às posições contrárias e, por isso, seria perigosa e passível de desvirtuamento a aplicação imediata do direito ao esquecimento.

A liberdade de expressão, seja ela de cunho individual ou coletivo, é um direito limitado, passível de aferição em casos concretos. O ordenamento jurídico brasileiro apresenta ou impõe limites à ela, dentre eles é possível citar a proibição do anonimato, a vedação a discursos de ódio ou racistas, o direito de resposta, a necessidade de prévia concessão para serviços de radiodifusão, a regulação de diversões e espetáculos, a responsabilidade civil e/ou criminal por danos em caso de abuso, imunidade parlamentar por votos e manifestações, imunidade tributária para livros, jornais, periódicos, restrição a publicidade de produtos nocivos à saúde ou ao meio ambiente, proibição de controle de mídias de massa por capital estrangeiro, proibição de monopólio ou oligopólio dos sistemas televisivos e de radiodifusão.

A própria Constituição Federal de 1988 limita a liberdade de expressão em diversos pontos, como exemplo é possível citar o disposto no inciso X do artigo 5º em que resta determinado que não se pode ferir a intimidade, privacidade, honra e imagem de outra pessoa. Frisa-se: não se pode invocar a liberdade de expressão para atacar outros direitos igualmente assegurados na constituição ou em outros diplomas normativos do ordenamento jurídico.

Não poderá haver discriminação, seja por raça, gênero, cor, origem, religião, classe social, pois isso fere outros direitos fundamentais igualmente previstos na Constituição Federal de 1988. Além disso, o Estado também pode, por meio de legislação específica, limitar e/ou proibir a divulgação de algum conteúdo específico que fira algum direito fundamental ou que promova a discriminação por qualquer meio. Um bom exemplo é o contido no artigo 220, § 4º da Constituição Federal de

1988, o qual restringe a propagando de drogas lícitas como bebidas alcoólicas, derivados de tabaco, agrotóxicos, medicamentos de uso restrito.

Um exemplo interessante de limitação à liberdade de expressão pode ser extraído do artigo 2016-A da Constituição Federal de 1988. Ele criou o Sistema Nacional de Cultura, estabelecendo a democratização dos processos decisórios mediante participação e controle social:

Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios:

[...]

X - democratização dos processos decisórios com participação e controle social;

Percebe-se, a partir da leitura desse dispositivo, que há participação direta na escolha do conteúdo do Plano Nacional de Cultura, ou seja, que há participação social na definição daqueles que obterão financiamento do Ministério da Cultura. Esses conselhos são ótimas formas de controle social, pois não são censura, mas formas de participação democrática da sociedade em todas as etapas.

Na medida em que houver participação ativa dos cidadãos nos processos comunicacionais, que movimentos organizados estimularem a maior inserção da sociedade civil em processos decisórios, passar-se-á a um patamar mais avançado, passaremos a ter o direito humano de comunicarmos.

5 – A perspectiva reflexiva de Gunther Teubner aplicada à liberdade de expressão

No início do presente artigo constou que a pretensão é fazer uma breve análise acerca do direito de liberdade de expressão no Brasil, sob a perspectiva reflexiva de Gunther Teubner. Pois bem, o “Direito Reflexivo”, termo criado por Gunther Teubner, compreende o direito baseado em um sistema autopoietico, o qual deve manter sua interface sistêmica relacional com outros sistemas sociais, como por exemplo, a economia, a sociologia, a comunicação e a política. Essa comunicação intersistêmica pode fortalecer uma conduta simétrica por parte dos operadores do direito e dos demais agentes sociais, fazendo com que a liberdade de expressão tenha uma aplicação viável, socialmente aceitável.

O gatilho para isso pode ser uma interpretação hermenêutica diferenciada, inovadora, definida pelo operador do Direito. Na medida em que os diversos atores sociais convergem no tocante à relevância de fomentar políticas públicas, em que atos e ações sociais convergem no fortalecimento da liberdade de expressão, ela adquire o condão de se tornar algo intrínseco ao pensamento coletivo, um limite às ações ou condutas que a tolham.

No momento em que a liberdade de expressão representar um caminho sem volta, que qualquer tentativa de enfraquecê-la seja inadmissível, teremos firmado um dos principais pilares da democracia ativa. É preciso despertar na sociedade essa consciência reflexiva, algo que ultrapassa a mera vontade ou o desejo, é um pensar inteligente, transdisciplinar, que estabelece limites e que não admite concessões nesses mínimos de civilidade e liberdade.

Nas palavras de Canotilho, todo e qualquer ordenamento jurídico necessita de uma pluralidade de sujeitos, de organização e normatização,

mas não só disso, ele acrescenta que se olharmos para a realidade da ordem jurídica, verificaremos que existem certos “dados”, “cristalizações sociais”, certos “fenômenos jurídicos” representados por instituições, que funcionam por meio de normas. Portanto, uma instituição é, antes de tudo, um modelo de ação ou padrão de comportamento, um espaço de ligação do indivíduo com a sociedade, um local de socialização e estabilização dos padrões de conduta e das formas comportamentais. Essas instituições, portanto, podem ser consideradas como padrões comportamentais, mas isso não quer dizer que não mudem ou que estejam imunes à regulação estatal.¹⁵

Essas instituições produzem normas, sendo que compete ao operador do direito aplicar a legislação vigente, dirimir os conflitos existentes. Então Canotilho arremata dizendo que a unidade da ordem jurídica parece estar definitivamente ultrapassada. A tensão entre a ordem e o caos coloca-nos então perante este problema: como navegar no cosmos normativo? O ponto de partida aqui acolhido pode resumir-se da seguinte forma - a ordem, a hierarquia das normas e os conflitos de normas não encontram fundamento só e fundamentalmente nas próprias normas, mas sim na ordem das instituições politicamente legitimadas.¹⁶

Gunter Teubner também teve essa percepção, também perscrutou os desafios do mundo atual, aprofundando suas bases teóricas reflexivas, em grande parte, dos estudos sociológicos de Niklas Luhmann. Assim, ele tenta explicar os nexos entre o fenômeno jurídico e as relações sociais, estuda as conexões que o sistema jurídico mantém com o seu ambiente, partindo do conceito de autopoiese. Gunter Teubner utiliza a qualidade da

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1.017.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 1.021.

autonomia e da autorreferência dos sistemas biológicos para explicar os sistemas sociais, e nessa medida o sistema jurídico. Diferentemente de Luhmann, para quem o sistema autopoietico é autônomo e, sendo assim, fechado, Teubner conclui pela relatividade dessa autonomia sistêmica.

Assim, tem-se que há um nada desprezível relacionamento entre o direito e outros sistemas. A globalização levou a uma intensificação da importância da lógica econômica e à perda da influência da autoridade política na medida em que se demonstra a incapacidade das instituições estatais no sentido de reger o curso da produção, das trocas e da repartição dos bens e da riqueza.

A capacidade regulatória estatal foi reduzida em razão dos processos globalizantes, sendo que esse contexto é o palco histórico-político para os estudos de Teubner. Buscam-se argumentos que validem e legitimem o direito e a regulação social, dando sustentação, concomitantemente, a instituições milenares como o Estado. A teoria autopoietica do direito busca dar essa resposta através do próprio sistema jurídico, por meio do desenvolvimento e da aplicação de uma teoria das fontes jurídicas na qual as normas possam ser geradas através de precedentes jurisprudenciais ou de outros processos de criação jurídica endógena. Componentes sistêmicos produzem componentes sistêmicos, um sistema vivo está, autonomamente, autoproduzindo, autorregulando, interagindo com o meio, desencadeando mudanças em razão de sua própria estrutura, não de agentes externos.

A perspectiva da teoria sistêmica de Niklas Luhmann e sua variação reflexiva em Teubner apresenta uma forma diferenciada de compreensão dos nexos entre fenômeno jurídico e relações sociais. Ela enseja uma consubstanciada interpretação sociológica do direito, reconstruindo os objetos do direito e da sociologia para explicar a natureza dos fenômenos sócio-jurídicos. Todo modelo teórico inicia da seleção de aspectos que

considera mais relevantes que outros para explicar um determinado fenômeno. Os pressupostos que não são selecionados ou que passam despercebidos são considerados vulnerabilidades da teoria apresentada. Enfim, uma teoria é uma representação intelectual de realidades.

É interessante a análise apresentada por Marcelo Pereira de Mello sobre a concepção sistêmica de Luhmann:

A concepção sistêmica, segundo a proposta de Luhmann, pretende explicar os padrões recursivos das interações entre os atores sociais, os quais formam sistemas de comunicação que, na realidade, constituem a própria natureza das sociedades. Luhmann propõe uma mudança no foco da análise sociológica contemporânea, que considera estar sustentada no que ele denomina “*corpus mysticum*” do sujeito. O autor critica, ainda, o fato de que todas as perspectivas sociológicas contemporâneas tomaram a ação social como um objeto em si da análise da sociedade. Dessa maneira, o autor pretende *desconstruir* o pilar central da Sociologia contemporânea de inspiração weberiana: a idéia de que a unidade elementar da análise sociológica são as ações sociais como construção de sujeitos, entendidos como atores sociais. Luhmann acena com o seguinte paradoxo para problematizar essa concepção “tradicional”: “Pode-se ainda dizer, naturalmente, que os seres humanos agem. Mas desde que isso sempre ocorre em situações, a questão que permanece é se e em que extensão a ação deve ser atribuída ao ser humano individual ou à situação” (LUHMANN, 1995, p. xliii).¹⁷

Enfim, Luhman propôs um novo modelo, pretende explicar os sistemas sociais, os quais se enquadrariam como sistemas abertos. Ele propõe superar a dicotomia todo e parte por uma clivagem entre sistema e ambiente. No caso do sistema legal, todas as unidades elementares, os atos legais, e a própria unidade do sistema como um todo, são ativados a partir do que o autor chama de redução de complexidades. A partir disso,

¹⁷ MELLO, Marcelo Pereira de. REVISTA DE SOCIOLOGIA E POLÍTICA Nº 25: 153-169 NOV. 2005. p. 159. Xxxxxx Acesso em 10 fev. 2021.

os sistemas submetem os estímulos do ambiente aos seus padrões próprios de entendimento e processamento sistêmico.¹⁸

Por sua vez, no modelo analítico de Gunter Teubner, o conceito de “reflexividade” do Direito surge como a contribuição original do autor à Teoria Sistêmica com que ele procura estabelecer as condições da comunicação sistema-ambiente, no caso concreto da interação entre o sistema jurídico e os subsistemas social, político e econômico. Segundo Teubner, a chave para a compreensão da autonomia do sistema jurídico reside na relação tripartite de auto-observação, autoconstituição e auto-reprodução.

O sistema jurídico torna-se perfeitamente auto-reprodutivo apenas quando os seus componentes sistêmicos auto-referencialmente constituídos encontram-se de tal modo imbricados que atos e normas jurídicas produzem-se reciprocamente entre si e o processo jurídico e a doutrina jurídica relacionam por seu turno essas inter-relações. Em sentido estrito, portanto, a autonomia jurídica abrange não apenas a capacidade do Direito de criar os seus próprios princípios, mas também a sua capacidade de auto-constituição de ações, a “juridificação” dos processos e a criação de institutos “jurídico-doutrinais”.¹⁹

Teubner identificou uma tensão entre dois processos paradoxais, o primeiro é a autonomização do direito, reflete-se no avanço do formalismo jurídico e da sistematicidade interna como expressão do direito. Isso decorreria da especialização funcional dos sistemas sociais, o segundo processo diz respeito à incorporação, igualmente progressiva, de princípios de justiça material e de seus conteúdos de justo, bom e correto

¹⁸ MELLO, Marcelo Pereira de. REVISTA DE SOCIOLOGIA E POLÍTICA N° 25: 153-169 NOV. 2005. p. 160-161. Xxxxxx Acesso em 10 fev. 2021.

¹⁹ MELLO, Marcelo Pereira de. REVISTA DE SOCIOLOGIA E POLÍTICA N° 25: 153-169 NOV. 2005. p. 163.. Xxxxxx Acesso em 10 fev. 2021.

aos processos judiciais. Desse modo, a juridicização não significa um crescimento do direito, mas um processo pelo qual o Estado do Bem-Estar Social produziu um tipo jurídico novo, o direito regulatório.

Nesse ponto faz-se uma ligação com a regulação da liberdade de expressão. O exercício da liberdade de expressão tem seus contornos sempre renovados, mantendo alto grau de relevância, até mesmo em razão da dinamicidade que caracteriza as relações sociais por meio da rede mundial de computadores. O potencial de dano instantâneo que a divulgação de fotos, vídeos, comentários, documentos ou opiniões produz faz com que diversos organismos e atores políticos queiram regular o exercício da liberdade de expressão.

Temos instituições, organizações e atores sociais defendendo a liberdade plena, ou seja, a ausência de proibições ou autorizações prévias para a prática de atos ou mesmo para o exercício da divulgação como atividade profissional. Todavia, de outro lado, temos cidadãos, atores sociais e outras instituições e organizações que entendem que a preservação da imagem ou de dados pessoais é mais importante do que a liberdade, que ela estaria afeta ao acervo pessoal ou à intimidade de alguém.

A liberdade de expressão é incompatível com o instituto da censura prévia, mas também não pode ser algo ilimitado, desregulado. Nesse contexto, tivemos no Brasil a edição da Lei Federal n. 13.188/2015²⁰, a qual trouxe o rito do direito de resposta. Instituto previsto no inciso V do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que prevê que a resposta seja “proporcional ao agravo”.

Esse direito de resposta é importante segundo a doutrina do *Duty to mitigate the loss*, pois representa o dever de minimizar o próprio prejuízo,

²⁰ BRASIL, Lei Federal n. 13.188/2015

trata-se de uma doutrina da *Common Law*, mas recepcionada pelo direito continental europeu e que vem ganhando espaço também no direito brasileiro. Segundo ela, a vítima do dano não deve se omitir enquanto seu prejuízo aumenta, ou seja, é algo semelhante à lógica da expressão latina *Dormientibus Non Succurrit Ius*, o direito não socorre aos que dormem.

O dever de mitigar o prejuízo advém do próprio princípio da boa-fé objetiva. O dever existe e, não obstante não haja a imposição legal de sanção para a omissão diante desse dever de mitigação do prejuízo, haverá necessariamente reflexo dessa conduta no arbitramento do valor da indenização.

O direito de resposta é algo salutar na democracia, é a forma que o ofendido tem de esclarecer ou restabelecer a verdade pelo mesmo meio com que ela foi divulgada de forma distorcida ou equivocada. Ele representa um grande avanço na implementação efetiva da liberdade de expressão.

A pedra de toque da liberdade de expressão é o entendimento reflexivo de que: "Não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos".²¹ É exatamente isso que demonstra qual o limite da liberdade de dizer algo, a limitação está na humanidade daquilo que se pretende falar, expor, divulgar.

A Lei Federal nº 13.188/2015 não apenas estabelece um rito especial para a ação de direito de resposta, gerando reflexos no direito no direito processual e no direito material. Ela também, uma vez disponibilizado o instrumento de resposta eficaz, em tese, na contenção de danos causados por abuso na liberdade de expressão, cria deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva para o ofendido, como o dever de mitigar o próprio prejuízo.

²¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48.

Conclusões

A restrição ao direito de expressar opiniões, fatos, expor imagens, documentos ou qualquer material representa um exercício de violência por parte de quem censura, seja o Estado ou o particular. Essa restrição viola a abrangência totalizante da dignidade da pessoa humana, a liberdade de expor e o direito ao conhecimento pelos demais.

Desse modo, tem-se que a liberdade de expressão precisa ser reconhecida como regra, até mesmo para que se possa viver democraticamente. Apenas os excessos é que devem ser apurados, atos ou divulgações desumanas ou que atentem contra princípios de humanidade ou contra a própria democracia é que devem ser tolhidos, obstados, e seus responsáveis devidamente penalizados.

Por óbvio o Poder Público goza de diversos instrumentos institucionais aptos a conter a expressão do livre pensamento, mas eles só podem e devem ser utilizados em casos esporádicos, pontuais, analisados caso a caso pelo Poder Judiciário.

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, todas as normas constitucionais passaram a ser dotadas de supremacia jurídica, providas que são de eficácia jurídica, notadamente, as normas definidoras de direito, dotadas de aplicação imediata, como se pode depreender do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988.

Perscrutando o artigo 5º da Constituição Federal de 1988, tem-se que a liberdade de expressão foi tratada como um direito fundamental pelo constituinte originário, que esse tema teve e tem relevância ímpar na redemocratização brasileira.

A partir dos temas desenvolvidos no presente artigo, é possível concluir que o direito à liberdade de expressão é muito superior a um direito individual dos cidadãos, ele é requisito para a materialização da

democracia, para a própria manutenção do Estado Democrático de Direito. A liberdade de expressão tem como objetivo a inserção do indivíduo perante o Estado, a partir de sua afirmação, por meio da exposição de suas ideias, do exercício efetivo da cidadania.

Cidadania ativa e democracia ativa são dois conceitos incompatíveis com censura prévia. O Estado Democrático de Direito exige um sujeito ativo, que participa efetivamente da tomada de decisões, que não exerce a sua cidadania apenas em períodos de sufrágio eleitoral. Todo o cidadão deve participar da vida pública, fiscalizar, opinar, cobrar, enfim, exercer plenamente a sua cidadania.

As melhores ideias surgem de debates sérios, comprometidos com a verdade. É por meio do constrangimento que se revelam as ideias boas e as ruins para determinado contexto ou problema. Tal ambiente somente se torna possível diante da ausência de censura e sob a vigilância permanente do Estado no tocante à mínima violação de direitos fundamentais.

O debate livre de ideias e o acesso a informações confiáveis e de qualidade é uma exigência do Estado Democrático de Direito. A proliferação de *fake news*, e de material divulgado sem qualquer identificação de origem é tão maléfica quanto a censura, pois desinforma, manipula, influencia com base em mentiras ou distorções fácticas.

As pessoas, e o próprio Estado enquanto instituição, precisam entender que da liberdade de expressão depende a própria sobrevivência do Estado, pois é ela que permite debates, evoluções, aumento de consciência social, situações que surgem apenas com o livre intercâmbio de ideias.

As redes sociais tem produzido um fenômeno prejudicial à democracia que é a circularidade da informação. Grupos de pessoas agrupadas por algum tipo de afinidade ou tema propagam vídeos, fotos e conteúdos que

tão somente confirmam visões parciais ou deturpadas da realidade. Não há contraditório, pluralidade de ideias, debate, pensamento crítico. Essa circularidade é responsável pela inércia cognitiva, pela involução.

Liberdade de expressão se refere à livre manifestação de diferentes vozes, não importando se concordam, divergem total ou parcialmente umas das outras, a respeito de qualquer tema ou indivíduo. Na medida em que democracia remonta ao governo em que a soberania é do povo e para o povo, é necessário que a população tenha acesso às informações de maneira universal, podendo utilizá-las no exercício da sua cidadania de forma plena.

Desse modo, tem-se que a liberdade de expressão é um dos pilares da democracia, pois é ela que possibilita o empoderamento popular, que permite a oitiva de uma pluralidade de vozes. Governos ditatoriais manipulam os meios de comunicação, a imprensa, opiniões contrárias são silenciadas, opositores ao regime são exilados, enfim, não há liberdade, não há críticas.

Retomando Gunther Teubner, para ele o direito é indeterminado, ele não pode ser tido como determinado por autoridades terrenas, por autoridade dos textos, nem pelo direito natural. O direito determina-se por auto-referência, conforme sua própria positividade²². Desse modo, os dogmas de certeza e segurança jurídica que são propagados não existem, impera a imprevisibilidade no mundo jurídico²³.

Para Teubner, tanto a imprevisibilidade, como a circularidade e o paradoxo são marcas do direito, ou melhor, do sistema jurídico²⁴. Nem

²² TEUBNER, Gunther. **O Direito Como Sistema Autopoietico**. Tradução e Prefácio De José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 2.

²³ TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. In: *Tempo Social* --- Revista de Sociologia da USP, v. 27, pp. 75---101, 2015, n. 2, p. 82.

²⁴ TEUBNER, Gunther. **O Direito Como Sistema Autopoietico**. Tradução e Prefácio De José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 3.

mesmo a hierarquia das fontes do direito escapa a essa circularidade, pois ao tentar saltar para fora do próprio sistema, buscando uma legitimação superior, recorre-se a regras ainda menos definidas, ou seja, às regras de nível inferior.

No tocante aos paradoxos, de acordo com Leonel Severo Rocha, eles “surtem quando as condições de possibilidade de uma operação são também as condições de sua impossibilidade”²⁵. Para Teubner, os “paradoxos da auto-referência” invocam juízos sobre uma operação sempre potencialmente realizável, uma distinção a si própria. A única forma de conseguir levar à diante o processo decisório seria por meio da meta observação, ou seja, da observação da observação.²⁶

Ao tentar explicar quando o sistema jurídico atinge sua clausura autopoietica, Teubner faz a seguinte explicação:

Se aplicarmos tentativamente a ideia de hiperciclo ao direito, vemos que a autonomia jurídica se desenvolve em três fases (cfr. Fig. 1). Numa fase inicial – dita de ‘*direito socialmente difuso*’ –, elementos, estruturas, processos e limites do discurso jurídico são idênticos aos da comunicação social geral ou, pelo menos, determinados heteronomamente por esta última. Uma segunda fase de um ‘*direito parcialmente autónomo*’ tem lugar quando o discurso jurídico começa a definir os seus próprios componentes e a usá-los operativamente. O direito apenas entra numa terceira e última fase, tornando-se ‘*autopoietico*’, quando os componentes do sistema são articulados entre si num hiperciclo.

Essa tese do hiperciclo tenta demonstrar de que modo as relações sistêmicas ocorrem no interior do sistema jurídico, como se dão as relações internas ao sistema.

²⁵ ROCHA, Leonel Severo. *Paradoxos da Auto-—Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM, 1997.

²⁶ TEUBNER, Gunther. *O Direito Como Sistema Autopoietico*. Tradução e Prefácio De José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 7.

A teoria dos sistemas sociais autopoieticos, com base nas reflexões de Teubner, auxilia na melhor compreensão jurídica, seja epistemologicamente, ou mesmo na dogmática, permitindo reflexões profundas nas mais diversas áreas do direito. Não há dúvida que a teoria sistêmica fornece subsídios relevantes no tocante à compreensão do direito à liberdade de expressão, das matizes desse direito e de como ele permeia o mundo social e jurídico.

A partir do momento em que se estrutura uma teoria da sociedade, torna-se possível criar alternativas ao fechamento ou à abertura do sistema jurídico a partir da concepção de autopoiese. Abertura para uma compreensão do todo, mais ampla, transdisciplinar.

Esse é um dos maiores trunfos dos ensinamentos de Teubner, mostrar as interações entre o sistema jurídicos e diversos outros sistemas, mostrando que não se está dentro de um tanque fechado, que o direito, ou melhor, o sistema jurídico influencia e é influenciado, cria e é criado.

Diversos sistemas interagem entre si, influenciam, auxiliam na compreensão dos demais, para entender um problema é preciso compreender o contexto, o todo em que ele está inserido. A proposta de uma teoria complexa para observar uma sociedade também complexa é inteligente e tem maior chance de acerto, pois não fecha o sistema jurídico, nem o entende com algo estanque.

A pluralidade discursiva (jurídica, econômica, política) é fruto de uma sociedade com crescente complexidade, em que diversos sistemas sociais assumem funções diferentes. Enfim, Teuber trouxe uma perspectiva própria para observar o direito da sociedade, aberto à conversação com a práxis jurídica. É nesse contexto que está inserida a liberdade de expressão, corolário do direito à comunicação como um direito humano.

Numa sociedade democrática, a comunicação contempla o direito de informar e de ser informado, o direito à privacidade, à participação na

comunicação pública, enfim, comunicar-se no desenvolvimento de uma nova era de direitos sociais. O direito humano de comunicar-se é atinente ao direito de participação, em condições de igualdade formal e material, na esfera pública mediada por comunicações sociais e eletrônicas.

Verificou-se, igualmente, que é preciso atentar aos interesses de grandes corporações de comunicação e entretenimento, pois o direito à comunicação ou o direito humano de comunicar-se pressupõe participação democrática e direta no processo de produção de conteúdos midiáticos, algo que essas corporações normalmente não permitem.

Assim, sendo a comunicação social um direito difuso, transindividual, indivisível, que tem como titularidade pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias fáticas, aqueles que atuam nesse ramo precisam ter consciência e responsabilidade na formação de melhores cidadãos.

A liberdade de expressão, conforme dito aqui, não é algo ilimitado, onipotente, pelo contrário, ela não permite que se ataquem as bases, pilares estruturais, sobre as quais está alicerçada. De forma simplista e redundante, não é possível alegar liberdade de expressão para destruir a liberdade de expressão ou os seus pressupostos jurídicos, sociais e políticos. A liberdade termina no ponto em que outro direito fundamental ou humano é violado, em que barreiras jurídicas e humanas são ultrapassadas. Isso precisa ser analisado caso a caso, não de forma abstrata ou genérica.

É preciso analisar o direito de liberdade de expressão sob um prisma maior, interdisciplinar. Não se está defendendo o pragmatismo na aplicação desse importante direito, mas a análise de todo o contexto em que esse direito foi ou pretende ser exercido.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 98. Coleção Pensamento Crítico n. 63.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05 jan. 2021.

BERTONI, Eduardo Andrés. Prólogo. In: A Liberdade de Expressão na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em http://www.adcsidh.org/images/files/documento_estandares_libex_final_ultimop_ort.pdf, acesso em 10 jan. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CARBONELL, Miguel. El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional. In: **Sufragio** - Revista Especializada en Derecho Electoral. Número 5 Jun-Nov, 2010, pp. 20-29. Disponível em <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/5/art/art4.pdf>, acesso em 28 dez. 2020.

CASTELLS, Manuel. **Redes de Indignação e Esperança: movimentos sociais na era da internet**. Rio: Zahar, 2013.

_____. **A sociedade em rede**. vol. I, 4ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2011.

CHEQUER, Claudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie** (análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MELLO, Marcelo Pereira de. Sociologias do Direito: Historicismo, Subjetivismo e Teoria Sistêmica. p. 01. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsocp/n25/31117.pdf>
Acesso em: 02 fev. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM, 1997.

SANCHOTENE, Salise Monteiro. Limites, ponderações de direitos fundamentais. Liberdade de expressão e direito à honra/dignidade da pessoa humana. In: PAULSEN, Leandro. (coord.). **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**: estudos em homenagem à Ministra Ellen Gracie. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. In: **Tempo Social** --- Revista de Sociologia da USP, v. 27, pp. 75-101, 2015, n. 2.

_____. **O Direito Como Sistema Autopoiético**. Tradução e Prefácio De José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

Parte 03

Perspectivas: diálogos com Luhmann e Teubner na policontexturalidade social

Fragmentos jurídicos e compatibilidades normativas: repensando o reconhecimento, a antidiscriminação e a decolonialidade no direito global

*Ellara Valentini Wittckind*¹
*Rodrigo da Silva Vernes Pinto*²

1 Introdução

O percurso pela teoria de reconhecimento revela a necessária atenção para as fragmentações jurídicas e suas consequências no âmbito normativo. As pautas identitárias que, por vezes, imprimem tensionamento diferencialista e não universalizante em detrimento do igualitarismo são um exemplo. Paralelo a isso, insere-se o debate decolonial, em que uma gama de vozes secularmente subordinadas pela lógica da colonialidade são invisibilizadas como sujeitos políticos e de direito historicamente deixados às margens da centralidade do ambiente de diálogo entre os sistemas jurídico, social e político. Estudos advindos da teoria social e, em específico da teoria dos sistemas, colacionam uma miríade de conceitos capaz de articular uma apurada leitura de fenômenos plurais e de difíceis enfrentamentos pelo direito. Se há uma luta por reconhecimento identitário difusa por diversos contextos sociais, é

¹ Advogada, Doutoranda em Direitos Especiais pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, *Campus* de Santo Ângelo-RS, Professora universitária na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, *Campus* de Cerro Largo-RS, Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, *Campus* de São Leopoldo-RS, Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela URI, *Campus* de Santo Ângelo-RS e graduada em Direito pela mesma Universidade. *E-mail*: ellarawittckind@gmail.com.

² Advogado, Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UNIRITTER, Pós-Graduado em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), graduado em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UNIRITTER. *E-mail*: rodrigodasilva@hotmail.com.

possível o seu reflexo nos setores globais sociais esgrimidos em novos constitucionalismos sociais.

A questão colocada é se o diálogo entre a teoria do reconhecimento e as políticas identitárias, estas na seara antidiscriminatória e da decolonialidade, e uma sociologia da constituição seria capaz de subsidiar a análise guiada por Günther Teubner acerca das colisões jurídicas experimentadas pela fragmentação do direito global (TEUBNER, 2005) em perspectiva de administração desses conflitos. Nessa esteira, as transformações pelo pluralismo jurídico global, baseadas em postulados de uma teoria sociológica do constitucionalismo social, contribuem para o desvelar de potenciais conflitos de identidades carecedoras de reconhecimento no sistema jurídico. Aliado a isso, o prescrutar sobre as diferenças com pilares igualitários e abertos à participação de uma diversidade de sujeitos (raça, gênero, classe, origem) sob bases universalizantes seria capaz de estabilizar as irritações na comunicação social entre sistemas em um mundo complexo. Em uma ótica Luhmanniana, dentro da função do Direito, seria possível lidar com a possível aprovação social nas expectativas normativas geradas nesse contexto? (LUHMANN, p. 71, 2016).

Nessa pesquisa será utilizado o método baseado na matriz pragmático-sistêmica (ROCHA, p. 147, 2013), na qual em sua dimensão social pode-se operacionalizar a capacidade de compreensão dentro da complexidade e dinamicidade dos comportamentos sociais através da problematização proposta a respeito do reconhecimento das identidades. O método de procedimento utilizado será o de documentação indireta, oriunda de bibliografia nacional e internacional.

