

Resenha

Recebido: 06.06.2017

Aprovado: 14.08.2017

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v5i2.3804>

* Universidade Lasalle
(UNILASALLE)
Canoas, RS



Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização

Jorge Alberto de Macedo Acosta Junior

RESENHA

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

ORIGINAL

TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments**: societal constitutionalism and globalization. United Kingdom: Oxford University Press, 2012.

Gunther Teubner nasceu em 30 de abril de 1944 na Alemanha foi professor de direito privado na *Universität Bremen* e atualmente é professor catedrático de direito privado e sociologia do direito da *Goethe Universität Frankfurt am Main*. É responsável pela relevante obra *Law as an Autopoietic System*, “Direito como sistema autopoietico” na língua portuguesa, publicada pela Fundação Calouste Gulbenkian em Lisboa – que se encontra esgotada e de difícil acesso. Com esta obra, Teubner consolidou sua visão de autopoiese com base na teoria de Niklas Luhmann.

No Brasil, uma coletânea de seus textos foi publicada em 2005 no livro “*Direito, sistema e Policontextualidade*”, trazendo os trabalhos do professor alemão que se destacam por trabalhar o pluralismo jurídico a partir da perspectiva sistêmica como: *As duas faces de janus: pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna*, *Regimes Privados: direito neo-espontâneo e constituições dualistas na sociedade mundial*, *Após a privatização: conflitos de discursos no direito privado*. Ainda, conta com diversos textos publicados em revistas científicas do país.

Ao final de 2016 chega ao Brasil a obra “Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização”, pela série *Direito Comparado* do Instituto Brasiliense de Direito Público de Brasília com a parceria da Editora Saraiva. Originalmente publicado em 2012, pela Oxford University Press no Reino Unido, “Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization” traz de forma sistemática e concisa o pensamento do autor sobre o constitucionalismo para além da noção de Estado limitada pelos conceitos de território, soberania, povo e ordem de valores.

Teubner 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 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 institucionalizado.

Exsurge, contemporaneamente, o debate acerca da possibilidade constitucional da sociedade mundial que compense as problemáticas criadas nos setores sociais privados. Uma tentativa de institucionalização política em nível mundial que abarque premissas democráticas e relativas ao Estado de Direito. Entretanto, para Teubner, a questão constitucional é demasiadamente importante para ser relegada aos filósofos políticos ou aos constitucionalistas. Sua fórmula constitucional está calcada na sociologia, propondo uma teoria sociológica do constitucionalismo, onde a principal problemática reside na constitucionalização dos sistemas sociais parciais de uma sociedade funcionalmente diferenciada. Deste modo, pretende-se conectar análises histórico-empíricas do fenômeno constituinte/constituído com as perspectivas normativas dos diversos setores sociais.

A compensação constitucional dos setores privados está em evidência desde os primórdios da noção de Estado. Isto é, o quanto o poder estatal deveria ou não regular as atividades econômicas, científicas, pedagógicas, médicas entre outras. A globalização pode ser lida como fenômeno de constante e cada vez maior fragmentação do todo social. A contínua funcionalização diferenciada da sociedade resulta na desformalização das estruturas jurídicas, novas formas de direcionamento social e duvidosa legitimidade da governança global instaurada.

A problemática constitucional dos âmbitos não-estatais foi ocultada pelos direitos fundamentais das constituições estatais liberais que protegiam as liberdades individuais. O constitucionalismo liberal permaneceu cego frente esta problemática, pois a autodescrição da sociedade burguesa aboliu toda e qualquer relação social que não cidadão-coletividade. Assim, a liberdade social é garantida, mas confinada ao indivíduo. São deixadas de lado as liberdades coletivas e externas ao sistema político. Significa dizer que os sistemas funcionais não são reconhecidos como tal, muito menos é dada a eles a autonomia institucional para compor constituições próprias.

Para Teubner, nos sistemas sociais totalitários a problemática constitucional foi inversa, ao invés de ignorar os sistemas sociais parciais da sociedade, como nas constituições liberais, as tendências crescentes dos sistemas sociais foram subjugadas pelo sistema político. Subjugadas no sentido de perderem sua autonomia, não se trata de tendências de desdiferenciação, e sim, politização dos setores privados, uma estratégia dupla de (1) organizar os demais sistemas sociais e (2) “sincronizar” a favor da política estatal vigente, como um todo partidário. Assim, as constituições sociais totalitárias, através desta dupla estratégia, acabaram por paralisar as tendências crescentes, adaptáveis e criativas dos sistemas sociais parciais.

