

# DIREITO.UnB

*Revista de Direito da Universidade de Brasília*  
*University of Brasília Law Journal*

V. **02**, N. **02**

abril—agosto de 2016

## **ARTIGOS // ARTICLES**

CARLOS BERNAL PULIDO, DOUGLAS ELMAUER, FÁBIO  
PORTELA LOPES DE ALMEIDA, RAFFAELE DE GIORGI,  
JOISA DUTRA, PATRÍCIA SAMPAIO, LÍVIA AMORIM



UnB



DIREITO

*Revista de Direito da Universidade de Brasília*  
*University of Brasília Law Journal*

revista vinculada ao programa de pós-graduação  
em Direito da Universidade de Brasília

abril – agosto de 2016, volume 2, número 2

---

#### **CORPO EDITORIAL**

##### **EDITOR-CHEFE**

**Juliano Zaiden Benvindo** Universidade de Brasília, Brasil

##### **EDITORES**

**Alexandre Veronese** Universidade de Brasília, Brasil

**George Rodrigo Bandeira Galindo** Universidade de Brasília, Brasil

**Marcelo Neves** Universidade de Brasília, Brasil

##### **EDITORES ASSOCIADOS**

**Ana Lúcia Sabadell** Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

**Ângel Oquendo** Universidade de Connecticut, Estados Unidos

**Emilios Christodoulidis** Universidade de Glasgow, Escócia

**José Octávio Serra Van-Dúnem** Universidade Agostinho Neto, Angola

**Kimmo Nuotio** Faculdade de Direito da Universidade de Helsinque

**Leonel Severo Rocha** Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

**Masayuski Murayama** Universidade Meiji, Japão

**René Fernando Urueña Hernandez** Universidad de Los Andes, Colômbia

**Miguel Nogueira de Brito** Universidade Clássica de Lisboa, Portugal

**Nelson Juliano Cardoso Matos** Universidade Federal do Piauí, Brasil

**Paulo Weyl** Universidade Federal do Pará, Brasil

**Thomas Vesting** Universidade Johann Wolfgang Goethe, Alemanha

**Virgílio Afonso da Silva** Universidade de São Paulo, Brasil

##### **SECRETÁRIAS EXECUTIVAS**

**Nathaly Mancilla Órdenes e Ana Carolina Couto**

##### **EQUIPE DE EDIÇÃO DE TEXTO**

**Luciana Fernandes Coelho e Maria Celina Monteiro Gordilho**

##### **PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO**

**André Maya Monteiro**

**Esteban Pinilla**

# DIREITO.UnB

*Revista de Direito da Universidade de Brasília*  
*University of Brasília Law Journal*

V. **02**, N. **02**

abril–agosto de 2016



UnB



DIREITO



# DIREITO.UnB

*Revista de Direito da Universidade de Brasília*  
*University of Brasília Law Journal*

V. **02**, N. **02**

abril–agosto de 2016



<b>NOTA EDITORIAL // EDITORIAL</b>	<b>06–09</b>
<b>ARTIGOS // ARTICLES</b>	<b>10–159</b>
<b>SOCIEDADE GLOBAL E FRAGMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL: OS NOVOS DESAFIOS PARA O CONSTITUCIONALISMO MODERNO</b> // GLOBAL SOCIETY AND CONSTITUTIONAL FRAGMENTATION: THE NEW CHALLENGES TO THE MODERN CONSTITUTIONALISM Douglas Elmauer	<b>11–43</b>
<b>SILÊNCIOS ELOQUENTES NA ADPF Nº 186: O STF DE FATO JULGOU A CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS RACIAIS?</b> // LOUD SILENCES ON THE ADPF 186 CASE: DID THE FEDERAL SUPREME COURT REALLY EXAMINE THE CONSTITUTIONAL VALIDITY OF RACIAL QUOTAS? Fábio Portela Lopes de Almeida	<b>44–76</b>
<b>O TRANSPLANTE DA ANÁLISE DE CONTEXTO PARA A INVESTIGAÇÃO PENAL NO DIREITO INTERNO COLOMBIANO</b> // THE TRANSPLANTATION OF CONTEXT ANALYSIS FOR THE CRIMINAL LAW INVESTIGATION IN COLOMBIA'S DOMESTIC LAW Carlos Bernal Pulido	<b>77–102</b>
<b>A INVESTIGAÇÃO SOCIOLÓGICA DO DIREITO NA TEORIA DOS SISTEMAS</b> // A SOCIOLOGICAL INVESTIGATION OF LAW IN SYSTEM THEORY Raffaele De Giorgi	<b>103–119</b>
<b>ASPECTOS REGULATÓRIOS E DESAFIOS DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA: CONTROVÉRSIAS E DESENVOLVIMENTOS RECENTES</b> // PUBLIC LIGHTNING'S REGULATORY ASPECTS AND CHALLENGES: RECENT CONTROVERSIES AND DEVELOPMENTS Joisa Dutra, Patrícia Sampaio, Lívia Amorim	<b>120–143</b>