Para responder ao questionamento proposto, o artigo se dividirá em duas partes. A primeira tratará sobre a teoria de reconhecimento sob as teses de Axel Honneth e Nancy Fraser, suas patologias sob o ponto de vista

político, em um ambiente de fragmentação jurídica. Na segunda parte, serão abordados os dilemas da diferença e as possíveis vias para uma compatibilidade normativa dos fragmentos jurídicos através da igualdade, da antidiscriminação e da decolonialidade. A título de conclusão, serão retomados os assuntos dos tópicos com o fito de apontar saídas para os conflitos que decorrem das colisões jurídicas experimentadas pela fragmentação do direito global, ou seja, se os mesmos podem ser solucionados via debate entre reconhecimento, políticas identitárias (nas linhas da antidiscriminação e da decolonialidade) e sociologia da constituição, esta sob a abordagem sistêmica.

2 A fragmentação jurídica em Günther Teubner

Günther Teubner, teórico e sociólogo do Direito, é um dos mais aclamados autores e professores da atualidade, especialmente no que toca à sua teoria do Direito mais próxima da Sociologia e de outras disciplinas e ciências, afastando-se das tradicionais linhas de observação meramente positivistas/normativistas ou sociológicas, conforme apontado no prefácio da sua obra “Fragmentos Constitucionais: Constitucionalismo social na globalização”, escrito por Gilmar Mendes (TEUBNER, 2016, p. 9).

A obra de Teubner é influenciada pela teoria sistêmica de Niklas Luhmann, visto que também entende que na sociedade moderna não há centralização de poder por parte de um órgão, mas uma variação de *locus* de controle por um ou outro sistema, seja político, social, econômico, estatal (TEUBNER, 2016). Do mesmo modo, o autor teoriza considerando que a sociedade não pode mais ser considerada como formada por grupos de indivíduos diferenciados conforme jurisdição territorial, mas como um local onde a comunicação encontra-se abarcada num só contexto. Dito de outra forma, a sociedade, para Luhmann (1990a), é um espaço de comunicação, assim como para Teubner (2016).

Nessa linha, no entender de Teubner, é quase impossível que o Direito possa resolver todos os conflitos internacionais existentes, visto que decorrem de colisões entre normas de sistemas autônomos (como Direito, ciência, religião, política, economia, *internet* e outros), autorregulados, no contexto da globalização, e que não se comunicam diretamente. A preocupação de Teubner recai, com isso, no papel do Estado na resolução dos conflitos, pois na ausência de uma entidade ou órgão hierarquicamente superior, quem dita as regras do jogo? O Direito teria um papel de espectador, de minimizador de danos, de regulador de relações e conflitos (TEUBNER, 2016) ou de estabilizador de “expectativas em relação a decepções possíveis”? (COSTA; ROCHA, 2018, p. 10).

Não é à toa que os questionamentos de Teubner fazem o leitor refletir acerca da realidade social e do papel do Direito numa sociedade extremamente complexa, que se desenvolve num contexto de globalização nunca antes vivenciado, fortemente marcado pela comunicação instantânea, pelo multiculturalismo, pelo pluralismo jurídico, pela liquidez, pelas relações mediadas por organismos autônomos e com regras próprias, pela constante mudança de centralidade de poder, conforme referido (TEUBNER, 2016).

No cenário da globalização (“diferenciação funcional global”³), Teubner (2016, p. 91) atenta para o fato de que sistemas como o da religião e o da economia se estabelecem como mundiais, ou seja, têm abrangência geral, comunicando-se com certa facilidade por todo o globo. Autorregulam-se e se comunicam sem dificuldades, sem que haja preocupação com a existência de poder estatal para regular conflitos. Por outro lado, os sistemas do Direito e da política não se apresentam dessa

³ Teubner (2005) defende que o motor da globalização é uma diferenciação da sociedade em vários sistemas sociais autônomos (como o da economia, o da *internet*, das ciências, o social, transporte, etc.), os quais desbordam os limites territoriais e possuem autonomia e autorregulação.

forma, ou seja, permanecem sob a gerência do Estado⁴. A comunicação dentro desses sistemas, portanto, não é estabelecida sem obstáculos, especialmente normativos e de poder, pois as relações internacionais e as normas jurídicas afetas a cada sistema não dialogam diretamente. Além disso, sua constituição, estabelecida pela tríade “política – direito – sistema parcial”, conforme Teubner (2016, p. 94), “não encontra correspondente no contexto global”.

A abordagem de Teubner (2016, pp. 92-93) é clara nesse sentido:

Os sistemas parciais podem adquirir maior grau de autonomia no plano global, caso não haja instituições político-jurídicas que apoiem esse processo e que este seja até mesmo obstado pela política e pelo direito estatais-nacionais, com suas pretensões de validade territorial. [...]. A territorialidade pode ser entendida não apenas geograficamente, mas como esfera simbólica de relações de poder. [...], a constitucionalização jurídico-política de sua autofundação constitutiva está vinculada às fronteiras territoriais.

O estudo de Teubner a respeito da sociologia das constituições, portanto, se mostra extremamente profícuo, visto que a atuação dos atores coletivos privados para solução de conflitos nos regimes jurídicos não se vale da centralidade de poder do Estado e da política, mas de regras próprias, como se dá na economia, por exemplo. Ocorre que sistemas como o do Direito e o da política não se comunicam dessa forma, o que enseja os questionamentos expostos por Teubner em suas obras, assim como outros que surgem ao se ter contato com as mesmas e com os conflitos cada vez mais complexos que se estabelecem no plano global (TEUBNER, 2016, pp. 24-26).

⁴ Para Luhmann (2016), a função do sistema do Direito é estabilizar expectativas em relação a decepções possíveis, enquanto a do sistema da política é tomar decisões que possam vincular a toda coletividade. Por isso que é extremamente complicado estabelecer comunicação entre ditos sistemas, no âmbito global, visto que as “decepções possíveis” e as decisões necessárias à coletividade variam de Estado para Estado e de órgão autônomo para outro.

Nesse cenário, tem-se a chamada “fragmentação jurídica”, conceito utilizado por Teubner para demonstrar que grande parte dos sistemas sociais é autônoma diante das esferas estatais e se apresenta como altamente autorregulada e especializada, de modo que as regras que a gerem, limitam, resolvem conflitos, estabelecem diretrizes se aplicam de modo geral com em nível global. Enquanto isso, nos níveis do Direito e da política, há uma fragmentação, ou seja, cada Estado ainda mantém o controle dos mesmos mediante suas normas internas, havendo grande dificuldade de comunicação entre ditos sistemas, além-Estados, para resolução de conflitos. (TEUBNER, 2005, pp. 116-117)

A sentença “No mar da globalidade, formam-se apenas ilhas de constitucionalidade” (TEUBNER, 2016, p. 107) é crucial para se considerar esse contexto nos sistemas em questão, porquanto o Direito terá de se conformar a cada nova tensão entre Estados, passando de um modelo positivo-normativista para um modelo sistêmico, sob pena de não dar conta da complexidade de conflitos que se apresentam na sociedade global contemporânea, onde cada sistema possui sua constituição, configurando o que o autor chama de fragmentos constitucionais.⁵

Há, portanto, uma:

[...] coexistência de ordens independentes, não apenas aquelas estatais, mas também aquelas de instituições sociais não estatais autônomas. O abrangente acoplamento estrutural entre política e direito – como observou Luhmann em relação às constituições do Estado Nacional – claramente não encontra nenhuma correspondência no plano da sociedade mundial (TEUBNER, 2016, p. 107).

⁵ É concisa a síntese formulada por Costa e Rocha (2018, p. 13), quanto ao ponto: “Após a constatação da formação de diversas ordens jurídicas com características de uma constituição, desenvolvidas a partir de processos de [...] autoconstitucionalização de ordens globais sem Estado’, Teubner conclui que, ante a diferença em termos de adaptabilidade à diferenciação funcional em escala global (sociedade mundial) dos sistemas com facilidade e tendências para a expansão, a exemplo da economia, e dos sistemas da política e do Direito, que permanecem fortemente ligados ao âmbito nacional, a tradição do constitucionalismo moderno é rompida, apresentando-se um novo contexto no constitucionalismo: o de fragmentação constitucional.”.

Assim, diante de contendas que envolvem organismos que observam mais de um complexo jurídico estatal, o Direito deve estar aberto ao diálogo para resolvê-las, deixando-se de lado a mera ordem decorrente da jurisdição territorial, antiquada à realidade atual, conforme Teubner denunciou em “El Derecho como Sistema Autopoiético de la Sociedad Global” (2005).

À vista disso, a fragmentação jurídica não se refere somente às normas em conflito ou aos conflitos políticos, porquanto a origem das contradições está nas diversas racionalidades institucionalizadas e que permeiam a sociedade global.⁶ Sendo assim, mesmo que o Direito não consiga solucionar todas as colisões, deve propor uma nova formulação jurídica sobre as normas, políticas, casos, racionalidades em conflito, um ajuste entre os vários setores globais sociais em disputa e um alinhamento entre as “políticas” de diversas organizações internacionais e regimes reguladores (TEUBNER, 2005, pp. 116-117).

Importante salientar que, para Teubner (2005), a fragmentação jurídica no plano global é impossível de ser combatida e, no máximo, pode-se conseguir uma compatibilidade normativa dos fragmentos (a depender de uma base de normas de conflito em uma lógica em rede). Isso porque, em suma:

A diferencia de lo que ocurre en el Estado-nación, la unidad del Derecho mundial ya no se basa estructuralmente en una consistencia de las disposiciones normativas que queda asegurada gracias a una judicatura jerárquica. Más bien se fundamenta procedimentalmente en el modo en el que las operaciones jurídicas se vinculan entre sí. Así, a través de dicho modo de vinculación, ordenamientos jurídicos sumamente diversos transfieren una

⁶ Teubner (2005) propugna que os sistemas sociais globais, em suas clausuras operativas, criam as suas próprias racionalidades, sem ter em conta os outros sistemas sociais, o que gera conflitualidade.

vigência normativa vinculante. He aquí es una consecuencia indirecta de la globalización de la diferenciación de la sociedad. En efecto, también al nivel global se logra la unidad del sistema jurídico, pero, no obstante, debe contarse con que aparecerán numerosos conflictos normativos básicos. En el Derecho mundial la unidad jurídica pasa de la consistencia normativa a la “interlegalidad” operativa (TEUBNER, 2005, p. 119).

Diante do exposto, a tese de Teubner é bastante sólida também no ponto em que entende que se deve renunciar à ideia de que o Direito global adquire validade através de processos normativos e de sanção estatais ou do próprio Direito Internacional, no contexto do pluralismo jurídico global. A regulação estipulada pela *lex mercatoria* e pela *lex digitalis* é exemplo disso, porquanto tais regimes jurídicos privados criam Direito autônomo ao estatal e regulam seus conflitos, o que também ocorre com regimes jurídicos semiprivados (TEUBNER, 2005, pp. 120-121).

Ainda, importa salientar que Teubner defende que no contexto da globalização uma unidade de Direito é inalcançável e que se faz necessário estabelecer relações entre os sistemas e suas normas, sem hierarquias, considerando a existência de “una compatibilidad normativa simple en lugar de la unidad jerárquica del Derecho”; também deve se criar normas jurídicas mediante irritação, observação e reflexão mútua entre os sistemas autônomos, e, por fim, que meios “descentralizados de adaptarse a los conflictos entre Derechos” devem ser tidos como método jurídico (TEUBNER, 2005, p. 124).

Assim, a pergunta que fica da análise de Teubner a respeito da fragmentação jurídica é a seguinte: “como devemos reagir ante à ausência de uma hierarquia normativa” no plano global, no sistema do Direito? O autor entende que a observação mútua entre os nós da rede⁷ é crucial, a

⁷ Os “nós das redes” (Luhmann trabalha com o conceito de “acoplamento”) são as organizações dos sistemas e eles surgem da ideia de colisões (nós) entre as racionalidades.

fim de que a decisão final vinculante decorra de uma sequência de decisões no âmbito de uma variedade de posições de observação dentro da rede.⁸ A consequência disso é que a decisão do conflito não obedecerá a um padrão rígido, mas a uma observação específica e ajustada ao mesmo, fazendo com que o Direito possa se amoldar ao caso para o qual foi demandado (TEUBNER, 2005, p. 124).

Na obra de Teubner (2016, p. 161) se destaca a proposta de uma “constituição híbrida”, que seria uma resposta à fragmentação constitucional. Desse modo, referida constituição seria baseada na participação de setores privados em comunicação com setores públicos, aqueles formados por grupos profissionais, ONGs, discussões públicas, movimentos intelectuais, meios de comunicação em massa, com o intuito de que se dê a autolimitação dos sistemas sociais com caráter expansionista, como o da economia, exemplo muito citado por Teubner. Conforme o autor, “cabe ao Direito, nestas condições, criar uma limitação de dano, mitigando as tendências autodestrutivas que decorrem das colisões entre as racionalidades” (TEUBNER, 2005, p. 133).

Isso significa que a autolimitação dos sistemas sociais com caráter expansionista poderia ser dar mediante o diálogo e a participação dos grupos que buscam reconhecimento jurídico de seus direitos nas esferas públicas de poder, configurando-se a hipótese de uma constituição híbrida. Veja-se que a identificação, o reconhecimento e a aceitação das diferenças com pilares igualitários e abertos à participação de uma diversidade de sujeitos (raça, gênero, classe, origem) sob bases universalizantes seria capaz de estabilizar as irritações na comunicação social entre sistemas em um mundo complexo, visto que se dariam mediante os termos dos grupos

⁸ O sistema do Direito é uma espécie de imunizante contra a expansão descontrolada dos sistemas autônomos (como o da economia), conforme leciona Luhmann (1990a, p. 368, 375 e 396).

postulantes, caso a caso, no sistema global, e não mediados por um normativismo engessado e sem possibilidade de diálogo e abertura e sob a ótica hegemônica.

3 Por um diálogo entre o reconhecimento em Axel Honneth e em Nancy Fraser e a fragmentação jurídica proposta por Günther Teubner

O reconhecimento é um conceito particularmente interessante para as mais diversas teorias filosóficas e sociológicas, e é tratado pela Teoria Crítica desde Hegel. Marx, Mead, Honneth e Fraser foram e são teóricos que também trataram e tratam do assunto, em diferentes vertentes.

A partir disso, nesse tópico, será feita uma abordagem da teoria do reconhecimento de Axel Honneth, em diálogo com Nancy Fraser, representando a Teoria Crítica (Escola de Frankfurt), na intenção de aproximar as expectativas e as reivindicações dos grupos minoritários com a ideia de modificação do caráter hegemônico do Direito, que não permite a participação igualitária dos mesmos nos processos de debates públicos e tomadas de decisão, a fim de que após sua “irritação” (conceito Luhmanniano) ou “pressão por aprendizagem” possa se “automodificar” (conceitos em TEUBNER, 2016, p. 163). A contribuição dessa análise será finalizada pelo abordado nos tópicos seguintes desse ensaio, com os pensamentos decolonial e da antidiscriminação.

Axel Honneth é um filósofo e sociólogo alemão, teórico crítico da Escola de Frankfurt que desenvolve estudos a respeito da teoria do reconhecimento. Em suma, nessa vertente, o que ele defende é que a identidade dos indivíduos é determinada pelo reconhecimento dos mesmos nas esferas do amor, da solidariedade e do Direito, sendo que o esquema da sua proposta é o seguinte: sujeito – amor – relação positiva consigo – reconhecimento social – solidariedade – Direito (HONNETH, 2003).

Nessa senda, o sujeito que experiencia o amor detém autoconfiança; quando é destinatário de reconhecimento jurídico desenvolve o autorrespeito e quando se vê respeitado enquanto membro da sociedade, quando se dá a reflexividade, detém autoestima. Havendo o preenchimento de todas essas esferas, o sujeito frui de “autorrealização plena”. Por outro lado, se experiencia menosprezo e desrespeito não preenche as condições para a plenitude da realização pessoal, o que culmina em uma luta por reconhecimento, com o fito de obter reconhecimento recíproco (HONNETH, 2003a).

Conforme Honneth (HONNETH, 2003), o outro deixa de ser reconhecido porque: a) há convicção, preconceito ou estereótipo que o negam; b) o indivíduo que nega está imerso numa concepção de que o outro é visto como objeto (não há a chamada “autorrelação prática”). Isso impede, por consequência, o reconhecimento do outro como detentor de direitos.

Inicialmente, Honneth (2003) entendia que as experiências negativas do indivíduo eram as molas propulsoras para a luta por reconhecimento, de onde o filósofo retirava o potencial normativo de sua teoria, como se percebe das linhas acima. Em função disso, Nancy Fraser (2003a), filósofa feminista, também da Teoria Crítica, estabelece contestação a este potencial defendido pelo autor, porquanto propugna que o reconhecimento não se dá apenas mediante o preenchimento das escalas do amor, da solidariedade e do direito, mas há necessidade de que haja reconhecimento e redistribuição, além de paridade de participação na esfera pública, por parte dos grupos minoritários, realizando-se o ideal de justiça social.

Fraser (2009) se inspira na teoria kantiana e busca explicar o reconhecimento a partir de um padrão universal de justiça aceito por todos, uma vez que todos os seres humanos possuem o mesmo valor moral

e devem ter iguais oportunidades, na gama de relações e vivências em sociedade.

Assim, a filósofa (FRASER, 2003; 2012) denunciou um déficit político na teoria do reconhecimento de Honneth, criticando sua linha de pensamento psicologizada. Nessa linha, as ideias de Fraser, reconhecidas mundialmente por serem autênticas e críticas, propõem a análise de práticas discriminatórias institucionalizadas e se preocupam com a necessidade de participação dos grupos minoritários (que ela chama de subalternos) na esfera pública através de diferentes formas.

Uma delas se dá mediante os contrapúblicos subalternos, que são: “arenas discursivas paralelas nas quais os membros dos grupos socialmente subordinados inventam e circulam contradiscursos para formular interpretações opostas de suas identidades, interesses e necessidades”. Ditos contrapúblicos possibilitam abertura de espaço para as demandas dos grupos subalternos, assim como para o debate a respeito de interesses dos grupos hegemônicos, que até então se encontravam “isentas de contestação”, nas sociedades estratificadas, e também nas multiculturais e igualitárias e para as necessidades de reavaliar as formas pelas quais os grupos hegemônicos subordinam e os subordinados assim se mantêm (FRASER, 1992, p. 123).

Pondera Bunchaft, analisando a proposta de Fraser que: “é por meio desses contrapúblicos de resistência que os movimentos sociais ampliam a gama de conhecimento de injustiças publicamente articuladas, expandindo o universo da razão pública”, em movimento contra hegemônico (BUNCHAFT, 2014, p. 467).

No decorrer do desenvolvimento de novos escritos, Honneth (2008) passou a considerar que as experiências positivas (e não mais negativas) constituiriam o sujeito e que o reconhecimento seria um horizonte

normativo, dando lugar à análise da liberdade social⁹, sendo necessário que as instituições fossem capazes de incorporar os pressupostos sociais da efetivação da dita liberdade. Porém, a sociedade apresenta patologias¹⁰, ou seja, desvios em relação ao ideal que deveria ser alcançado com a realização social do universal racional.

Para perpassar essa realidade patológica, Honneth (2008) propõe: incorporar pontos de vista novos, particularmente não europeus e que o conceito de racionalidade seja mais extenso e diferenciado, conforme será analisado na sequência, na abordagem do pensamento decolonial.

O reconhecimento aparece aqui como meio para que na ordem social haja participação também no processo de designação do estatuto legal desta sociedade, ou seja, devidamente reconhecidos os indivíduos podem exercer o poder de deliberar em conjunto, através do estabelecimento de sua ordem jurídico-normativa. Assim, esta dimensão politológica tem foco na cidadania e na deliberação pública, entendidas a partir da concepção de que os sujeitos possuem deveres recíprocos, além de liberdades e direitos positivados (HONNETH, 2003; 2009). Nessa perspectiva, Honneth defende que a racionalidade de seus membros deve ser canalizada através da cooperação reflexiva, permitindo a conciliação do interesse próprio com os interesses do bem maior (LYSAKER, 2011).

Fraser (2012) leciona que as ações ligadas ao reconhecimento são necessárias para que se dê a “reavaliação de identidades desprezadas,

⁹ A síntese dialética entre as liberdades jurídica [negativa] e moral [reflexiva], se dá na liberdade social, no ser-“consigo-mesmo-no-outro, no sentido cooperativo e não concorrente, um ser com e não contra.”. (SIMIM, 2015, p. 651).

¹⁰ Conforme a leitura de Honneth (2008, p. 394) a respeito da obra de Hegel, a patologia social se apresenta como a perda de objetivos comuns, como o resultado de uma racionalidade deficiente, que se apresenta como uma inaptidão social de expressar de modo apropriado a racionalidade já inerente em suas instituições, práticas e rotinas cotidianas. Ou seja, a sociedade tem consciência do que precisa para que todos sejam parte dos processos de decisão, partícipes da vida em coletividade, mas não adota as condutas necessárias para que isso seja efetivo, configurando-se a “conformação social patológica”, a inércia para a mudança de paradigma. As práticas e os discursos contra hegemônicos dos grupos minoritários seriam uma forma de se mudar aquele paradigma, desde que tenham espaços para participação na tomada de decisões, na esfera pública.

reconhecimento e valorização da diversidade cultural, [...] alteração dos modelos sociais de representação, o que modificaria a percepção que cada um tem de si e do grupo ao qual pertence”, pois o não reconhecimento decorre de uma “relação institucionalizada de subordinação social, produzida por instituições sociais”, no espaço da multiculturalidade da globalização.¹¹ Porém, há de se considerar que Fraser (2012) não defende que o reconhecimento puro e simples das identidades seja motor para as mudanças sociais, pois o que deve haver é uma problematização da diferenciação entre grupos para seu enfrentamento.

Assim, o reconhecimento se daria através da possibilidade de que tais grupos fossem partes nos processos de participação e de representação na esfera pública, pautando e problematizando suas necessidades em contraposição à dominação, seja econômica, política ou social. Assim, não basta a aceitação da diferença, o reconhecimento da identidade¹² do negro, da mulher, do homossexual, do migrante, pois o que importa mais é que os grupos tenham vez e voz nos debates e discussões da seara pública, seja

¹¹ É importante frisar que “os teóricos críticos percebem o capitalismo como uma forma social de organização em que prevalecem práticas e modelos de pensamento que impedem a utilização social de uma racionalidade que já se tornou possível pela história”. O capitalismo considera uma “racionalidade restritiva reificante” como hegemônica, denuncia Honneth (2008, p. 408). No mesmo sentido, comenta Fraser (2012): O “reconhecimento” se impôs como um conceito-chave de nosso tempo. Herdado da filosofia hegeliana, encontra novo sentido no momento em que o capitalismo acelera os contatos transculturais, destrói sistemas de interpretação e politiza identidades. Os grupos mobilizados sob a bandeira da nação, da etnia, da “raça”, do gênero e da sexualidade lutam para que “suas diferenças sejam reconhecidas”.

¹² O exemplo de reconhecimento de identidade que Fraser fornece é o do movimento gay, que postula a valorização da homossexualidade em função da hegemonia da heterossexualidade, postulando a mudança de cultura. o exemplo de problematização, de desconstrução da dicotomia homossexual/heterossexual, da abertura de espaços de diálogos, se estabelece no movimento *queer*. destarte, “o objeto do reconhecimento não deveria ser a identidade própria de um grupo, mas o estatuto dos membros desse grupo de pertencimento integral ao meio social onde estão inseridos”. a ideia é a de que “soluções transformadoras [...] buscam acabar com o desrespeito transformando a estrutura de avaliação cultural subjacente [branco/negro; homossexual/heterossexual]”, culminando por “desestabilizar as identidades e a diferenciação existentes”, fazendo com que mudem “as percepções que temos de nós mesmos”. diante disso, fraser advoga pela necessidade de reivindicar a “paridade da participação de todos nas relações sociais, definir o campo da justiça social como, simultaneamente, redistribuição e reconhecimento, classe e estatuto nas relações sociais” (FRASER, 2012).

estatal ou global. O cerne da ideia de Honneth é o reconhecimento, enquanto o de Fraser é a participação.

A fim de aproximar os debates de Honneth e Fraser com teoria da fragmentação jurídica proposta por Teubner, pode-se afirmar que o Direito sofre pressão e irritação dos grupos minoritários a ponto de rever seus estatutos normativos, modificando, por consequência, a percepção social com relação aos integrantes destes grupos. A mudança, portanto, deve ser estrutural.

À vista disso, quando Teubner propõe o conceito de “constituição híbrida” (2016, p. 161) como uma resposta à fragmentação jurídica no plano global, invoca a necessidade de participação de setores privados, grupos de toda sorte, como ONGs, sindicatos, movimentos, em comunicação com setores públicos, a fim de limitar os sistemas sociais expansionistas e de postular modificações em sistemas como o político e do Direito. Esta valiosa proposta se assemelha àquilo que Fraser chama de contrapúblicos subalternos, arenas de contra discursos hegemônicos, assim como à sugestão de Honneth no que toca à cooperação reflexiva e, porque não, à revisão das racionalidades não universalizantes. Em suma, toca ao Direito limitar e mitigar as tendências autodestrutivas que advêm das colisões entre as racionalidades, tese que é também propugnada pelos estudiosos da Teoria Crítica em análise nesse trabalho.

Nessa linha de raciocínio, pode-se estabelecer que a “pressão por aprendizagem”, conforme Teubner, ou a “irritação”, nos moldes Luhmannianos, exercidas pelos grupos minoritários pelo reconhecimento de suas identidades e de seus postulados sobre o sistema da economia, sobre o próprio sistema social, sobre os sistemas do Direito e da política, são capazes de frear a tendência de expansão exagerada de alguns e de modificar paradigmas em outros (no caso, nestes dois últimos).

Da mesma forma, com base no postulado por Fraser, as lutas por redistribuição, que procuram combater a injustiça socioeconômica, a qual está enraizada na estrutura político-econômica mundial, são formas de pressionar e irritar os sistemas de maior ou menor intensidade de expansão, vindo a contrabalanceá-los. Diante disso, Fraser entende que ditas lutas reivindicam a mudança nos arranjos econômicos para que assim também desapareçam as diferenciações¹³. Na escala da participação, Fraser ressalta a importância dos contrapúblicos subalternos, como forma de estabelecer quebra de paradigmas hegemônicos.

Diante do analisado, pode-se afirmar que a ideia de Fraser complementa a de Honneth, preenchendo o vazio político da teoria do mesmo, no sentido de que aquela leciona a ideia de que a partir de um contexto de exclusão de determinados grupos da esfera pública, surge um aumento de arenas contrapúblicas de debate, de participação, que levam a novas formas de representação. O não reconhecimento, no entender de Honneth (2009), pode ser superado se a racionalidade universalizante tiver novos contornos, ou seja, se for aberta às demandas de todos os grupos sociais. Não se pode, portanto, fundar o Direito em bases ideológicas e racionalidades que não são universais. A racionalidade de uma sociedade forjada no pensamento colonialista, de hegemonia europeia, heteronormativa, branca, masculina não é capaz de gerir os postulados dos grupos tidos como minoritários, o que impede que sejam destinatários dos mesmos direitos, ainda que na forma o sejam. Essa

¹³ Fraser entende que há: “[...] duas concepções globais de injustiça. na primeira, a injustiça social resultaria da estrutura econômica da sociedade e se concretizaria na forma de exploração ou miséria. a segunda, de natureza cultural ou simbólica, decorreria de modelos sociais de representação que, ao imporem seus códigos de interpretação e seus valores, excluiriam os ‘outros’ e engendrariam a dominação cultural, o não reconhecimento ou, finalmente, o desprezo. [...] as duas formas estão imbricadas e, em geral, se reforçam dialeticamente. a subordinação econômica impede de fato a participação na produção cultural, cujas normas, por sua vez, são institucionalizadas pelo estado e pela economia.

depreciação dos grupos enquanto membros da sociedade, pois sem espaço de participação, faz com que a base não se modifique e que a conformação dos grupos se mostre patológica. Ressalta-se que a conformação não é apenas dos grupos estigmatizados, pois a continuidade do *status quo* é (muito) favorável ao grupo dominante (que não tem motivo para mudar a realidade que lhe favorece).

Honneth contribui com um novo olhar nas obras seguintes (2007), especialmente em “Direito da liberdade” (2011), onde demonstra a existência de fragmentos de racionalidade, os quais contribuem para a revisão da Teoria Crítica em sua base normativa, postulando “uma reconstrução das práticas e condições de reconhecimento já institucionalizadas, analisando as instituições sociais em um sentido amplo (SIMIM, 2015, p. 650). O repensar a respeito da universalidade, portanto, é crucial não apenas para ele como para Fraser e Teubner, diante da complexidade e da fragmentação do Direito global.

4 Os dilemas da diferença e as compatibilidades normativas

Assentadas as bases sobre as quais identificaram-se as limitações da teoria do reconhecimento, na comunicação sistêmica entre o Direito e a política em um ambiente de fragmentação jurídica, nesta seção serão expostos os dilemas da diferença e as suas irritações pelas interações e acoplamentos estruturais. Considerando a matriz sistêmica, na seara dos movimentos sociais identitários com reflexos na política e no Direito, o fim é o de solucionar problemas oriundos desse acoplamento estrutural entre tais sistemas em uma evolução do sistema jurídico, com potencial capacidade de entendimento sobre a complexidade desse sistema e pavimentando via antidiscriminatória adequada. A relação com a teoria dos sistemas de Luhmann e o conceito de acoplamento estrutural se daria através da interação sistêmica entre Direito e política via movimentos

sociais de reconhecimento identitário (por exemplo, identidade racial e proibição de discriminação por motivo de raça). Com o objetivo de solucionar eventuais obstáculos, compreende-se que a evolução “busca estruturas possíveis de complexidade, que possibilitam uma evolução especial do sistema jurídico” (LUHMANN, 2016, p. 151).

