

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

TEORIA CONSTITUCIONAL

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

RUBENS BEÇAK

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teoria Constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Armando Albuquerque de Oliveira; José Filomeno de Moraes Filho; Rubens Beçak - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-416-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição Federal. 3. Direitos Humanos. 4. Influência. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

A publicação “Teoria Constitucional” é resultado da prévia seleção de artigos e do vigoroso debate ocorrido no grupo de trabalho homônimo, no dia 21 de julho de 2017, por ocasião do XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, realizado no Centro Internacional de Convenções do Brasil – CICB entre os dias 19 e 21 de julho de 2017.

No XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI Brasília, o GT Teoria Constitucional I apresentou os seus trabalhos juntamente com o GT Teorias da Democracia e Direitos Políticos sob a coordenação dos Professores Doutores Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ/UFPB), José Filomeno de Moraes Filho (UNIFOR) e Rubens Beçak (USP).

O GT vem se consolidando no estudo e na discussão dos diversos problemas que envolvem a sua temática. Assim, questões relevantes, a exemplo da “influência da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal”, entre outras, constituem a presente publicação.

Dessa forma, a publicação apresenta algumas reflexões acerca de alternativas e proposições teóricas que visam ao debate e o aperfeiçoamento das constituições. Assim, os trabalhos aqui publicados, contribuíram de forma relevante para que o GT Teoria Constitucional I permaneça na incessante busca dos seus objetivos, qual seja, levar à comunidade acadêmica e à sociedade uma contribuição acerca da sua temática.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Prof. Dr. Armando Albuquerque de Oliveira - UNIPÊ/UFPB

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – UNIFOR

Prof. Dr. Rubens Beçak – USP

TRANSCONSTITUCIONALISMO CIVIL MUNDIAL: REALIDADE FÁTICA OU UTOPIA TEORÉTICA?

GLOBAL TRANSCONSTITUTIONALISM: FACTIC REALITY OR THEORETICAL UTOPIA?

Ana Cristina Melo de Pontes Botelho

Resumo

Para buscar responder se o transconstitucionalismo civil mundial é uma realidade fática ou uma utopia teórica, o artigo examina posicionamentos doutrinários que são essenciais para entender o pluralismo jurídico global e os processos de transconstitucionalismo mundial. Verificamos que embora o pluralismo jurídico global seja uma realidade na complexa, heterárquica e acêntrica sociedade mundial, não conduz ao imediato entendimento de que há um constitucionalismo de feição mundial, tampouco constituições civis transnacionais. As ordens jurídicas plurais relacionadas aos diversos subsistemas sociais não formam constituições civis transnacionais.

Palavras-chave: Transconstitucionalismo, Constituições civis mundiais, Pluralismo jurídico global, Constitucionalismo global

Abstract/Resumen/Résumé

To seek the answer if the world transconstitucionalism is an objective reality or theoretical utopia, the article examines doctrinal positions that are essential to understanding the global legal pluralismo and the world transconstitucionalismo processes. We found that although the overall legal pluralism is a reality in the complex, heterarchical and centerless world society, Doesn't lead to the immediate understanding that there is a world constitutionalism, nor transnational civilian constitutions. Plural legal systems related to the various social subsystems do not form transnational civil constitutions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Transconstitucionalism, Global civil constitutions, Global legal pluralism, Global constitutionalism

1. INTRODUÇÃO

Constitucionalista alemão de renome internacional, Gunther Teubner, ao observar as constantes crises enfrentadas pelas modernas constituições, acentuada com a privatização e a transnacionalização, defende, de forma incisiva, a existência de Constituições Cíveis Transnacionais.

Essa vertente teórica, desperta-nos um misto de sentimentos. Ora ficamos curiosos acerca das fundamentações teóricas oferecidas; ora inquietos com interpretação tão extensiva do que realmente significa uma Constituição; ora duvidamos que, na prática, o que é teorizado seja, de fato, materializado.

É bom acentuar que ao falar em sistemas sociais, Teubner toma como base a Teoria Sociológica desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann¹, que vê esses sistemas como autoreferenciais² ou autopoieticos de comunicação, num contexto de uma sociedade altamente complexa. Mas não podemos deixar de levar em consideração que não só os fundamentos da transposição da teoria biológica para a teoria sociológica encontram-se em discussão, como também a confirmação empírica das bases da teoria autopoietica. Destarte, nas palavras do próprio Luhmann³ (1998, p.11) “a edificação da teoria se assemelha mais a um labirinto que a uma autopista de final feliz.”

A despeito das limitações reconhecidas pelo próprio Luhmann, outros autores⁴ também embasam suas constatações na teoria dos sistemas, como veremos ao longo do presente artigo, pois buscam a construção de uma lógica racional, mesmo que esteja desvinculada da experimentação, dificilmente aplicada no âmbito das ciências sociais.

O que os constitucionalistas percebem, assim como Luhmann, é que as possibilidades comunicativas mudaram muito ao longo dos anos. Na antiguidade, os processos comunicativos requeriam muito tempo. Não havia espaço para uma sociedade do mundo sem limites regionais. Eram os encontros bélicos que permitiam enxergar para além das próprias fronteiras.

O mundo era concebido de forma coisificada, como objeto de admiração, como milagroso, secreto, como ocasião de terror ou de piedade desamparada. Tudo isto muda quando o mundo passa

¹ A respeito da “Teoria dos Sistemas Sociais”, a advertência de Luhmann é no sentido de que há uma grande complexidade autorreflexionada no grau conceitual e que a arbitrariedade do início é superada com o avanço da construção da teoria. Noutras palavras, o conceito de sistema está em constante construção.

² A teoria será autoreferencial à medida que, a partir de seus próprios objetos, vai aprender algo sobre si mesma.

³ Segundo Luhmann “La edificación de la teoría se asemeja, de este modo, más a un laberinto que a una autopista con un final feliz” (LUHMANN, 1998, p. 11).

⁴ A riqueza das analogias da teoria e o potencial heurístico das hipóteses formaram um instrumento atrativo de investigação e construção teórica para vários domínios do saber humano, como a biologia molecular, as ciências físicas e matemáticas, a cibernética, dentre outros, alcançando, inclusive, o domínio das próprias ciências sociais.

a ser um horizonte, quando é, unicamente, o outro lado de qualquer determinação. Esse conceito é alcançado mais tarde com o advento da filosofia da consciência transcendental de Georg Wilhelm Friedrich Hegel.

As condições, na realidade, foram mudando gradualmente desde o século XVI, pois foi a partir daí que todo o globo terrestre foi descoberto e colonizado a partir da Europa. A sociedade caminha no sentido da diferenciação, fazendo com que os sistemas sociais se encarreguem de suas próprias funções. Os sistemas funcionais como a economia, a ciência, a política, a educação, a saúde, o direito, propõem, cada um, exigências de conformidade com seus próprios limites, os quais não são mais restritos a um espaço ou a um grupo de seres humanos.