**SOCIEDADE GLOBAL E FRAGMENTAÇÃO  
CONSTITUCIONAL: OS NOVOS DESAFIOS  
PARA O CONSTITUCIONALISMO MODERNO**  
// GLOBAL SOCIETY AND CONSTITUTIONAL  
FRAGMENTATION: THE NEW CHALLENGES TO  
THE MODERN CONSTITUTIONALISM

Douglas Elmauer



**>> RESUMO // ABSTRACT**

Trata-se aqui de uma interpretação crítica acerca do debate que gira em torno da crise do constitucionalismo moderno e dos novos dilemas que se colocam diante da teoria constitucional numa sociedade globalizada e em progressiva fragmentação. Faz-se uma leitura da obra *Verfassungsfragmente* (2012) de Gunther Teubner. O presente artigo buscará dar uma visão geral acerca do tema, abordando (i) os aspectos históricos da origem da constituição moderna e da síntese funcional entre sistema jurídico e sistema político, (ii) a transição das constituições políticas para as constituições civis, (iii) as tendências de hipertrofia sistêmica e as constituições como mecanismos de reação à expansividade, com especial destaque ao constitucionalismo societal, (iv) as novas condições constitucionais da sociedade global, (v) os direitos fundamentais transnacionais e as colisões interconstitucionais, finalizando com uma (vi) conclusão crítica acerca da possibilidade real da implementação das constituições civis, com a consideração dos riscos que uma fragmentação constitucional pode trazer para a manutenção da autonomia funcional das esferas sociais. // This article deals with a critical interpretation of the debate that revolves around the crisis of modern constitutionalism and new dilemmas that arise concerning the constitutional theory in a globalized society and in progressive fragmentation. This is a reading of the work *Verfassungsfragmente* (2012) by Gunther Teubner. The article will try to give an overview of the subject, including (i) the historical aspects of the origin of the modern constitution and the functional synthesis between legal system and political system, (ii) the transition of political constitutions for civil constitutions, (iii) a general trends to systemic hypertrophy and the constitutions as mechanisms of reaction to the expansiveness, with special emphasis on societal constitutionalism, (iv) the new constitutional conditions of global society, (v) the fundamental rights and transnational inter-constitucionals collisions, and ending with a (vi) critical about the real possibility of implementing the civil constitutions, with consideration of the risks that can bring a constitutional fragmentation for maintaining the functional autonomy of the social spheres.

---

**>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS**

Fragmentação constitucional, globalização, teoria constitucional, constitucionalismo societal. // Constitutional fragments, globalization, constitutional theory, societal constitutionalism.

---

**>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR**

Doutorando em Direito pela Universität Bremen - Alemanha (2016). Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/USP (2015). // PhD Candidate at the University of Bremen, Germany (2016); Master from the University of São Paulo Law School (2015).

## 1. INTRODUÇÃO

*“Ubi societas ibi constitutio”*

(Gunther Teubner)

Períodos de crise e transição não são uma novidade no decorrer da evolução da sociedade. Nesse contexto, a ideia de “constituição moderna” vem à tona apenas nos revolucionários séculos XVII e XVIII. A “constituição” (*Verfassung*), tanto no plano semântico quanto no plano estrutural da sociedade, é um produto da “modernidade” (*Neuzeit*).<sup>1</sup> Trata-se aqui, segundo Luhmann, de uma “aquisição evolutiva” (*evolutionäre Errungenschaft*) que emerge da pressão exercida por constantes processos de complexificação e diferenciação social, inerentes à sociedade moderna.<sup>2</sup> “As Constituições no sentido moderno do termo nascem apenas no século XVIII”,<sup>3</sup> emergindo como forma de acoplamento estrutural (*strukturelle Kopplung*) entre sistema político e sistema jurídico.<sup>4</sup>

De acordo com a excelente reconstrução histórica feita por Hermann Heller, “o *Instrument of Government* (1653) de Cromwell é o primeiro exemplo de um documento constitucional moderno (...)”.<sup>5</sup> É na Inglaterra que se inicia a sedimentação dos direitos individuais e do chamado *Bill of Rights*, a partir dos quais florescem os movimentos de constitucionalização dos direitos. Esse processo atinge seu ponto nevrálgico na *Declaration of Independence* dos EUA (1776) e na Revolução Francesa (1789), se estendendo por um período que o historiador Eric Hobsbawm denominou de “Era das Revoluções” (1789-1848), mais especificamente das chamadas “revoluções liberais” que atingiram seu apogeu em 1848, as quais marcaram a crise dos *anciens régimes*.<sup>6</sup> Segundo Brunkhorst, as revoluções libertam os potenciais normativos da evolução, que quase sempre terminam com um “acordo constitucional”.<sup>7</sup>

De modo não muito distinto ao do período que marca o estabelecimento da sociedade moderna, bem como da diferenciação funcional dos sistemas jurídico e político, vivemos na atualidade uma fase de radical transformação do constitucionalismo. Há uma dupla crise constitucional em curso, que marca a sociedade global. Primeiramente, a emergência de formas constitucionais para além dos Estados nacionais, e em segundo lugar, um decorrente enfraquecimento do constitucionalismo nacional.<sup>8</sup>