Passada a problemática constitucional em sua fase liberal e totalitária, há um aprendizado social que leva ao estado de bem-estar. Estas aquisições evolutivas fazem com que o Estado de bem-estar social organize diversos regimes parte autônomos, parte estatais, a saúde, educação, ciência, radiodifusão e televisão. No entanto, mesmo os processos de constitucionalização internos ao Estado social não parecem dar conta das tendências expansionistas de alguns sistemas sociais.

O constitucional liberal se vê desacreditada por não preservar a autonomia dos sistemas sociais parciais; a tendência totalitária apresenta-se mais perversa por orientá-los a sua maneira; por fim, o Estado social não parece suportar as tendências expansionistas dos mesmos sistemas. Diante destas tendências, Teubner aponta que há uma tendência a subestimar a auto-organização dos sistemas sociais parciais, na medida em que a sociedade já apresenta organizações e normatizações internas dos sistemas sociais. Entretanto, a exemplo do sistema econômico, estas constituições perdem sua credibilidade, pois estão constringidas à racionalidade econômica, pressupondo qualquer outra racionalidade como irracional.

Um pluralismo constitucional deve reorientar a sociedade extremamente fragmentada. Tanto a política constitucional, quanto o Direito constitucional podem ser observados para além do território do Estado-Nação. “No mar da globalidade, formam-se apenas ilhas de constitucionalidade”. Embora, não se encontre o acoplamento estrutural entre política e Direito no plano mundial, apresentam-se normatizações e constitucionalizações internas aos sistemas funcionais. Autofundação, autorregulação, autoconstituição são as palavras utilizadas para descrever a nova realidade do Direito global.

A constituição destes regimes não significa de modo algum a harmonia entre os sistemas sociais parciais. Pelo contrário, os regimes podem além de estarem vinculados à racionalidade cega do sistema social que os originam, podem formar e reproduzirem-se por meio de formas constitucionais e/ou redes “corruptas”. Outra característica destas constituições é que elas não se ancoram de forma restrita ao sistema social, mas sim, nas organizações que compõe os sistemas. Isso significa que as interações organizacionais de pretensões globais acabam por desvincularem-se das fronteiras impostas pelo Estado-Nação.

No cenário global este movimento é descrito nas organizações transnacionais, a saber: organizações internacionais formadas das relações dos Estados-Nações, empresas multinacionais e organizações não-governamentais. A formação destas constituições não restringe-se a tratados internacionais, por exemplo. Há consolidação destas tendências autoconstitucionais seja em *corporate codes* ou regulações funcionais de divisão de poderes como é o caso da ICANN (*Corporation for Assigned Names and Numbers*) nas questões de governança da internet.

Os fragmentos constitucionais não se referem apenas a estas formações, o campo da sociologia das constituições abre a oportunidade para as lutas transnacionais. Através da diferença poder constituinte/poder constituído a teoria dos sistemas abre-se para a observação do *potencial comunicativo*. A energia ou força social desprendida da própria sociedade ao lidar com a necessária limitação de um sistema social parcial em crescimento destrutivo. Neste ponto, Teubner foge da visão jurídico-formalista da constitucionalização ligada ao procedimento, entregando aos fenômenos sociais suas potencialidades inerentes.

O olhar da sociologia para as constituições permite a multiplicação do paradoxo do poder constituinte/poder constituído para o interior dos diversos sistemas sociais parciais. Indica que a criação de uma identidade coletiva, mesmo que na periferia do sistema, possa autodescrever-se e cristalizar suas expectativas normativas. Teubner aponta que essa identidade coletiva não prescinde de um grupo de indivíduos formalmente organizados, e sim, concretizam-se a partir da comunicação. Deste modo, o autor alemão propõe a substituição da leitura de comunidade para a concepção do sistema político (fragmentado) da sociedade mundial.

Neste sentido, há que se distinguir *a* política (*la politique*) e *o* político (*le politique*), onde o primeiro trata diretamente da política institucionalizada, isto é, o sistema político do Estado-Nação. O segundo conceito denota a politização fora do sistema político institucionalizado, representa a autonomia dos setores sociais da sociedade, sua politização interna, em outras palavras, a reflexão política de determinado contexto social sobre sua própria identidade.