A sociedade mundial ganha, então, sua evidência transladando a semântica do tempo até o esquema passado/futuro. Com o foco no futuro, a sociedade mundial terá que decidir seu destino, dentro de si mesma. Nesse cenário, é o operar comunicativo, a comunicação quem faz a diferença. Como sistema de comunicação, a sociedade se diferencia do seu entorno, mas esse é um limite externo e não interno. Cada sistema parcial distinto tem seus códigos e seus programas e participa em conjunto da sociedade. A questão é saber os limites internos e externos de expansão desses sistemas.

As transformações estruturais permitem a mudança no conceito de mundo. O entendimento que ganha cada vez mais eco é o de que a sociedade moderna é a sociedade mundial. Percebe Luhmann que as sociedades mais antigas eram organizadas hierarquicamente e de acordo com a distinção centro/periferia. A sociedade moderna, de seu lado, assumiu um mundo que se mostra heterárquico e acêntrico. O individualismo moderno e, sobretudo, a temática de liberdade do século XIX deram os motivos para que se formasse uma sociedade do mundo, mesmo levando em consideração as grandes diferenças que marcam o grau de desenvolvimento das diferentes regiões do globo terrestre.

Mas essa realidade fática pode nos conduzir ao entendimento de que a existência da sociedade mundial permitiu a formação de um constitucionalismo também de feição mundial? Nesse ponto, não podem passar despercebidas as diferenças regionais que atuam sobre vários sistemas, como a economia, a educação, a política. Essas diferenças podem ser bem compreendidas no contexto de uma sociedade mundial e podem ser reforçadas ou debilitadas pela própria política, subsistema social esse que está sempre sob os holofotes dos autores que buscam entender o fenômeno do transconstitucionalismo mundial.

Busca-se, pois, neste artigo discutir importantes bases teóricas relacionadas ao tema do transconstitucionalismo mundial, na busca de entender se se trata de uma realidade fática ou de uma utopia teórica.

2. A CONTUNDENTE DEFESA DE TEUBNER ACERCA DA EXISTÊNCIA DE CONSTITUIÇÕES CIVIS TRANSNACIONAIS E SEUS CONTRAPONTO TEÓRICOS

Em “*Constitutional Fragments - Societal Constitutionalism and Globalization*”, Teubner desenvolve seu entendimento acerca da existência de constituições civis transnacionais. No capítulo 4, aborda com profundidade as normas constitucionais transnacionais, suas funções, arenas, processos e estruturas (TEUBNER, 2012, p. 73).

Defende, *ab initio*, que as novas matérias tratadas pelo constitucionalismo da sociedade assumem diferentes características, vez que dependem da maneira que são formadas nas arenas nacional ou transnacional. Surgem no curso da globalização⁵ e precisam lidar com temas como organizações internacionais, regimes transnacionais, redes, dentre outros. Questões como essas têm a marca da desnacionalização, da fragmentação, do alto nível de autonomia.

O autor registra que apesar das objeções trazidas pela mentalidade dos estudiosos do constitucionalismo nacional, não há alternativas a não ser reconhecer que há um número considerável de instituições transnacionais que precisam fazer parte dos estudos constitucionais.

Para ele, uma forma de fazer justiça à realidade global é levarmos em consideração três pontos: o primeiro é que o Estado Nação já não pode ser considerado como o único assunto constitucional possível; o segundo é que a fragmentação da sociedade em regimes funcionalmente definidos é hoje uma realidade; o terceiro é que não apenas instituições públicas podem ser constitucionalizadas, essa característica deve ser concedida também a instituições privadas.

Estudiosos do constitucionalismo nacional colocam, fazendo um contraponto às ideias de Teubner, que as regras de caráter transnacional não possuem características específicas de normas constitucionais. Defendem que o que está acontecendo, sob o título de constitucionalização, é apenas uma juridificação de esferas sociais, quer por meio do direito internacional público quer por intermédio de uma ordem privada, mas de modo algum implica o surgimento de normas

⁵ Teubner pensa em diversas ordens jurídicas que ultrapassam as fronteiras dos Estados Nacionais. Visualiza que o fato de o direito estar acoplado a discursos sociais altamente especializados e politizados está relacionado com o novo modo de agir dos atores globais. No texto “*The Global Bukowina on the Emergence of a Transnational Legal Pluralism*”, o autor trata de um ordenamento jurídico mundial que repousa sobre a sociedade civil internacional. Busca observar as feições de um direito mundial que se expande para além das ordens políticas nacionais e internacionais. Suas reflexões jurídicas tomam por base demonstrações de que setores sociais produzem normas com autonomia relativa diante do Estado-Nação (TEUBNER, 2003, p. 1).

constitucionais genuínas. Estamos, pois, diante de uma juridificação e não de uma constitucionalização.

Nessa linha de raciocínio, as normas da Organização Mundial do Comércio, da Organização Internacional do Trabalho, da *Lex Mercatoria*, da *Lex Sportiva*⁶ e de outros regimes transnacionais executam funções de regulação e não funções constitucionais.

Teubner visualiza que essas objeções têm que ser respondidas com base em esforços analíticos. Usa, então, critérios para observar se os regimes transnacionais estão desenvolvendo direito constitucional e não meras leis ordinárias.

Para isso formula quatro indagações (TEUBNER, 2012, p. 73/74): 1) Em relação às funções constitucionais, pergunta se os regimes transnacionais produzem normas legais que realizam mais funções de solução de conflitos (regras constitutivas) ou as regras são prescritivas em sentido estrito? 2) Em relação às arenas constitucionais, pergunta se é possível identificar diferentes arenas de institucionalização comparável às arenas de política organizada? 3) Em relação aos processos constitucionais, pergunta se as normas legais do regime desenvolvem conexões próximas do contexto social na comunidade econômica comparável a que existe entre normas constitucionais da comunidade econômica dos Estados Nação? 4) Em relação às estruturas constitucionais, pergunta se os regimes formam estruturas constitucionais típicas como são conhecidas em Estados Nação, e em particular a superioridade familiar de normas constitucionais de revisão judicial de direito comum?