Para Grimm, o atual momento constitucional representa a erosão do modelo constitucional tal como o conhecemos desde sua origem no século XVIII.<sup>9</sup> “Em 1971, enquanto teorizava sobre o conceito de ‘sociedade mundial’ [*Weltgesellschaft*], Luhmann permitiu-se elaborar a hipótese especulativa de que o direito global iria experimentar uma radical fragmentação, não no âmbito territorial, mas conforme distinções setoriais da sociedade”.<sup>10</sup> Em seus escritos que precendem ao giro teórico autopoietico, Luhmann admite, que no plano estrutural da sociedade mundial, os sistemas primariamente orientados cognitivamente, como economia, ciência e técnica, ganhariam certa centralidade no processo de mundialização, enquanto os sistemas orientados normativamente, como a política e o direito, encontrariam dificuldades e limitações para alcançar um nível global.<sup>11</sup>

Luhmann entende que paralelamente ao processo de diferenciação funcional dos sistemas sociais na modernidade, desenvolveu-se junto ao sistema político uma diferenciação segmentária entre Estados nacionais,<sup>12</sup> o que poderia representar, num primeiro momento, um obstáculo para o surgimento de um direito a nível mundial. Todavia, considera ele que “apesar de toda a dependência com respeito à decisão política, o direito permanece sendo uma estrutura da sociedade global”.<sup>13</sup> Desse modo, na sociedade moderna, ainda permanece em aberto a questão de se o direito “poderá adequar-se à constituição e à dinâmica de um sistema social uniforme, abarcando todo o globo terrestre”, mesmo que ceticamente considere que a realização de tal direito se confrontaria “com o problema de como seria possível planejar estruturas de significado frente a um horizonte temporal em aberto”.<sup>14</sup>

## 2. DAS CONSTITUIÇÕES POLÍTICAS ÀS CONSTITUIÇÕES CIVIS

“Was kommt nach dem Staat?”

(Gunther Teubner)

O período entre 1789 e 1989, “foi o período dos Estados nacionais”.<sup>15</sup> A partir do fim da fase estatalista da ordem mundial, iniciou-se um período de intensificação do processo de globalização e, por conseguinte, de enfraquecimento do modelo estatal delimitado territorialmente. Segundo Brunkhorst, 1989 foi o ano que marcou a transformação de toda ordem internacional e global, “na verdade, foi a *conclusão das mudanças revolucionárias do século XX*. Conclusão, nesse caso, que coincide com a *globalização da ordem institucional básica da até então rudimentar integração normativa da sociedade mundial*. Em termos hegelianos, a sociedade mundial era, até 1989, uma sociedade normativamente integrada *em si mesma* e, desde então, é uma sociedade mundial normativamente integrada *em e para si mesma*.”<sup>16</sup>

Diante dessas demandas provindas da sociedade mundial, Teubner recorre em sua obra recente a um viés teórico que prioriza o advento de ordens jurídicas globais, plurais e heterárquicas,<sup>17</sup> as quais ganham grande projeção e importância com sua concepção de “constituição civil global” (*global Zivilverfassung*)<sup>18</sup>, juntamente com o conceito de “constitucionalismo societal” (*societal constitutionalism*),<sup>19</sup> sendo este último, tomado de empréstimo da obra de David Sciulli.

Um dos principais problemas a se superar na teoria constitucional majoritária é o da obstinada centralidade política do Estado nacional ou em um “cosmopolitismo global”.<sup>20</sup> A promoção de um novo constitucionalismo democrático em escala global não deve se escorar numa reconstrução kantiana através de uma “constituição mundial universalista” que se baseia na possibilidade da criação de novas instituições e procedimentos em escala mundial, o que levaria à formação de um “centro federativo global” (Höffe) e a uma “política interior mundial” (Habermas).<sup>21</sup> Essas alternativas parecem fragilizadas, principalmente diante da inexistência

de uma “esfera pública mundial” forte<sup>22</sup> e pela presença de um “Direito hegemônico” (*hegemoniales Recht*)<sup>23</sup> que impede muitas vezes a reprodução autopoiética do direito global (*Weltrecht*).<sup>24</sup> Para os defensores do pluralismo constitucional, as construções teóricas que vão de Höffe a Habermas, chegando em Brunkhorst, não são capazes de ir além do conceito tradicional de constituição, não obtendo um construto adequado para a situação atual. Numa sociedade fragmentada, formada por uma pluralidade de redes e sistemas funcionais (policontextualizada), não se encontra no plano mundial um equivalente funcional para o Estado nacional.<sup>25</sup>