A hipercomplexidade da sociedade mundial e sua condição de fragmentação anunciam novos mitos fundacionais para cada regime, calcado na memória coletiva que armazena os sentidos dispersos na complexidade social. Essa tendência pode ser notada quando os regimes transnacionais não adotam o legislador como ficção fundamental para sua estabilização como faz o Estado-Nação. Suas ficções são outras, narrativas sociais criadas a partir de contextos específicos internos aos sistemas sociais parciais.

Ficções, identidades e memórias coletivas somadas ao paradoxo do poder constituinte/poder constituído fornecem a peça-chave para uma leitura onde a sociedade possa responder de modo responsivo a própria sociedade. Havendo responsabilidade do sistema social em relação a si. Trata-se de considerar a constituição como reflexão advinda do social, ou nas palavras de Teubner: “um processo vivo de autoidentificação de um sistema social, processo esse que serve do auxílio do direito”.

A formulação teórica da constitucionalização social renova a perspectiva dos direitos fundamentais. Em nível transnacional, o constitucionalismo global e fragmentado impulsiona transpassa as barreiras do Estado-Nação, colocando como plausível uma efetividade horizontal aos direitos fundamentais. Ao salientar as dificuldades da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nos conceitos de “interlegalidade” e “pluralismo constitucional cosmopolita”, o autor destaca a positivação “social” de direitos fundamentais nos regimes transnacionais por meio dos processos espontâneos, como tratados internacionais e decisões de cortes arbitrais.

Exsurge desta formulação a força da *colère publique* – termo cunhado por Emile Durkheim – que descreve o paradoxo já observado por Luhmann, o surgimento de direitos fundamentais a partir de sua lesão. Com as turbulentas dinâmicas globais, a escandalização dos movimentos de protestos e/ou ONGs expõem as práticas duvidosas das multinacionais e até mesmo dos próprios Estados. Colocando em cheque tais comportamentos por intermédio da semântica dos direitos humanos, conseqüentemente, as operações jurídicas poderão incorporar tais reflexos recursivamente, no intuito de proteger o ambiente social destes ímpetos destrutivos.

Os deslocamentos conceituais propostos fazem aparecer novas problemáticas, dentre elas, a vinculação de atores privados transnacionais aos direitos fundamentais. Com a “positivação” dos próprios regimes transnacionais, sabe-se que eles coordenam e impõe-se em setores da vida. Os possíveis danos relacionados a estes atores privados e transnacionais ainda está amarrado pela possibilidade de identificação por parte do Estado-Nação. E mais, além da necessária identificação, deve-se esperar que o Estado detenha a potência necessária para submeter tais regimes, o que demonstra-se improvável diante do cenário global.

Nos mesmos termos de redescrição, reorientação e reflexividade, deve-se generalizar a semântica dos direitos fundamentais no interior dos sistemas sociais parciais. Cabe o esforço de reconduzir a proteção do indivíduo em relação ao Estado em todos os setores sociais mediante seus próprios conteúdos e necessidades, obedecendo a lógica e as normatizações internas dos sistemas.

A irradiação constitucional dos direitos fundamentais deve ter eficácia estrutural, de modo a reespecificar os valores gerais – reflexividade social – em regras de direito privado, seja em cláusulas jus-privatistas gerais ou na interpretação dos institutos e normas específicas do direito privado internamente aos regimes. Teubner salienta que esta abertura sensível – alicerçada pela sociologia constitucional – aos direitos fundamentais não deve ser orientada pela filosofia moral, pela dogmática do direito privado ou pelas ciências humanas. Eis que cada estrutura social possui aspectos e racionalidades específicas, cada setor da sociedade global deve orientar estas condições.

Os direitos fundamentais numa perspectiva sociológica constitucionalmente orientada fornecem a possibilidade da construção de constringituições. Desta maneira, os direitos fundamentais agiriam não só limitando a expansão de sistemas sociais destrutivos, mas, também, garantindo a inclusão dos indivíduos nos sistemas. Essa garantia significa alcançar acesso às constringituições que forçam a responsividade do setor da sociedade por meio da participação sociopolítica.