Busca, na sequência, analisar se as funções constitucionais são constitutivas ou limitativas (TEUBNER, 2012, p. 75). Ao observar as fundações dos sistemas sociais acentua, com base na teoria dos sistemas, que as constituições políticas dos Estados Nação têm a função constitutiva de

⁶ Defende Teubner, em apertada síntese: que a teoria do pluralismo jurídico tem que ser readequada às novas fontes de direito; que o direito global não é direito internacional (constitui um ordenamento jurídico distinto dos Estados-Nação); que a distância entre o direito global e a política nacional e o direito internacional não significa a formação de um direito apolítico. Nessa linha, o direito mundial ou global forma um ordenamento jurídico mundial, no qual os setores sociais produzem normas com autonomia relativa diante do Estado-Nação. Trata-se de um ordenamento jurídico *sui generis* (TEUBNER, 2003, p. 3). Nesse novo cenário, o significado de Bukowina Global, inicialmente traçado por Eugen Ehrlich, ultrapassa em muito o mero direito do comércio (*lex mercatoria*). Teubner traz à baila as visões de Clinton e Ehrlich, acentuando que para o primeiro o ordenamento jurídico mundial deve assentar-se na gestão política de um sistema de blocos regionais, enquanto que para o segundo esse mesmo ordenamento deve se assentar na sociedade civil, que cria seu direito vivo, a uma distância relativa da política. A preocupação é com as condições de dominar as múltiplas forças centrífugas de uma sociedade civil mundial. Ao perceber que os direitos humanos são, muitas vezes, dirigidos contra práticas de determinados Estados-Nação, na visão do autor seria insuportável abandonar o sistema jurídico ao arbítrio de processos políticos regionais. Essa é uma tendência também reconhecida na área de direito ambiental e esportivo (*lex sportiva internationalis*). Presta, portanto, muita atenção às fontes e aos processos espontâneos de formação do direito.

assegurar a autonomia da política, que tem que conviver com outros sistemas sociais como a religião, a família, a economia.

O autor entende, então, que há outras constituições setoriais, como a constituição da economia, da ciência, da mídia, dos sistemas de saúde, e elas também terminam por assegurar a autonomia desses meios específicos, atualmente, não mais em escala nacional, mas global. Cada constituição parcial, a seu ver, faz uso de regras constitutivas que regulam a abstração de meios comunicativos homogêneos - poder, dinheiro, lei, conhecimento -, como um constructo social autônomo, sem uma função de sistema globalmente constituído.

As constituições garantem a comunicação, mesmo diante de condições históricas diferentes. As constituições desenvolvem regras organizacionais, procedimentos, competências, e direitos subjetivos para ambas as orientações, codificando a separação entre as diversas esferas sociais. Isso faz com que a diferenciação funcional da sociedade nessas esferas seja suportada.

O que está em debate sobre as constituições pertencentes a um regime funcional global é como elas têm promovido, exclusivamente, essa função constitutiva nos últimos anos. Em outras palavras, busca-se perceber como a atenção das constituições pode ser focada em condições institucionais que promovam a sua autonomia. A pergunta que surge é se as fronteiras nacionais não criam obstáculos a essa pretensão funcional de natureza globalizante?

Rememora que a constitucionalização neoliberal em todo o mundo teve o objetivo de alcançar a autonomia dos subsistemas sociais (e dos mercados globais, em particular), o que tem sido promovido pelo Consenso de Washington nos últimos trinta anos. Isso tem possibilitado não só regulações políticas, como também de princípios fundamentais constitucionais. Na economia, por exemplo, isso proporciona para as corporações globais ilimitadas opções de ações. Um dos benefícios é combater o protecionismo comercial e tornar livres as corporações empresariais da política regulatória (TEUBNER, 2012, p. 77).

Essa nova forma de constitucionalização segue a linha de orientação do FMI e do Banco Mundial de abrir os mercados nacionais. As assim chamadas constituições da Organização Mundial do Comércio/OMC, do Mercosul, da Nafta, terminam por estabelecer salvaguarda para o livre comércio e para os investimentos diretos.

Numa interpretação bem extensiva, o autor entende que até as corporações multinacionais têm suas constituições, que seguem princípios neoliberais, com quase ilimitada autonomia corporativa. Essas políticas constitucionais das corporações têm desmantelado, com sucesso, o

regime produzido pelos Estados-Nação, que objetiva impedir a expansão global das atividades das corporações.

Ao tecer comentários sobre o duplo movimento de um constitucionalismo global⁷, Teubner coloca quem, ao longo do caminho trilhado, a função constitutiva do lado neoliberal de redução do constitucionalismo global não mais se sustenta. Diante da explosão de conflitos sociais, faz-se necessário um reajuste fundamental da política constitucional (TEUBNER, 2012, p. 78).

Estamos diante, na verdade, de um processo de desequilíbrio que possui alternâncias entre a liberação e a limitação das energias sistêmicas. Após uma longa fase constitutiva, os riscos de uma globalização desenfreada precisam ser combatidos. As normas constitucionais limitativas são indispensáveis nesse contexto, ao invés das constitutivas.

O autor percebe que houve um dismantelamento dos regulamentos do Estado-Nação a um nível transnacional. Ao se depararem com restrições impostas pelos Estados-Nação, os sistemas globais trabalham para maximizar suas racionalidades parciais. Ressalta que apesar de utilizarem premissas teóricas diferentes, Marx, Weber e Luhmann terminam por concordar com as consequências desse diagnóstico.

O dismantelamento dos regimes nacionais de produção libera uma dinâmica destrutiva nos sistemas globais. Qual a lógica destrutiva, segundo o autor: as dinâmicas, em sua lógica de racionalidade unilateral da maximização de um setor social, terminam por colidir com outras dinâmicas sociais. A busca dessa maximização faz com que os sistemas funcionais terminem entrando numa compulsão para obter um crescimento ilimitado. Com isso, há uma perturbação da autopoiese dos sistemas sociais, haja vista que a diferenciação funcional dos sistemas sociais implica numa compulsão secreta ao crescimento. Esse crescimento compulsivo, denominado de "infame" pelo autor, ocorre em maior ou menor grau em sistemas como o jurídico, econômico, médico. A responsabilidade dessa tendência inflacionária termina recaindo, segundo Stichweh, sobre os meios de comunicação de dinheiro, poder, direito, verdade, amor. São as denominadas *high-speed societies* (TEUBNER, 2012, p. 80).

⁷ Para Teubner (2003, p. 12), esse fenômeno da globalização do direito já era previsto por Kant em seu livro "A paz perpétua". A globalização, mostra-se uma consequência de uma codificação da política internacional. Acentua que Clinton baseou-se em Kant para dizer que a globalização do direito deve seguir a globalização da política, mais especificamente a política globalizada norte-americana. Mas a história desautoriza Kant e Clinton a medida em que a Bukowina Global de Ehrlich assume contornos mais nítidos. A globalização não é uma utopia, mas uma realidade cotidiana, na qual os processos globalizadores fragmentados da sociedade se desenvolvem em relativa independência da política.