O processo de globalização deu aos subsistemas sociais, tais como a economia, a ciência, e os meios de comunicação de massa (e. g. *internet*), uma dinâmica centrífuga, diante da qual a política internacional não vem sendo capaz de reagir. Nessas condições, levanta-se o questionamento acerca do futuro das relações entre direito, política e esferas autônomas da sociedade. O conceito de constituição, como acoplamento estrutural entre política e direito, vem perdendo progressivamente seu poder garantidor de direitos, especialmente frente aos novos atores transnacionais, tais como as grandes corporações, as ONGs, as associações de comércio e os regimes híbridos. A limitação desses atores privados por normas constitucionais tornou-se um problema crescente frente às demandas da sociedade global. Essas condições levam à necessidade de ir além dos limites da teoria constitucional político-legal, ou seja, voltar-se para a tendência de uma sociologia constitucional que considere a possibilidade de uma constitucionalização das esferas sociais em âmbito global.<sup>26</sup>

Paralelamente às constituições políticas dos Estados nacionais, Teubner fala na constitucionalização espontânea das esferas autônomas da sociedade. São as chamadas “constituições civis globais” (*globale Zivilverfassungen*). Nessa perspectiva, a constituição da sociedade mundial não é uma realidade exclusiva das instituições que representam a política internacional. Já não há a possibilidade de se criar uma constituição global capaz de abarcar todos os âmbitos sociais. O que há, na verdade, é a “constitucionalização de uma multiplicidade de subsistemas autônomos da sociedade mundial”.<sup>27</sup> As novas constituições civis transcendem o processo político estatal. Nesse sentido, os novos atores globais, além de não participarem desse processo, terminam por estabelecer seus próprios regimes sem qualquer forma de institucionalização política, ameaçando a autonomia de outras esferas sociais, e inclusive dos direitos fundamentais. Revela-se aqui o lado sombrio da “sociedade mundial”,<sup>28</sup> que vai desde as tendências expansionistas dos subsistemas globalizados (tais como a economia, a ciência e os meios de comunicação de massas), até ao problema das cadeias de exclusão social, gerado primariamente pela expansão de racionalidades sistêmicas particulares. O progressivo desequilíbrio entre autonomização e limitação das lógicas funcionais dos sistemas subsistemas sociais, orientados prioritariamente por expectativas cognitivas, coloca-se agora como uma das questões centrais a serem enfrentadas pelo novo constitucionalismo civil global carente do poder estatal.<sup>29</sup>

### 3. DA HIPERTROFIA SISTÊMICA ÀS CONSTITUIÇÕES COMO MECANISMOS DE REAÇÃO À EXPANSIVIDADE

*“(...) o capitalismo moderno (junto com todos os sistemas sociais funcionalmente diferenciados) tornou-se global e atualmente não enfrenta qualquer alternativa exterior, e esse é o problema.”<sup>30</sup>*

(Hauke Brunkhorst)

As tendências sistêmicas expansivas tem gerado uma cadeia infundável de externalidades negativas, que vão desde a perda da autonomia funcional de alguns subsistemas, até a exclusão massiva de pessoas ao acesso às prestações sistêmicas básicas.<sup>31</sup> Nesse processo tendenciosamente autodestrutivo da sociedade global, a hipertrofia do sistema econômico, sobretudo, desempenha um dos papéis mais dramáticos, o que em certa medida, ficou evidente com a crise financeira de 2008.<sup>32</sup> A livre dinâmica incontrollável do capitalismo internacional vem desmantelando progressivamente as fronteiras nacionais, e com isso, também o direito vinculado aos Estados nacionais, inclusive os direitos fundamentais, o que levou Brunkhorst a concluir de modo pessimista que “o capitalismo é global, um sistema altamente produtivo, mas internamente catastrófico, que de modo algum precisa da democracia e para o qual, infelizmente, não existe atualmente qualquer alternativa”.<sup>33</sup> Como se revelará mais adiante, essa conclusão inquestionavelmente realista será um dos grandes alvos das preocupações de Teubner, no sentido de uma constitucionalização da sociedade, em especial por via do constitucionalismo societal, capaz de gerar uma relevante oposição às dinâmicas hiperexpansivas.<sup>34</sup> Em que pesem as constatações empíricas que levam ao progressivo enfraquecimento na crença da emergência de uma constituição global, apoiada na comunidade internacional cosmopolita, a corrente teórica majoritária permanece vinculada a esses postulados.

A observação da fragmentação da sociedade mundial dificulta o cosmopolitismo constitucional, de modo a deslocar a atenção, prática e teórica, para os conflitos fundamentais entre os fragmentos constitucionais emergentes nos mais diversos âmbitos sociais.<sup>35</sup> Identifica-se aqui uma “dupla fragmentação da sociedade mundial”, a qual se revela por um lado (i) através da autonomização dos setores sociais globais que produzem suas constituições privadas em paralelo com as constituições nacionais, e por outro, (ii) com o desfacelamento da ilusão da possibilidade de uma constituição global, obstada especialmente pela fragmentação regional e cultural da sociedade, que estabelece uma pluralidade de bases e princípios próprios.<sup>36</sup>

A globalização alterou a dinâmica dos sistemas político e jurídico, bem como dos demais subsistemas da sociedade. Com as tendências expansionistas das racionalidades parciais da sociedade e as constantes violações dos direitos humanos por parte dos agentes privados, torna-se cada vez maior a necessidade de uma constitucionalização de outros setores da sociedade global.<sup>37</sup> Toma-se aqui a ideia da progressiva liberação do constitucionalismo com relação aos processos políticos, o

que leva, por conseguinte, ao problema da possibilidade da formação de constituições transnacionais.