Assim, ainda no referencial de Luhmann, tal evolução se daria mediante a satisfação de condições, dentre as quais seriam a variação de um elemento autopoietico relacionado a padrões estabelecidos, a seleção de uma estrutura possibilitadora de outras reproduções e a estabilização do sistema, com a manutenção de sua dinamicidade (LUHMANN, 2016, p. 131). Com a comunicação e acoplamentos estruturais entre os sistemas se possibilitaria a evolução. Moldado o quadro, é possível o diálogo entre as condições para evolução na compreensão sobre o sentido das identidades a serem reconhecidas para estabilizar o sistema do Direito. Constatada a fragmentação jurídica incapaz de ser analisada em uma perspectiva reducionista, mas pluridimensional, esse diálogo permitiria a compatibilidade normativa entre os fragmentos (TEUBNER, 2005, p. 117). Com a diretriz sistêmica, a investigação é trilhada no entendimento sobre os conflitos diferencialistas/igualdade e universalismo abstrato/universalismo concreto, assim como entre uma perspectiva moderna/perspectiva decolonial na antidiscriminação.

4.1 O diferencialismo e as irritações na comunicação sistêmica

O estudo da Teoria Social por Günther Teubner deságua na constatação de fragmentos na sociedade global em meio à globalização jurídica através de conceitos sistêmicos e de um entendimento policêntrico (TEUBNER, 2005, p. 118). Dentre os diversos sistemas sociais autônomos, a diferenciação se dá além da territorialidade, caracterizada pelos conflitos de racionalidades entre os sistemas funcionais (TEUBNER, 2005, p. 118). Ao

passo que, compreender que a fragmentação do Direito ensejou a desvinculação do sistema jurídico em Estado-Nação, mas pelo modo no qual as operações jurídicas se vinculam (TEUBNER, 2005, p. 119). Isso significa que no âmbito do Direito global contemporâneo, sem fronteiras e em uma visão universalizante, prima-se pela estrutura de normas que se conectam (KJAER, 2019, p. 15), em um espaço em que o Direito flui da consistência normativa para a interlegalidade operativa (TEUBNER, 2005, p. 119).

Nesse cenário, a amplitude comunicativa demanda uma abertura em suas operações através da capacidade de diálogo permeada por uma semântica, mesmo não sendo comum entre os sistemas, haja vista as diferenciações funcionais, a qual seja compreensível e aplicável de maneira igualitária e não discriminatória na sociedade. Por exemplo, o sentido dado à identidade racial, caso reduzido a um prisma moderno, atomizado e conformado em padrões eurocêntricos implica em um tipo de análise dentro do sistema. De outro modo, o vislumbre de que raça é fruto de uma construção cultural, histórica e social, herdeira da colonialidade, contempla o investigador de um substrato interpretativo muito mais atento à complexidade de estruturas sociais, neste caso discriminatórias, potencializando a organização e decisão na prática no Direito (ROCHA, 2013, p. 149)¹⁴.

O debate igualdade/diferença remonta uma série de circunstâncias na história do Direito. Tendo em vista a impossibilidade de uma ampla abordagem neste trabalho, pode-se tratar sobre o tema a partir da Revolução Francesa. Esse esforço relaciona alguns paralelos entre o expansionismo colonial e a igualdade limitada aos eleitos em uma sociedade hierarquizada. Isso, tanto na prática jurídica quanto nos sistemas políticos e sociais na periferia do mundo. Se a igualdade foi

¹⁴ Método de análise baseado na epistemologia pragmático-sistêmica.

emblemática para romper com o *Ancien Régime* francês, aquilatada como símbolo revolucionário, de outro modo, foi ressignificada em outros contextos. Nesse sentido, uma primeira abordagem é a consideração dos sistemas políticos, sociais e jurídicos, tendo como perspectiva a análise comunicativa de centro e periferia. No centro, estão os detentores do poder político-social-jurídico e na periferia, os renegados do acesso à significação e sentido advindos da igualdade¹⁵.

Como consequência, códigos como abstração e a concretude, universalismo e particularismo, igualdade e diferença, tem permeado esse debate, seja em um sistema político para o reconhecimento de igualdade e respeito às diferenças, como visto na seção anterior, seja no próprio Direito como subsídio para a compreensão da complexidade social, estruturado no reconhecimento de sua autopoiese, e atendimento do código lícito/ilícito capaz de dizer o que é e o que não é Direito (LUHMANN, 2006, ps. 39 e 128).

Em termos de igualdade, os postulados jacobinos concretizaram-se pós-Revolução Francesa sob os valores da igualdade, da liberdade e da fraternidade no século XVIII, em confronto entre os excluídos e os privilegiados na nobreza e no clero (MARTINS; REIS, 2019). Os paradigmas políticos particularistas foram rompidos e propugnou-se a universalização dos axiomas descritos como direitos de todos os homens (MELLO; DONATO, 2011). Superada essa fase, em quadra histórica avançada, os pilares de igualdade foram adensados com a busca pelo reconhecimento de identidades. Questões comunitárias, discussões entre o respeito às diferenças e direito das minorias, e igualdade formal e universal vieram à tona. As irritações decorriam da consubstanciação de

¹⁵ As relações entre centro e periferia sobre o tema desta pesquisa, Teoria dos Sistemas e os fragmentos jurídicos desenvolvida por Günther Teubner serão tratadas no item 4.2.

categorias universais atreladas ao paradigma branco, anglo-saxão, protestante (FREDERICO, 2016), o que se estende ao europeu, burguês e católico. Seja no programa do sistema político, seja no programa do sistema jurídico, os códigos universalistas/particularistas, abstração/concretude seriam, utilizando-se o vocabulário sistêmico de Luhmann, manipuláveis e reformuláveis em suas unidades como diferença (LUHMANN, 2016, p. 39).

Essas novas bases seriam possíveis por intermédio de zonas de toque em uma semântica ressignificada para estabilizar do universal/particular, do abstrato/concreto e, ainda, da igualdade/diferencialismo. Se há a fragmentação no Direito global contemporâneo a ser conectado pela interlegalidade operativa, o ressignificar seria substrato dialógico entre as colisões das diversas racionalidades dos diferentes setores sociais, possibilitado regimes autoconstituídos (TEUBNER, 2005, ps. 122-123).

Universalistas tendem a aplicar paradigmas para todos os indivíduos, já particularistas buscam a aplicação de diferentes modelos para diferentes situações para diversos indivíduos e grupos (HOGGETT; THOMPSON, 1996). Contudo, as lutas por reconhecimento, além de seus postulados filosóficos abordados na seção anterior, distendem o debate em um fluxo contínuo de oposições entre igualdade e diferencialismo entre os nós das redes ou acoplamentos estruturais sistêmicos. O racismo colonial é exemplo. Na construção da modernidade, divisões e hierarquizações raciais são marcas consolidadoras do racismo. Assim, a diferença é uma essência, logo, não haveria igualdade plena. No racismo, o primordial é a diferença (PIERUCCI, 1990) para justificar hierarquias, manutenção de privilégios e restrições de direitos. A diferença é a negação da igualdade. Entretanto, no espaço político contrário ao universalismo abstrato, por exemplo, pelos movimentos feministas (RAMPTON, 2013) e antirracistas em face da zona do não-ser (FANON, 2008), a pauta foi pela não

categorização identitária fixa e imutável. As demandas por reconhecimento de identidades, como as tratadas nos itens precedentes, e o clamor pelo respeito às diferenças espraiam-se pelo direito à diferença.

Nos interstícios entre o direito às diferenças e a certeza das diferenças, cunhados de diferencialismo contemporâneos (PIERUCCI, 1999), que a igualdade é atacada. Isso põe em xeque a semântica a ser utilizada pelo sistema jurídico e seu acoplamento estrutural com o sistema político o que, causaria maiores irritações, corromperia os sistemas, impossibilitando a administração das colisões entre fragmentos jurídicos.

Com relação ao diferencialismo, há classificações como de “direita”, ultraconservador não-igualitário, xenófobo, racista e chauvinista. Por outro lado, pode ser tido como de “esquerda”, atento às diferenças e as suas particularidades. Os dois tipos são contrários ao universalismo abstrato e combatem o tratamento diferenciado. Além disso, o diferencialismo é tido como repressivo ou crítico, baseado na dominação de grupo sobre grupos ou na formação de “guetos” de diferenças sem intercomunicações, aproximando-se do ultraconservadorismo na prática (RIOS, 2012).

Em meio a isso, estão os dilemas da diferença, pois nas oposições dos códigos diferença/universalismo, gera-se a exclusão ou inclusão no sistema político com consequências no sistema jurídico. Como se dá na relação entre os ideais de igualdade e de liberdade sobre os oprimidos, a privação da condição humana e o reassumir da humanidade (ROUANET, 2007) acabam restritos na sobrevalorização diferencialista, mesmo que empunhem bandeiras progressistas, o que impede o diálogo com o princípio da igualdade. A exposição dos limites da universalidade liberal está muito mais atrelada ao alcance de seus postulados e o seu diálogo com as diferentes culturas e identidades. Para a acomodação das colisões oriundas de fragmentações nos sistemas jurídico, também ocasionadas

pelas tensões no sistema político, não deveria ser através do reducionismo da “recusa do universal em nome de micro-narrativas” em “guetos cognitivos” (FREDERICO, 2016). Para o desenvolvimento de formas heterárquicas do Direito, a partir das irritações, podem-se criar normas jurídicas em compatibilidades normativas de forma descentralizada para a administração dos conflitos (TEUBNER, 2005, p. 124). Para tanto, entre os diferencialismos, é possível pontes de solidariedade e a unificação entre grupos identitários com vistas a direitos humanos universais (APPIAH, 2005) e para uma via transformativa de alcance substancial da isonomia, na diferenciação funcional entre centro e periferia.

4.2 O Centro e a Periferia – Igualdade Universal Concreta, Antidiscriminação e Decolonialidade

Os limites das pautas identitárias e os dilemas da diferença também podem se relacionar com a análise da comunicação sistêmica pela ótica da diferenciação centro e periferia. Na perspectiva Luhmanniana, tal diferenciação, exemplificativamente exposta nos diversos sistemas da sociedade, seja jurídico, econômico, serve para a resolução de problemas complexos (LUHMANN, 2016, p. 180). É um possível instrumento para a leitura das estratificações sociais que mantêm segmentações sobre a periferia (LUHMANN, 2006, pp. 525-526). Essa ideia poderia ser um eixo de análise sobre as consequências históricas e sociológicas em dinâmicas sociais do sul global influenciadas pela lógica colonial. A diferenciação centro e periferia é contributiva, pois há o aprofundamento sobre a semântica e significado da identidade fruto da modernidade, como a conceitualização de raça, imposta por hierarquias, opressão e subordinação (SIMIONI e PEREIRA, 2018, p. 6).

Falar sobre a “lógica da colonialidade” é compreender a noção desumanizadora dos detentores de direitos (BRAGATO, 2016) e o quanto

interfere na produção de saberes e na configuração de conceitos, categorias e institutos jurídicos, o que deve ser repensada e debatida pelo Direito. A colonialidade do poder (QUIJANO, 2005) é um padrão de hegemonia no modo relacionado aos saberes, à epistemologia e ao poder-jurídico estabelecido. Há conexão entre a formação de identidades, luta pelos seus reconhecimentos via acoplamento estruturais com a produção normativa. Assim, se há a difusão de fragmentos jurídicos em setores com vistas a um constitucionalismo social, a interlegalidade e o policêntrico requerem atenção às diversas semânticas advindas das colisões experimentadas e nisso estão incluídas as narrativas do centro (moderno) e periferia (colonial) sobre as identidades a não serem discriminadas. Como no exemplo em que os tribunais são considerados como centros no Direito e gravitados pela periferia de uma gama de regimes jurídicos autônomos, há o colapso de tradicionais hierarquias normativas; e, nessa base conflitiva, a busca é a de mitigação de tendências autodestrutivas do sistema (TEUBNER, 2005).

O chamado giro decolonial (SARTORI JÚNIOR, 2017) contesta saberes e objetiva a ampliação de abordagens e perspectivas além de uma dinâmica moderna, naquilo que Boaventura de Souza Santos chamou de uma “cartografia moderna dual nos âmbitos epistemológicos e jurídicos” (SANTOS, 2009, p. 76). O descrito “pensamento moderno abissal” com bases de reconhecimento e de não reconhecimento é legitimador daquilo que é humano e subumano através de linhas abissais (SANTOS, 2009, p. 76). Como Boaventura aduz, são possíveis novos caminhos epistêmicos, a partir de uma “epistemologia do sul” em um confronto entre a “monocultura da ciência moderna com uma ecologia de saberes” (SANTOS, 2009, p. 85). A administração de colisões jurídicas, aceitando-se o enfraquecimento da centralidade do Estado entre fragmentos

periféricos, é alcançável pelo equilíbrio entre as oposições nos códigos centro/periferia e exclusão/inclusão.

As transformações vindas do Direito global contemporâneo, no qual o “Estado-centrismo” colapsa frente ao caráter jurígeno de setores sociais, necessitam de estabilização. Considerando os códigos da colonialidade (humano/desumano), assim como em uma cartografia pelos códigos centro/periferia, é premente a inclusão dos detentores de direitos e potenciais participantes no acesso procedimental aos regimes jurídicos autônomos. Logo, ao lado do rompimento com a centralidade estatal, dotada de conceitos assimétricos, urge a formação de categorias simétricas do direito de governança global de forma descentralizada e dotada de interlegalidade (KJAER, 2019, p. 15).

Esse equilíbrio pode ser trilhado pelo tratamento igualitário, o qual detém substância e concretude nas relações identitárias e na valorização do diferente. Entre o igualitarismo e o diferencialismo, há um conjunto de discursos extremos e opostos, os quais obscurecem os enfrentamentos antidiscriminatórios aos sujeitos de direito. A teoria feminista é um exemplo. Em suas diversas perspectivas, do feminismo liberal, passando pelo feminismo cultural diferencialista, feminismo negro e feminismo pós-moderno, houve releituras do sujeito político, o qual fluiu entre categorias universais e fixas para categorias não essencializadas e concretas (RE, 2019). As lutas políticas possibilitaram uma efetiva emancipação desses sujeitos submetidos às relações históricas de poder modernas, as quais dominam e oprimem (ALLEN, 2015).

Com a inclusão de política de reconhecimento de identidades transversalmente no debate de regimes jurídicos autônomos em ambiente de setores sociais, é possível viabilizar consistências normativas de interlegalidade por intermédio de uma liberdade emancipatória não romantizada pela lógica moderna, mas concreta e transformativa (ALLEN,

2015). Aqui reside uma possível ressignificação igualitária dialogando com as diferenças merecedoras de respeito às suas semânticas incluídas no acesso procedimental ao modo no qual as operações jurídicas se vincularão entre si (TEUBNER, 2005, p. 119). Vistas como direitos fundamentais, é a igualdade fundida entre o direito universal garantido a todos através da generalização e a re-especificação (TEUBNER, 2020) dos acessos a direitos às minorias subordinadas, em atenção às diferenças. Nessa esteira, atender às demandas identitárias em uma gramática constitucional social precisa de medidas para conter os reflexos da contraposição entre os códigos binários universal/particular e igualitarismo/diferencialismo. Apesar dos conflitos presentes nas democracias, a compreensão da proibição de discriminação deve ser atenta a um universalismo de multiplicidades não restrita ao confronto diferencialista (RE, 2019).

Além de um diferencialismo abstrato de apanágio segregacionista e de um universalismo abstrato não conectado às desigualdades com uma face homogenizadora (FREDERICO, 2016), para o desenvolvimento de formas heterárquicas, a semântica do universalismo concreto (ROUANET, 1994) revela-se uma possibilidade. Para o não estabelecimento de prerrogativas entre sistemas funcionais ou internamente aos sistemas, a inclusão de normas simétricas baseadas em uma igualdade para todos e ciente das diferenças (RIOS, 2012) é uma primazia. Em meio à luta pelo reconhecimento da agência política identitária juridicizada e as suas irritações que se daria o diálogo do pluralismo jurídico da globalidade.

A posição do sujeito de direito oprimido é levada em conta, a qual sempre foi objeto de domínio colonial, para a sua visibilidade no acesso e na consideração de sua identidade de forma capilar na produção normativa em setores sociais. No desenvolvimento de novos constitucionalismos sociais, seria repensar os sentidos e significados contidos nas colisões entre regimes por meio de postulados críticos sobre

a operação de manifestações discriminatórias, como o racismo. Assim, toda e qualquer diferença que for valorizada dentro de uma perspectiva de igualdade universal concreta é capaz de subsidiar uma compatibilização normativa entre os fragmentos.

A interpretação legal se coaduna a uma operação consistente e interligada com potencial estabilizador do sistema, entre diferencialismo/universalismo pelo universalismo concreto. O universal é visto com uma “multiplicidade de singularidades” de forma não absoluta, em que “só existe o universal enquanto comunidade de singularidades e de diferenças, partilha que é simultaneamente por em comum e separação” (MBEMBE, 2014, p. 265). Mesmo diante de um sistema de opressão, por exemplo, racista e do necessário reconhecimento de identidades e suas diferenças, a luta antirracista tem fundamental importância ao lado de um projeto solidário com a humanidade e a sua reconciliação cunhada na universalidade (MBEMBE, 2014, p. 295). Com isso, o ambiente de conflito entre racionalidades em uma sociedade global e policêntrica, pode ser equacionado por esses postulados, em que as teorias de reconhecimento identitário, mesmo quando fragmentadas pelo identitarismo distendido, atingem espaços de toque pela igualdade universal concreta.

Conclusão

Ao fim deste estudo, pode-se afirmar que é possível um diálogo entre a teoria do reconhecimento e as políticas identitárias, estas na seara antidiscriminatória e da decolonialidade, e uma sociologia da constituição a fim de subsidiar a análise guiada por Günther Teubner acerca das colisões jurídicas experimentadas pela fragmentação do Direito global (TEUBNER, 2005) em perspectiva de administração desses conflitos.

A tese de Teubner a respeito da fragmentação do Direito global fornece importantes subsídios para se repensar a racionalidade hegemônica que forja as relações sociais e que reforçam o não reconhecimento, a disparidade de participação política, as diferenciações entre as pessoas e a discriminação. Honneth (2009) estabelece que dita racionalidade deve ser repensada, reconstruída a partir de padrões não europeus e que considerem os diversos fragmentos de uma universalidade. Fraser (2003) estabelece que os contrapúblicos subalternos oferecem a possibilidade de que os espaços públicos sejam preenchidos pelos discursos e pelos postulados dos grupos estigmatizados, o que se aproxima do conceito de “constituição híbrida” proposto por Teubner, diante do cenário de dificuldade de comunicação dentro do sistema do Direito, na complexidade do mundo contemporâneo.

Foi visto que o sentido dado à identidade, seja racial, de gênero, de origem, se reduzido a um prisma moderno, atomizado e conformado em padrões eurocêtricos, implica em um tipo de análise dentro do sistema, estando conformado na sociedade tal padrão. Agora, se as identidades forem vistas como frutos da cultura, da história e da sociedade herdeira da colonialidade, concede-se ao investigador um substrato interpretativo muito mais atento à complexidade de estruturas sociais, neste caso, discriminatórias, potencializando a organização e decisão na prática no Direito (ROCHA, 2013, p. 149) e as lutas por reconhecimento, por redistribuição e por participação paritária (HONNETH; FRASER, 2003) irritando-se o sistema social e os sistemas do Direito e da política por mudanças.

Nessa senda, para a acomodação das colisões oriundas de fragmentações nos sistemas jurídicos, também ocasionadas pelas tensões no sistema político, é necessário se desenvolver formas heterárquicas do Direito, a partir das irritações. Assim, podem-se criar normas jurídicas em

compatibilidades normativas de forma descentralizada para a administração dos conflitos (TEUBNER, 2005, p. 124), pois se está diante de uma modernidade complexa na qual a comunicação entre os sistemas do Direito e da política ainda tem muita influência do Direito estatal, o que impede, de certo modo, um diálogo mais aberto entre os diferentes grupos minoritários a fim de postularem seu reconhecimento (social, jurídico, de saúde, etc.).

Dessarte, comprovou-se que através da análise dos diferencialismos é possível se estabelecer pontes de solidariedade e unificação entre grupos identitários com vistas a direitos humanos universais (APPIAH, 2005) e para uma via transformativa de alcance substancial da isonomia, na diferenciação funcional entre centro e periferia. O defendido por Fraser (2012) quanto à necessidade de transformação da estrutura do universal que não é universal via problematização das diferenciações também se encaixa nesse contexto de pressão dos sistemas sociais e, em especial, do Direito e da política.

Em conclusão, pode-se defender que o desenvolvimento de novos constitucionalismos sociais se constitui em um repensar a respeito dos sentidos e significados contidos nas colisões entre regimes por meio de postulados críticos sobre a operação de manifestações discriminatórias, de não reconhecimento e de impossibilidade de participação paritária nos debates e nos postulados para sua superação.

Referências

ALLEN, Amy. Emancipação sem utopia. Sujeição, modernidade e as exigências normativas da teoria crítica feminista. *In* **Novos Estudos**, nº 03, novembro, 2015.

APPIAH, Anthony. **The ethics of identity**. New Jersey: Princeton University Press, 2005.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Discursos desumanizantes e violação seletiva de direitos humanos sob a lógica da colonialidade. In **Quaestio Juris**, vol. 09, n° 04, Rio de Janeiro.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. O julgamento da ADPF n° 186 no STF: uma reflexão à luz do debate Honneth-Fraser. In **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 19, n. 2, p. 453-490, maio/ago, 2014.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo Rocha. **Fragmentos de Constituição e Transconstitucionalismo: Cenários Atuais da Teoria Constitucional**. In Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2018, Vol. 34.1, ISSN: 2447-8709. Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/revista-da-faculdade-de-direito-do-sul-de-minas/artigo/?artigo=291&volume=>>. Acesso em 11, jan/2021.

FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Salvador: EDUFBA, 2008.

FRASER, Nancy. Luta de classes ou respeito às diferenças? igualdade, identidades e justiça social. In **Diplomatique**, [S.l.], 01 jun. 2012. Disponível em <<https://diplomatique.org.br/igualdade-identidades-e-justica-social/>>. Acesso em 13, jan/2021.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 77, 2009.

FREDERICO, CELSO. O multiculturalismo e a dialética do universal e do particular. In **ESTUDOS AVANÇADOS**, 30 (87), 2016, pp. 237-254.

HOGGETT, Paul e THOMPSON, Simon. **Universalism, selectivism and particularism: Towards a postmodern social policy**, Critical Social Policy, 1996, 16: 21, DOI: 10.1177/026101839601604602.

HONNETH, Axel. **Das Recht der Freiheit: Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2011.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2003a.

HONNETH, Axel. **Pathologies of reason**: on the legacy of critical theory. New York: Columbia University Press, 2009.

HONNETH, Axel. **Sufrimento de indeterminação**: uma reatualização da Filosofia do direito de Hegel. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

HONNETH, Axel. Uma patologia social da razão: sobre o legado intelectual da Teoria Crítica. In RUSH, F. (Org.) **Teoria Crítica**. Aparecida: Ideias & Letras, 2008.

HONNETH, Axel; FRASER, Nancy. **Redistribution or recognition?** A political-philosophical exchange. New York; London: Verso, 2003.

KJAER, Poul F.. Direito Global como intercontextualidade e interlegalidade. In **Revista de Direito Público**, Vol 16, 88, pp. 212-31, 2019.

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema**: la ambición de la teoría. Introducción e traducción de Ignacio Izuzquiza. Barcelona: Paidós, 1990.

LUHMANN, Niklas. L'autoriflessione del sistema giuridico: la teoria del diritto nella prospettiva della teoria della società. In LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**. Ed. Raffaele De Giorgi. Bologna: il Mulino, 1990a.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad del México: Editorial Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade** [livro eletrônico]; tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. 2,0 Mb; ePUB.

LYSAKER, Odin. Democratic Recognition Struggle Axel Honneth's Radical Democracy. In **Academia**. Originalmente publicado em Norwegian Journal of Philosophy, 2011, p. 98-116. Disponível em <https://www.academia.edu/3611678/Democratic_

Recognition_Struggle_Axel_Honneths_Radical_Democracy>. Acesso em 13, jan/2021.

MARTINS, Thiago Penido e REIS, Paulo Augusto Gomes Santiago. A Revolução Francesa de 1789 e a Teoria da Separação de Poderes como marco para o início da Constitucionalização de 1791. *In Rev. Brasileira de História do Direito*, Goiânia, v. 5, n. 1, p. 60-80, jan/jun, 2019.

MBEMBE, Achille. **Crítica da Razão Negra**. Lisboa: Antígona, 2014.

MELLO, Vico Denis S.; DONATO, Manuella Riane A.. O pensamento iluminista e o desencantamento do mundo: Modernidade e a Revolução Francesa como marco paradigmático. *In Revista Histórica Crítica*, ano II, nº 4, dezembro/2011, Alagoas, 2011, pp. 248-264.

PIERUCCI, Antônio Flávio. Ciladas da Diferença. Tempo social. *In Rev. Sociol. USP*, São Paulo, 2: pp. 7-33, 2 sem, 1990.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. *In Perspectivas latino-americanas*, 2005. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_QUIJANO.pdf> Acesso em 11 jan, 2021.

RAMPTON, Martha. The Three Waves of Feminism. *In The Magazine of Pacific University*, Oregon, Pacific, V. 41, n. 2, Fall 2008, Disponível em <http://www.pacificu.edu/magazine_archives/2008/fall/echoes/feminism.cfm> Acesso em 08 jan, 2021.

RE, Lucia. Eguaglianza, differenza e diritto. Uno sguardo al dibattito femminista contemporaneo / Equality, Difference and Law. A Critical Analysis of Contemporary Feminist Debate. *In About Gender*, Vol. 8, Nº 15, 2019, pp. 1-42.

RIOS, Roger Raupp. O Direito da Antidiscriminação e a tensão entre o direito à diferença e o direito geral de igualdade. *In Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 6, nº 18, pp. 169-177, jan/mar, 2012.

- ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. *In* **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 5(2):141-149, julho-dezembro, 2013.
- ROUANET, Sérgio Paulo. Dilemas da moral iluminista. *In* **Ética**. Organização Adauto Novaes. São Paulo: Companhias das Letras, 2007, pp. 207-225.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *In* SANTOS, Boaventura de Souza; MENESES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do sul**. Coimbra: CES, 2009,
- SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas**: uma crítica à tese do “Marco temporal da ocupação”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- SIMIM, Thiago Aguiar. A justiça das instituições sociais: Uma crítica da reconstrução normativa de O direito da Liberdade de Axel Honneth. *In* **Civitas, Rev. Ciênc. Soc.**, Porto Alegre, v. 15, n. 4, pp. 648-663, Dec. 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-6089201500040006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 13, jan/2021.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PEREIRA, Heroana Letícia. Interpretação e decisão em Niklas Luhmann: transmodernidade e descolonização. *In* **Revista Direito Mackenzie**, v. 12, n. 2, pp. 1-17, 2008.
- TEUBNER, Günther. **El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global**. Lima: Ara Editores, 2005.
- TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

Direito e teoria social: um possível diálogo entre Gunther Teubner e Nancy Fraser ¹

Luísa Giuliani Bernsts²

1. Introdução

As ligações entre direito e sociedade são múltiplas, extremamente complexas e incongruentes com uma concepção puramente normativa-estatal da norma jurídica. Direito deixou de ser sinônimo de lei e de eficácia normativa. Os meandros da teoria positivista são cada vez mais questionados em nome da construção de uma teoria crítica capaz de reconstituir as relações entre política e direito de forma a enfrentar as assimetrias sociais e tentar equalizá-las.

Inspirada em dois textos dos anos 80 do professor Leonel Severo Rocha em que ele aponta os fundamentos epistemológicos da transformação da dogmática tradicional e as possíveis críticas as vertentes teóricas que consubstanciam este enfrentamento, a presente pesquisa compromete-se a análise dos elementos políticos-ideológicos e históricos que sustentam um conceito de Direito.

Quanto as contribuições das teorias sociológicas ao Direito, Luhmann e Teubner convergem na crítica as teses fundamentais das teorias sociológicas clássicas que conectam o direito as relações sociais dos diversos agentes e seus interesses. Para ambos autores, ao empregar a

¹ A presente pesquisa é resultado das discussões proporcionadas no decorrer da disciplina Sistema Sociais e Direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, no segundo semestre do ano de 2020.

² Doutoranda e mestre em Direito Público pela UNISINOS. Bolsista CAPES/PROEX. Membro do Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogada. E-mail: giuliani.luisa@gmail.com

matriz da Teoria Sistêmica, o direito torna-se um subsistema social, cuja operação própria imprime sentido as comunicações de tal forma que as relações sociais entre tais agentes criam o direito, mas também diretrizes orientadoras da ação dos agentes.

Nesse mesmo sentido se apresentaria a concepção de contrapublicidade subalterna de Nancy Fraser, dado seu fundamento na necessária reivindicação por reconhecimento com base na diferença, pois os influxos das minorias é que determinaria o alargamento das concepções de bem partilhadas na esfera pública oficial. Este conceito está ligado a formação do político de acordo com o enfrentamento das questões impostas pelo neoliberalismo, o que garantiria uma revisão crítica da dogmática tradicional.

Acerca do método, a fim de promover a revisão crítica do presente tema, diante das insuficiências da matriz analítica, empregou-se o método da sociologia sistêmica, baseada na Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann. A técnica de pesquisa envolveu a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos e capítulos de livros que contemplam o tema.