Essa velocidade causa contágios, que podem ser identificados no mercado financeiro, os quais são denominados "comportamento de manada"⁸. Essa pressão por crescimento também é encontrada em outros sistemas funcionais. É possível identificar as diferenças entre o crescimento normal e o patológico (TEUBNER, 2012, p. 80).

No caso do sistema jurídico, fica claro que a lei não só resolve o conflito e retorna para a sua posição de repouso, pois seus próprios regulamentos geram conflitos são necessárias regulações adicionais. A elevada autonomia do direito, na realidade, aumenta o número de conflitos, por isso tem que ser observado com cuidado o fato de a produção de normas depender de fatores externos a um nível transnacional.

Na ciência, por exemplo, as pesquisas geram cada vez maiores incertezas que só podem ser eliminadas com novas pesquisas que também terminam gerando mais incertezas e assim por diante. A indústria acadêmica põe em risco a credibilidade das pesquisas científicas. Nesse contexto, é necessário fazer uma distinção entre o crescimento normal, que é necessário para o sistema e para a sua continuidade, e o crescimento excessivo, que ameaça a própria manutenção do sistema.

Diante dessa dinâmica de crescimento dos sistemas e da necessidade de autorestrição das pressões de crescimento, o autor pensa em áreas em que os problemas podem ser identificados. Em primeiro lugar, identifica que pode haver colisões de supranacionalidades com outras supranacionalidades; em segundo lugar, percebe que pode haver colisão com uma racionalidade abrangente da sociedade mundial; em terceiro lugar, vê a possibilidade de existir a colisão de uma função de maximização com a sua própria auto-reprodução. Vislumbra, pois, que a dinâmica evolutiva dessas três colisões tem potencial para resultar em uma catástrofe social, a qual é percebida por Luhmann como contingente, pois depende de uma compensação entre estruturas que surgirão (TEUBNER, 2012, p. 81).

É o sofrimento que gera uma mudança radical de curso. Isso acontece com a economia, com a política, e termina por possibilitar a mudança de paradigmas, onde os atuais terminam sendo descartados. Registra que das crises radicais pode surgir o momento constitucional. Trata-se de uma experiência onde uma energia liberada na sociedade provoca consequências destrutivas que requerem um processo de reflexão autocrítica, que termina gerando necessidade de mudança na

⁸ Comportamento de manada é um termo usado para descrever situações em que indivíduos em grupo reagem todos da mesma forma, embora não exista direção planejada. Aplica-se ao comportamento humano, em situações tais como a ocorrência de uma bolha especulativa (comportamento de agentes econômicos, em um contexto de informação assimétrica ou incerteza). Quando não há informações suficientes para a tomada de decisão - mercado de ações, cambial, de crédito - cada agente decide imitar a decisão de outros, supostamente mais bem informados, ou seguir a maioria.

constituição interna. São as tendências patológicas do sistema que trazem à tona os momentos constitucionais, os dos anos de 1945, 1789, 1989, nos quais foram estabilizados firmemente o princípio da separação dos poderes e o estabelecimento de direitos fundamentais nas constituições políticas.

Nos argumentos teóricos de Teubner, fala-se muito em diferenciação funcional e de como ela termina por provocar uma fragmentação social que tem gerado um enorme crescimento interno na dinâmica de sistemas como artes, ciência, medicina, economia, política e direito.

No âmbito da política internacional, o ano de 1945 é considerado como um paradigma. Trata-se de um momento constitucional em termos mundiais para a proclamação de direitos humanos após práticas desumanas desencadeadas por políticas totalitaristas. Foi um momento totalmente propício para preparar constrangimentos para o poder político. Similarmente, 1789 e 1989 foram momentos em que, após um período de tendências expansionistas destrutivas, a política se autolimitou. Estabelecendo firme separação de poderes e direitos fundamentais nas constituições políticas.

Cumprir destacar, que o momento constitucional não é limitado pela política. A diferenciação funcional possibilita que os diversos subsistemas sociais desenvolvam uma energia de crescimento que é altamente ambígua, pois utiliza, ao mesmo tempo, forças produtivas e destrutivas.

A diferenciação funcional é a chave do problema das constituições sociais. Na experiência da modernidade tardia, há uma vitória triunfante da autonomia dos sistemas funcionais, a qual terminou trazendo um problema, qual seja: quais são as condições que possibilitam a autonomia dos sistemas funcionais? Onde a expansão dos limites dos sistemas descansa? O exemplo paradigmático é a economia, que está marcando seu triunfo e seus defeitos no contexto do turbo-capitalismo global.

No que concerne à capilaridade das constituições, Teubner acentua que o que se vê é um crescimento excessivo que permite aos subsistemas sociais sair da linha de duas formas: com a intervenção estatal ou com a constitucionalização interna (TEUBNER, 2012, p. 83). Um controle permanente por parte do Estado é visto com cautela após as experiências dos sistemas totalitários. Mais adequado, ao invés, seria a utilização de mecanismos políticos como forma de governar/conduzir os processos sociais, na forma de regimes regulatórios globais — embora o significado disso seja ambíguo.

Esta é a mensagem do constitucionalismo social. Qualquer ordem constitucional global se depara com a tarefa de responder a seguinte indagação: como um grau elevado de pressão externa direcionada aos subsistemas sociais pode empurrá-los para autolimitações em suas opções? O autor termina percebendo que as tentativas de buscar controlar os processos internos por meio de intervenções externas terminam, não raro, em fracasso.

Nesse ponto, o constitucionalismo social faz um difícil balanço entre a intervenção externa e a assunção de uma direção própria. Uma constitucionalização híbrida é requerida no sentido de que em adição ao poder do Estado, forças sociais externas atuam em vários contextos. Há uma enorme pressão sobre a função expansionista dos sistemas, de forma que ele se obriga a construir autolimitações internas que realmente funcionem.

No entanto, as limitações funcionais podem ter efeito apenas dentro própria lógica do sistema, não fora dela. Todo sistema funcional termina por determinar sua própria identidade, elaborando uma semântica própria de auto interpretação, reflexão, autonomia. As mútuas dependências dos subsistemas podem, sem demora, ser normatizadas em termos gerais. Eles também podem ser, sem demora, legitimados em um nível social global.

A difícil tarefa é coordenar a função de um sistema social e o desenvolvimento de suas tarefas num nível elevado, de forma que estas possam ser resolvidas por meio de um sistema de reflexão interna, que pode, certamente, ser solicitado, mas não substituído. As limitações próprias dos sistemas têm que ser geradas em primeiro lugar, internamente. O conhecimento necessário para fazê-lo não pode ser construído por um observador externo, pois o conhecimento central disponível tem que ser levado em consideração, numa perspectiva de processos internos de descoberta.