A consideração de uma coevolução entre estruturas sociais e normas constitucionais leva à possibilidade da criação espontânea de instâncias normativas nas esferas e instituições sociais. Nem o totalitarismo fascista ou socialista, nem mesmo as subconstituições do *Welfare State*, ou o constitucionalismo econômico, conduziram a uma genuína constitucionalização da sociedade. O totalitarismo, caracterizado pela grande rigidez e pouca adaptabilidade, padeceu como um modelo de constitucionalismo adequado à modernidade, principalmente por sufocar a dinâmica da diferenciação funcional, e ao mesmo tempo destruir a espontaneidade das organizações.<sup>38</sup> Após a queda de grande parte dos regimes totalitários europeus, o *Welfare State* e suas subconstituições tomaram a frente no processo de constitucionalização da sociedade. Contudo, esse modelo criou um balanço precário entre a autonomia constitucional dos setores autônomos da sociedade e as intervenções constitucionais políticas.<sup>39</sup> Também, as visões econômicas do constitucionalismo, desde suas variantes liberais até as ordoliberais, apesar de suas inúmeras tentativas de constitucionalização da sociedade, não lograram êxito nessa empreitada. Se por um lado o liberalismo ignorou as instituições da sociedade civil, por outro, a teoria do ordoliberalismo, segundo a qual o Estado asseguraria as correções das imperfeições do livre mercado, pretendia transformar a constituição econômica numa constituição apta a normatizar toda a sociedade. Trata-se aqui da institucionalização de mecanismos de mercado em toda a sociedade,<sup>40</sup> um verdadeiro monocontextualismo econômico. Essa visão, socialmente achatada, produzida pela economia, é fruto de sua própria racionalidade hipertrófica, a qual pretendia, por diversos meios, ser aplicada a todos os âmbitos da sociedade.<sup>41</sup>

Entre politização e economização social, entende-se que nenhum dos modelos propostos seria apto a lidar com o pluralismo da sociedade global, antes, seria necessário navegar entre essas alternativas, não compartilhando qualquer forma de determinismo. Rudolf Wiethölter considera que algumas externalizações são inevitáveis, e não devem ser entendidas como determinações, mas antes, podem servir de suporte quando a autoajuda do sistema em questão não é possível, como uma forma de “assistência terapêutica”.<sup>42</sup> Diferentes variantes do pluralismo constitucional insistem em dar um direcionamento totalizante à sociedade, sem, contudo, obter o êxito esperado. Diante disso, torna-se cada vez mais evidente a decadência de modelos constitucionais unilateralizantes, como o Estatal ou o econômico. No presente momento constitucional da sociedade global, tende-se para a *multilateralização do constitucionalismo*. Na visão de Teubner, as constituições emergem em todos os âmbitos sociais, de modo a permitir-se alterar a famosa máxima de Hugo Grotius, de *ubi societas ibi ius*, para *ubi societas ibi constitutio*.<sup>43</sup>

Diante das tendências expansionistas e desdiferenciadas de alguns sistemas funcionais, e visando a manutenção da pluralidade constitucional de âmbitos sociais diversos, lança-se mão dos recursos oferecidos pelo constitucionalismo societal.<sup>44</sup> A teoria do constitucionalismo societal,

elaborada originalmente por David Sciulli,<sup>45</sup> emergiu como uma crítica às fragilidades neocorporativismo que se concentraria em demasia no dualismo político e econômico, em detrimento a outros setores da sociedade. A base de sua crítica está em revelar quais seriam as forças autoritárias que agiriam no processo de racionalização da sociedade (Weber).<sup>46</sup> Segundo a leitura que Sciulli faz dos diagnósticos weberianos acerca da modernidade, identificam-se pelo menos quatro impulsos na sociedade atual: (i) o do insolúvel conflito entre diferentes tipos de racionalidade; (ii) o da dominação do cálculo instrumental em favor da economia e da política, em prejuízo das demais esferas; (iii) o da burocratização e hierarquização formal das organizações, que promoveriam todo tipo de racionalidade formal; (iv) e o da “gaiola de ferro”, que traz consigo a sensação de confinamento devido à proliferação das organizações em todos os âmbitos sociais.<sup>47</sup>

Frente a essas demandas, Sciulli opõe o surgimento das *formações colegiais*, como uma resposta da dimensão social normativa à racionalidade instrumental. Tais formações emergiriam em diversos setores sociais, a fim de garantir suas respectivas autonomias, especialmente em face dos impulsos desdiferenciadores da política e da economia.<sup>48</sup> As “formações colegiais” são basicamente instâncias deliberativas que buscam a eliminação dos traços autoritários das instituições. De modo geral, a estratégia do constitucionalismo societal, seria fomentar o crescimento da habilidade deliberativa das instituições sociais. Diante desse modelo, Teubner se questiona sobre como seria possível o constitucionalismo societal de Sciulli, mesmo mediante o crescimento das externalidades negativas dos subsistemas e suas condições de autolimitação sob o contexto da globalização.<sup>49</sup>