2. A crítica da crítica: esclarecimentos epistemológicos

É mais que necessário elucidar que muitas vezes a teoria crítica, apesar de ser um saber de verdades aproximadas determinadas historicamente pelas relações de poder da sociedade, acaba por exteriorizar as relações sociais, assim como o positivismo faz, através de uma tentativa de determinar a insuficiência metodológica da dogmática. Nesta ordem, intenta-se atingir uma neutralidade político-ideológica de

segundo grau para ditar os novos rumos da ciência jurídica³. Contudo, assumir tal postulado não é o suficiente para a transformação social.

A teoria jurídica dominante, através da epistemologia positivista, cinde teoria de práxis, o que já há muito deveria estar superado, como bem colocou o prof. Leonel Severo Rocha já em 1982⁴. Esta cisão, no entanto, tem bem definidas as funções políticas de limitar as críticas somente à teoria e de que a práxis seja apenas uma tarefa procedimental. Dessa forma, é possível afirmar que o Direito seria enquanto teoria apto a solucionar as lides privadas da sociedade pelo sistema lógico-dedutivo que o constitui; e tornar legítimo o ordenamento jurídico a partir da elaboração legislativa, sendo impossível discutir as questões político-ideológicas das normas jurídicas que são consideradas em sua gênese legítimas⁵.

Esse afastamento das questões políticas ou a tentativa de neutralização do Direito impede que a norma jurídica se conecte com o seu real sentido, isso porque é da realidade prática emanante das decisões judiciais que ele resulta. Do encerramento da práxis na questão procedimental tida como tecno-racional, deriva o silenciamento de questões de desigualdades sociais e de minorias⁶. E, diante dos compromissos assumidos com a ascensão do constitucionalismo moderno, tal posicionamento epistemológico parece cada vez mais incoerente com tais pretensões.

³ ROCHA, Leonel Severo. Crítica da Teoria crítica do Direito. In: **Seqüência**: Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis. Vol. 04, n. 06, p. 122- 135, 1983. p. 132-133.

⁴ ROCHA, Leonel Severo. Crítica da Teoria crítica do Direito. In: **Seqüência**: Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis. Vol. 04, n. 06, p. 122- 135, 1983.

⁵ ROCHA, Leonel Severo. Crítica da Teoria crítica do Direito. In: **Seqüência**: Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis. Vol. 04, n. 06, p. 122- 135, 1983. p. 124.

⁶ ROCHA, Leonel Severo. Crítica da Teoria crítica do Direito. In: **Seqüência**: Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis. Vol. 04, n. 06, p. 122- 135, 1983. p. 124.

A mudança estrutural resultante do período posterior a II Guerra Mundial, quando do surgimento do Estado Democrático de Direito, fundase na necessária superação dos fundamentos de legalidade que justificaram as atrocidades cometidas por governos totalitários europeus. Tal transformação repercutiu no desenvolvimento de uma proposta teórica, representada pelo desenvolvimento da noção de Constitucionalismo Democrático e que no âmbito jurídico está atrelada à análise da validade material da norma de acordo com os Direitos Fundamentais positivados nas constituições⁷.

Essa busca constante pela tradução do imaginário social, ou seja, pela produção de sentidos condizentes com a realidade social é objeto do processo criativo da dogmática jurídica. Durante tal processo de construção, a teoria do direito vem enfrentado uma realidade posta a partir de um imaginário conflituado, em um primeiro momento em razão do enfrentamento com o positivismo jurídico e suas variantes formalistas, e, em um segundo momento, pelas intervenções contradogmáticas, em que o intérprete pode atribuir um sentido à lei de forma descompromissada⁸.

Não existe, precisamos compreender, um direito crítico ou um direito dogmático, mas sim um direito interpretado sob um determinado ponto de vista. Nesta senda, a construção de uma teoria crítica puramente conceitual é inefetiva. Se faz necessário, pelas problemáticas político-sociais a construção de novas diretrizes políticas e não científicas para o saber jurídico.

⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do poder judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 40.

⁸ WARAT, Luís Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 181-183.

Destarte, em contrapartida a concepção dogmática oriunda da teoria jurídica dominante, ou seja, nos pressupostos do positivismo jurídico, a concepção crítica procura denunciar os aspectos políticos-ideológicos do direito e constituir um ponto de vista teórico questionador das bases da legitimidade jurídica tradicional. Extrapolando as análises centradas exclusivamente na forma jurídica, propõe-se uma análise que leva em conta seus aspectos políticos-ideológicos e históricos⁹. Ainda em seu texto de 1982, o prof. Leonel Severo Rocha aposta e define essa nova dogmática como:

Um saber resultante de uma determinada relação de força, em uma dada formação social, em um momento histórico, que, por um lado, proporciona o instrumental teórico a ser utilizado pelos juristas em suas práticas cotidianas; e, por outro lado, por ser um saber político, materializa a dominação política-jurídica, apesar de possuir mecanismos questionadores e reivindicatórios¹⁰.

Por isso, antes de qualquer discussão é necessário que se esclareça quais são os elementos epistemológicos que fundamentam a perspectiva de análise da presente pesquisa. Nesse sentido, objeto e método do presente ensaio se mesclam de forma indissolúvel diante do caminho percorrido pela teoria jurídica. Isso porque diante da decadência do raciocínio cartesiano na justificação racional do Direito, dá-se o surgimento da perspectiva sistêmica que, abandonando a metafísica, passa a preocupar-se com a atribuição do sentido a partir da estrutura¹¹.

Mais especificamente, a matriz pragmático-sistêmica – que sustenta o trabalho – parte dos escritos de Niklas Luhmann acerca da Teria dos

⁹ ROCHA, Leonel Severo. Crítica da Teoria crítica do Direito. In: **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**. Florianópolis. Vol. 04, n. 06, p. 122- 135, 1983. p. 130.

¹⁰ ROCHA, Leonel Severo. Crítica da Teoria crítica do Direito. In: **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**. Florianópolis. Vol. 04, n. 06, p. 122- 135, 1983. p. 130.

¹¹ ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo. Vol. 5, n. 2, p. 141-149, 2013. p. 142.

Sistemas Sociais, principalmente a partir da autopoiese, conceito originário de Maturana e Varela, pelo qual pretende demonstrar a presença das funções pragmáticas da linguagem no processo de decisão judicial, por trás de qualquer das dimensões da semiótica; e redefinidas no interior do sistema a problemática do risco e do paradoxo¹².

A concepção Luhmanniana acentua não a racionalidade, não o consenso, não a identidade, mas a produção de diferença, da fragmentação, da singularidade. A teoria dos sistemas procura explicar a sociedade como sistema social, sendo importante demonstrar que certos elementos possibilitam formas de interação social, o que implica uma enorme complexidade, que exige cada vez mais subsistemas como o direito e a economia, por exemplo, que por sua vez criam outros subsistemas e assim sucessivamente¹³.

Especificamente acerca do Direito, o autor o define como uma estrutura de generalização congruente, pois na sociologia do Direito, diante da complexidade e contingência do mundo, o comportamento social exige a realização de graduações que possibilitem expectativas de comportamento recíprocas e orientadas pelas expectativas sobre tais expectativas, gerando uma dupla contingência, cuja complexidade é combatida pelos processos de identificação estrutural oriundos da diferenciação funcional¹⁴.

Portanto, a função do Direito reside justamente na sua eficiência seletiva, na “seleção de expectativas comportamentais normativas que

¹² ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo. Vol. 5, n. 2, p. 141-149, 2013. p. 147.

¹³ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. E-book.

¹⁴ ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. E-book.

possam ser generalizadas em todas as dimensões¹⁵, demonstrando seu dinamismo diante da evolução provocada por essa necessidade de frequentemente agir como resposta para efetiva redução da complexidade heterogênea, causada pela dupla contingência, a partir da diferenciação funcional¹⁶.

Essa hipercomplexificação do sistema social coloca em voga a questão da racionalidade para as tomadas de decisão nas sociedades complexas. E, diante da desorganização do poder e do Estado, assume função de guia por permitir que se recorra a diferentes sistemas para o enfrentamento de questões específicas¹⁷. Essa relação e troca entre os subsistemas é tema de um ensaio de Gunther Teubner, como veremos em seguida.

2.1 Três problemas da interlocução entre teoria social e direito, segundo Gunther Teubner

Para descrever suas três teses sobre as relações da teoria social e do Direito, Teubner refere que a filosofia teve de desistir de seu papel de guia para o Direito, dada a aceleração da diferenciação funcional da sociedade diferentes esferas de racionalidade tomaram sua própria existência, sendo impossível assegurar a ordenação dos pontos de vistas constitutivos do conceito de Direito. Parte da experiência alemã para demonstrar a transversalidade. Isso pois o direito alemão sucumbiu as reivindicações do monopólio de uma só visão de mundo, a exemplo a teoria racial do nacional-socialismo¹⁸.

¹⁵ ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo. Vol. 5, n. 2, p. 141-149, 2013. p. 148.

¹⁶ ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo. Vol. 5, n. 2, p. 141-149, 2013. p. 148.

¹⁷ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. E-book.

¹⁸ TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. In: **Tempo Social**. São Paulo, v. 27, n. 2, p. 75-101, 2015. p. 80

Ainda no final do séc. XX outro monopólio de uma teoria do custo das transações (law and economics) ganhou proeminência, contudo a crise de 2008 acarretou a derrocada dessa expansão maciça das teorias econômicas que ocorria em todas as áreas da vida. Para lidar com isso, Teubner propõe uma abordagem transversal, definida como:

O direito reconhece que, sob extrema diferenciação da sociedade, não há mais uma justificativa para a existência de qualquer teoria social única universalmente válida, mas apenas para uma multiplicidade de teorias de áreas sociais que são iguais em termos de sua origem¹⁹

Tais teorias derivam sua justificação do alto nível de autonomia e das interdependências recíprocas de diferentes racionalidades sociais, pela legalidade da existência de uma pluralidade de teorias justapostas. A partir daí, o Direito deve responder com uma abertura sistemática para a lógica interna de todas as teorias de campos parciais que concorrem entre si.²⁰

Com uma abordagem transversal, o direito reagiria sucessivamente aos impulsos provenientes de teorias parciais econômicas, políticas, sociológicas, éticas e etc. No final ele entenderia as relações entre os sistemas como arranjos de organização aonde o conflito entre diferentes racionalidades sociais é, na verdade, institucionalizado, obrigando os atores a ajustarem seu comportamento a logicas de ação diversas e contraditórias²¹.

O segundo ponto trazido sobre a abordagem distanciada é derivado da transversalidade. Se neste processo transverso de tomada decisão pela

¹⁹ TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. In: **Tempo Social**. São Paulo, v. 27, n. 2, p. 75-101, 2015. p. 81.

²⁰ TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. In: **Tempo Social**. São Paulo, v. 27, n. 2, p. 75-101, 2015. p. 82.

TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. In: **Tempo Social**. São Paulo, v. 27, n. 2, p. 75-101, 2015. p. 84.

provocação por teorias sociais, estas devem ser transpostas para o direito sem que sejam de forma alguma modificadas. A diferenciação funcional da sociedade engloba o direito e os outros sistemas sociais e a doutrina jurídica é incomensurável com teorias científicas. O código Jurídico constitui a base da autonomia inevitável da doutrina jurídica, a qual exclui qualquer tomada de poder pelas teorias sociais²².

Quando a doutrina jurídica começa a examinar diferentes instituições jurídicas para determinar-se, torna-se capaz de responder de forma sensível às estruturas e aos problemas dos fenômenos sociais da forma que são percebidos pelo Direito. Esse movimento deve chamar-se responsividade, segundo Teubner, e consubstancia-se na possibilidade de análise externas de problemas das teorias sociais de acordo com os critérios jurídicos de seleção, podendo conciliar problema e solução entre si²³.

Finalmente, também pela diferenciação, surge a questão da autonormatividade. Pois, com a destruição da unidade de teoria e prática, restringe-se a ciência a uma codificação binária exclusiva, que não permite que as teorias sociais possam fazer postulações normativas no código da política ou da moralidade ou do direito. A desparaodixação das tentativas de fundações normativas não pode ser efetuada pela filosofia, mas apenas por práticas sociais na comunicação e por indivíduos em sua introspecção²⁴.

Contudo, observa-se que grande parte daquilo que é denominado teoria social não é uma teoria científica em sentido estrito, mas uma reflexão sobre diferentes mundos sociais, o que Teubner denomina de

²² TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. In: **Tempo Social**. São Paulo, v. 27, n. 2, p. 75-101, 2015. p. 85-86

²³ TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. In: **Tempo Social**. São Paulo, v. 27, n. 2, p. 75-101, 2015. p. 88,

²⁴ TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. In: **Tempo Social**. São Paulo, v. 27, n. 2, p. 75-101, 2015. p. 90.

uma “dogmática de reflexão”, que gera orientações normativas para as práticas sociais. A normatividade jurídica se desenvolve em contato com essa outra dogmática, pois por princípio, orientações normativas não podem ser fornecidas por ciências sociais imparciais e somente pela dogmática normativamente colonizada pelas práticas sociais²⁵.

Essa dogmática social de reflexão oferece uma pluralidade de perspectivas normativas, seja pelas ideias de diretrizes abstratas de instituições sociais, seja expectativas sociais concretas, reivindicações, justificação de direitos básicos e esperanças individuais das pessoas envolvidas, passando por percepções dos sistemas sociais obtidas coletivamente conforme a capacidade de desempenho e por delineamento de sua função social global²⁶.

3. A teoria de Nancy Fraser

Preliminarmente, faz-se necessário, para a compreensão do constructo teórico de Nancy Fraser e do seu desdobramento enquanto teoria social crítica, contextualizar sua relação com a teoria marxista, ponto de partida de seu trabalho intelectual, o qual não se eximiu de enfrentar a problemática econômica frente aos movimentos objetos de seu estudo, ficando evidente sua preocupação não somente com as bandeiras de reivindicação do feminismo, mas também com a nova roupagem que elas acabam tomando diante do neoliberalismo que, muitas vezes, passam despercebidas.

Fraser reconhece que o capitalismo vem sofrendo uma crise, a qual, segundo ela, é heterogênea, atingindo desde o campo financeiro até os setores da ecologia e da política social, bem como sustentada em uma raiz

²⁵ TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. In: **Tempo Social**. São Paulo, v. 27, n. 2, p. 75-101, 2015. p. 91

²⁶ TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. In: **Tempo Social**. São Paulo, v. 27, n. 2, p. 75-101, 2015. p. 92.

comum²⁷. Para a autora, a produção teórica crítica, por levar em consideração apenas um fundamento econômico na conceituação dessa crise, acaba não conseguindo elucidá-la adequadamente, de forma a deixar de lado diversas questões relativas à desigualdade²⁸.

Decorre dessa leitura que, para Fraser, o capitalismo é uma ordem social institucionalizada, ou seja, apesar de tratar suas relações sociais estruturantes como se fossem exclusivamente econômicas, o capitalismo precisa sustentá-las em condições de fundo não econômicas, para que elas existam²⁹ e, reconhecer tais fatores não econômicos é, para a autora, condição de possibilidade para compreendermos o capitalismo do séc. XXI.

A consciência acerca da importância das questões de gênero forneceu ao movimento feminista de segunda onda suporte para propor um Estado democrático e participativo que empoderasse seus cidadãos para que participassem dos processos de interpretação de suas necessidades, bem como para que, quanto à questão prática acerca da divisão sexista do trabalho, reivindicassem a transformação das estruturas profundas do sistema e os valores que o estimulam, descentralizando o trabalho assalariado e valorizando as atividades não remuneradas³⁰.

Sem deixar de considerar a diferença terminológica entre *redistribuição* e *reconhecimento* no campo da filosofia³¹, Fraser procura

²⁷ FRASER, NANCY. Por trás do laboratório secreto de Marx: por uma concepção expandida do capitalismo. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 10, p. 704-728, 2015. p. 705.

²⁸ FRASER, NANCY. Por trás do laboratório secreto de Marx: por uma concepção expandida do capitalismo. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 10, p. 704-728, 2015. p. 705-706.

²⁹ FRASER, NANCY. Por trás do laboratório secreto de Marx: por uma concepção expandida do capitalismo. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 10, p. 704-728, 2015. p. 719-720.

³⁰ FRASER, Nancy. O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história. **Mediações**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 11-33, 2009. p. 19-20.

³¹ Enquanto termos filosóficos, redistribuição e reconhecimento possuem origens diferentes. Redistribuição provém da tradição liberal. O termo *reconhecimento* provém da filosofia hegeliana e da fenomenologia da consciência. Portanto, o reconhecimento implica a tese hegeliana, considerada frequentemente oposta ao individualismo liberal, de que as relações sociais são anteriores aos indivíduos e a intersubjetividade é anterior à subjetividade. FRASER, Nancy. La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación. In:

dar enfoque às construções políticas desses tipos de reivindicações para demonstrar a possibilidade de conciliação entre essas duas dimensões: enquanto as reivindicações por redistribuição tendem a equiparar-se às políticas de classe, as relativas ao reconhecimento se aproximam da política de identidade. Ocorre que, se analisadas exclusivamente por este prisma, elas acabam se autoexcluindo, seja por negar visibilidade às questões de gênero, raça e sexo nas lutas de classe, seja por limitar as reivindicações de reconhecimento à afirmação da especificidade do grupo³².

Então, a partir da questão de gênero, Fraser demonstra que as reivindicações por redistribuição e por reconhecimento não são antíteses, mas, se consideradas como complementares, podem atribuir caráter bidimensional às injustiças. Nessas categorias “a diferença se estabelece a partir de diferenciais econômicos e de padrões institucionalizados de valor cultural”, “tanto a má distribuição como o reconhecimento errôneo são fundamentais”³³.

Se, em um primeiro momento, Fraser teorizou somente acerca das reivindicações por redistribuição socioeconômica e reivindicações por reconhecimento legal ou cultural, levando em consideração as transformações resultantes da globalização, defende ela a existência de outra dimensão. O argumento acerca da justiça, até este momento concentrava-se precisamente naquilo que deveria ser entendido como

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **¿Redistribución o reconocimiento?** Un debate político-filosófico. Madrid: Ediciones Morata S. L., 2006. p. 20.

³² FRASER, Nancy. La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **¿Redistribución o reconocimiento?** Un debate político-filosófico. Madrid: Ediciones Morata S. L., 2006. p. 21.

³³ “... la diferencia se establece a partir de diferenciales económicos y de patrones institucionalizados de valor cultural. Aquí, tanto la mala distribución como el reconocimiento erróneo so fundamentales.” FRASER, Nancy. La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **¿Redistribución o reconocimiento?** Un debate político-filosófico. Madrid: Ediciones Morata S. L., 2006. p. 30.

uma justa ordenação das relações sociais, sem que se questionassem os reais destinatários dessas contestações³⁴.

Ao reconhecer esse *gap*, Fraser propõe a incorporação de uma dimensão política de representação às teorias da justiça. Segundo ela, a partir do princípio do igual valor moral

A justiça requer arranjos sociais que permitam que todos participem como pares na vida social. Superar a injustiça significa dismantelar os obstáculos institucionalizados que impedem alguns sujeitos de participarem, em condições de paridade com os demais, como parceiros integrais da interação social³⁵.

Nessa senda, compreender um modelo bidimensional seria insuficiente para o paradigma em que estamos inseridos. As questões de injustiça social não se esgotam em questões de má distribuição e de status, ou seja, em questões de redistribuição e de reconhecimento, devendo ser considerado o plano de fundo que sustenta essas duas formas de reivindicação, que estruturam uma possível dimensão política. Essa dimensão, ao determinar o critério de pertencimento social e as regras de decisão, especifica o alcance das outras duas dimensões e como as reivindicações devem ser introduzidas no debate e julgadas³⁶.

A representação determina quem são os legitimados a fazer “reivindicações recíprocas de justiça”, bem como quais serão “os termos nos quais aqueles incluídos na comunidade política expressam suas

³⁴ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009. p. 11-13.

³⁵ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009. p. 17.

³⁶ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova*, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009. p. 19.

reivindicações e decidem suas disputas”³⁷. E, por ser a questão definidora do “político”, a característica política da injustiça é a falsa representação, que ocorre “quando as fronteiras políticas e/ou as regras decisórias funcionam de modo a negar a algumas pessoas, erroneamente, a possibilidade de participar como um par, com os demais na interação social”³⁸.

Essa disfunção ocorre em pelo menos dois níveis diferentes, o da falsa representação de política-comum, na medida em que as regras de decisão política negam a participação a alguns; e no nível do mau enquadramento, quando a injustiça surge da impossibilidade de participação dos debates autorizados sobre a justiça em razão da forma pela qual são estabelecidas as fronteiras da comunidade³⁹.

Por conseguinte, para Fraser, a representação sempre estará incorporada a qualquer reivindicação por redistribuição ou reconhecimento, afinal, quando é negada ao indivíduo a chance de formular reivindicações transnacionais de primeira ordem, impossibilitam-se as lutas contra a má distribuição e o falso reconhecimento, a não ser que elas se vinculem às lutas contra o mau enquadramento⁴⁰.

Já a superação das injustiças decorrentes do mau enquadramento dar-se-ia, segundo Fraser, a partir do princípio de todos os afetados, que “estabelece que todos aqueles afetados por uma dada estrutura social ou instituição têm o status moral de sujeitos da justiça com relação a ela”.

³⁷ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009. p. 20.

³⁸ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009. p. 21-22.

³⁹ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009. p. 21-22.

⁴⁰ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009. p. 24.

Assim, o que transforma um coletivo de pessoas em sujeitos da justiça de uma mesma categoria é a união “em um enquadramento estrutural ou institucional comum, que estabelece as regras fundamentais que governam sua interação social, moldando, assim, suas respectivas possibilidades de vida segundo padrões de vantagem e desvantagem” e não por questão territorial⁴¹.

Diante da ausência de arenas institucionais capazes de promover participação e diante de uma construção antidemocrática do *como*, é negado à grande maioria dos cidadãos o engajamento no processo de tomada de decisão sobre o *quem*. Esse déficit democrático é prejudicial à busca pela superação de injustiças e revela “as profundas conexões internas entre democracia e justiça”⁴².

A introdução nas contestações sociais das formas de efetivação e dos destinatários da justiça, para Fraser, é a marca da superação do enquadramento Keynesiano-Westfaliano. A compreensão da necessidade de participação, por parte dos impactados pelas decisões acerca do enquadramento, transformou a produção teórica acerca da justiça social, que se dava monologicamente, aproximando-a de um ideal dialógico da seguinte maneira:⁴³

Uma vez que o círculo daqueles que reivindicam o direito de participação no estabelecimento do enquadramento se expande, as decisões sobre o *quem* são crescentemente vistas como questões políticas, que deveriam ser tratadas

⁴¹ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009. p. 29.

⁴² FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009. p. 34.

⁴³ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009. p. 34.

democraticamente, e não como questões técnicas, que podem ser deixadas para os especialistas e as elites⁴⁴.

E, ao assumir esse formato, no qual os cidadãos participam democraticamente da tomada de decisão, a justiça social passaria a ser compreendida como justiça democrática, segundo Fraser, pela assunção da paridade participativa⁴⁵. Esse é o critério geral que serve para distinguir as reivindicações justificadas das não justificadas⁴⁶, pois esse princípio envolve a noção de resultado quando determina que os arranjos sociais sejam justificados apenas se permitirem a participação de todos os atores sociais relevantes como pares na vida social. Envolve também a noção de processo, vinculando a legitimidade democrática das normas ao assentimento dos afetados por meio de um processo de deliberação justo e aberto em que todos possam participar⁴⁷.

Decorre dessa construção de justiça a reivindicação de Fraser pela flexibilização da compreensão da esfera pública, conforme definido por Habermas, a fim de readequá-la à realidade democrática. Segundo ela, a concepção de esfera pública liberal, a partir da teoria habermasiana, foi desenvolvida como um mecanismo institucional para racionalizar a dominação política face à compreensão do comprometimento do Estado com uma parcela da cidadania e, em outro nível, como um tipo específico de interação discursiva⁴⁸.

⁴⁴ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009. p. 35.

⁴⁵ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009. p. 36.

⁴⁶ FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética. **Lua Nova**, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007. p. 125.

⁴⁷ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009. p. 37.

⁴⁸ FRASER, Nancy. Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente. **Debate Feminista**, Cidade do México, vol. 7, p. 23-58, 1993. p. 27.

Essa esfera, assim, receberia uma conotação de ideal de uma discussão racional sem restrições a respeito dos assuntos públicos. Essa discussão, portanto, deveria ser aberta e acessível a todos, devendo os sujeitos, colocando as diferenças em segundo plano, deliberarem como iguais. O resultado desse tipo de discussão seria a opinião pública no sentido do consenso sobre o bem comum⁴⁹.

Diante da incapacidade de realização desse ideal, como assumido pelo próprio Habermas, Fraser parte das contribuições dos revisionistas Joan Landes, Mary Ryan e Geoff Eley para demonstrar que essa construção de esfera pública oficial burguesa era uma forma machista que funcionava para legitimar uma forma emergente de dominação⁵⁰.

Na análise de Fraser, o conceito de esfera pública está sustentado, primeiramente, no pressuposto na possibilidade de os interlocutores, em um âmbito público, colocarem em segundo plano as diferenças de status e deliberarem como se fossem iguais socialmente, bem como na ideia de que a proliferação de uma multiplicidade de públicos em contraposição está necessariamente mais distante de uma maior democracia, de forma que um âmbito público único seria sempre preferível a um nexo de múltiplos públicos⁵¹.

Para a autora, nas sociedades estratificadas, os grupos sociais com poder desigual tendem a possuir estilos de vida desigualmente valorados, levando ao desenvolvimento de poderosas pressões informais que marginalizam as contribuições de grupos subordinados tanto nos contextos da vida cotidiana como nos âmbitos públicos oficiais. Ainda, a

⁴⁹ FRASER, Nancy. Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente. **Debate Feminista**, Cidade do México, vol. 7, p. 23-58, 1993. p. 27.

⁵⁰ FRASER, Nancy. Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente. **Debate Feminista**, Cidade do México, vol. 7, p. 23-58, 1993. p. 33.

⁵¹ FRASER, Nancy. Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente. **Debate Feminista**, Cidade do México, vol. 7, p. 23-58, 1993. p. 34.

economia e os meios de comunicação aumentam essa opressão, reafirmando a posição de excluídos dos participantes dos grupos subordinados; nesse sentido, a deliberação pode servir como “máscara para a dominação”⁵².

Por consequência, ela sustenta que, nas sociedades estratificadas, as disposições que permitem a discussão entre uma pluralidade de públicos contrapostos promovem melhor a ideia da paridade participativa do que a ideia de um público único, amplo e dominante⁵³. No entanto, uma vez que os grupos subordinados não possuem espaço de deliberação dentro da esfera pública oficial e que, por consequência, constroem públicos alternativos, Fraser idealiza os contrapúblicos subalternos, apontando a existência de arenas discursivas paralelas, nas quais membros dos grupos sociais subordinados fazem circular contradiscursos, que, ao mesmo tempo lhes permitem formular interpretações de oposição acerca de suas identidades, interesses e necessidades, expandindo o espaço discursivo⁵⁴.

A identificação das necessidades provoca a união dos afetados na busca de promoverem rupturas com os mecanismos que perpetuam injustiças. Assim, paulatinamente, esses atores sociais passam a articular contradiscursos que versam sobre essas questões, razão pela qual a suas falas acerca de suas próprias necessidades tornam-se imprescindíveis à formação democrática do debate público imbuído na mudança efetiva das estruturas de opressão. Para a formação das arenas discursivas que atuam

⁵² FRASER, Nancy. Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente. **Debate Feminista**, Cidade do México, vol. 7, p. 23-58, 1993. p. 35-37.

⁵³ FRASER, Nancy. Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente. **Debate Feminista**, Cidade do México, vol. 7, p. 23-58, 1993. p. 40.

⁵⁴ FRASER, Nancy. Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente. **Debate Feminista**, Cidade do México, vol. 7, p. 23-58, 1993. p. 40-41.

na promoção de discursos contra-hegêmonicos, faz-se imprescindível a circulação de diálogos políticos prévios⁵⁵.

Considerações finais

Tendo em vista as questões levantadas acerca das demandas de ressignificação da epistemologia jurídica e, assim, as diretrizes para a construção de uma teoria crítica de acordo com as demandas de um multiculturalismo e da realidade transnacional, que desorganizou a concepção clássica de poder e Estado, desenvolve-se a teoria dos sistemas como método e objeto de investigações acerca da diminuição de assimetrias sociais. Sobre as relações entre Direito e teorias sociais, são apresentadas três teses por Gunther Teuber:

1. A transversalidade, fundamentada na autonomia das diferentes teorias sociais e de sua interconexão.
2. A responsividade, que aponta para a autonomia da doutrina jurídica frente as teorias sociais, mas também da interligação com elas, quando o direito se abre aos desafios, inspirando-se por elas para a inovação normativa.
3. Autonormatividade, que aduz que o direito alcança a orientação normativa unicamente a partir de processos internos a ele e, ao mesmo tempo, pela autonormatividade desenvolvida pelas dogmáticas de reflexão de outros sistemas sociais.

Observa-se, diante dessas questões, que a organização da teoria social de Nancy Fraser pode ser conceituada como “teoria crítica” e segue a lógica argumentativa desenvolvida por Teubner. Isso porque está baseada na transversalidade, quando considera assimetrias sociais conforme suas particularidades relacionadas; na responsividade, visto que a contrapublicidade subalterna consubstancia-se na possibilidade de

⁵⁵ BUNCHAFT, Maria Eugênia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia constitucional do reconhecimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 88-92

contradiscursos inspirem o alargamento normativo; e da autonormatividade pela união dos afetados que reivindicam pela transformação social.

Apesar de não compartilharem a mesma matriz teórica, parece que Fraser e Teubner acabam desembocar em um análise semelhante acerca da função dos atores da sociedade na garantia da efetivação de direitos. Nesse sentido, a teoria baseada na experiência feminista ganha especial destaque pois sinaliza um procedimento coletivamente constituído que poderia contribuir para o reconhecimento da lógica de racionalidade do sistema jurídico.