Demandas cognitivas elevadas e pressões externas proporcionam intervenções nacionais e internacionais nos Estados, que não podem intervir diretamente de modo a alcançar situações particulares desejadas. Pelo contrário, devem observar os sistemas sociais e orientar a sua intervenção, mais especificamente, para a autotransformação destes. Quando racionalidades subsistêmicas desenvolvem tendências autodestrutivas, as intervenções políticas externas são, de fato, inevitáveis. No entanto, elas precisam ser orientadas para criar novas possibilidades por meio do rompimento aberto de autobloqueios. Não podem, entretanto, sobrepor uma racionalidade, que deve ser própria do subsistema. Muitas vezes, há necessidade de intervenções externas maciças de política, do direito e da sociedade civil. As intervenções precisam ser adequadas para que a autodireção do subsistema possa ser repensada.

Para ele, a institucionalização, na verdade, tem que ser experimentada. A aplicação de pressão externa implica em autodireção da política, ou lei, ou outros subsistemas. Os sistemas focais sofrem irritações externas e internas, que podem atuar juntas ao longo do curso desejado. Essas ocorrências não são planejadas, mas apenas experimentadas. No curso do desenvolvimento das subconstituições sociais há limitações endógenas, que podem levar a autodestruição e a danos ambientais. Tem-se aí o núcleo da problemática constitucional, qual seja: o difícil manuseamento da autotransformação do subsistema focal e dos seus sistemas ambientais.

Ao falar do sistema político, seu papel histórico e sua autolimitação, enfatiza-se que só Belzebu pode expulsar o diabo! (é o sistema político sendo limitado pela própria política!). A história das constituições políticas dos Estados Nacionais nos ensina uma lição sobre como um sistema social pode limitar suas próprias possibilidades (aumento da diferenciação funcional). As autolimitações não surgem automaticamente em razão de imperativos funcionais do próprio sistema, mas a partir de imensas pressões externas, resultado de ferozes batalhas constitucionais. A política dos Estados-Nação é, para Teubner, a referência de como constituições podem ajudar um sistema social a limitar, por si mesmo, suas próprias compulsões de crescimento.

Relembra que com o advento do Estado Moderno houve a separação da política, da administração, da justiça. Com isso as tendências de politização dentro da administração e da justiça terminaram sendo restringidas. Os direitos fundamentais, de seu lado, foram concebidos como a grande conquista civilizatória, de forma que a política teria que se abster de politizar esferas individuais e institucionais de autonomia no seio da sociedade. As condições atuais mudaram, de modo que às novas autolimitações são adicionadas às limitações clássicas.

O autor percebe que a concorrência feroz entre os países industrializados ocidentais e as políticas de modernização forçadas dos estados em desenvolvimento geram um problema urgente relacionado à constituição política, que só pode ser resolvido através da institucionalização transnacional. A política tem que responder com autolimitações constitucionais (garantir a permanência do *welfare state*, garantir a independência dos bancos centrais, definir limites à dívida nacional).

Assim como na política, a energia das Constituições é usada para limitar o poder, de modo que o meio específico do sistema deve voltar-se contra si mesmo. A autolimitação termina sendo um critério de diferenciação e possibilita a transformação da "constituição interna" da economia em regulação da política externa.

Ao tratar das arenas constitucionais e da diferenciação interna que existe em sistemas sociais, Teubner vislumbra, de logo, a seguinte indagação: as constituições sociais também fornecem, como as constituições políticas, instituições para garantir a possibilidade de discordância como uma condição necessária para uma seletividade independente distribuída dentro da sociedade? O que é necessário, ao ver do autor, é uma forte reflexão sobre as funções dos sistemas e as suas contribuições para o meio ambiente e para o meio social em geral (TEUBNER, 2012, p. 88).

Ao analisar a questão da diferenciação interna entre uma esfera organizada profissionalmente e uma esfera espontânea, percebe que ela se manifesta mais claramente na economia (empresas/consumidores) e na política (governo/opinião pública), mas também é evidente na lei, na mídia e no sistema de saúde. É o ponto de partida para o constitucionalismo social, como a política reflexiva é realizada por meio da interação das esferas (TEUBNER, 2012, p. 89).

Especificamente nos âmbitos da política e da economia, há um domínio altamente racionalizado que é exposto a desafios caóticos que, em última análise, levam esses sistemas a não controlarem suas próprias decisões. A esfera organizada de tomada de decisão não recebe sinais claros da esfera espontânea (TEUBNER, 2012, p. 89).

O dualismo entre as esferas espontâneas e organizadas é provocado pela diferenciação funcional. Suas dimensões constitucionais e democráticas, no entanto, raramente são reconhecidas. O constitucionalismo democrático não tem a possibilidade para assumir o controle total. Ele é exposto ao controle de numerosos processos descentralizados e espontâneos de comunicação. Nas revoluções americana e francesa, esta diferença fundamental foi trabalhada na constituição do Estado sob a forma de espontaneidade da democracia e dos direitos humanos, em contraste com a organização formal do Estado altamente racionalizada.

Diante dessa problemática, uma questão constitucional identificada é: Qual é a legitimidade política desta nova política de conjunto? Outras questões surgem imediatamente sobre os direitos fundamentais: Como podem as preferências autônomas (esferas espontâneas) serem protegidas das restrições impostas pelos interesses corporativos (esferas organizadas)? Não é por acaso que os efeitos horizontais de direitos fundamentais buscam criticar a exposição a condições de trabalho prejudiciais e políticas corporativas prejudiciais ao ambiente. Tudo contra a irresponsabilidade organizada.

Vê que, na esfera profissional organizada dos subsistemas sociais, o principal problema constitucional é lidar com o que pode ser chamado de o dilema da motivação em competências (TEUBNER, 2012, p. 92). Os tribunais, por exemplo, são motivados a alcançar a limitação das

funções dos sistemas, mas não têm o conhecimento, a competência prática e a energia para implementar essas mudanças. Essas competências são desenvolvidas na esfera profissional organizada.

Após tecer diversas considerações sobre a transgressão dos limites do sistema, coloca que surge um ciclo de perturbação entre as expectativas sociais e políticas, as pressões exercidas pelo poder político e social, as operações de conhecimento das comunidades epistêmicas, as sanções econômicas e a promulgação de códigos corporativos. Exemplifica, colocando que quando a ONU, OIT e da UE formulam recomendações não vinculativas sobre a conduta das empresas transnacionais, elas não têm um efeito jurídico direto, mas são transformadas em um "processo de tradução" complicado. O conteúdo original das normas de *soft law* é radicalmente alterado quando é 'traduzido' para a língua do conhecimento especializado. O poder interorganizacional das negociações políticas entre organizações internacionais, ONGs e corporações transnacionais é visto em termos de poder dos mecanismos de reputação da esfera pública. Esta ligação indireta entre os processos internos e externos ilustra, para Teubner, a auto-constitucionalização das corporações, que vem de pressões de aprendizagem externas.