#### 4. AS NOVAS CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS DA SOCIEDADE GLOBAL

A globalização traz consigo uma série de significados, porém o mais importante deles é a diferenciação funcional dos subsistemas sociais, tais como a política, a ciência, a economia e o direito, ou seja, trata-se de uma *globalização policêntrica*,<sup>50</sup> que não se reduz à dimensão econômica. “A globalização é um processo policêntrico, no qual diversos âmbitos vitais superam seus limites regionais e constituem, respectivamente, setores globais autônomos”.<sup>51</sup> Como o dito inicialmente, nem todos os subsistemas sociais se globalizaram simultaneamente, esse processo se deu em velocidades e intensidades distintas,<sup>52</sup> num cenário no qual os sistemas orientados por estruturas cognitivas tomaram a frente, tais como a economia, a ciência e a técnica, figurando como verdadeiros subsistemas globais, que foram se desligando progressivamente da base político-legal dos Estados nacionais.<sup>53</sup> A base do constitucionalismo estatal é a territorialidade, contudo, na sociedade global há uma crescente tendência de desconexão entre constituição e soberania estatal.<sup>54</sup> No plano internacional, organizações como ONU, UNICEF, OIT e OMS, desenvolvem uma série de normas constitucionais para as sub-áreas da sociedade mundial,

contudo a ambição pela criação de uma “constituição do Estado global” permanece como uma “ilusão constitucional”, que reproduz acriticamente os problemas estruturais das desgastadas constituições estatais, projetando-os no plano global.<sup>55</sup>

No âmbito do direito internacional público, a ideia de progressiva fragmentação das ordens jurídicas internacionais, também passa a ser um problema amplamente admitido. Segundo Martti Koskenniemi, questões como o desenvolvimento econômico, os direitos humanos, o meio ambiente, a criminalidade, a segurança, começaram a desafiar os velhos princípios e instituições baseados no modelo político-estatal. Nesse sentido, formas de especialização jurídicas, tais como a “lei do comércio”, os “direitos humanos”, a “lei ambiental”, a “lei de crimes internacionais” e a “lei de segurança”, emergiram na forma de estruturas de relevante *expertise* funcional, emanadas, em grande medida, por organizações intergovernamentais.<sup>56</sup>

Teubner quer superar esses dogmas constitucionais tradicionais, centralizadores, que caem constantemente nas armadilhas do “nacionalismo metodológico”.<sup>57</sup> Nesse sentido, a alternativa dada pelas “constituições civis” aparece como modelo muito mais interessante, especialmente num cenário onde as organizações internacionais não são atores exclusivos, dividindo espaço com as corporações transnacionais, que também recebem impulsos constitucionais, através do estabelecimento de seus “códigos de conduta”.<sup>58</sup> Com a autoconstitucionalização das ordens globais independentes, surge concomitantemente o risco de se desenvolverem normas constitucionais corruptas acopladas às constituições em favor de interesses privados. Para Teubner, esse é o grande desafio para a autonomia do direito global.<sup>59</sup>

Dentre os inúmeros atores da sociedade global, as organizações transnacionais, como as grandes corporações e as organizações não governamentais globais, apresentam-se como as principais candidatas para a obtenção de uma constitucionalização independente.<sup>60</sup>

Emerge agora uma questão importante: a da presença de um substrato social na constitucionalização dos regimes transnacionais. O “nacionalismo metodológico” se funda basicamente: (i) na existência de um *demos* como “corpo coletivo” que estaria por trás de uma constituição, (ii) na dialética entre *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué*, (iii) na legitimidade que emergiria de um consenso democrático, (iv) no pluralismo político, e (v) no mito da fundação da constituição pela coletividade.<sup>61</sup> Sob as novas condições estruturais presentes na sociedade global, os pré-requisitos para a existência de um substrato social devem ser consideravelmente alteradas, a começar pela questão da desconexão entre constituição e soberania estatal, como já pontuado anteriormente. A constituição deve ser desacoplada da política institucionalizada, assim permitindo a constitucionalização autônoma dos outros âmbitos da sociedade civil global. Ao mesmo tempo em que se desacopla da política, a constituição também se desacopla do *medium* do poder (*Macht*),<sup>62</sup> possibilitando que outros meios de comunicação simbólicos sejam alvejados por ela.<sup>63</sup> Essas transformações estruturais permitem a Teubner concluir que, os subsistemas sociais



não precisam se tornar atores coletivos para se constitucionalizarem, a *lex mercatoria* no âmbito econômico é exemplo dessa não necessidade. Também em outros setores da sociedade, como no esporte e até mesmo na internet, emergem tendências similares, com a *lex sportiva* e a *lex digitalis*.<sup>64</sup>