Referencial

BUNCHAFT, Maria Eugênia. **Ativismo judicial e grupos estigmatizados**: filosofia constitucional do reconhecimento. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

FRASER, Nancy. La justicia social em la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. **¿Redistribución o reconocimiento?** Un debate político-filosófico. Madrid: Ediciones Morata S. L., 2006.

FRASER, Nancy. O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história. **Mediações**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 11-33, 2009.

FRASER, NANCY. Por trás do laboratório secreto de Marx: por uma concepção expandida do capitalismo. **Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 10, p. 704-728, 2015.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética. **Lua Nova**, São Paulo, n. 70, p. 101-138, 2007.

FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. **Lua Nova**, São Paulo, n. 77, p. 11-39, 2009.

FRASER, Nancy. Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente. **Debate Feminista**, Cidade do México, vol. 7, p. 23-58, 1993.

ROCHA, Leonel Severo. Crítica da Teoria crítica do Direito. In: **Seqüência**: Estudos Jurídicos e Políticos. Florianópolis. Vol. 04, n. 06, p. 122- 135, 1983.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. E-book.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. São Leopoldo. Vol. 5, n. 2, p. 141-149, 2013. p. 148.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do poder judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. In: **Tempo Social**. São Paulo, v. 27, n. 2, p. 75-101, 2015.

WARAT, Luis Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: **Epistemologia e ensino do direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004

Paradoxos, decisão e indeterminação: uma tentativa de aproximação entre Niklas Luhmann, Gunther Teubner e Giorgio Agamben

*Leonel Severo Rocha*¹
*João Paulo Salles Pinto*²

Introdução

Aproximações teóricas, sem embargo, são, na maioria das vezes, difíceis de realizar. Quase sempre os autores, em suas premissas teóricas principais, não concordam, ou partem de referenciais metodológicos totalmente distintos e opostos. Neste sentido, é sempre um desafio realizar tais conjugações.

Todavia, algo que caracteriza a pragmática sistêmica, em especial, desde os trabalhos iniciais de Niklas Luhmann é certa disposição à interdisciplinaridade³. São múltiplos os conceitos de outras matérias que são relidos a partir da descrição sociológica proposta. Podemos citar, sinteticamente, apenas para ilustrar, o conceito de *forma*, que tem origem da matemática, em especial, dos trabalhos de George Spencer Brown⁴,

¹ Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1979), Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1982), Doutorado pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris (1989), Revalidado como Doutor na área do Direito, pela UFSC, em 13/02/2003, conforme processo 23080.025472/2002-06 e Resolução n.01/CNE/2001) e Pós-doutorado em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce - Itália. Atualmente é Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, bem como Professor do PPGD da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai. Bolsista Produtividade do CNPq. E-mail: leonel.rocha@icloud.com. Porto Alegre, RS, Brasil. Endereço do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3283434447576859>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6971-1412>

² Doutorando em Direito Público pela Unisinos. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas- FDSM (2017). Graduado em Direito pelo Instituto Machadense de Ensino Superior- IMES (2015).

³ Sobre tais referenciais, vale a referência aos primeiros capítulos da obra: LUHMANN, Niklas. **Social systems**. Tradução de John Bednarz Jr e Dirk Barcker. California: Stanford University, 1995.

⁴ SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. New York: Dutton, 1979. Disponível em: <<http://www.manuelugarte.org/modulos/biblioteca/b/G-Spencer-Brown-Laws-of-Form.pdf>> . Acesso em 02 de janeiro de 2021.

assim como a central concepção de *autopoiese*, que Luhmann busca e problematiza das ciências biológicas, sobretudo, das obras de Varela e Maturana⁵. Também podemos citar a influência da apreciação de observação da cibernética e da teoria dos sistemas organizacionais, em especial, das obras de Heiz Von Foerster⁶ e Henry Atlan⁷.

Assim, seguindo essa linha de interdisciplinaridade, no presente artigo, pretende-se realizar, questionar e indicar, ao menos inicialmente, proximidades possíveis entre à pragmática sistêmica de Luhmann e de Teubner para com os escritos da indeterminação e indiferença em Giorgio Agamben, no sentido de analisar e problematizar a seguinte questão: como os sistemas, partindo em especial, do direito, permitem decidir fora de seus códigos estruturais? Mais especificadamente, qual a condição de possibilidade dessas decisões paradoxais que se dão, sobretudo, em rede comunicacional?

De fato, tais questionamentos ganharam bastante pertinência, não obstante, após as atualizações realizadas pela perspectiva dos Fragmentos Constitucionais de Teubner, bem como sua perspectiva inicial do gradualismo autopoietico.

Destarte, ao que intuímos, essa tentativa de aproximação entre os autores mencionados permite estimular certo debate que envolve tanto a

⁵ Neste sentido é na biologia com Humberto R. Maturana em seu livro: MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. De máquinas e seres vivos: autopoiese: a organização do vivo. Tradução de Juan Acuña Llorens. 3a ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997. Para uma leitura no original ver: MATURANA, R. Humberto. Biologie der Kognition. In: _____

Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit: Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie, Braunschweig, 1982, p.34 e ss. Todavía é preciso destacar que a inovação que se introduz com o conceito de autopoiese, tanto em relação à Teoria Geral dos Sistemas (Humberto Maturana e Francisco Varela), como para uma possibilidade de aplicação à sociologia (Niklas Luhmann), transfere a ideia de constituição autorreferencial estrutural para o nível das operações elementares temporalizadas conectivas do sistema e, ao fazê-lo, a tudo o que constitui a unidade para o sistema. O principal ganho, portanto, da concepção luhmanniana se refere à temporalidade do conceito de elemento sistêmico.

⁶ Ver nesse sentido: FOERSTER, Heiz Von. **Observing Systems**. Califórnia: Seaside, 1981, p. 25.

⁷ Henri Atlan, permite sustentar, neste sentido, que as transformações da organização dos sistemas podem se explicar somente de fora, do ambiente, certo, sobretudo, da concepções de causalidade da atuação do ambiente no sistema. ATLAN, HENRI. **Entre le cristal et la fumée**. Paris, 1979 e LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de R.L. de C.V, 2006, p. 44.

questão de uma possível modificação na análise da diferenciação funcional da sociedade moderna, bem como à questão da oposição de códigos sistêmicos. Por outro lado e, talvez, principalmente, também possibilita uma revisitação das conceituações luhmannianas da autopoiese e fechamento operacional dos sistemas sociais, bem como dos paradoxos, organizações e das decisões, como uma relações operativas que, de certa maneira, encontram-se postulando uma captura programada da indeterminação.

Objetiva-se, conseqüentemente, realizar uma releitura relacional dos três autores mencionados, tendo em vista principalmente os conceitos de paradoxo, decisão e indeterminação com certa ênfase paradigmática na ótica das programações do sistema jurídico, visando, neste sentido, certa abstração para a relação com os outros sistemas sociais autopoieticos. Assim sendo, com base em uma metodologia revisional bibliográfica, a pesquisa permite explicitar, inclusive, certa releitura geral destes conceitos centrais da pragmática sistêmica⁸.

Assim, para serem alcançados os resultados, o estudo parte primeiramente de uma discussão sobre a linha intelectual inicialmente desenvolvida por Luhmann sobre as questões das decisões e suas relações com as organizações, com os paradoxos e com o lugar do tribunais no sistema do direito, de maneira que, em um segundo momento, permitiremos colocar as inovações trazidas por Gunther Teubner em relação aos mesmos apontamentos para, ao final, oferecer uma releitura distinta e em paralelo com as premissas de Giorgio Agamben. Intenta-se um início de um projeto de atualização da pragmática sistêmica com base nas noções de indeterminação e indiferença, de modo a destacar certa

⁸ Ver nesse sentido: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 1998; ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM, 1997.

presença constante de uma captura da indeterminação paradoxal como paradigma cada vez mais presente da decisão.

1 A decisão, as organizações, o paradoxo e o lugar dos tribunais em Niklas Luhmann

De fato, o tema das organizações, regionalismos, relações sistêmicas e, em especial, da decisão na Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos tem sido, de certa maneira, bastante pesquisado, discutido e explorado atualmente no Brasil e na América Latina⁹. Destarte, não faz parte de nosso objetivo com o presente artigo descrever em detalhes as discussões que ali estão sendo colocadas, até porque certamente cairíamos em reducionismos.

Contudo, faz-se preciso destacar que as releituras realizadas parecem traçar suas hipóteses e problemáticas tendo em vista a descrição luhmanniana de uma construtiva relação entre o código do sistema do direito e as organizações jurídicas para se autodefinirem, bem como propor, por exemplo, uma virada da interpretação da problemática contemporânea de um “*sujeito julgador*”, sobretudo, em relação às

⁹ Atuais pesquisas, para citar apenas alguns autores, dos professores Leonel Severo Rocha, Guilherme de Azevedo e Rafael Lazzarotto Simioni, procuram descrever o fenômeno jurídico atual tendo em vista a relação entre organização e subsistema social. Neste sentido: ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão

jurídica autopoietica. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 4, n. 2, 2012, pp. 193-213. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09/1242>>. Acesso em 02 de outubro de 2020; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. DECISÃO, ORGANIZAÇÃO E RISCO: A FORMA DA DECISÃO JURÍDICA PARA ALÉM DA SEGURANÇA E DA LEGITIMIDADE. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFC**. Fortaleza, v. 37.1, jan./jun. 2017. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2936>>. Acesso em: 02 de outubro de 2018. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Opus operatum e opus operantis: liturgia, jurisdição e poder. **Estudos de Religião**, v. 32, n. 2, 2018, pp. 139-161. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/ER/article/view/8053/641>>. Acesso em 28 de setembro de 2020. Da mesma forma, autores como Aldo Mascareno e Orlando Vilas-Boas Filho que, sem embargo, postulam questões próprias à questões sistêmicas do sul global, visto que a consideram como uma região com especificidades concêntricas próprias do globo, já colocam em pauta uma profícua discussão em relação à certa posição do conceito de heterarquia sistêmica proposto por Luhmann. Assim é que se coloca em pauta uma interessante pontuação em relação à possibilidade de uma “redução da escala de análise” que, inclusive, deve levar em conta especificidades regionais. Ver nesse sentido: MASCAREÑO, Aldo. **Diferenciación y contingencia en América Latina**. Santiago de Chile, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2010 e VILLAS-BOAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 375 e ss.

questões envolvendo particularidades das decisões, para os sistemas de organização que, no caso, permitem-se prescindirem de pessoalidades. Ou ainda pensar as questões sistêmicas sobre questões específicas regionais concêntricas do globo¹⁰.

Imprescindível, pois, recuperarmos alguns conceitos da teoria pragmática sistêmica em relação a tal temática, no sentido de melhor demonstrarmos nossos objetivos e hipótese.

Destarte, a Teoria dos Sistemas Autopoieticos de Niklas Luhmann, orienta-se pela colocação de que: “*ningún sistema de funciones puede alcanzar su propia unidad como organización*.”¹¹ Assim, somente a partir desta função é que as organizações relacionam suas operações próprias com a do respectivo sistema e podem ser identificadas como tribunais, como bancas, como escolas, por exemplo.¹² Há, para Luhmann, uma certa relação de anterioridade pressuposta e relacional entre o código jurídico e a autodescrição das organizações jurídicas, em especial, dos tribunais.

Do mesmo modo, de acordo com Luhmann¹³, que se faz possível observar a existência de sistemas sociais autopoieticos, resta também permitido verificar, em relação à sociedade funcionalmente diferenciada, distinta comunicação sistêmica que se permite também uma autorreprodução autopoietica e que se encontra relacionada diretamente com o ambiente de complexidade sistêmico. Neste caso, o autor denominou estes sistemas de organizações. Estas, de acordo com o

¹⁰ Ver neste sentido, os artigos e livros acima mencionados.

¹¹ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de R.L. de C.V, 2006, p. 667. Também Teubner trabalha neste sentido: TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 61.

¹² LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de R.L. de C.V, 2006, p. 667-668.

¹³ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de R.L. de C.V, 2006, pp.655-672; LUHMANN, Niklas. **Organizzazione e decisione**. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 2005.

sociólogo, autonomizam-se por serem responsáveis, em especial, pelas chamadas “decisões”.

As organizações, assim, autodescrevem-se também como sistemas autopoieticos operativamente clausurados que se programam com alicerce no primado funcional de operações de decisões e estabilização de expectativas. Dessa forma, reportam decisões a partir das suas próprias decisões e, dessa maneira, organizam sua autonomia funcional na comunicação da sociedade, até porque os sistemas funcionais não são capazes de promoverem comunicações com seu ambiente, de acordo com a orientação intelectualiva Luhmanniana.¹⁴

Destarte, é dessa maneira que se observam formações de organizações em relação aos sistemas sociais para que se realizem funções à seletividade da complexidade do ambiente. Portanto, estes apontamentos consentem em entender que as organizações nada mais são que comunicações estruturadas de decisões sistêmicas.¹⁵ Assim, no caso específico do direito, é como se as organizações do direito fossem responsáveis pela predisposição da comunicação em se comportar a partir da distinção paradoxal e seletiva “direito e não direito”¹⁶ (*recht/unrecht*).

De fato, para o autor, observa-se uma organização central no sistema do direito, que irá lidar sobretudo com o seu paradoxo constituinte, isto é, que o sistema precisa ele mesmo se autodescrever, certo de que o “sistema

¹⁴ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de R.L. de C.V, 2006, p. 668.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de R.L. de C.V, 2006, p. 668; LUHMANN, Niklas. **Organizzazione e decisione**. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 2005.

¹⁶ Destarte, as traduções brasileiras de *recht/unrecht* são explicitadas nos conceitos lícito/ilícito. Todavia, dispomos a utilizar os termos direito/não direito, por descrever melhor, sem embargo, a perspectiva luhmanniana da operação estrutural dos sistemas de comunicação. Assim, não se permite reproduzir a ilusão construtiva de que a seleção do sentido do direito se encontraria conectada a uma dedução lógica da legislação. Ver nesse sentido: LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, pp. 572-573. No original: LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 428 e ss.

jurídico só se permite ser diferenciado como sistema internamente diferenciado”¹⁷.

Desse modo que, da ótica do sistema social, tudo aquilo que não compete ao sistema é orientado ao ambiente de complexidade. Neste diapasão, o direito pode ser observado “como uma história sem fim, um sistema autopoietico, que só produz elementos para poder conectar mais elementos por meio de suas operações temporalização¹⁸), o que permite então a observação de sua auto-observação e hetero-observação”.¹⁹

Tomando em linhas essa possibilidade autodescritiva, permite-se, o autor alemão, observar a figura dos tribunais como centro do sistema, uma vez que deles sempre se anseia uma decisão. Em outras palavras, os tribunais se encontram compelidos a decidir.²⁰ Decisão, no caso, jurídica, para Luhmann se refere, sobretudo, à um desdobramento do paradoxo fundamental que acima mencionou-se.²¹

De fato, a decisão só se possibilita quando da impossibilidade de decidir, certo de que a decisão não pode se confundir com as alternativas a serem selecionadas. Dessa maneira, conceitua-se como a diferença que constitui a alternativa, ou de maneira mais sintética, ela é a unidade dessa diferença. Por consequência, um “paradoxo”. Aqui se encontra a função dos tribunais que os torna centro do sistema, ou seja, decidir quando não é possível decidir, “visto que de outro modo a decisão já estaria decidida, e seria o caso apenas de reconhece-la”.²²

¹⁷ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 396.

¹⁸ Em outros termos, que empregam ocorrências como elementos. Neste sentido: LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução de Antonio C. Luz. Rio de Janeiro: Vozes, 2016, p. 509 e ss.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 238. No original: LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 179.

²⁰ _____. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 410.

²¹ _____. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 427.

²² _____. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 411

Por conseguinte, a norma que corresponde a essa situação- central- “é a de que se encontra proibida a denegação de justiça.”²³ Deste modo, Luhmann observa que a situação de *non liquet*, isto é, “da proibição da impossibilidade de decidir”, força o sistema jurídico à pretensão por uma competência universal e que, simultaneamente, seja capaz de decidir sobre todos os casos que cheguem à este local sistêmico. Portanto, é essa questão da proibição da denegação da justiça que conduz o sistema a se ocupar teoricamente com esse arranjo fundamental da operação dos tribunais, sobretudo, tendo em vista a noção de interpretação. Nesse interim, é que se nota, por exemplo, vastos debates em relação à questão dos princípios ou ainda dos *hard cases*.²⁴ “Trata-se, por conseguinte, “de casos em que não basta o conhecimento do direito vigente para indicar quem está de posse do direito [...] não obstante, os tribunais devem decidir sobre esses casos”²⁵.

Neste sentido, os tribunais, na visão do autor alemão, operacionalizam o paradoxo do sistema de forma concreta. Eis, talvez, o motivo de Luhmann descrever que os tribunais tem de lidar com a questão de construir estabilidade na instabilidade, gerar constantes determinações. Destarte, este ressalta: “levando em conta tudo isso, a decisão é um paradoxo que não se pode tematizar, mas na melhor das hipóteses, somente mistificar”²⁶.

Neste sentido, as condecorações, a carreira e a autoridade ocupam certo lugar que impede que o paradoxal da tomada de decisão apareça

²³ _____. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 414

²⁴ Vale a leitura de nosso artigo: SIMIONI, Rafael Lazzarotto; PINTO, João Paulo Salles. Paradoxos na autodescrição do sistema do direito: corrupção sistêmica e o ativismo judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 2, e30746, maio./ago. 2019. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369430746>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30746> Acesso em: 06 de setembro de 2020.

²⁵ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 419.

²⁶ _____. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 413

como paradoxo e explicita que a razão que decide com legalidade sobre o que é direito e não direito vem a ser, também é ela, um paradoxo, e que a unidade do sistema só pode ser observada e descrita a partir dessa noção. Dessa forma que o paradoxo das decisões indecidíveis deve se desdobrar de um ou de outro modo. Eis a diferença e a perspicácia da pragmática sistêmica na análise das operações jurídicas dos tribunais. Em síntese, verifica-se que o processo de diferenciação entre sistema do direito e decisão jurídica descreve a observação da relação entre o código sistêmico e os programas do sistema, que nada mais são do que regras de decisão que especificam pontos de vista de seleções e tentam invisibilizar paradoxos.²⁷

Essas conclusões levam também a observar que pelo fato da obrigatoriedade de decidir os tribunais não podem depender do consenso (inspirações moralizantes, ou princípios e afins) já que devem decidir sobre todos os casos, incluindo aqueles que não possuem consenso.²⁸ Entretanto, isso não significa que exista uma extensão da autodescrição “de uma posição hierárquica entre centro e periferia”, uma vez que essa forma de distinção analisada permite, em especial e apenas, o desdobramento do paradoxo fundamental da unidade do sistema. Assim é que o fechamento operacional do sistema do direito depende especificamente dessa operação.

Destarte, ao explicitar a posição dos tribunais em relação ao disposto operativo do manusear concreto do paradoxo da decisão, por conseguinte,

²⁷ _____. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 428.

²⁸ Portanto, a conceituação de sistema de Luhmann distancia em muito daquela que apreende “sistemas” como uma unidade dotada de homogeneidade ou regularidade lógica que, por conseguinte, estabelece uma ordenação em relação ao restante, como pensava, sem embargo, Weber. Ademais, conceitua-se também diferente de formas sociais institucionalizadas que se distinguem das outras formas sociais “espontâneas” ou “naturais”, como aprecia uma parte relevante da teoria crítica atual. Luhmann, neste interim, descreve “sistema” quando uma conexão de operações consegue se fechar excluindo todo o resto e, dessa forma, reproduzir-se e continuar a própria seletividade até que esteja em condições de fazê-lo. Neste sentido, ver: LUHMANN, Niklas. **Social systems**. Tradução de John Bednarz Jr e Dirk Barcker. California: Stanford University, 1995, p. 140 e ss.

como sendo um importante momento da observação dos tribunais como centro do sistema jurídico, Luhmann²⁹ permite observar a existência de um nexos entre organização e sistema, bem como aquela referente ao sistema e periferia, de maneira a consignar que a auto-observação de que os tribunais constituem como aparato operacional central possui a imprescindível função de construir uma relação concreta entre sistema e ambiente.

Neste contexto, mostra-se observável que as organizações selecionam também na complexidade social. Dessa maneira, descrevem-se também como uma consumação da comunicação da sociedade.³⁰ Assim, ainda de acordo com Luhmann, é inegável que a maioria dos sistemas de organização, ou os mais importantes, a despeito da desnecessidade de precisarem formar suas unidades próprias em sistemas funcionais da sociedade³¹, constituem-se em relação aos sistemas funcionais e assumem, por consequência, seu primado funcional, de forma que, somente neste sentido, podem distinguir-se entre si, tais como: organizações econômicas, educacionais, políticas, escolares, jurídicas etc.³²

2 As inovações de Gunther Teubner: o paradoxo, a decisão, as organizações e as constituições civis da sociedade mundial

Gunther Teubner é conhecido como um dos autores contemporâneos principais da reprodução da linha pragmática sistêmica. De fato, Teubner amplia em diversos campos as pesquisas realizadas por Luhmann. Aqui, interessa-nos, em especial, a questão da releitura dos paradoxos, da

²⁹ LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 420.

³⁰ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de R.L. de C.V, 2006, p. 668.

³¹ LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de R.L. de C.V, 2006, p. 666.

³² LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de R.L. de C.V, 2006, p. 667.

decisão, do conceito de autopoiese e das organizações, sobretudo, em relação ao sistema social do direito, mas não só deste, como ressaltamos acima.

Diferente de Luhmann³³, por exemplo, Teubner irá descrever, inicialmente, que além da observação de sistemas sociais estruturados que operam a partir de seus próprios códigos, também faz-se possível verificar certos sistemas em formação na comunicação social. Desse modo, sistemas que ainda se encontram edificando a sua autonomia operacional, pois já dotados de certa procedimentalização estrutural que, possibilita, ademais, uma auto-observação.³⁴ Por consequência, explicita-se a autopoiese social distintamente. Observa-a, neste sentido, como sendo um processo gradual de operacionalização de paradoxos fundamentais da operação dos sistemas sociais.³⁵

Não obstante, esta maneira de observar o possibilitou, por conseguinte, construir apontamentos autodescritivos de sistemas sociais emergentes operantes e atualizantes em suas respectivas programações. Sem embargo, os referidos apontamentos parecem concluir que a diferenciação funcional da sociedade contemporânea e a complexidade que dela decorre permitem verificar reações com intuito de conseguir planos cada vez mais altos de autonomia sistêmica, assim como limitações operativas.

³³LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993, p. 14-16; **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de R.L. de C.V., 2006, p. 66-130. Para uma leitura que coloque em debate as diferenças entre as propostas metodológicas de Teubner e Luhmann, ver: ROCHA, Leonel Severo; Costa, Bernardo Leandro Carvalho. **Atualidade da Constituição**: o constitucionalismo em Luhmann, Febrajo, Teubner e Vesting. 1. ed. Porto Alegre: FI, 2020.

³⁴TEUBNER, Günther. **Direito, Sistema e policontextualidade**. Trad. Rodrigo Octavio Broglia Mendes. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 80. TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993.

³⁵TEUBNER, Günther. **Direito, Sistema e policontextualidade**. Trad. Rodrigo Octavio Broglia Mendes. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 20 e ss; TEUBNER, Gunther. **How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law**. **Law e Society Review**, 1989. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_ma_9533.pdf>. Acesso em: 01 de janeiro de 2020.

É partindo desses pressupostos que atualmente o referido autor vem construindo sua perspectiva em relação à questão Constitucional na Sociedade Transnacional. Em outros termos, parte-se da premissa da constituição organizada de acoplamentos estruturais entre sistemas distintos capazes de garantir a autonomia funcional, bem como sua limitação, em virtude da extensa complexidade de seu meio.³⁶

Em síntese, pode-se pontuar que a referida teoria tem como pressuposto discutir as linhas fundamentais da teoria sociológica da diferenciação social, de modo a problematizar, em especial, a constituição interna (*innere Verfassung*) dos sistemas sociais se assentando sobre releituras de trabalhos como o de Chris Thornhill³⁷, bem como a teoria do *private government* de Selznick³⁸. Destarte, postula-se, sobretudo, revisitar a questão constitucional, no caso, quase como sinônimo de “limites à expansão comunicacional de sistemas”³⁹, para além dos âmbitos somente políticos e jurídicos organizacionais. Portanto, dá-se especial ênfase a todos os âmbitos fragmentários e operacionais sistêmicos sociais da sociedade.⁴⁰

A partir dessas premissas, as questões constitucionais que desafiam a contemporaneidade, tais como: a transposição dos limites territoriais estatais na assistência dos direitos humanos, por exemplo, permitem serem observadas, tendo em vista uma ótica heterarquica. Os direitos humanos, inclusive, passam a ser explanados em uma construção

³⁶ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 30 e ss.

³⁷ THORNHILL, Chris. **A sociology of constitutions**: constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective. Cambridge, 2011.

³⁸ SELZNICK, Philip. **Law, Society and industrial justice**. New York, 1969.

³⁹ Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 127 e ss.

⁴⁰ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 20 e ss.

comunicacional recíproca entre os diversos sistemas, e não só em relação ao Estado, ou ao direito, por exemplo. Por conseguinte, não se trata de repensar somente premissas constitucionais, mas de propor modificações naquela já existente, certo da verificação dos múltiplos fragmentos constitucionais descritíveis e em construção nos sistemas sociais autopoieticos.

Sem embargo, a proposta de Teubner parece complicar o primado Luhmanniano das decisões realizadas por meio de uma relação dos códigos sistêmicos com as organizações e acoplamentos estruturais, até porque a autonomização das constituições parciais de caráter transnacional só é possível se colocadas em uma ótica de redes normativas. Talvez, daí, venha a lógica da fragmentação. Neste sentido, por exemplo, como a economia, ou a ciência podem produzir normas limitantes à sua expansividade, ou ainda decidir de forma normativa em relação ao seu ambiente de complexidade? Estas questões são jurídicas ou não jurídicas? De fato, aqui, pensa-se, sobretudo, em um “direito constitucional de colisões” (*Verfassungskollisionsrecht*), uma lógica pluralista-semântica, fragmentada e limitante das operações sistêmicas de expansão.⁴¹ É justamente nesse sentido que o autor chega a mencionar também um certo “hibridismo sistêmico como função desparadoxal e principal das Constituições Parciais Sistêmicas”⁴², sobretudo em relação ao sistema jurídico. Veja-se:

[...] A natureza dupla do código constitucional age necessariamente de modo que, sob sua dominância, tanto a prática jurídica quanto a prática econômica, cada qual desenvolvem programas próprios da constituição econômica. Estes

⁴¹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46.

⁴² TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 202-204.

programas surgem primariamente da aplicação recursiva das operações sistêmico-específicas sobre operações sistêmico específicas; elas se irritam reciprocamente de forma permanente e desencadeiam com isso uma dinâmica coevolucionária entre direito e economia [...] o direito reconstrói princípios fundamentais da economia como princípios jurídicos e os concretiza em normas jurídicas de constituição econômica.⁴³

Por consequência, neste tipo de observação, a função primeva da desparadoxização do sistema eleva-se em complexidade em relação à perspectiva Luhmannina. Destarte, esta vai ser operada, sobretudo, pela remissão decisiva, seja das organizações⁴⁴, ou do próprio sistema, à Constituição Parcial resultante de acoplamentos em rede de Sistemas Sociais Autopoiéticos, até porque é esta a responsável por externalizar a justificação última de normas constitucionais no sistema social constituído.⁴⁵ Neste contexto, destaca Teubner que: “mas sendo ou não direito, os *codes internos* –por exemplo- das empresas são para os autores envolvidos imediatamente vinculantes, dotados de sanções eficazes, as quais são aplicadas por departamentos de *compliance* instituídos para essa finalidade”.⁴⁶

Assim, as Constituições- Fragmentadas- dos Sistemas Parciais, explicitadas sob a base de uma linha intelectualiva do Constitucionalismo Social (Thornhill), expressa-se como uma perspectiva que visa promover uma atualização de sentido da semântica desparadoxal dos sistemas em rede. Tal colocação permite enxergar, em alguma medida, “ordens quase-

⁴³ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 204-208.

⁴⁴ Ver nesse sentido: TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 84-89.

⁴⁵ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 205.

⁴⁶ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 101.

jurídicas” da sociedade mundial que, inclusive, apresentam características de uma constituição. Nesse ponto depara-se com um novo surpreendente fenômeno, isto é, a autoconstitucionalização (*Selbskonstitutionalisierung*) de ordens globais sem Estado. Por consequência, os sistemas parciais da sociedade mundial começam a produzir suas próprias normas jurídicas constitucionais, que dão suporte à sua “autoconstituição”⁴⁷. Dessa maneira, quando regimes transnacionais desenvolvem essa capacidade de autorreflexão dupla, isto é, recorrer a normas jurídicas para dar suporte as suas próprias operações, fica justificado, na visão de Teubner, seu *status* de sujeito constitucional.⁴⁸

Destarte, se estivermos certos em nossas leituras, as inovações atuais que Teubner traz para a pragmática sistêmica, referem-se, sobretudo, às perspectivas de observar certas potencializações comunicativas constitucionais limitantes das questões da externalização e internalização de informações (des)paradoxais entre esferas de diferentes sistemas sociais que se reproduzem primariamente com base em códigos de comunicação distintos.⁴⁹

3 Indeterminação, indiferença, paradoxos e decisão em Giorgio Agamben

As novidades trazidas à pragmática sistêmica por Teubner, como se nota, permitem, inclusive, um reorientar profícuo da questão do processo de decisão no sentido da desaparadoxização dos sistemas sociais autopoieticos. O que antes era pensado, sobretudo, por Luhmann, dentro de uma ótica autopoietica, em especial, relacionada, organizacional,

⁴⁷ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 108.

⁴⁸ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 141.