Com referência à esfera da auto-regulação do meio comunicativo (TEUBNER, 2012, p. 92), enfatiza que, juntamente com a esfera espontânea e a esfera de organização profissional, há um terceiro cenário constitucional no âmbito funcional dos sistemas. Há instituições responsáveis pela auto-regulação da mediação comunicativa entre poder, dinheiro, direito e verdade. Com a institucionalização são estabelecidas regras para essas instituições, suas competências e procedimentos para a reflexão interna.

Ao dar destaque a dupla reflexividade dos processos constitucionais (TEUBNER, 2012, p. 102), conclui que o constitucionalismo transnacional vai muito além de uma mera juridificação das esferas sociais. Além de executar funções constitucionais via constitutiva, também determina regras limitativas. Além disso, arenas constitucionais podem ser identificadas em cada sistema social, em paralelo com a diferenciação interna do sistema político em uma esfera pública e em uma esfera organização profissional. Diante dessa constatação indaga se é possível identificar processos constitucionais genuínos e estruturas nas sub-constituições transnacionais?

Observa para isso a reflexividade do sistema social e a reflexividade no sistema legal. Com referência à reflexividade do sistema social (TEUBNER, 2012, p. 103), percebe que só devemos falar de constituições em sentido estrito quando a reflexividade de um sistema social seja ele político, econômico ou de algum outro setor é apoiada pela lei ou pela reflexividade da lei. Percebe

que constituições emergem quando fenômenos da dupla reflexividade surgem (reflexividade do sistema social auto-constituente e a reflexividade da lei que suporta a auto-fundação).

Em relação à reflexividade do sistema legal (TEUBNER, 2012, p. 105), vislumbra, por exemplo, que o Banco Central pode exercer um controle indireto através da taxa de empréstimo principal, o que torna os empréstimos mais fáceis ou mais difíceis. Seu controle direto da oferta de moeda é limitado a criação de papel-moeda, mas não consegue se familiarizar com dinheiro do depósito, que agora é predominante em todo o mundo.

Quanto às estruturas constitucionais e seus códigos e meta-códigos híbridos (TEUBNER, 2012, p. 110), a pergunta que surge é se os subsistemas também desenvolvem estruturas constitucionais específicas que estabilizam as funções constitucionais? O ponto final da constitucionalização (seja na política, na economia, ou em outras esferas sociais) não é atingido sem que se alcance uma autonomia constitucional. É um binário híbrido meta-código que orienta os processos internos dos sistemas: valores "constitucional/inconstitucional", 'legal/ilegal'.

As decisões são testadas para saber se estão em conformidade com a constituição. Aqui a hierarquia constitucional surge, a hierarquia entre lei ordinária e lei constitucional, a lei das leis. O código constitucional (constitucional / inconstitucional) tem precedência sobre o código legal (legal /ilegal). O que é especial sobre esta meta-codificação, porém, é a sua hibridez, uma vez que tem precedência não só sobre o código legal, mas também sobre o código binário do sistema de função em causa. Assim, ele expõe as operações binárias com código do sistema de função para uma reflexão adicional sobre ter ou não ter em conta a responsabilidade pública do subsistema.

Embora o código constitucional econômico apresente-se com uma superficial diretriz com a distinção de 'constitucionais/inconstitucionais', ele realmente funciona de dois modos, com um código econômico ou meta-jurídico. Em vez de juntar dentro de uma constituição econômica, ambos os sistemas permanecem separados e anexados ao seu próprio modo de operação, as transações econômicas e atos jurídicos. O código constitucional é um esquema de observação que cria significados muito diferentes na lei e na economia.

De acordo com a dupla natureza do código (hibridismo), tanto a prática jurídica quanto a prática econômica desenvolvem seus próprios programas para a constituição econômica. Estes programas emergem da aplicação recursiva de operações próprias de um sistema para suas próprias operações, mas, em seguida, causam irritações mútuas constantes e, assim, desencadeiam uma dinâmica co-evolutiva da economia e da lei (TEUBNER, 2012, p. 111).

Este é o lugar para se localizar a dimensão simbólica da constituição. Há uma crença compartilhada na "unidade" da constituição, na ideia da constituição como um elo comum que precisa articular e chamar a atenção para si mesma. Muitas vezes, a realidade de fragmentos constitucionais globais não consegue ser captada e as dinâmicas reflexivas acontecem dentro desses próprios fragmentos.

Na sequência, ao observar a política do constitucionalismo social, percebe que ao promover um elevado grau de autonomia para as sub-constituições sociais, o constitucionalismo social pode depolitizar a sociedade? As constituições sociais são fenômenos paradoxais. Elas não são uma parte da constituição política da sociedade e ainda assim elas são uma questão altamente política para a sociedade.

O autor considera que a regulação estatal profunda das constituições sub-sociais econômicas ou de outras não é socialmente adequada, mas sim os impulsos constitucionais por parte do Estado. Há uma necessidade de pressão externa massiva, a fim de forçar mudanças nos subsistemas sociais. Assim, ao se desenvolverem à sombra do sistema político, têm melhor chance de adquirir uma constituição apropriada (TEUBNER, 2012, p. 117). Existe um significado adicional para essa sombra da política. Quem estabelece uma Constituição necessariamente baseia-se na lei; a lei, por sua vez, baseia-se no monopólio da política quando se trata do uso físico de força. Destarte, tem que se levar em consideração que a aplicação de forma independente da política de sanções econômicas e sociais torna-se, muitas vezes, insuficiente para estabilizar as normas contidas na constituição econômica.

Longe de sombria, pelo contrário, a politização "interna" da economia em si é fisicamente muito evidente. Ela está armada e simultaneamente canalizada através de processos constitucionalização. A dinâmica da política do Estado é desencadeada nos mercados "privados", a qual politiza as preferências dos consumidores e torna mais ecológicas as constituições corporativas (TEUBNER, 2012, p. 119).

Diante de todo esse contexto, como fica a democracia nessas sociedades? Os procedimentos são voltados para a responsabilidade social dos atores coletivos descentralizados? O autor fala, então, das dinâmicas geradas por impulsos constitucionais estatais, pela política externa e pela institucionalização interna dos sistemas. Essas dinâmicas não são consequência automática dos imperativos funcionais próprios dos sistemas, pois surgem em fases de crise e são desencadeadas por protestos contra o crescimento excessivo. Estes são considerados momentos constitucionais. São neles que as energias sociais podem ser ativadas para que catástrofes possam ser evitadas.