O novo constitucionalismo, em conexão com a globalização, enfrenta o surgimento das “organizações internacionais”, dos “regimes transnacionais” e das chamadas “redes” (*networks*).<sup>65</sup> Contudo, a constitucionalização dessas esferas sociais não se esgota no mero estabelecimento de normas, antes, as constituições extra-estatais precisam obedecer a certos requisitos materiais mínimos que as legitimem. Segundo Teubner, as normas produzidas pelos regimes transnacionais, devem passar por um teste de qualidade que determina sua natureza constitucional. São basicamente quatro critérios que devem ser analisados para tanto: (i) *funções constitucionais* – determinar regras limitativas e constitutivas das esferas, não sendo elas meramente regulatórias ou solvedoras de conflitos; (ii) *arenas constitucionais* – a existência de arenas de processos políticos organizados e de processos espontâneos da opinião pública nas esferas; (iii) *processos constitucionais* – a presença de uma efetiva conexão entre as normas legais desenvolvidas pelos regimes e o contexto social (comunidade nômica); (iv) *estruturas constitucionais* – a possibilidade da aplicação das normas desenvolvidas pelos regimes para a revisão de leis ordinárias reflexivamente.<sup>66</sup>

#### 4.1 FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS

As *funções constitucionais*, dizem respeito à questão das regras *limitativas* e *constitutivas*, que podem ser produzidas no bojo das constituições setoriais, a partir dos acoplamentos que o sistema jurídico estabelece com as demais esferas autônomas da sociedade. Nesse contexto, uma das maiores preocupações apontadas, refere-se ao neoliberalismo e à expansividade econômica por ele produzida. O modelo constitucional neoliberal, não tem condições de se sustentar, pois impele à maximização da racionalidade parcial da economia, encobrindo e instrumentalizando as demais formas de racionalidade social, de modo alienante.<sup>67</sup>

Com a diferenciação funcional da sociedade em subsistemas, verifica-se que o principal conflito gerado pelas energias sistêmicas, é aquele entre autonomização e limitação funcional. A globalização acelerou o efeito destrutivo de alguns sistemas sociais, é aquilo que já identificamos como “hipertrofia de determinadas racionalidades” da qual decorre a “compulsão de alguns sistemas por um crescimento ilimitado”. A esse fenômeno hipertrófico, Teubner denomina de *turboautoipoiesis*.<sup>68</sup> Politização, economização, juridificação, midialização, medicalização – são todas tendências expansionistas dos sistemas funcionais, já que a espiral patológica do crescimento compulsivo não aparece exclusivamente na economia, mas em qualquer sistema. Rudolf Stichweh aponta que o crescimento compulsivo dos sistemas, pode ser provocado pela “inflação” da produção dos “símbolos” específicos que circulam dentro dos mesmos, como por exemplo do “dinheiro” (*Geld*) no sistema econômico e do “poder”

(*Macht*) no sistema político.<sup>69</sup> O maior problema decorrente da dinâmica expansiva é sua natureza destrutiva para os demais subsistemas, como coloca Teubner, o excesso de produtividade sistêmica pode gerar destrutividade. Diante dessas condições, um dos grandes dilemas que se formula é o de como barrar o crescimento patológico e manter o crescimento normal dos sistemas funcionais da sociedade, trata-se aqui de combater o “lado sombrio” (*dark side*) da diferenciação funcional.

A autorrestrrição sistêmica da pressão de crescimento passa a ser um importante desafio para a sociedade global. A diferenciação das esferas sociais trouxe consigo o problema do inevitável conflito entre elas. Segundo Teubner, as colisões entre as esferas sociais podem ocorrer basicamente de três modos: (i) pela colisão de racionalidades particulares com outras racionalidades; (ii) pela colisão com a racionalidade compreensiva da sociedade mundial; e (iii) pela colisão da função de maximização das esferas sociais com sua própria autorreprodução. A constante colisão de esferas, especialmente as que decorrem das tendências patológicas de alguns sistemas, gera a possibilidade da eclosão de “catástrofes” sociais.<sup>70</sup> O perigo que emerge dos três tipos de colisão suscitados, são basicamente: a autodestruição do sistema social em condições hipertróficas, a ocorrência de danos ambientais (no sentido amplo), e o comprometimento da sociedade mundial tal como estabelecida.