⁴⁹ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 130-131

codificada, rígida, central e jurisdicional, como acima procuramos demonstrar, em especial, levando em conta considerações partindo do sistema jurídico com intuito de certa abstração, passa agora a ser ampliado para uma questão de redes de comunicação decisivas com intuito, em especial, de autolimitação. Sistemas sociais, em suas operações sociais, estruturais e temporais, permitem-se construir um espaço de decisão e operacionalizar critérios (des)paradoxais e autorreflexivos híbridos também por meio de acoplamentos entre si.

Entretanto, essas posições parecem também instigar algumas indagações pontuais, tais como: a) de que modo é possível observar que os sistemas sociais desenvolvem, sem perder sua identidade, operações decisivas distintas dos códigos sistêmicos respectivos para construir constituições que, no caso, possuem um amplo aspecto jurídico e político de égide não meramente institucionalista? b) Por exemplo, como o banco central, quanto organização da economia, portanto “vinculado” ao código econômico (escassez/não escassez), é capaz de operar juridicamente e politicamente para implementar autolimitações constitucionalizantes?

De fato, Teubner pretende colocar a nuance sob a ótica de necessidades de acoplamentos estruturais para com possível responsabilidade social limitante, contudo, isso não responde algo anterior, isto é, por que e qual a condição de possibilidade dos acoplamentos estruturais? Responder a questão com a própria estrutura da complexidade da sociedade parece ser uma saída, pensando, sobretudo, as constituições como metacódigos e afins⁵⁰, todavia, ainda prevalece, não obstante, o cerne das questões que achamos possível colocar. Isto é, qual a possibilidade de realizar tais acoplamentos. Em outras palavras, o que faz

⁵⁰ Ver nesse sentido: TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 202-216

com que as constituições sociais permaneçam sempre nesse estado paradoxal constitutivo?

Neste sentido é que ponderamos ser possível uma aproximação inicial das questões desenvolvidas por Teubner na pragmática sistêmica para com a questão da indeterminação pesquisada, em especial, por Giorgio Agamben. Pensamos aqui, talvez, em um paralelo com como o projeto de Urs Staehelis de “atualizar Luhmann com Foucault”.⁵¹ Assim, não obstante, é que pretendemos propor também uma atualização de Teubner e Luhmann com alguém que, de certo modo, procura atualizar Foucault, como Giorgio Agamben⁵²

Neste sentido ressaltamos importante fala de Andreas Fischer-Lescano sobre tais propostas “atualizadoras”:

[...] Do mesmo autor: Christoph Menke embarcou em uma releitura francesa das relações sistêmicas de auto-reprodução. Ambos partem do colapso do "sentido" e interpretam os processos de auto-reflexão no direito como processos políticos, como uma disputa pela própria forma jurídica⁵³. Também Antonio Negri⁵⁴ saudou entusiasticamente esse interesse por antagonismos, paradoxos e incomensurabilidades em seus comentários recentes sobre a teoria jurídica dos sistemas de Teubner: "É de se admirar que sejam logo os doutores em direito os que dirigem o espírito da nova era contra as tradições filosóficas enfadonhas".

Todavia, ressalta-se que diferenciamos, inclusive, das posições críticas de Fischer-Lescano, pois queremos situar a questão da

⁵¹ STAEHEL, Urs. "Updating Luhmann mit Foucault?". *kultuRRevolution: Zeitschrift für angewandte Diskurstheorie*, vol. 47, 2004, pp. 148s, mencionado por: FISCHER-LESCANO, Andreas. A teoria crítica dos sistemas da escola de Frankfurt. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 86, p. 163-177, Mar. 2010. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002010000100009&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Jan. 2021. <https://doi.org/10.1590/S0101-33002010000100009>.

⁵² Ver nesse sentido: AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua* 1. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014, p. 9-19.

indeterminação com base nos estudos de Agamben e não propriamente de Jacques Derrida.⁵³

Destarte, em recente artigo, Teubner coloca expressamente que Luhmann, Jacques Derrida e Giorgio Agamben são uns dos poucos autores contemporâneos que tratam os paradoxos do direito de forma séria e profunda.⁵⁴ Contudo, é fato que no seguimento do referido artigo, Teubner parece discordar da proposta de Agamben, sobretudo, daquela do constante postular da desativação, ou autodestruição do direito no intuito de repensar as questões sobre as práticas modernas de vida, direito e lei. Agamben, para Teubner, limita-se a descrever o direito conferindo mais ênfase a seu valor negativo, por isso não consegue perceber que “no sucesso do direito moderno está seu fracasso e, em seu fracasso, encontra-se seu sucesso”⁵⁵.

Como já constatamos, os paradoxos para Teubner geram sempre a possibilidade operações desparadoxais no âmbito do próprio direito.⁵⁶ De fato, Teubner tem razão nessa perspectiva da proposta finalística jurídica de Agamben.⁵⁷ Todavia, pensamos ser possível, por outro lado, trabalhar

⁵³ Assim diz Lescano: Todas essas abordagens situam o direito em seu contexto social e, por isso, evitam a descontextualização dogmática^{53a}. Mais do que a Teoria Crítica do direito da Escola de Frankfurt, os *crits* enfatizam a **indeterminação** do direito fazendo referência ao realismo jurídico e afixam suas críticas nos esquemas de aporias de Derrida^{53b}. Apesar de todas as diferenças, tais trabalhos têm em comum o fato de considerarem a política e o direito em estreita relação⁵⁴. A teoria crítica sistêmica do direito preocupa-se especialmente em revelar o caráter contraditório da presença da política no direito. Esse ponto já foi destacado por Marx: "Existe, portanto, uma antinomia, direito contra direito, ambos portando igualmente a marca da lei da troca"⁵⁵. FISCHER-LESCANO, Andreas. A teoria crítica dos sistemas da escola de Frankfurt. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 86, p. 163-177, Mar. 2010. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002010000100009&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Jan. 2021. <https://doi.org/10.1590/S0101-33002010000100009>.

⁵⁴ TEUBNER, Gunther. O direito diante de sua lei: sobre a (im)possibilidade de autorreflexão coletiva da modernidade jurídica. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, n. 1, p. 12-31, 1 jan. 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24620>. Acesso em: 04 de janeiro de 2021.

⁵⁵ TEUBNER, Gunther. O direito diante de sua lei: sobre a (im)possibilidade de autorreflexão coletiva da modernidade jurídica. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, n. 1, p. 12-31, 1 jan. 2014, p. 19.. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24620>. Acesso em: 04 de janeiro de 2021.

⁵⁶ Neste sentido o primeiro capítulo da obra: TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993.

⁵⁷ Ver nesse sentido, sobretudo a obra: AGAMBEN, Giorgio. **Altíssima pobreza**: regras monásticas e formas de vida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014, em que se discute, sobretudo, uma possibilidade de uma ação humana que situe fora de toda relação com o direito.

uma aproximação em partes, em especial, das questões do paradoxo e das decisões, no que compete a premissa teórica central, sobretudo, das obras políticas do autor italiano, isto é, a perspectiva da indeterminação, da indiferença e sua relação com a decisão e os paradoxos. Em sua obra: *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*, Agamben, ao tratar do paradoxo da decisão soberana, este ressalta:

A situação, que vem a ser criada na exceção, possui portanto, este particular o de não poder ser definida nem como uma situação de fato, nem como uma situação de direito, mas institui entre estas um paradoxal limiar de indiferença. [...] É este o sentido ultimo do paradoxo formulado por Schmitt, quando escreve que a decisão soberana trata-se, na verdade, não tanto de controlar ou neutralizar o excesso, quanto antes de tudo criar e definir o próprio espaço no qual a ordem jurídico-política. [...] a relação de exceção é uma relação de bando. Aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente posto fora da lei e indiferente a esta, mas é abandonado por ela, ou seja, exposto e colocado em risco do liminar em que vida e direito, externo e interno, se confundem.⁵⁸

Da mesma forma, Selvino J. Assmann comentando a “metodologia de Agamben”⁵⁹, destaca que: “[...] Isso equivale a ir em busca da infância, ou seja, de nossa capacidade de jogar e de amar, a saber, de viver na intimidade de um ser estranho, não para fazê-lo conhecido, e sim para estar ao lado dele sem medo de ficar entre o dizível e o indizível”.⁶⁰

Por outro lado, verifica-se que mesmo Teubner, ao avaliar e indicar a necessária revisão do viés personalista da hipotética da proteção dos

⁵⁸ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014, p. 25- 33.

⁵⁹ Metodologia entre aspas, um vez que para Agamben método e metodologia não se confundem com aparatos antecipativos ou prescritivos da pesquisa, mas que pesquisa e método acontecem simultaneamente, portanto a pesquisa se dá, na medida que o método também se dá. Ver nesse sentido: AGAMBEN, Giorgio. *Signatura Rerum: sobre o método*. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

⁶⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. Tradução e apresentação de Selvino José Asmann. São Paulo, Boitempo, 2007, p. 7.

direitos humanos no âmbito transnacional para uma autolimitação das comunicações sistêmicas autônomas⁶¹, de maneira a construir os direitos humanos sob a observação de “ameaças por meio de matrizes comunicativas anônimas (instituições, discursos, sistemas) à integridade de instituições, pessoas e indivíduos”⁶², remete a um paralelo com as teorias Agambenianas das ameaças proporcionadas não pelos sujeitos, pelas pessoas, mas pelas ciências naturais, pela tecnologia da medicina, pela imprensa, pela biopolítica, rádio, televisão. Em outras palavras, por meio de sistemas e seus processos comunicativos anônimos.⁶³ Portanto, a semelhança também da pragmática sistêmica, Agamben, inclusive, constrói suas premissas teóricas em uma aspecto menos personalizado e mais sistemático.⁶⁴

⁶¹ “Por esse motivo, o problema da fragmentação da sociedade se encontra no centro da questão dos direitos fundamentais como direitos de defesa.” TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 257.

⁶² TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 257.

⁶³ Assim, TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 254-259. “Foucault vê isso da forma mais clara de todas, quando despersonaliza radicalmente o fenômeno de poder e observa as atuais micro relações de poder nas capilaridades da sociedade como expressão de discursos/práticas das disciplinas”.

⁶⁴ De fato, por mais que se fale em subjetividade em obras como: AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 163, o que se tematiza, de fato, são as relações institucionais restantes, discursivas entre arquivo e o testemunho impossível-possível da testemunha. “Os poetas- as testemunhas- fundam a língua como o que resta, o que sobrevive em ato à possibilidade, ou a impossibilidade- de falar [...] Não enunciável, não arquivável é a língua na qual o autor consegue dar testemunho de sua incapacidade de falar”. AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 161. No mesmo aspecto, na obra AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Tradução e apresentação de Selvino José Asmann. São Paulo, Boitempo, 2007, p. 54. há expressas críticas às personalidades, subjetivismos e personalizações, veja-se: [...] o especial deve ser reduzido em qualquer lugar ao pessoal, e este ao substancial. A transformação da espécie em princípio de identidade e de classificação é o pecado original da nossa cultura, o seu dispositivo mais implacável. Só personalizamos algo- referindo-o a uma identidade- se sacrificamos a sua especialidade. Especial é, assim, um ser- um rosto, um gesto, um evento - que, não se assemelhando a nenhum, se assemelha a todos os outros. O ser especial é delicioso, por se oferece por excelência ao uso comum, mas não pode ser objeto de propriedade pessoal. Do pessoal, porém, não são possíveis nem uso, nem gozo, mas unicamente propriedade e ciúme. O ciumento confunde o especial com pessoal, o bruto confunde o pessoal com o especial. A *jeune fille* é ciumenta de si mesma. A mulher valorosa brutaliza a si mesma. O ser especial comunica apenas a própria comunicabilidade. Mas esta acaba separada de si mesma e constituída em uma esfera autônoma. O especial transforma-se em espetáculo. O espetáculo é a separação do ser genérico, ou seja, a impossibilidade do amor e triunfo do ciúme.”

Aparta-se essas partes no intuito de sugerir que a questão da indeterminação⁶⁵, da indiferença despersonalizadora, constitui o aparato conceitual principal da metodologia teórica de Giorgio Agamben. Neste sentido, é que vemos a captura (*ex-ceptio*- uma inclusão exclusiva) da indeterminação como condição de possibilidade da decisão, seja ela organizacional ou não, da exceção e dos paradoxos. Podemos citar exemplos dessa indeterminação em diversas obras do autor, tais como: a proposta Franciscana nos séculos XII, XIII e XIV de oposição ao Direito com a vida, “o direito que se indetermina em vida e a vida que se indetermina em direito”⁶⁶; a indeterminação da linguagem no testemunho que só pode dar efetivo testemunho na indeterminação de um não-testemunhado, de um não falado, de uma incomunicabilidade⁶⁷; da paródia, como a impossibilidade de denominação no denominado⁶⁸; das assinaturas, como um além da cisão entre e semiótico e o semântico, na direção de um não-assinado indeterminado⁶⁹.

Assim, se estivermos certos em nossas leituras, pode-se, inicialmente, colocar que a questão da indeterminação, nos termos propostos, sobretudo, por Agamben, permite observar que as decisões não só decidem por um critério da impossibilidade de decidir (Luhmann), mas também capturam o processo de indeterminação e promovem continuamente a relação paradoxal entre sistemas, códigos, programações e organizações para se fazerem cada vez mais presentes. Dessa maneira é

⁶⁵ Destacamos que essa indeterminação não tem a ver com aquela normativa tão bem colocada por Kelsen no: Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, mas sim com a própria potencialidade do direito.

⁶⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Altíssima pobreza**: regras monásticas e formas de vida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 98 e ss.

⁶⁷ AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha. São Paulo: Boitempo, 2008, p.163 e ss.

⁶⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Tradução e apresentação de Selvino José Asmann. São Paulo, Boitempo, 2007, p. 37 e ss.

⁶⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Signatura Rerum**: sobre o método. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2019, p. 114.

que, não obstante, permitem-se observar a continuidade de acoplamentos estruturais invisibilizadores de paradoxos entre direito e outros sistemas sociais, que fundam, por exemplo, processos constitucionais (Teubner) nos diversos sistemas sociais.

Em outras palavras, constituições sociais e os processos paradoxais de decisão só se possibilitam acontecer enquanto tentativas de capturas da indeterminação, isto é, da indiferença realizada entre sistema, código, programações e organização. Podemos citar aqui como a exemplo para fortalecer a nossa hipótese a notória relação estabelecida por Teubner entre *Lex mercatória* e o direito.⁷⁰ O direito, ao que parece nessas conclusões, *indetermina-se em economia e a economia se indetermina em direito* para formulação de "normas jurídicas econômicas, até porque está não deixa de ser econômica, tampouco jurídica, por exemplo.⁷¹ Ou ainda, quando os tribunais, os juízes, decidem levando em conta quase que integralmente pareceres técnicos-científicos.⁷²

Assim sugerimos, ainda que prematura e disposta à crítica, uma releitura à Luhmann e, pensamos, uma certa contribuição à pragmática sistêmica de Teubner, ao colocar que a condição de possibilidade de invisibilizar o paradoxo não se dá propriamente dito pela decisão determinante, ou somente pela jurisdição, mas pela busca da manutenção da captura da indeterminação, em especial, pelas decisões frente ao código sistêmico. Só assim, neste estado de “captura da indeterminação”, é que, de fato, permite-se decidir o indecível, e compreender o porquê dos

⁷⁰ Ver para tanto: LUZ, Cicero Krupp da; ROCHA, Leonel Severo . *Lex mercatoria and Governance: The Polycontextuality between Law and State*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 28, p. 61-85, 2009.

⁷¹ Ver nesse sentido: LUZ, Cicero Krupp da; ROCHA, Leonel Severo . *Lex mercatoria and Governance: The Polycontextuality between Law and State*. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 28, p. 61-85, 2009; TEUBNER, Gunther. Os Múltiplos corpos do Rei: A autodestruição da hierarquia do direito. In: *Filosofia do Direito e do Direito Econômico*. Que diálogo? Lisboa: Piaget, 2001.

⁷² Ver nesse sentido importante estudo realizado por: ROCHA, Leonel Severo; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. PERÍCIAS TÉCNICAS, DECISÕES JURÍDICAS E GESTÃO EM SISTEMAS SETORIAIS NO CONTEXTO DOS NOVOS DIREITOS. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 35, n. 1: 381-402, jan./jun. 2019

sistemas possibilitarem realizarem autoconstituições limitantes de processos de comunicação. O híbrido, ou hibridismo que constitui, não obstante, um aspecto central dos novos estudos de Teubner e da sociedade mundial complexa, só é possível porque antes indetermina. Em outras palavras, o híbrido é híbrido, porque captura do indeterminante.

Conclusão

De fato, a pragmática sistêmica em sua proposta de analisar a sociedade, tendo em vista, sobretudo, a complexidade existente no processo de diferenciação funcional da sociedade hodierna, permite, inclusive, verificar novos programas de desenvolvimento em rede de sistemas de informação que, no caso, precisam conseguir gerir, processar, decidir e sintetizar uma enorme quantidade de informações produzidas no mundo contemporâneo. Neste sentido, a descrição cada vez mais constante da intensificação da circulação de informação exige um repensar constante das premissas metodológicas construídas.

Todavia, tal artifício de complexidade que instiga a necessidade de se proporem releituras dos aportes teóricos mencionados, devem, não obstante, não ficarem apenas no âmbito da teoria, mas que se revelarem também pragmáticos. É tendo em vista essa questão, que sugerimos no presente artigo certa observação de que a questão da indeterminação tem sido cada vez mais trabalhada na ótica dos sistemas sociais. A argumentação e a observação das redes comunicativas, ou as das colisões autoconstitutivas como fala Teubner, inclusive, colocam sempre em revisitação o pressuposto da condição de possibilidade de decidir pelos sistemas sociais organizacionais.

De uma forma geral, queremos sugerir que a questão da impossibilidade de não decidir como pressuposto geral, deixa, de certa forma, obscuro uma questão que queremos trazer à tona com o presente

artigo. Isto é, que decisão sempre leva à uma captura da indeterminação antes do paradoxo, isto é, a condição de decidir sempre é *não decidir sempre em termos e de acordo com os códigos estruturantes da comunicação da sociedade*. Manter-se em estado de indeterminação decisiva é a condição de possibilidade do paradoxo e, por conseguinte, condição de possibilidade de invisibilização do mesmo.

Portanto, discordamos, em parte, de Luhmann quando diz: "somente eles- os tribunais- devem, onde for necessário, transformar a indeterminação em determinação"⁷³. Sugerimos, por outro lado, que o que se observa é que a decisão se encontra atualmente procurando sempre manter uma situação indeterminação, mesmo que projete determinações. Essa é sua condição de possibilidade hodierna. Por consequência, abrindo, inclusive, um parêntese, questões teóricas que visam problematizar esta ótica a partir de uma crítica ao "direito dos juízes", ao "ativismo judicial", ou ainda à segurança jurídica, ou, por consequência, da integridade e coerência e corrupção sistêmica, por mais que sejam excelentes autodescrições, não conseguem captar, sem embargo, a profundidade do fenômeno da complexidade comunicacional em que os sistemas estão inseridos atualmente. Daí a importância de uma análise pragmática-sistêmica conjugada com a indeterminação agambeniana como se propôs.

Mas, de fato, o que pretendemos colocar em destaque é que desdobramentos decisivos dos paradoxos da reprodução autopoiética dos sistemas sociais tem sido realizados cada vez mais sob a ótica da captura da indeterminação, da indiferença entre sistemas, organizações, decisões e paradoxos.

Talvez, estejamos observando um importante início, como Teubner já vem de certo modo adiantando, de fenômenos de "deslocamentos

⁷³ LUHMAN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 427

colidentes disjuntivos”, ou como queremos inicialmente chamar de “disjunção sistêmica”, que possibilitam uma observação de uma desmantelar da rigidez da diferença constitutiva operativa entre os sistemas sociais e entre as organizações, sobretudo as jurídicas, para estimular uma nova abstração operativa que tenha em sua constituição “uma presença constante de uma captura da indeterminação” como paradigma da decisão, da desparadoxização e do funcionamento dos sistemas sociais autopoieticos.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Altíssima pobreza**: regras monásticas e formas de vida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

_____. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua 1. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

_____. **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. **Profanações**. Tradução e apresentação de Selvino José Asmann. São Paulo, Boitempo, 2007.

_____. **Signatura Rerum**: sobre o método. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

ATLAN, Henri. **Entre le cristal et la fumée**. Paris, 1979.

CORSI, Giancarlo. Levando o indivíduo a sério: a relação indivíduo-sociedade na teoria dos sistemas. **Tempo soc.**, São Paulo , v. 27, n. 2, p. 181-198. Dec. 2015 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So103-20702015000200181&lng=en&nrm=iso>. Acesso em em 12 de janeiro de 2021. <http://dx.doi.org/10.1590/0103-2070201529>.

FISCHER-LESCANO, Andreas. A teoria crítica dos sistemas da escola de Frankfurt. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo , n. 86, p. 163-177, Mar. 2010 . Available from

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So101-33002010000100009&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Jan. 2021. <https://doi.org/10.1590/So101-33002010000100009>.

FOERSTER, Heiz Von. **Observing Systems**. California: Seaside, 1981.

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

LUHMANN, Niklas. **Das Recht der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

_____. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate, Editorial Herder, S. de R.L. de C.V, 2006.

_____. **O Direito da Sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. **Organizzazione e decisione**. Trad. Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução de Antonio C. Luz. Rio de Janeiro: Vozes, 2016

_____. **Social systems**. Tradução de John Bednarz Jr e Dirk Barcker. California: Stanford University, 1995.

LUZ, Cicero Krupp da; ROCHA, Leonel Severo . **Lex mercatoria and Governance**: The Polycontextuality between Law and State. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, v. 28, p. 61-85, 2009.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. De máquinas e seres vivos: autopoiese: a organização do vivo. Tradução de Juan Acuña Llorens. 3a ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

_____. Biologie der Kognition. In: _____ **Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit: Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie**, Braunschweig, 1982, p.34 e ss.

ROCHA, Leonel Severo; Costa, Bernardo Leandro Carvalho. **Atualidade da Constituição: o constitucionalismo em Luhmann**, Febrajo, Teubner e Vesting. 1. ed. Porto Alegre: FI, 2020.

_____. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

_____; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoiética. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 4, n. 2, 2012, pp. 193-213. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09/1242>>. Acesso em 02 de outubro de 2020;

_____. **Paradoxos da Auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM, 1977.

_____; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. PERÍCIAS TÉCNICAS, DECISÕES JURÍDICAS E GESTÃO EM SISTEMAS SETORIAIS NO 1CONTEXTO DOS NOVOS DIREITOS. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 35, n. 1: 381-402, jan./jun. 2019

TEUBNER, Günther. **Direito, Sistema e policontexturalidade**. Trad. Rodrigo Octavio Broglia Mendes. Piracicaba: Unimep, 2005A.

_____. _____. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law. **Law e Society Review**, 1989. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_ma_9533.pdf>. Acesso em: 01 de janeiro de 2020.

_____. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução e prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993.

_____. O direito diante de sua lei: sobre a (im)possibilidade de autorreflexão coletiva da modernidade jurídica. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, n. 1, p. 12-31, 1 jan. 2014, p. 19.. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24620>. Acesso em: 04 de janeiro de 2021.

_____. Os Múltiplos corpos do Rei: A autodestruição da hierarquia do direito. In: **Filosofia do Direito e do Direito Econômico**. Que diálogo? Lisboa: Piaget, 2001.

THORNHILL, Chris. **A sociology of constitutions: constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective**. Cambridge, 2011.

SELZNICK, Philip. **Law, Society and industrial justice**. New York, 1969.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. DECISÃO, ORGANIZAÇÃO E RISCO: A FORMA DA DECISÃO JURÍDICA PARA ALÉM DA SEGURANÇA E DA LEGITIMIDADE. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFC**. Fortaleza, v. 37.1, jan./jun. 2017. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2936>>. Acesso em: 02 de outubro de 2020.

_____. Opus operatum e opus operantis: liturgia, jurisdição e poder. **Estudos de Religião**, v. 32, n. 2, 2018, pp. 139-161. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/ER/article/view/8053/641>> . Acesso em 28 de setembro de 2020.

_____; PINTO, João Paulo Salles. Paradoxos na autodescrição do sistema do direito: corrupção sistêmica e o ativismo judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 14, n. 2, e30746, maio./ago. 2019. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369430746>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30746> Acesso em: 06 de setembro de 2020.

SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. New York: Dutton, 1979. Disponível em: <<http://www.manuelugarte.org/modulos/biblioteca/b/G-Spencer-Brown-Laws-of-Form.pdf>>. Acesso em 02 de janeiro de 2021.

STAEHELI, Urs. "Updating Luhmann mit Foucault?". **kultuRRevolution: Zeitschrift für angewandte Diskurstheorie**, vol. 47, 2004.

Possibilidades de um Sistema de Justiça Indígena: Situação constitucional e algumas observações sobre a Colômbia

*Tainá Viana*¹
*Marcelo Beckhausen*²

1 Introdução

A Constituição brasileira adotou em 1988 um modelo plural de direitos fundamentais. Além dos direitos fundamentais clássicos, o constituinte estabeleceu outras ferramentas de proteção cuja dimensão é totalmente diferente (mesmo que os direitos fundamentais estejam conectados) e abriga, dentre outros, meio ambiente, cultura e populações indígenas. O artigo 231 reconhece a diversidade cultural de forma multifacetada, expressando isso através dos elementos crença, tradição, organização social, línguas e costumes. Esses elementos criam um catálogo de direitos fundamentais que alicerçam a sociedade indígena no tocante a garantia de que a diferença cultural está albergada, protegida e com *status* constitucional, avanço formidável ao se imaginar que, até os anos oitenta, o direito tratava o indígena de forma preconceituosa e desqualificadora, “ordenando” uma assimilação dos povos nativos ao chamado (e idealizado)

¹ Tainá Viana. Natural de Taquara, no Rio Grande do Sul, acadêmica do curso de Direito e aluna de iniciação científica na Universidade do Vale do Rio dos Sinos com mobilidade acadêmica na Universidade de Coimbra em 2019/1, estagiária de direito na Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Novo Hamburgo/RS, Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6045561713811888>>.

² Marcelo Veiga Beckhausen é Procurador Regional da República. Natural de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, formou-se em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). É mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), onde leciona Direito Constitucional desde 2000. É membro do Ministério Público Federal desde 1996, já tendo exercido os cargos de Procurador Regional dos Direitos do Cidadão e Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Rio Grande do Sul. Promovido a Procurador Regional da República, atuou nas áreas Cível e Criminal. Foi Procurador Regional eleitoral nos biênios 2013/2015 e 2015/2017. Atualmente, atua na área cível da PRR4, é membro do Núcleo de Apoio Operacional à Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (NAOP/4ª Região) e é Procurador-Chefe da Procuradoria Regional da República da 4ª Região. E-mail: mbeckhausen@unisinobr.

povo brasileiro. Esse cardápio de direitos já foi instrumentalizado em diversas normas infraconstitucionais, regulamentos e também na jurisprudência, que atualizam o texto maior e, ao mesmo tempo, nutrem as expectativas normativas e de comportamento, tanto da sociedade indígena, das 300 etnias diferentes, quanto de seu entorno. A reflexão aqui prometida é direcionada a outra perspectiva: da possibilidade, ou não, de instalação (via reforma constitucional ou através da legislação) de um sistema formal de justiça indígena, coexistindo com a justiça estatal. Essa “sobreposição de justiças” não está prevista explicitamente na norma, mas isso não impede uma observação sobre as diversas imagens possíveis quanto ao tema, especialmente quando se tem a proximidade com outros sistemas similares, *e.g.*, o colombiano.

2 Direitos indígenas como instituições

Para Luhmann³, a separação dos poderes e a instituição dos direitos fundamentais atuam como fatores de manutenção da diferenciação social, garantindo os processos comunicativos e a representatividade nos sistemas pelo indivíduo, bloqueando a politização da maneira de ser da comunicação. Para o autor, “em libertad y com dignidad, el ser humano puede desarrollar una actitud generalizada ante sí mismo y tomarla como base de su conducta comunicativa em lãs situaciones sociales más diversas.”⁴ Nessa linha, a Constituição brasileira enunciou os direitos fundamentais⁵ à diversidade cultural como uma baliza para a construção

³ LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 99. E mais: “Precisamente a partir de ahí surge la función de los derechos fundamentales: no se refiere al establecimiento de la diferenciación en estructuras de comunicación relativamente autónomas, sino al mantenimiento de la diferenciación constituyente del orden total frente a las amenazas que emergen de las separaciones de los sistemas y de las dependencias recíprocas vinculadas a ellas.” P.161.

⁴ Idem. *Ibidem*. p.160.

⁵ “Las funciones específicas de los derechos fundamentales se ordenan en cuatro direcciones: constitución de la personalidad, generalización de las expectativas de comportamiento, satisfacción económica de las necesidades y vinculabilidad de las decisiones tomadas sobre los problemas.” Idem. *Ibidem*. p.298.

de políticas públicas, programas legais e direitos subjetivos, que vão do direito à expressão cultural, chegando até os direitos territoriais, percorrendo uma quantidade inimaginável de situações, relações familiares, religiosas, linguísticas, que esbarram, eventualmente, em outros direitos fundamentais de igual hierarquia. A dogmática da ponderação de valores⁶ é usada constantemente na aferição de atritos e convergências, em contraste com o sistema normativo como um todo, ou na própria apuração de questões internas às sociedades indígenas, matéria de delicado e intenso debate naquilo que se conceitua como relativismo.

Talvez o constituinte de 88 tenha caminhado aquém do desejado pelos povos indígenas: um fechamento da diferenciação funcional no sentido da autonomia dessas populações através do reconhecimento de uma “judicialização” interna do comportamento de seus respectivos sistemas sociais, que ocorre em outros países latino-americanos, como a Bolívia, a qual estabelece que “La jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades”, no artigo 179 da Constituição boliviana, ou como a Colômbia, estatuiuindo que “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos”, no artigo 246 da Constituição colombiana⁷.