Enquanto a criação de constringituições (eficácia inclusiva) encontra-se num momento inicial, a eficácia excludente dos direitos fundamentais pressupõe a defesa da dimensão indivíduo em relação ao sistema social parcial. Aqui a leitura do sistema social atinge o ponto de transgressão de seus limites funcionais. Com efeito, há a exploração do indivíduo pelo sistema na forma dos construtos necessários para a reprodução sistêmica. *homo politicus*, *oeconomicus*, *juridicus* e tantos mais quanto forem as racionalidades autônomas na sociedade global. Teubner aponta, nessa linha, as contribuições de Marx e Foucault, em relação ao sistema econômico e os mecanismos de disciplina, respectivamente. Estes problemas relativos à radical fragmentação da sociedade devem ser tratados pela eficácia excludente dos direitos fundamentais a favor das pessoas.

Fragmentos constitucionais representam a conjuntura jurídica na sociedade globalizada. Estes regimes transnacionais altamente especializados organizam e reproduzem suas normas, seus direitos fundamentais e operações organizacionais diferem da organização, reprodução e direitos fundamentais do Direito estatal ou de outros regimes. Assim, o campo jurídico é dominado por conflitos, não só de normas jurídicas ou político-jurídicos, mas, também, os conflitos fundamentais entre as racionalidades dos sistemas sociais parciais.

Embora o cenário global acene para uma “comunidade internacional” que tenta assumir politicamente a tarefa de controlar os sistemas sociais parciais, observa-se a debilidade destas tentativas de centralidade das operações sociais. Longe da perspectiva tradicional de direito internacional público, entende-se que os atores do direito global estão fragmentados igualmente. Essa fragmentação não pressupõe a inexistência de tentativas de controle e comando das redes movimentadas pelos sistemas sociais parciais. Regimes hegemônicos intentam este controle por meio da expansão de sua racionalidade.

Diante de uma sociedade acêntrica, não há instância terceira que se imponha às colisões de regimes. Qualquer ponto de observação escolhido não é neutro, a resolução das colisões só pode ser resolvida a partir da perspectiva interna de cada regime regulado por sua racionalidade própria. Então, duas formas de solução se apresentam: a internalização do conflito nos processos de decisão dos regimes em colisão ou a externalização em negociações inter-regimes.

A internalização obrigada que o direito de cada regime tome uma decisão acerca do conflito, esta decisão, no entanto, irá expandir a condição de fragmentação do direito global. A externalização das colisões aumenta a chance de consenso entre os regimes, permitindo que a colisão seja tematizada e trabalhada em cooperação, contudo, os regimes colidentes não ficam obrigados a decidir.

Teubner, por meio dos estudos de Joerges, destaca a formação de redes normativas para mapear as colisões entre regimes transnacionais. Trata-se de compreender a relação heterárquica das ordens jurídicas colidentes, mediante a teoria das redes organizando níveis de uma *multi-level-governance*. Aplicada ao cenário global, será possível compreender a pluralidade constitucional e a lógica simbólica no contexto dos regimes.

A questão das colisões normativas estende-se ao nível intercultural. Onde regimes transnacionais funcionalmente diferenciados colidem com culturas sedimentadas regionalmente. A sociedade civil organizada intenta em combater a exploração de recursos das regiões caracterizadamente periféricas. Aqui a teoria dos sistemas dá mais um passo na descrição da sociedade, com suporte do conceito de *dupla fragmentação da sociedade mundial*. Este conceito compreende que além da fragmentação que inaugura instâncias racionais entre sistemas sociais parciais, há uma fragmentação das culturas regionais.

Neste ponto a sociologia das constituições pode auxiliar na identificação da ameaça a integridade das culturas regionais tradicionais com a leitura da tendência expansiva dos sistemas sociais parciais. Exsurge a necessidade de observar os conflitos que colocam em movimento protestos espontâneos, movimentos sociais e resistências organizadas. O autor exemplifica essa questão utilizando a questão da proteção dos conhecimentos tradicionais da cultura indígena.

Teubner finaliza seu trabalho apontando que o constitucionalismo social tem como objetivo uma sustentabilidade intensiva. Assim, como Emile Durkheim propôs uma solidariedade orgânica para a divisão do trabalho, a teoria apresentada pretende estender essa compreensão de sustentabilidade aos diversos sistemas sociais parciais. O equilíbrio das diferentes racionalidades liberadas na sociedade só pode ser sustentado se alicerçado nos processos reflexivos que irritam as próprias racionalidades, em suma, na politização interna dos setores sociais em defesa do ambiente natural, social e humano.