Nessa linha, põe em destaque a crise bancária de 2008, que provocou um choque sistêmico tão ameaçador que terminou por desencadear um novo momento constitucional, só que desta vez voltado para a economia global interligada, que levantou a autocontenção da constituição financeira global para o reino da possibilidade.

2.1. OBJEÇÕES DE EMILLIOS CHRISTODOULIDIS

Emillios Christodoulidis, em sua resenha crítica sobre o livro de Teubner, denominada “*on the politics of societal*”, tece considerações sobre os pontos de derrapagem das ousadas propostas teóricas de Teubner. Acentua que Teubner propõe uma reorientação da linguagem constitucional para além do Estado e, numa linha de organização própria das esferas funcionais, defende a existência de constituições civis parciais. Não apenas instituições públicas podem ser constitucionalizadas (constituição da ciência, mídia, economia).

O autor não identifica, de forma clara, processos constitucionais genuínos e estruturas constitucionais nas sub-constituições transnacionais. Reconhece que a constitucionalização é um processo em andamento, sustentando que, a despeito da aversão de Teubner ao Estado, no âmbito do constitucionalismo societal não há como fugir de uma dimensão política. Assim, em contraponto a Teubner, o ponto central de sua teoria é o retorno à centralidade do Estado. A dificuldade enfrentada por Christodoulidis é, justamente, trazer uma agenda propositiva, que contraste a visão defendida por Teubner.

Mesmo assim, ele expressa grande preocupação com o constitucionalismo social e ressalta que sua diferença fundamental com relação a Teubner diz respeito à questão da politização. Percebe que em condições de completa autonomia funcional, a diferenciação entre política e "politização" interna é uma questão a ser respondida pelo subsistema social (CHRISTODOULIDIS, 2013, p. 633).

Seu diagnóstico é no sentido de que no nível global não há o equivalente funcional constitucional que é o acoplamento estrutural entre direito e política. Só com a identificação do que pode substituir esse acoplamento no nível global é que se pode materializar a nova forma social de “auto-constitucionalização de ordens globais”. Enquanto não identificado esse acoplamento, a função constitucional não pode ser carregada do nível nacional para o nível global (CHRISTODOULIDIS, 2013, p. 641).

Christodoulidis acentua que Teubner, no livro *Fragmentos Constitucionais*, levou adiante a ambição de construir uma teoria de institucionalização reflexiva, sendo essa reflexividade voltada

para a manutenção de limites adequados. Destaca que em sua discussão sobre a "auto-constitucionalização" das organizações internacionais, Teubner toma como exemplo a Organização Mundial do Comércio (OMC), frisando que se trata de uma emancipação constitucional. Nesse ponto, a constitucionalização é entendida como um processo no qual as regras comerciais são prioritárias em relação aos princípios políticos. A palavra "emancipação" é usada para separar como campos autônomos as "regras do comércio" e os "princípios políticos" (CHRISTODOULIDIS, 2013, p. 643).

Conclui o seu artigo (2013, p. 662), advertindo sobre a necessidade de manutenção de uma lógica da equivalência funcional e de a teoria de sistemas críticos abraçar uma reflexividade política. Alerta, ainda, contra o perigo de captura de mercado, pois este submete o "social" a imperativos funcionais. Convida-nos, pois, a repensarmos a dimensão política em confronto com a dimensão da economia política tão exaltada por Teubner.

2.2 OBJEÇÕES DE MARCELO NEVES

O professor Marcelo Neves entende como deficitário o processo de formação de uma constituição ou de um equivalente funcional que possa servir à racionalidade entre direito e economia mundial. Faz, então, críticas contundentes à ideia de constituições civis transnacionais, ao mesmo tempo em que ressalta que o significado de constituição como acoplamento estrutural entre direito e política foi se tornando diminuto. Frisa que o conceito de constituição na visão teórica de Teubner é semanticamente ampliado e traçado sem que se leve em consideração o conceito de democracia.

Diante de sua formação luhmanniana, o autor restringe o conceito de constituição para o vínculo que se estabelece entre dois sistemas específicos: direito e política. Nesses termos, a seu ver, Teubner usa de forma inflacionária ou metafórica o termo Constituição.

Acentua, ademais, que as condições empíricas não são favoráveis para que o transconstitucionalismo ocorra na prática, pois ele é sempre confrontado com a assimetria das formas de direito. Teubner é, na verdade, um observador que tem uma visão diferenciada do mundo e acaba deixando que isso transpareça nos pontos cegos de sua teoria.

3. A INAFASTABILIDADE DE UM PLURALISMO JURÍDICO GLOBAL NUMA SOCIEDADE FRAGMENTADA

O Professor Marcelo Neves, ao se debruçar sobre o tema do transconstitucionalismo multiangular entre ordens da mesma espécie e ordens de tipos diversos, admite a existência de um

sistema jurídico mundial, embora não concorde com a tese de Teubner de que existem múltiplas constituições jurídicas transnacionais.

Recorre à expressão “sistema jurídico mundial de níveis múltiplos”, para fins de colocar em destaque a existência de uma multiplicidade de entrelaçamentos nos quais as ordens não podem se apresentar como detentora da última *ratio* discursiva (NEVES, 2012, p. 237). Ressalta que embora haja uma hierarquia no interior das ordens, entre elas o que permanece são as relações heterárquicas. Em relação à conexão entre as ordens jurídicas, vislumbra como problema o risco de fechamento de uma ordem perante a outra, situação que prejudica a solução de problemas constitucionais comuns.

No contexto de uma sociedade mundial altamente complexa, as colisões entre ordens jurídicas constituem uma realidade que não se pode deixar de levar em consideração. Há problemas comuns que são entrelaçados transconstitucionalmente. Nesse contexto, o transconstitucionalismo apresenta-se como “uma exigência funcional e uma pretensão normativa em um sistema mundial de níveis múltiplos.”

Mesmo reconhecendo a existência de entrelaçamentos transconstitucionais⁹, o autor deixa clara sua rejeição por um modelo teórico que trilha o caminho da defesa da existência de várias constituições civis transnacionais que estão desvinculadas da existência de um Estado. Percebe que o transconstitucionalismo precisa de método (2012, p. 277).