Mesmo que a Carta Constitucional de 88 não tenha chegado a essa integração institucional, o artigo 231 permite que se inicie uma jornada

⁶ Adverte Luhmann (Idem. Ibidem. p.327): “La dogmática dominante interpretalos derechos fundamentales como valores. Busca un anclaje absoluto del actuar político en los puntos de vista arriba presentados, los cuales fundamentan la conformidad de la selección de determinadas acciones. Que los derechos fundamentales guían la elección del actuar correcto, es decir, que se desempeñan como valores, es cosa incuestionable. Pero la pregunta es si esta caracterización no es algo superficial, aun cuando ascienda a lo más alto y último en el sentido de llegar a donde ya no es posible deducir más. Con los valores puede argumentarse de manera fácil y barata: estodebería servir de advertencia suficiente.”

⁷ COLÔMBIA. [Constituição (1991)]. **Constitución Política de Colombia**. Bogotá: Corte Constitucional, 1991. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2021.

judicial a partir da diferença cultural, reconhecida claramente pelo texto em sua composição com outros direitos igualmente fundamentais. Assim, em que pese a grande discussão hoje sob perspectivas interculturais – aonde a simetria entre expectativas de comportamento entram em jogo – e multiculturais, em que o Estado assume uma posição de interlocutor e gestor de políticas, a ideia presente ao longo do texto é apresentar uma proposta de reflexão para a concepção de um sistema judicial próprio, que ampare as pressões internas da sociedade indígena por maior autonomia e onde conflitos das comunidades sejam resolvidos, em algumas situações, sem a participação do Estado (ou com a participação desse em caso de recursos).

A Constituição de 1988 preencheu diversas lacunas normativas e transformou outros dispositivos a partir de demandas internacionais e nacionais, por pressões sociais dos mais diferentes grupos, diante de um momento que procurava a democratização das instituições, devidamente integradas ao texto constitucional, determinando que essas cumprissem tarefas relacionadas aos mais variados temas, desde o meio ambiente até a diferença cultural. A Constituição agregou instituições que atuam na ordem constitucional permitindo que a ação coletiva e dinâmica dessas e “dos indivíduos no plano constitucional, possa se desdobrar em uma resultante predominância de efeitos benéficos ao sistema e aos destinatários de sua atividade”, dentre os quais se destacam as populações indígenas e permitindo, também, “um eficiente e estável funcionamento do agregado”⁸.

Dessa forma, populações indígenas e órgãos públicos que devem atuar na proteção dessas assumem um compromisso irrevogável de defesa

⁸ BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique; ALMEIDA, Máira. **A proposta de uma Constituição sistêmica**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, v.34.1, p. 13-38, jan./jun. 2014. Disponível em: <file:///C:/Bibliotecas/Downloads/1185-Texto%20do%20artigo-2057-1-10-20141125.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2020

da Constituição, ato fundador do sistema do Direito, na medida em que essa interação pode ser observada a partir de eventuais paradoxos ocasionados pela hipercomplexidade do sistema social indígena e da correlata hipercomplexidade de respostas normativas e judiciais. As comunidades indígenas devem ser objeto de uma ação conectada com o texto constitucional, onde ocupam igualmente um espaço de fundamentalidade, em face da sua plurivulnerabilidade (política, sociocultural, imunológica), ensejando ações articuladas entre os entes federados⁹. Pois bem, não se trata aqui de reconhecer a autonomia das sociedades indígenas e o correspondente pluralismo jurídico já existente¹⁰ (concretizado pela Constituição) mas de dialogar sobre uma possibilidade constitucional de um sistema oficial paralelo.

3 Constituição como espaço para um sistema de direito indígena?

Seria possível que, para além de direitos fundamentais catalogados na Constituição, os povos indígenas pudessem contar com um sistema judicial interno, oficial, paralelo ao sistema estatal do direito? Em princípio, na Constituição de 1988, que realiza o acoplamento estrutural entre direito e política, não há nada expresso normativamente quanto a essa mudança, que pode ser resultado da hipercomplexidade cultural existente no Brasil, devendo ser observada a possibilidade de uma reforma constitucional nessa direção.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709 Distrito Federal**. Direito constitucional e sanitário. plano geral de enfrentamento e monitoramento da covid-19 para povos indígenas. não homologação. Requerente: APIB e outros. Requerido: AGU. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 21 de outubro de 2020b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2021.

¹⁰ “é de se registrar não apenas um reconhecimento de direitos subjetivos, individuais e coletivos dos indígenas no marco dos ordenamentos nacionais e internacionais, mas também um reconhecimento, por tais ordens jurídicas, da covigência de ordens autóctones, a dar azo a uma institucionalização do pluralismo jurídico”. (AMATO, Lucas Fucci. **Os direitos indígenas como direitos culturais fundamentais**. Brasília: Revista Jurídica da Presidência v. 16 n. 108 fev. 2014/mai. 2014 p. 213.)

Luhmann refere que, diante da hipercomplexidade e contingencialidade¹¹ da sociedade fragmentada e pluralista, a Constituição também é fruto de uma diferenciação funcional entre o político e o jurídico¹², sistemas que operam com códigos próprios e produzem um fechamento operacional, devendo tanto o direito quanto a política, para legitimar suas tomadas de decisão e sua relação autopoietica com sistemas parciais sociais, construir procedimentos próprios para justificar suas escolhas e permitir que suas decisões aderissem às expectativas de comportamento da sociedade. A *autopoiesis* executa uma filtragem nos subsistemas onde comunicações podem penetrar ou não, irritando o ambiente. Tais sistemas são operacionalmente fechados. O sistema autopoietico, segundo Rocha, Schwartz e Clam: “é simultaneamente fechado e aberto, ou seja, é um sistema que tem repetição e diferença, tendo que equacionar no seu interior esse paradoxo, que os operadores do direito vão usar como critério para tomar decisões”¹³.

O sistema vai organizar a seleção e redução de totalidade dos acontecimentos possíveis, em uma rede mais restrita de alternativas, diminuindo as complexidades do mundo a partir de estruturas e entrelaçamentos de expectativas¹⁴, cuja função é diferenciar meio e o

¹¹ “Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; [...] Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”. (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 47-48).

¹² “As dificuldades aumentam se se busca conhecer quais transformações sociais produziram uma nova necessidade de sentido e resultaram capazes de esclarecer as razões e os modos através dos quais modificaram-se as ideias correntes de constitution, de fundamental law , etc. É precisamente essa a questão que agora pretendo aprofundar. A minha tese será a de que o conceito de Constituição, contrariamente ao que parece à primeira vista, é uma reação à diferenciação entre direito e política, ou dito com uma ênfase ainda maior, à total separação de ambos os sistemas de funções e à consequente necessidade de uma religação entre eles.” (LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. Publicado por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 04).

¹³ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, Leonel S.; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.39.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. P.132.

ambiente, conduzindo a uma estabilidade interna, podendo a Constituição se situar como uma estrutura interna do direito positivo, ou seja, uma seleção intensificada do direito.

Para a teoria proposta por Luhmann o direito se autorreproduz, interagindo com seu ambiente, em uma sociedade hipercomplexa, operando para reduzir essa complexidade e contingencialidade. As evoluções que acontecem no ambiente precisam ser seguidas pelos respectivos sistemas, que observam os códigos complexos que devem enfrentar, de forma heterorreferencial, ao mesmo tempo que observam a si próprios, filtrando esses códigos autorreferencialmente¹⁵. Abertura cognitiva e fechamento operativo atuam nos sistemas jurídicos, reduzindo a hipercomplexidade da sociedade, ou seja:

Quando essas exigências são satisfeitas, o sistema do direito se estabelece como sistema autopoietico. Ele constitui e reproduz unidades emergentes (incluindo ele próprio) que não existiriam sem o fechamento operativo. Desse modo, o sistema consegue uma redução de complexidade independente, uma operação seletiva diante de uma miríade de possibilidades que – ignoradas ou rechaçadas – mantêm-se intocadas, sem que assim a autopoiese do sistema seja interrompida.¹⁶

Através da definição de sua função e de sua codificação, direito/não-direito, o fechamento normativo se torna necessário para possibilitar sua interação com o ambiente hipercomplexo, analisando as informações provenientes desse ambiente e as selecionando, conforme leciona

¹⁵ A fim de claramente realçar o uso interno dessa distinção, distinguimos aqui autorreferência de heterorreferência; portanto, dizemos que um sistema que dispõe de capacidades de observação adequadas pode distinguir a autorreferência da heterorreferência. Nós mesmos deparamos com essa terminologia (diferentemente do que se tem com as teorias mais antigas de sistemas abertos) no nível da observação de segunda ordem. Nós observamos como o sistema observa e como, desse modo, ele operacionaliza a diferenciação entre autorreferência e heterorreferência. (LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. E-book, posição 1169).

¹⁶ Idem. *Ibidem*. posição 918.

Luhmann¹⁷. O direito extrai sua seletividade através de codificação e do fechamento normativo, aonde procura filtrar a hipercomplexidade do ambiente, mas sem deixar de se comunicar com este e com outros sistemas e com o que nos interessa aqui, o político. Para Luhmann:

[...] o conceito de acoplamento estrutural descreve uma condição socialmente indispensável (embora historicamente variável em suas formas) de diferenciação. E é precisamente isso o que antes se buscava dizer com a tese de que a auto-referenciabilidade permanece incompleta na medida em que não pode assumir por si a referência discernidora. A Constituição constitui e ao mesmo tempo torna invisível o acoplamento estrutural entre direito e política.¹⁸

A Constituição¹⁹ torna invisível esse acoplamento estrutural entre direito e política, colocando-se entre as operações internas de ambos os sistemas, sendo os conceitos políticos apreendidos no texto constitucional, como povo, democracia, representatividade, etc. judicializáveis e assim se distinguem, mantendo sua autonomia e ao mesmo tempo se comunicando permanentemente. O constituinte de 88 entendeu que os direitos fundamentais dos povos indígenas se restringiriam a um rol de direitos individuais, coletivos e difusos, bem como deveres estatais fundamentais. Não há uma abertura ou previsão para a inclusão de um sistema judicial

¹⁷ Idem. Ibidem. posições 896-903.

¹⁸ LUHMANN, Niklas. **A constituição como aquisição evolutiva**. [S. l.], 1996a. Tradução realizada a partir do original ("Verfassung als evolutionäre Errungenschaft"), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Disponível em: <https://bit.ly/3kumbRG>. Acesso em: 27 jun. 2019. p.26.

¹⁹ "Os fatores negativos da realização do Estado democrático de direito na modernidade periférica, ao contrário, relacionam-se, primariamente, com os limites à autorreferência dos sistemas político e jurídico. (NEVES, 1992; 1999; 2000a; 2003; 2004). A situação torna-se grave, visto que emergem relevantes problemas de heterorreferência do Estado em uma sociedade mundial supercomplexa e, simultaneamente, persistem destrutivamente os bloqueios generalizados à reprodução autônoma dos sistemas jurídico e político, minando a Constituição como acoplamento estrutural entre ambos e enquanto intermediação sistêmico-procedimental da esfera pública pluralista". (NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na periferia alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 52, n. 206, abr./jun. 2015, p. 120).

índigena paralelo. A partir da lição de Luhmann, Costa e Rocha referem que “a segurança do sistema do Direito está condicionada ao fato de os assuntos jurídicos serem tratados exclusivamente de acordo com o código do Direito (Direito/não Direito) não podendo ser dominado por outros códigos (poder, dinheiro) dos demais sistemas”²⁰.

Para Costa e Rocha a Constituição é acoplamento estrutural entre direito e política, subsistema do sistema jurídico estatal e mecanismo de autonomia operacional do direito, assim, “entre os referidos sistemas (Política e Direito), a Constituição é o que possibilita o acoplamento estrutural, delimitando, no âmbito do processo legislativo, os limites jurídicos da Política”²¹. Através da Constituição as influências da política no direito são excluídas, quando não passam por um exercício de mediatização e autorreferenciabilidade e ambos os sistemas são preservados. Sintetizando, Luhmann refere “uma solução jurídica para o problema da auto-referenciabilidade do sistema político e uma solução política para o problema da referenciabilidade do sistema jurídico”²². Neves, por sua vez, afirma que “a Constituição serve à interpenetração e interferência de dois sistemas auto-referenciais, o que implica, simultaneamente, relações recíprocas de dependência e independência [...]”²³.

Para Neves, a Constituição também pode ser conceituada como mecanismo de autonomia operacional do direito²⁴. Partindo da ideia de

²⁰ COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. Diferenciação funcional e contingência. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, RS, ano 7, n.3, set/dez. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/view/541>>. Acesso em: 13 jun. 2021.

²¹ Idem. Ibidem.

²² LUHMANN, Niklas. **A constituição como aquisição evolutiva**. [S.l.], 1996. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>. Acesso em: 27 jun. 2019. p.24.

²³ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 70.

²⁴ Idem. Ibidem. p. 70.

Luhmann²⁵ sobre a positividade do direito, aonde ocorre um aumento imenso de complexidade e contingência deste, e a norma constitucional acaba substituindo apoios externos, impedindo a manipulação política e autoritária do sistema jurídico, sendo que a hierarquização interna Constituição/lei (e não mais uma hierarquização externa, política/direito e sim uma relação horizontal funcional) “atua como condição de reprodução autopoietica do direito moderno; serve, portanto, ao seu fechamento normativo, operacional”, sendo que “qualquer intervenção legiferante do sistema político no direito é mediatizada por normas jurídicas”²⁶. Necessário referir que para o autor Marcelo Neves, na América Latina se desenvolveu uma desdiferenciação enquanto que, para outros observadores, como Mascareño, há uma hegemonia política sobre os outros sistemas:

Por um lado, Neves afirma que não é possível observar uma distinção clara entre os sistemas, de modo que há uma desdiferenciação, negando a categoria de diferenciação funcional descrita por Luhmann. De outro lado, Mascareño, mais contido, destaca que é possível observar claramente os limites de cada sistema; pondera, todavia, que historicamente houve o predomínio de comunicação política na região, descrevendo esse processo como diferenciação funcional orientada de modo concêntrico, para afastar-se da ordem policêntrica delineada por Luhmann²⁷.

²⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

²⁶ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 70.

²⁷ Costa, Bernardo Leandro Carvalho; Rocha, Leonel Severo. *Constitucionalismo Social: Constituição na Globalização*. Editora Appris. Edição do Kindle. p.81. Aldo Mascareño leciona que: “diferentemente do paradigma ideal luhmanniano (diferenciação funcional orientada de modo policêntrico), observa-se uma organização sistêmica concêntrica na região latino-americana. Nesse sentido, elaborando a tese central de sua obra, o autor descreve a América Latina como uma região onde há uma hierarquia entre os sistemas, ou seja, eles renunciaram a se estruturar policentricamente”. COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. *Diferenciação funcional e contingência*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo, RS, ano 7, n.3, set/dez. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/view/541>>. Acesso em: 06 abr. 2021. Nessa dimensão policêntrica “os sistemas operam, em uma sociedade funcionalmente diferenciada, de modo autônomo, cada qual utilizando seu meio de comunicação simbolicamente generalizado e sua codificação binária própria”. Costa, Bernardo Leandro Carvalho; Rocha, Leonel Severo. *Constitucionalismo Social: Constituição na Globalização*. Editora Appris. Edição do Kindle. p.37.

Para Neves²⁸ o Estado Democrático de Direito se apresenta com autonomia operacional do Direito, confundindo-se com a própria Constituição, pressupondo a diferenciação entre direito e política, sendo essa a esfera da tomada de decisão coletivamente vinculante ou da generalização da influência, com a circulação do poder essencial para filtragem seletiva dos atores e programas escolhidos pelo eleitorado. No Estado de Direito uma nova variável, além do poder/não poder, entra em cena: o esquema binário lícito/ilícito, passando a desempenhar ações como um segundo código de poder, estando todas as decisões políticas subordinadas ao direito, resultando em uma interdependência entre esses sistemas, já que o direito positivo resulta do processo legislativo e da deliberação política. Para Neves, é possível caracterizar o Estado de Direito como:

[...] espaço de cruzamento horizontal de dois meios de comunicação simbolicamente generalizados: o poder e o direito. As respectivas conexões entre seleção e motivação, as diversas maneiras que cada um dos sistemas transmite e vincula os seus desempenhos seletivos interseccionam-se, fortificando a complexidade e, portanto, a pressão seletiva em ambos²⁹.

Se fosse instituída um sistema judiciário próprio para as comunidades indígenas, ações que são previstas como ilícitas pelo ordenamento estatal passariam a deixar de ser conhecidas pelo Estado-Juiz. E, as ações dos próprios indígenas, que são julgadas internamente, não seriam julgadas pelo Judiciário costum ao Estado, pois se dão dentro do ordenamento jurídico indígena que processa e impõe (ou não) sanções

²⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p.85.

²⁹ Idem. *Ibidem*. p.91.

de acordo com os costumes culturais e as tradições históricas³⁰. Assim, para o autor: “[...] essa realidade escapa do mundo do direito e a organização repressora da sociedade brasileira”³¹.

Com isso, nota-se que o Estado ao ignorar o respeito ao pluralismo jurídico brasileiro e a existência de formas indígenas próprias para solução de conflitos e ações internas, para Villares³², pode colocar “em risco o direito individual do indígena e o direito coletivo de todo um povo”, ou seja, o sistema social indígena reconhecido constitucionalmente. Isso porque ao não reconhecer esse pluralismo jurídico existente, o Estado acaba por impedir que os nativos vivam e se organizem de acordo com as suas tradições e seus costumes. Como reflexo disso, tem-se que se o Direito estatal for aplicado às comunidades indígenas de forma indiferente e irrestrita se estará impondo àquela sociedade medidas que talvez não sirvam para elas como método de prevenção de ilícitos futuros e não retribuem em nada a contrariedade social da ação praticada, não atingindo o objetivo social da norma³³.

Ademais, para além da importância trazida pela Constituição de 88, tem-se o texto da Convenção 169 da OIT que é clara quanto às normas de convivência entre Estado e povos indígenas, expondo a necessidade de aceitar as particularidades da multiculturalidade existente, pois de acordo com o que dispõe o texto do artigo 8º da Convenção 169 da OIT, deverão ser respeitados os métodos consuetudinários utilizados pelos povos indígenas na solução de conflitos internos, desde que sejam compatíveis com os direitos humanos internacionais³⁴.

³⁰ VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. 1. ed. n. 2. Curitiba, PR: Juruá Editora, 2013.

³¹ Idem. *Ibidem*.

³² Idem. *Ibidem*.

³³ Idem. *Ibidem*.

³⁴ BRASIL. **Decreto Lei nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em:

Já o artigo 9º da mesma Convenção traz que os métodos utilizados para reprimir atos praticados pelos povos indígenas devem ser respeitados, pois a resolução dos delitos se dará baseada nos costumes e tradições da comunidade, cabendo ao Estado a não sobreposição de punição sobre o sistema indígena³⁵. No entanto, ressalta-se que o Estatuto do Índio de 1973 (artigo 57)³⁶, antes mesmo da Convenção 169, de 1989, da OIT³⁷, já previa em seu texto o respeito aos sistemas jurídicos, costumes, instituições e tradições dos povos indígenas, bem como admitia a sua competência para a resolução dos conflitos existentes, aplicando as sanções e penas consuetudinárias, com a ressalva de que o Estatuto apenas proíbe penas desumanas ou cruéis e veda a pena de morte.

Ainda, a Convenção 169 da OIT, que é uma norma supralegal, em seu artigo 8º, expressamente, também prevê a consideração dos sistemas jurídicos indígenas quando da aplicação da legislação nacional em relação aos povos indígenas, pois em seu texto consta que “ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados, deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário”³⁸. Por isso, se o ato for praticado internamente e afetar a comunidade indígena, talvez

<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/convecao169.pdf/view>. Acesso em: 30 jul. 2020.

³⁵ BRASIL. **Decreto Lei nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/convecao169.pdf/view>. Acesso em: 30 jul. 2020.

³⁶ BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

³⁷ BRASIL. **Decreto Lei nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/convecao169.pdf/view>. Acesso em: 30 jul. 2020.

³⁸ BRASIL. **Decreto Lei nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/convecao169.pdf/view>. Acesso em: 30 jul. 2020.

seja importante o seu julgamento pelo ordenamento jurídico interno³⁹. Atualmente, no julgamento das questões indígenas, necessário será considerar a condição especial antropológica em que se deu o fato⁴⁰, bem como os procedimentos especiais dispostos na Resolução 287 do CNJ⁴¹ e na Portaria 839 da AGU⁴².

Desta forma, conciliar a diversidade cultural com outras garantias fundamentais, respeitar a diversidade cultural e os povos indígenas, dando eficácia ao que quis o Poder Constituinte, significa uma transição necessária para qualquer proposta que pretenda visar à criação de um sistema judicial interno que se comunique com o sistema de direito estatal e seja apto a conduzir uma maior autonomia da sociedade indígena. No entanto, apesar do largo respaldo internacional, no Brasil é quase impossível se encontrar uma decisão judicial que aceite ou reconheça o sistema jurídico interno indígena e a aplicação dessas normas costumeiras em face do Direito comum⁴³.

Desta forma, seriam possíveis dois sistemas binários (lícito/ilícito) convivendo em um mesmo espaço territorial? Talvez a inserção constitucional de uma Justiça Especial Indígena pudesse estabelecer os limites de jurisdição bem como as garantias fundamentais que não pudessem ser violadas nesses diferentes territórios. Ou seja, o sistema estatal manteria sua operacionalidade fechada, mas sofreria interferências

³⁹ VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. 1. ed. n. 2. Curitiba, PR: Juruá Editora, 2013.

⁴⁰ VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. 1. ed. n. 2. Curitiba, PR: Juruá Editora, 2013.

⁴¹ BRASIL. **Resolução nº 287, de 25 de julho de 2019**. Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.

⁴² BRASIL. **Portaria AGU nº 839, 18 de julho de 2010**. Disciplina e estabelece critérios para a atuação dos órgãos da Procuradoria-Geral Federal na defesa de direitos indígenas, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/norma%20osem%20numero/Normas%20da%20AGU%20para%20recerces.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2021. p. 354-355.

⁴³ VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. 1. ed. n. 2. Curitiba, PR: Juruá Editora, 2013.

de outro sistema judicial (paralelo) a partir de limitações políticas definidas na Constituição e culminaria numa decisão comum, possivelmente na Suprema Corte. Esse rol de limitações já existe na Constituição e alcança as normas do artigo 5º, proteção individual e coletiva⁴⁴. Nisso entraríamos numa seara difícil, a da separação de Poderes, com um papel específico destinado ao Judiciário. As diversas especializações da Justiça, Militar, Eleitoral, Federal, Estadual, etc. já se preocupam com as garantias fundamentais e, talvez, dentro de uma mesma territorialidade jurisdicional, há a possibilidade de decisões diferentes sobre um mesmo tema entre órgãos estatais que pudessem ferir a tripartição estabelecida pela Constituição. Ao mesmo tempo, a diversidade cultural se pudesse ser o elemento gerador e balizador dessa nova especialização potencializaria os dispositivos do artigo 231 do texto constitucional⁴⁵ e também da Convenção 169/89 que dispõe:

2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio⁴⁶.

⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020.

⁴⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020.

⁴⁶ BRASIL. **Decreto Lei nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/convecao169.pdf/view>>. Acesso em: 30 jul. 2020. E artigo 9º do mesmo Diploma: I. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

O Estado brasileiro teria capacidade para gerenciar (não só estruturar, com todo aparato administrativo, recursos humanos, verbas) uma nova Justiça, apta a enfrentar com maior desenvoltura os dilemas advindos das diferenças culturais? Além disso, deve ser considerado um horizonte de centenas de etnias distintas, muitas das quais talvez nem tenham interesse na criação e manutenção de um sistema paralelo. Se para Luhmann a autorreferência e a circularidade são os elementos comunicativos vitais de um sistema social, individualizando um determinado modo de operações no seu interior, não ocorreria uma desdiferenciação ou uma redução de limites do sistema do direito a partir da estruturação de um sistema judicial indígena que, em tese, processaria e julgaria os mesmos temas, mas com agentes e jurisprudência diferentes? Se cabe ao subsistema jurídico a função de estabilizar as expectativas de comportamento não estaríamos criando expectativas normativas que quebrariam a congruência generalizada e, por consequência, a autonomia operacional do sistema de direito? Enfim, essas dúvidas não vão ser superadas nesse artigo. Mas é possível investigar o ordenamento para saber, pelo menos, da possibilidade constitucional de prever um sistema dessa ordem.

4 Reforma constitucional e sistema de direito indígena

A partir da observação da diversidade e do pluralismo cultural, constatou-se que o ordenamento jurídico pátrio possui diversos mecanismos legais para o julgamento de ilícitos praticados por indígenas. E, assim sendo, tem a possibilidade de lidar com as diferentes concepções advindas das crenças e costumes dos povos nativos quando se deparar com conflitos entre as leis estatais e as regras internas das comunidades, cujos sistemas se comunicam via Constituição. Essa possibilidade tem sido desconstituída por legislação infraconstitucional, regulamentos e decisões

judiciais desconectadas com a Constituição. Isso acaba dando espaço para uma reconfiguração do ordenamento estatal que deve lidar com esses conflitos.

Uma Emenda Constitucional que estabeleça um sistema judicial indígena (ou vários sistemas judiciais indígenas) deverá estabelecer os limites de suas escolhas políticas, para que os direitos fundamentais estabelecidos para o conjunto da cidadania brasileira não sejam descartados em determinados territórios do país, não permitindo a deformação do sistema do direito e dificultando a sobreposição dos mesmos códigos (inconstitucional/constitucional/lícito/ilícito), um sobre o outro. A Carta de 88 estruturou a abertura cognitiva do sistema de direito, ampliando sua aprendizagem e renovação através dos ritos de modificação do texto. Conforme refere Marcelo Neves⁴⁷, os núcleos de identidade constitucional são fronteiras intransponíveis dessas capacidades e só podem ser alteradas via ruptura política, reconstruindo o acoplamento estrutural e determinando um novo perfil para o Estado Democrático do Direito.

O sistema constitucional colombiano “reconhece e protege a diversidade étnica e cultural da Nação Colombiana” e sua Corte Constitucional entende que a Constituição permite que as comunidades indígenas façam julgamentos de acordo com suas regras tradicionais, e que esse é um direito essencial para a proteção da diversidade cultural e valorização delas⁴⁸. Entretanto, firma como limites essenciais a esse poder de julgar, a inafastabilidade de um conjunto mínimo de direitos: como o

⁴⁷ NEVES, Marcelo. “A constituição e esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento”. in: Roberto Dutra and João Paulo Bachur (eds.). Dossiê Niklas Luhmann. Belo Horizonte, Editora UFMG, 2013, pp. 105-147. p. 115

⁴⁸ BARATTO, Marcia. **Direitos indígenas e cortes constitucionais: uma análise comparada entre Brasil, Colômbia e Bolívia**. 2016. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/321359>. Acesso em: 17 maio 2021.

direito à vida, a proibição da escravidão e a proibição da tortura, respeito ao devido processo legal, a redefinição em matéria penal da legalidade dos crimes e das sanções⁴⁹.

Contudo, o sistema brasileiro ainda não chegou a esse entendimento. A jurisprudência brasileira sempre reconheceu o direito à diversidade cultural como do mesmo *status* de outras garantias fundamentais, como a vida, a igualdade, a liberdade, mas nunca avançando no sentido de um Judiciário Indígena. Não há, no texto constitucional originário, um endereçamento desse tipo a ponto de permitir um sistema judicial paralelo ao estatal que desemboque diretamente na Suprema Corte pátria. Esse pluralismo jurídico não-oficial, por assim dizer, pode esconder diversas arbitrariedades e incoerências, ocultando violações aos direitos fundamentais em nome da diversidade cultural. Mas, ao mesmo tempo, percebe-se que temos um Judiciário que insiste em reduzir a concretude normativa da Carta Maior, reforçando estereótipos e figurinos pré-constitucionais, preconceituosos e arcaicos, invalidando os avanços obtidos em 1988 e potencializando um sistema político que mascara o desrespeito às comunidades indígenas e aos seus territórios, cuja demarcação, aliás, carece de maior empenho das autoridades governamentais.

Cumprе salientar que na América Latina, Colômbia e Peru já optaram por incluir em seus direitos criminais um tratamento formalizado, que pode nos servir de modelo, com base no fator cultural pois o Código Penal colombiano, em seu artigo 33, prevê como inimputável o indivíduo que, no momento da prática de um ato típico e antijurídico, “no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad

⁴⁹ Idem. Ibidem.

sociocultural o estados similares”⁵⁰. Por sua vez, o Código Penal peruano, em seu artigo 15, introduz o erro de compreensão culturalmente motivado para a hipótese em que o sujeito “por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad”, acrescentando, ainda que “cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuída, se atenuará la pena”⁵¹.

No entanto, Mulas diz que no plano jurídico prático, essa criação de uma jurisdição específica, baseada no respeito ao multiculturalismo, é capaz de favorecer a efetivação do princípio constitucional da individualização dos julgamentos, considerando adequadamente as peculiaridades culturais do caso concreto, sendo assim a justiça ideal concretamente oportunizada aos autores de atos com motivações culturais⁵².

Assim, é possível buscar em experiências próximas, como a colombiana, alguns elementos que possam ser considerados na construção de um sistema judicial indígena. Marcelo Neves procurou entender que existe uma relação entre os países da América Latina a partir de uma redução da diferenciação funcional provocada por uma corrupção sistêmica estrutural periférica que seria semelhante em vários países de modernidade “negativa” com baixo índice de inclusão social. Ao contrário dos países da América do Norte e Europa, o Brasil e os demais países periféricos não conseguiram construir sociedades modernas, mas Neves não quer tratar do problema desses países a partir da ideia

⁵⁰ COLÔMBIA. **Ley 599 de 24 de julio de 2000**. Expide el Código Penal. Bogotá: Poder Público – Rema Legislativa, 2000. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

⁵¹ PERU. **Código Penal**: Decreto legislativo n° 635 de 08 de abril de 1991. Lima: Congresso Nacional, 1991.

⁵² MULAS, Nieves Sanz. **Delitos culturalmente motivados**. Valência: Editora Tirant ló Blanch, 2018.

desenvolvimentista, mas sim dividir modernidade em centro e periferia⁵³. Essa modernidade periférica “negativa” não consegue responder aos problemas da hipercomplexificação social desestruturada e desestruturante. O Estado de direito dos países da América Latina não conseguiu produzir a diferenciação funcional entre o político e o jurídico, sobrecarregando este com tarefas típicas do político e entrelaçando os dois sistemas de forma a produzir uma corrupção sistêmica estrutural.

Os problemas socioeconômicos dos países da modernidade central e periférica são bastante distintos, não se elaborando positivamente, mas negativamente “como hipercomplexificação desagregadora do moralismo hierárquico tradicional”.⁵⁴ Para Neves:

[...] as sobreposições particularistas dos códigos político e econômico às questões jurídicas impossibilitam a construção da identidade do sistema jurídico. Em vez de autopoiese, caberia falar de alopoiese do direito. (NEVES 1992b; 1992a; 1991). Isso significa que não surge uma esfera de juridicidade apta a, de acordo com seus próprios critérios e de forma congruentemente

⁵³ “Não se deve, contudo, interpretar a distinção ora apresentada entre centro e periferia como simplificação grosseira (caso de algumas variantes da teoria da dependência), como se com ela a multiplicidade da sociedade mundial atual fosse deixada de lado: a relação 'centro/periferia' reproduz-se entre os países periféricos e tanto no interior das 'nações periféricas' quanto das 'nações centrais'. Por outro lado, os diferentes tipos dos contextos internos de interesses de classe e dominação implicam formas distintas de integração dos países periféricos na sociedade mundial; além disso, as particularidades locais e regionais atuam como fatores do desenvolvimento; ademais, os diferentes sistemas funcionais encontram-se em níveis de desenvolvimento muito diferentes também no plano regional. Sem deixar de considerar tudo isso, pode-se seguramente usar o par de conceitos 'centro/periferia', que em última instância refere-se a uma divisão dicotômica e hierárquica da sociedade mundial, e assim introduzir o conceito de 'modernidade periférica' como construção 'típico-ideal' analiticamente muito fecunda.” NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018. P.103.

⁵⁴ NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de direito. **Lua nova - Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 37, p. 93-106, 1996. p. 100. “Minha interpretação não parte de nenhum modelo normativo de 'autonomia sistêmica adequada' e inclusão plena, cuja realização imperfeita em determinadas regiões possa ser diagnosticada sob o signo da inexistência de diferenciação funcional e do imperativo normativo da inclusão universal” Marcelo Neves vai referir que “Em nenhuma parte da minha obra encontra-se uma afirmação normativa ou uma valoração na relação entre modernidade central e modernidade periférica, muito menos em termos de uma teleologia. O 'negativo', nesse contexto, é apenas uma referência ao lado de uma diferença no sentido da teoria dos sistemas, sem implicar nenhuma valoração ou moralização. Assim como nas formas-diferença luhmannianas, o lado negativo da diferença 'centro/periferia' não implica nenhuma postura valorativa, normativa ou moral.” NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 372

generalizada, reciclar as influências advindas do seu contexto econômico e político, como também daquilo que os alemães denominam de 'boas relações'. O intrincamento do(s) código(s) jurídico(s) com outros códigos sociais atua autodestrutivamente e heterodestrutivamente. O problema não reside, primariamente, na falta de abertura cognitiva (heterorreferência ou adaptação), mas sim no insuficiente fechamento operacional (autorreferência), que obstaculiza a construção da própria identidade do sistema jurídico. Se tal identidade pode ser vista, eventualmente, no plano da estrutura dos textos normativos, ela é destruída gradativamente durante o processo de concretização jurídica. Assim sendo, não se constrói, em ampla medida, congruente generalização de expectativas normativas a partir dos textos constitucionais e legais. Daí resulta que a própria distinção entre lícito e ilícito é socialmente obnubilada, seja por falta de institucionalização (consenso) ou de identificação do sentido das normas. A consequência mais grave é a insegurança destrutiva nas relações de conflitos de interesses.⁵⁵

Portanto, os países da periferia, como os da América Latina, possuem problemas similares de falta de autonomia de direito e sobreposição entre dinheiro e poder ao sistema jurídico, além da reduzida diferenciação funcional entre esse sistema e o sistema político. Os processos de modernização, inclusão social, cidadania, diferenciação funcional, sofreram fragilizações no processo de redemocratização dos países latinos e não conseguiram desencadear uma modernização nos moldes dos países centrais. O escopo do presente trabalho, obviamente, não é trabalhar com esses temas nessa dimensão maior, mas apontar o alinhamento entre os países periféricos no tocante a um sistema judicial indígena. Nessa linha, a questão que une os países latinos nesse nível de degradação institucional pode ser definida como uma “corrupção sistêmica”, ou seja, a sobreposição de códigos, poder/não poder, ter/não ter, amor/desamor ao código do

⁵⁵ NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de direito. *Lua nova - Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 37, p. 93-106, 1996. p. 100.

direito, lícito/ilícito, sendo generalizada no caso da América do Sul com a quebra da autonomia operacional do direito e produzindo uma desdiferenciação funcional, aonde o político e o direito se imiscuem, permitindo que as elites econômicas e determinados grupos políticos não sejam sancionadas, bem como bloqueando a inclusão social e a efetivação dos direitos fundamentais.

5 Modelo de Sistema Jurídico Especial Colombiano

Na Colômbia em 1991, após um longo processo de negociação para o fim dos múltiplos conflitos armados que marcaram o país por mais de quatro décadas, foi promulgada uma nova constituição com o objetivo de estabelecer a paz no país⁵⁶.

O povo colombiano se considera constituído por uma combinação particular de culturas e grupos étnicos. De igual forma é composto o Brasil por essa mesma pluralidade advinda da colonização⁵⁷. Mas, no caso da Colômbia, tal concepção já está implementada na sociedade e aplicada no ordenamento jurídico, fazendo parte do direito colombiano, diferentemente do que ocorre em nosso país, pois aqui a compreensão de multiculturalidade e pluriétnicidade não faz parte do contexto social, tão pouco do sistema de direito.

Após a edição da Constituição colombiana, em 1991, em que foi reconhecida e protegida a diversidade étnica e cultural existente no país, tais princípios constitucionais receberam certas áreas de autodeterminação e autonomia direcionadas às comunidades pluriétnicas. Nesse ponto interessa destacar o exemplo da outorga de autonomia aos

⁵⁶ BARATTO, Marcia. **Direitos indígenas e cortes constitucionais**: uma análise comparada entre Brasil, Colômbia e Bolívia. 2016. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/321359>. Acesso em: 17 maio 2021.

⁵⁷ Alejandro Gómez Velásquez. La jurisdicción especial indígena en el sistema jurídico colombiano. Rev. Bol. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 586-609

povos indígenas que, segundo as normas colombianas, devem viver de acordo com seus próprios costumes e, portanto, possuem direito a uma jurisdição especial nativa⁵⁸. O constituinte colombiano teve a intenção de dar um lugar que corresponde ao multiculturalismo, pois ao se falar sobre jurisdição especial indígena está-se fazendo referência a mais de 84 povos indígenas com seus dialetos e autoridades particulares judiciais⁵⁹.

Ocorre que o contexto político estatal, em geral, tende a ignorar o caráter humano individual de seus cidadãos e acaba por gerar a imposição de um modelo homogêneo de sociedade, aproximando-se muito ao unitarismo laico europeu⁶⁰. No entanto, a partir dessa nova abordagem política, consubstanciada no multiculturalismo normativo, passou-se a ter a ideia de uma universalidade de direitos que traz a possibilidade de serem estabelecidos direitos diferenciados com base em grupos culturais específicos, onde a propriedade pertence à comunidade e não mais se mantém na visão individualista. Esse é o atual entendimento colombiano e é a inovação que se poderá um dia alcançar no Brasil a partir do texto da Constituição de 88.

Isso porque o caráter assimilacionista das políticas republicanas latinas se destaca como um dos principais obstáculos a serem superados para a eficácia dos direitos dos povos indígenas. Tal argumento é muito utilizado pelos nativos para demonstrar como os povos indígenas são favoráveis às reformas do Estado colombiano, desde que este também esteja aberto ao reconhecimento da importância das culturas indígenas

⁵⁸ Idem. *Ibidem*.

⁵⁹ Lucía Arbeláez De Tobón - La jurisdicción especial indígena em Colombia y los mecanismos de coordinación Con el sistema judicial nacional - justicia de paz y derecho indígena: análisis y Propuestas de coordinación - Consejo Superior de la Judicatura de Colombia. Guatemala, Agosto 11 de 2004

⁶⁰ Alejandro Gómez Velásquez. La jurisdicción especial indígena en el sistema jurídico colombiano. Rev. Bolív. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 586-609

para a sociedade⁶¹. Ou seja, instituindo uma via de mão dupla que se adéque a realidade multicultural.

O caso da Colômbia é paradigmático, pois ao revisar a história nacional, pode-se constatar que o Estado se aceitou como uma sociedade multicultural, assim, é cediço que desde a sua constituição como Estado, a Colômbia foi formada por três tradições culturais concorrentes que coexistiram e se misturaram até os dias atuais (indígenas, africanos e europeus)⁶². Diante deste fato, a Colômbia respondeu não apenas empiricamente a essa realidade multicultural mediante o respeito e aceitação, mas com a edição da Constituição, de 1991, consagrou-se a visão pluriétnica na Carta Política, estabelecendo, portanto, como norma impositiva não só o respeito, mas também a proteção da diversidade étnica e cultural da nação colombiana, consagrando direitos específicos para a realização de medidas atinentes às minorias culturais⁶³.

Sobre esse ponto de vista inovador aderido pela Colômbia, no que tange ao respeito e acolhimento do multiculturalismo nos estados latinos, tem-se que fora inclusive criada a instituição da Jurisdição Especial Indígena (art. 246 CN)⁶⁴, na qual foram outorgadas normativas relacionadas aos povos aborígenes e concedido o direito de exercer poderes jurisdicionais dentro de seu próprio território, perante seus membros, e isso tudo dentro dos direitos destas comunidades se organizarem e se governarem segundo sua própria visão de mundo, suas tradições e seus

⁶¹ BARATTO, Marcia. **Direitos indígenas e cortes constitucionais**: uma análise comparada entre Brasil, Colômbia e Bolívia. 2016. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/321359>. Acesso em: 17 maio 2021.

⁶² Alejandro Gómez Velásquez. La jurisdicción especial indígena en el sistema jurídico colombiano. Rev. Bolív. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 586-609

⁶³ Idem. Ibidem.

⁶⁴ COLÔMBIA. [Constituição (1991)]. **Constitución Política de Colombia**. Bogotá: Corte Constitucional, 1991. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

desejos (art. 330 CN)⁶⁵, incluindo o direito dos povos indígenas de obedecerem às suas próprias regras, e não as normas estatais, o que por sua vez incluiu também a possibilidade de criar padrões específicos seus e aplicá-los à comunidade⁶⁶.

Do contexto histórico que formou os países latinos, sabe-se que as comunidades indígenas são grandes exemplo de tensão entre a pretensa unidade cultural estatal e a diversidade cultural étnica. Nesse ponto, sensível foi o constituinte colombiano quanto ao assunto, tendo designado à comissão legislativa, na qual indígenas faziam parte, a tarefa de resolver tal contingência, para que fosse aquele que expedisse uma lei de coordenação entre as jurisdições, o que permitiu então que fossem estabelecidos critérios, limites e condições básicas para o funcionamento paralelo de ambas as jurisdições dentro do Estado colombiano⁶⁷. Ressalta-se que na Colômbia a comunidade indígena é politicamente ativa e se organiza em grupos e associações que possuem importante representação perante o Estado e conseguindo fazer as exigências por autonomia política e administrativa dos territórios indígenas.

A Colômbia acabou por reconhecer o caráter multicultural de seu Estado e a proteção de seu legado cultural. As suas propostas legislativas apresentam um núcleo comum, que busca a igualdade baseada no reconhecimento dos direitos básicos de todos os cidadãos, buscando ao mesmo tempo o reconhecimento de sua autonomia em razão da diferença. Contudo, tais afirmações mostram uma grande tensão entre os princípios da igualdade e da unidade política estatal, por um lado, e da diferença

⁶⁵ COLÔMBIA. [Constituição (1991)]. **Constitución Política de Colombia**. Bogotá: Corte Constitucional, 1991. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

⁶⁶ Alejandro Gómez Velásquez. La jurisdicción especial indígena en el sistema jurídico colombiano. Rev. Bolív. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 586-609

⁶⁷ Idem. *Ibidem*.

política e da autonomia, por outro, tensão essa que foi reproduzida nos artigos da Constituição de 1991⁶⁸. É justamente essa tensão de princípios que o constituinte brasileiro evitou ao não legislar sobre questões tipicamente multiculturais e pluriétnicas em 1988. Ademais, faltou no Brasil a participação ativa dos principais interessados.

A Constituição Nacional colombiana, de 1991, em seu artigo 246 estabelece que:

As autoridades dos povos indígenas podem exercer funções jurisdicionais no seu âmbito territorial, de acordo com regras próprias e procedimentos, desde que não sejam contrários à Constituição e às leis da República. A lei estabelecerá as formas de coordenação desta jurisdição especial com o sistema judicial nacional⁶⁹.

Dessa forma, a Constituição colombiana dispôs claramente de um instrumento a favor da autonomia dos povos indígenas e de seu autogoverno, pois considerou de grande relevância para a conservação das diversas culturas ameríndias, no sentido de que o controle social que é exercido sobre os membros de uma comunidade, constitui uma ferramenta essencial para o respeito, para a manutenção e para a proteção da cultura e de suas singularidades⁷⁰. Assim, o controle social que é exercido pela jurisdição indígena visa à transmissão adequada de valores culturais dentro dos diversos povos e de suas peculiaridades, uma vez que essa transmissão e o respeito aos valores culturais internos não podem ser alcançados somente por meio das estratégias primárias de socialização

⁶⁸ Idem. Ibidem.

⁶⁹ COLÔMBIA. [Constituição (1991)]. **Constitución Política de Colombia**. Bogotá: Corte Constitucional, 1991. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

⁷⁰ Alejandro Gómez Velásquez. La jurisdicción especial indígena en el sistema jurídico colombiano. Rev. Bolív. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 586-609

impostas pelo Estado, visto que é essencial que seja conferido aos povos minoritários o poder de estabelecerem normas de acordo com os seus usos e costumes, juntamente com a possibilidade de aplicá-los para corrigir desvios que venham a ocorrer dentro de suas tribos. Portanto, constata-se que isso tudo resulta no reconhecimento e na proteção das práticas essenciais de diferentes grupos sociais, ou seja, oferece proteção às sociedades minoritárias⁷¹.

Ademais, a esfera internacional e a sua grande influência, com o passar dos tempos, determinou que é um direito humano dos povos indígenas não ser governado e se autodeterminar por instituições próprias, instituições que chegam a incluir aqueles que tendem a resolver os conflitos internos das comunidades (Convenção 169 da OIT)⁷². Nesse ponto, o Tribunal Constitucional da Colômbia identifica a atribuição que a Constituição deu e confere às autoridades indígenas poder⁷³.

Com isso, os povos indígenas, na Colômbia, possuem mecanismos aptos a garantir os seus direitos e também o exercício desses na forma da jurisdição própria. Assim, o regime constitucional e legal colombiano lhes concedeu dois instrumentos chaves que servem de garantia: a promoção de um conflito positivo de jurisdição perante o Conselho Superior da Magistratura e a ação subsidiária da tutela nos termos do artigo 86⁷⁴. No entanto, frisa-se que esses direitos têm limites, pois como a instituição foi consagrada, acaba que ela não possui independência absoluta do sistema nacional, visto que está sujeita a valores e princípios considerados como

⁷¹ Idem. *Ibidem*.

⁷² BRASIL. **Decreto Lei nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/convecao169.pdf/view>. Acesso em: 30 jul. 2020.

⁷³ Alejandro Gómez Velásquez. La jurisdicción especial indígena en el sistema jurídico colombiano. *Rev. Bolív. de Derecho* Nº 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 586-609

⁷⁴ Idem. *Ibidem*.

superiores pela cultura majoritária, conforme dispõe o artigo 246 da Constituição colombiana⁷⁵.

Neste ponto, a existência de uma jurisdição indígena especial condiciona sua aplicabilidade a situações específicas (direito concedido aos membros de uma comunidade indígena, a ser julgado de acordo com os usos e costumes de sua comunidade)⁷⁶, que é composta por dois elementos advindos da leitura literal do artigo 246 Superior. O primeiro deles se refere à etnia, segundo a qual, cada membro de uma comunidade indígena deve ser julgado de acordo com as normas e procedimentos de seu povo, e o segundo aponta para o fator territorial, onde é determinado que cada comunidade pode julgar os comportamentos que ocorrem no seu território de acordo com os seus usos e costumes⁷⁷.

Denota-se que a Corte Constitucional da Colômbia acabou sendo uma instituição que tem enfrentado contingências, choques e tensões implicadas pela consagração e reconhecimento da jurisdição indígena como forma de desenvolvimento do princípio da pluralidade no Estado social de direito⁷⁸. Ocorre que, por um lado, a tensão está relacionada ao início de uma unidade nacional e ao estabelecimento de um autogoverno. Por outro, tem-se a jurisdição indígenas⁷⁹.

Ocorre que a unidade política é interpretada, historicamente e tradicionalmente, como a existência de um único sistema legal em um país, bem como uma única estrutura política centralizada e hierárquica, o que significa que o Congresso da República e o Poder Executivo, seriam os

⁷⁵ COLÔMBIA. [Constituição (1991)]. **Constitución Política de Colombia**. Bogotá: Corte Constitucional, 1991. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

⁷⁶ Alejandro Gómez Velásquez. La jurisdicción especial indígena en el sistema jurídico colombiano. Rev. Bol. de Derecho N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 586-609

⁷⁷ Idem. Ibidem.

⁷⁸ Idem. Ibidem.

⁷⁹ Idem. Ibidem.

únicos órgãos que possuem poder para emitir decisões políticas de lei, enquanto os demais órgãos e autoridades governamentais seriam responsáveis apenas pelo desenvolvimento deles. No entanto, com o reconhecimento do direito de autogoverno de grupos aborígenes, essas comunidades indígenas passaram a ter a possibilidade de criação e de execução de leis⁸⁰.

Conforme exposto, o artigo 246 da Constituição colombiana prevê a competência das comunidades indígenas para decidirem e julgarem seus membros diante de ações desviadas de sua ordem social, cultural e/ou religiosa⁸¹. Neste sentido, para que esse poder aconteça, é necessário configurar o que é se nomeou de categoria de “jurisdição indígena”, que determina qual jurisdição assumirá a investigação das alegações feitas para saber se a competência será da ordem nacional ou da indígena, materializando-se este último pelas autoridades da comunidade a que pertence o acusado⁸².

Assim sendo, para a aplicação na prática dessa jurisdição especial indígena, foram formulados alguns critérios e elementos de atuação do foro nativo, a saber: a) Elemento subjetivo: refere-se à filiação do sindicato a uma comunidade indígena, para os quais não basta que os traços sejam apenas credenciados como grupos étnicos, mas também é necessário provar que a pessoa era integrada em uma comunidade e vivia de acordo com os usos e costumes dela; b) Elemento objetivo: refere-se ao assunto ou objeto no qual o ato criminoso, que é necessário, em princípio, para manter a identidade cultural com o sujeito ativo do crime. Nesse sentido,

⁸⁰ Idem. *Ibidem*.

⁸¹ COLÔMBIA. [Constituição (1991)]. **Constitución Política de Colombia**. Bogotá: Corte Constitucional, 1991. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2020.

⁸² Alejandro Gómez Velásquez. La jurisdicción especial indígena en el sistema jurídico colombiano. *Rev. Bol. de Derecho* N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 586-609

a Corte indicou que a identificação da vítima também pode ser considerada como determinante na origem desta jurisdição especial; c) Elemento territorial: não se limita apenas à entidade territorial propriamente indígena, mas refere-se à presença efetiva da comunidade e a capacidade de suas autoridades territoriais de exercerem o controle social autonomamente, isto é, com a exclusão de outras autoridades estatais; d) Elemento orgânico: refere-se à existência de autoridades na comunidade indígena que exercem o controle social e são capazes de avançar no julgamento de acordo com seus usos e práticas tradicionais. Isto tem sido posto como requisito, uma vez que a autoridade indígena deve externalizar sua decisão de avançar no julgamento do acusado e, se não o fizer, o caso será conhecido pelo foro ordinário estatal⁸³.

Portanto, diante dos elementos da jurisdição indígena entendidos no sistema colombiano como “aqueles que determinam a competência da jurisdição indígena”, os juízes da República daquele país perderão sua jurisdição sobre o acusado e as autoridades reconhecidas da comunidade indígena exercerão a jurisdição sobre os investigados nativos de acordo com seus usos e costumes, e suas normas, sejam elas escritas ou costumeiras⁸⁴. Isso porque a Constituição colombiana aderiu à justiça comunitária indígena, e possui vagas eletivas no legislativo nacional, sendo duas vagas especiais no senado para representantes indígenas⁸⁵.

Da análise de Baratto se extrai que:

⁸³ Idem. *Ibidem*.

⁸⁴ Alejandro Gómez Velásquez. La jurisdicción especial indígena en el sistema jurídico colombiano. *Rev. Bolív. de Derecho* Nº 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 586-609

⁸⁵ BARATTO, Marcia. **Direitos indígenas e cortes constitucionais**: uma análise comparada entre Brasil, Colômbia e Bolívia. 2016. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/321359>. Acesso em: 17 maio 2021.

Embora os povos indígenas já sejam considerados capazes de se autogovernarem numa esfera política restrita, seus direitos continuam limitados face à soberania estatal e as tentativas de estabelecer uma República unitária como modelo federativo na Colômbia. Entretanto, esta avaliação positiva da capacidade política das comunidades é uma marca da jurisprudência que tenho analisado no que se refere à Corte Constitucional colombiana. Esta caracterização do poder das comunidades indígenas, visto também como poder do Estado colombiano é uma asserção que permite compreender a adesão da Corte a manter o poder dos ‘cabildos’, mas permitir a exploração de minérios em terras indígenas sob certas condições de negociação que envolve mais instâncias de deliberação do que se exige no caso brasileiro. É um modelo diferente de adoção multicultural de direitos indígenas, no qual se verifica uma adesão, ainda que limitada, de certos elementos comunitários pelo poder estatal⁸⁶.

Em termos comparativos, o Brasil possui uma lista bem restrita de direitos constitucionais indígenas. Pois não reconheceu o constituinte brasileiro as comunidades como nações ou povos, o que resulta na caracterização dos direitos indígenas como refratários das políticas fortes de autogoverno dos povos indígenas. Outra ausência significativa é a falta de esferas de pluralismo jurídico, visto que há poucos espaços de intermediação oficiais entre comunidades e Estado no modelo brasileiro⁸⁷.

Assim, entende-se que a Constituição colombiana incorporou a ideia multiculturalista, enquanto a Constituição brasileira ficou aquém dessa inovação, visto que apesar das políticas estatais brasileiras para os direitos indígenas terem sido positivadas, no entanto, o novo texto da Constituição de 1991 não conseguiu fazer a transição das políticas assimilacionistas para o modelo multicultural (ainda), mas não se deve desconsiderar o fato de existir um esforço, cada vez mais forte, para mostrar a importância das

⁸⁶ Idem. *Ibidem*.

⁸⁷ Idem. *Ibidem*.

tradições indígenas e como a preservação desses povos é essencial para construção de uma sociedade democrática⁸⁸.

Considerações finais

A sociedade indígena, por seus códigos e processos comunicativos distintos, deve ser respeitada naquilo que a Constituição brasileira estabeleceu como direito destas: diversidade cultural, línguas, tradições, organização, costumes e territorialidade e esse é o seu limite institucional. Não há, pelo menos constitucionalmente falando, um sistema judicial ou normativo indígena no Brasil, que permita a liberdade total normativa para essa sociedade, seus diversos povos e etnias. Seria, assim, a existência de dois códigos do sistema do direito, um lícito/ilícito geral e um lícito/ilícito indígena, com uma sobreposição entre estes códigos. Mas, sabe-se que outros países já reconheceram um sistema judicial indígena convivendo com o sistema judicial geral, tal como a Colômbia, o que não é o caso do Brasil, que reconheceu direitos dos povos indígenas em sua Constituição geral, mas não desconectou a sociedade indígena (ou sociedades indígenas) do sistema do direito macro. Do estudo realizado, entende-se ser possível uma reforma constitucional, que altere a ideia inicial do constituinte brasileiro e resulte na elaboração de um sistema judicial indígena paralelo. Contudo, por enquanto, tem-se apenas uma sociedade indígena que se submete ao sistema do direito, com especiais garantias reconhecidas.

No entanto, nosso sistema jurídico carece de uma capacitação maior para conceber uma justiça indígena propriamente dita, a exemplo do que ocorre no sistema colombiano de direito, mas diante do respeito ao multiculturalismo e do reconhecimento aos métodos internos de solução

⁸⁸ Idem. Ibidem.

de conflitos já existentes, possível será caminhar na direção da construção de uma justiça especial indígena, a exemplo do que já ocorre em outros países cujo recorte multiétnico produziu intensas alterações no sistema judiciário.

Referências

Alejandro Gómez Velásquez. La jurisdicción especial indígena en el sistema

AMATO, Lucas Fucci. **Os direitos indígenas como direitos culturais fundamentais.**

Brasília: Revista Jurídica da Presidência v. 16 n. 108 Fev. 2014/Maio 2014 p. 193 a 220.

BARATTO, Marcia. **Direitos indígenas e cortes constitucionais:** uma análise comparada

entre Brasil, Colômbia e Bolívia. 2016. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/321359>. Acesso em: 17 maio 2021.

BOLÍVIA. [Constituição (2009)]. **Constitución Política del Estado (CPE).** El Alto de La

Paz: Poder Ejecutivo, 2009. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique; ALMEIDA, Máira. **A proposta de uma**

Constituição sistêmica. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, v.34.1, p. 13-38, jan./jun. 2014. Disponível em: <file:///C:/Bibliotecas/Downloads/1185-Texto%20do%20artigo-2057-1-10-20141125.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:**

promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> . Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto Lei nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/convecao169.pdf/view>. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. **Portaria AGU nº 839, 18 de julho de 2010**. Disciplina e estabelece critérios para a atuação dos órgãos da Procuradoria-Geral Federal na defesa de direitos indígenas, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: <https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/norma%20sem%20numero/Normas%20da%20AGU%20pareceres.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2021. p. 354-355.

BRASIL. **Resolução nº 287, de 25 de julho de 2019**. Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709 Distrito Federal**. Direito constitucional e sanitário. plano geral de enfrentamento e monitoramento da covid-19 para povos indígenas. não homologação. Requerente: APIB e outros. Requerido: AGU. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 21 de outubro de 2020b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2021.

COLÔMBIA. [Constituição (1991)]. **Constitución Política de Colombia**. Bogotá: Corte Constitucional, 1991. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2021.

COLÔMBIA. **Ley 599 de 24 de julio de 2000**. Expide el Código Penal. Bogotá: Poder Público – Rema Legislativa, 2000. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_colombia.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. *Constitucionalismo Social: Constituição na Globalização*. Editora Appris. Edição do Kindle.

COSTA, Bernardo Leandro Carvalho; ROCHA, Leonel Severo. Diferenciação funcional e contingência. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, RS, ano 7, n.3, set/dez. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/issue/view/541>>. Acesso em: 13 jun. 2021.

DE Sousa Santos, B. & García Villegas, M.: *El Caleidoscopio*, cit., p. 88.

Jurídico colombiano. *Rev. Boliv. de Derecho* N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 586-609

Lucía Arbeláez De Tobón - La jurisdicción especial indígena em Colombia y los mecanismos de coordinación Con el sistema judicial nacional - justicia de paz y derecho indígena: análisis y Propuestas de coordinacion - Consejo Superior de la Judicatura de Colombia. Guatemala, Agosto 11 de 2004.

LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. Publicado por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**. México: Universidad Iberoamericana, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **A constituição como aquisição evolutiva**. [S. L.], 1996a. Tradução realizada a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele De Giorgi. Disponível em: <https://bit.ly/3kunbRG>. Acesso em: 27 jun. 2019.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. E-book.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MULAS, Nieves Sanz. **Delitos culturalmente motivados**. Valência: Editora Tirant ló Blanch, 2018.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na periferia alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 52, n. 206, abr./jun. 2015.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de direito. **Lua nova - Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 37, p. 93-106, 1996.

PERU. **Código Penal**: Decreto legislativo nº 635 de 08 de abril de 1991. Lima: Congresso Nacional, 1991.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. *In*: ROCHA, Leonel S.; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VIANA, Tainá. **Crimes culturalmente motivados**: o abandono de gemelares Guarani sob a perspectiva do direito. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2021.

VIANA, Tainá; BECKHAUSEN, Marcelo. Crimes culturalmente motivados: o abandono de gemelares Guarani sob a perspectiva do direito. *In*: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet

et al. (org.). **Direitos fundamentais em processo**: estudos em comemoração aos 20 anos da escola superior do Ministério Público da União. Brasília, DF: ESMPU, 2020. p. 706-721. *E-book*. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/direitos-fundamentais-em-processo-2013-estudos-em-comemoracao-aos-20-anos-da-escola-superior-do-ministerio-publico-da-uniao>. Acesso em: 27 nov. 2020.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. 1. ed. n. 2. Curitiba, PR: Juruá Editora, 2013.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org