Leciona que os entrelaçamentos transconstitucionais “podem apresentar-se, simultaneamente, entre ordens estatais, supranacionais, internacionais, transnacionais e locais, sempre que um problema jurídico constitucional seja-lhes relevante em um determinado caso” (2012, p. 238). Para ele (2012, p. 272):

“O transconstitucionalismo depende de um método que não se concentre em uma identidade cega. Ordens jurídicas isoladas são evidentemente levadas, especialmente mediante os seus tribunais supremos ou constitucionais, a considerar em primeiro plano a sua identidade, pois, caso contrário, diluem-se como ordem sem diferença de seu ambiente. Mas, se elas estão confrontadas com problemas comuns, especialmente quando esses são de

⁹ Marcelo Neves salienta (2010, p. 217), em relação ao entrelaçamento de ordens normativas, que “a experiência latino-americana é rica de problemas jurídico constitucionais decorrentes do entrelaçamento entre ordens normativas nativas e ordens constitucionais dos estados, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais.”

natureza jurídico-constitucional, impõe-se que seja considerada a alteridade. Caso contrário, a tendência é o bloqueio recíproco.”

Percebe, assim, que o método do transconstitucionalismo não pode ter como ponto de partida uma determinada ordem jurídica, tampouco as ordens dos poderosos. Tem, sim, que vislumbrar, de forma prioritária, os problemas constitucionais que se apresentam relacionando as diversas ordens. Embora reconheça que o Estado deixou de ser um *locus* privilegiado para a solução de problemas constitucionais e que a integração sistêmica é uma realidade na sociedade mundial, mostra-se preocupado com as por ele denominadas “novas ilusões”: internacionalismo como *ultima ratio*; supranacionalismo como panaceia jurídica; transnacionalismo como fragmentação libertadora das amarras do Estado.

4. CONCLUSÃO

Não há como fugir: vivemos numa sociedade globalizada, fragmentada e cada vez mais complexa. O pluralismo jurídico global é uma realidade e, de fato, precisa ser estudado com profundidade sob diversos prismas teóricos.

Todavia, a nosso ver, a existência de uma sociedade mundial heterárquica e acêntrica não conduz ao imediato entendimento de que há um constitucionalismo de feição mundial. Há sim, sem dúvida, ordens jurídicas plurais relacionadas aos diversos subsistemas sociais, ordens essas que não formam, necessariamente, como quer nos ensinar Teubner, constituições civis, ditas transnacionais.

Ainda com enfoque na teoria de Teubner, não acreditamos na existência de uma constituição cosmopolita global unitária, pois, no nosso entender, só há constituição onde há Estado. Considerando que no âmbito global não há o equivalente funcional do Estado, não há tampouco qualquer possibilidade de acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político mundiais.

A aversão ao Estado demonstrada por Teubner não se sustenta. Concordamos, pois, com Christodoulidis quando enfatiza que num nível global não pode ser materializada a nova forma social de “autoconstitucionalização de ordens globais.”

O sistema político não precisa ser necessariamente restrito a uma sociedade nacional, pois os intercâmbios políticos são globais. O sistema político aparece como um agregado difuso de instituições e de atores envolvidos na tomada de decisão, que incluem instituições políticas nacionais e transnacionais de construção normativa. No âmbito desse sistema político global, cada

vez mais, o princípio da legitimação do poder constituinte é invalidado, mas a ideia de constituição vinculada a um Estado permanece.

Destarte, após os estudos teóricos aqui delineados, entendemos que o transconstitucionalismo é uma realidade mundial em termos de entrelaçamentos transconstitucionais entre ordens estatais, supranacionais, internacionais, transnacionais e locais, sempre que um problema jurídico constitucional relevante precisa ser solucionado. A existência de uma Constituição Global, entretanto, não é uma realidade fática, mas uma utopia teórica. Há, pois, um equívoco no reconhecimento das constituições parciais da sociedade civil mundial.

Não se pode deixar de levar em consideração que a afirmação da existência de uma constituição global e de várias constituições civis transnacionais deveria vir acompanhada de uma demonstração de que num nível global e dos sistemas sociais formadores de constituições há garantia dos direitos e esta é assegurada pela separação dos poderes.

5. BIBLIOGRAFIA BÁSICA

BRUNKHORST, Hauke. *Alguns Problemas Conceituais e Estruturais do Cosmopolitismo Global*. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, Tradução Sebastião Nascimento, São Paulo, ANPOCS, vol. 26, nº 76, p. 7- 38, jun 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v26n76/02.pdf>

_____. *Critical Theory of Legal Revolutions. Evolutionary perspectives*. New York, Bloomsbury, 2014.

CHRISTODOULIDIS, Emílios (2013). *On the Politics of Societal Constitutionalism*, in: Indiana Journal of Global Legal Studies 20:2, pp. 629-663.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*. São Paulo: Editora UNESP, 2012.

HOLMES, Stephen. *Constitutions and Constitutionalism*. In. Rosenfeld, Michel. SAJÓ, András (ed.). *Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press. 2012.

HOLMES, Pablo. *O Constitucionalismo entre a Fragmentação e a Privatização: Problemas Evolutivos do Direito e da Política na Era da Governança Global*. Dados, v.57, n.4, p. 1137-1168, 2014.

KOH, Harold H. *Transnational Legal Process*. Nebraska Law Review, vol.75, 1996, pp.181-207.

KOSKENNIEMI, Martti. *The Politics of International Law 20 years later*. European Journal of International Law, v. 20, n. 1, p. 7-19, 2009.

LUHMANN, Niklas. *La Sociedad Mundial. Estudios Sociológicos XXIV*, nº 3 (February 3, 2013): 547–68.

_____. Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. México: Anthropos; Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

NEVES, Marcelo (2016). *From Constitutionalism to Transconstitutionalism: Beyond Constitutional Nationalism, Cosmopolitan Constitutional Unity and Fragmentary Constitutional Pluralism*, in Thornhill, C. et al. *Sociology of Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press (no prelo).

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

PALMA, M. (2016). *Gazes at the monster: Courts, NGOs, and the Security Council*. Tese de Doutorado, UnB.

TEUBNER, Günther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford University Press, 2012.

_____. *A Bukovina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional*. In: Impulso, Tradução Peter Naumann, Piracicaba, UNIMEP, v. 14. nº 33, 2003, p. 9-31. Disponível em: <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp33art01.pdf>

THORNHILL, Chris. *Rights and Constituent Power in the Global Constitution*, *International Journal of Law in Context* 10, 2014.

TORRELLY, Marcelo. *Transnational Legal Process and Fundamental Rights in Latin America: How Does the Inter-American Human Rights System Reshape Domestic Constitutional Rights?* In: Boratti, Larissa et al (editors). *Law and Policy in Latin America: Transforming Courts, Rights, and Institutions*. New York: Palgrave MacMillan, no prelo (2016), pp.01-12.

WALKER, Neil. *The Idea of Constitutional Pluralism*. *Modern Law Review*, nº 3 (may 2002), p. 317-359).

_____. *Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global disorder of normative orders*. *International Journal of Constitutional Law*. I. CON, pp. 1-24 doi: 10.1093/icon/mon016.