Frente ao excessivo crescimento sistêmico, abrem-se duas opções para combater nesse *front*. A primeira é o intervencionismo estatal, que se mostrou nocivo à manutenção das autonomias funcionais, especialmente depois das experiências totalitárias.<sup>71</sup> A segunda opção, diz respeito à constitucionalização interna dos próprios sistemas, que poderia levar a uma autodomesticação dos sistemas, ou seja, a uma domesticação de suas dinâmicas expansivas. Essa alternativa parece estar mais apta a lidar com as necessidades que nascem das tendências atuais (crises, hiperexpansividade), levando à formação daquilo que Teubner denomina de *constituições capilares*, situadas nos mais diversos âmbitos sociais, apropriando assim, em certo sentido, um construto de Jacques Derrida, que buscou inspiração no neoestruturalismo francês de Michel Foucault e seu conceito de “poder capilar”.<sup>72</sup> Do mesmo modo com que a constitucionalização política criou condições para a autolimitação do poder, as constituições capilares produzidas nas demais esferas sociais possibilitariam a autodelimitação das dinâmicas sistêmicas expansivas, dito em outras palavras, elas inibiriam as compulsões patológicas pelo excessivo crescimento, estimulando a autodelimitação dos sistemas com relação ao seu ambiente, gerando espécies de “contra-estruturas” que barrariam racionalidades hipertróficas criadas no interior do próprio sistema, sem necessidades de intervenções externas.<sup>73</sup>

#### 4.2 ARENAS CONSTITUCIONAIS

Passado o debate concernente às funções constitutivas e delimitativas das constituições globais, não há que se olvidar da questão das *arenas constitucionais*, as quais emergem do processo de diferenciação interna

dos próprios sistemas sociais. Na esteira do constitucionalismo societal, que concebe uma variedade de centros de reflexão na sociedade, bem como a democratização das instituições, entende-se que no interior dos sistemas funcionais ocorre uma diferenciação básica entre aquilo que denominamos de *esfera profissional-organizada* e *esfera espontânea*.<sup>74</sup> O dualismo organizado/espontâneo é um princípio básico da diferenciação funcional, por meio dele se torna possível estender a constitucionalização aos demais âmbitos da sociedade. O atual balanço precário entre o organizado e o espontâneo deve ser recalibrado, especialmente para conter a dominação da esfera organizada sobre a espontânea. Nesse sentido, a participação, a deliberação, os mecanismos eleitorais, a descentralização de mercado, dentre outros, atuariam como meios potencializadores da democratização interna dos sistemas, impedindo a dominação. A diferenciação entre esfera profissional e esfera espontânea aparece nitidamente na economia (corporações *vs.* consumidores) e na política (governo *vs.* opinião pública), e em certa medida, também, no direito, na mídia e no sistema de saúde.<sup>75</sup> A atuação da esfera espontânea no sistema econômico, por exemplo, é importante no sentido de abri-lo para as preferências dos consumidores, considerando questões como a sustentabilidade e a ecologia, etc., levando ao estímulo de um planejamento ecológico da economia, a fim de evitar possíveis campanhas de crítica, protestos, boycotts – como uma forma de respeito a “direitos econômicos fundamentais”.<sup>76</sup> As pressões produzidas pela esfera espontânea, mostram-se cada vez mais eficientes no sentido da promoção de uma “ecologização das constituições corporativas” no âmbito da esfera profissional-organizada, abrindo-a cognitivamente para o aprendizado. Em que pese a primazia das expectativas cognitivas na sociedade mundial, isso não significa que os códigos corporativos dos grandes agentes transnacionais da economia mundial sejam destituídos de sua qualidade normativa, produzida no âmbito de sua própria internalidade. Trata-se aqui da questão da responsividade das instituições com relação a suas funções autorregulatórias. A importância dessa responsividade se reflete na autorregulação da produção do símbolo comunicativo específico de cada sistema, tal como o poder, o dinheiro, a lei, a verdade, dentre outros.

O problema da ausência de autorregulação específica e responsividade, manifestou-se sobretudo durante a crise econômica de 2008, quando os bancos privados iniciaram um processo de criação massiva de dinheiro *ex nihilo*, sem qualquer forma de lastro, e em favor da excessiva pró-ciclicidade da especulação autorreferencial do sistema econômico, sem qualquer forma de estratégia macroeconômica, responsabilidade social ou política.<sup>77</sup> Essa espiral de crescimento produzida pelo sistema econômico, resultou, no fim das contas, em um processo autodestrutivo, o qual, é quase sempre ativado nos momentos em que as barreiras do crescimento sistêmico necessário são ultrapassadas, gerando externalidades sociais negativas. Dentre as medidas necessárias ao combate dessa tendência hipertrófica, além da inevitável reforma do sistema bancário, seria necessário observar que a globalização dos mercados financeiros

requer, cada vez mais, soluções constitucionais globais, seja na forma de uma “constitucionalização dos mercados globais” (Polanyi),<sup>78</sup> ou de um “constitucionalismo societal” (Sciulli) econômico. A hipótese de solução através da “constitucionalização global do sistema financeiro”, emergiria na forma de cooperação entre bancos centrais, em uma espécie de coalisão de vontades, como medida autolimitadora do próprio sistema econômico. Também, a formação de “instituições colegiadas” no interior das organizações econômicas, poderia cumprir esse difícil papel de barrar as tendências expansionistas do sistema econômico da sociedade global.<sup>79</sup> Não obstante, na atualidade a constitucionalização do sistema econômico permanece um desafio.

#### 4.3 PROCESSOS CONSTITUCIONAIS

No que concerne aos *processos constitucionais*,<sup>80</sup> considera-se aqui a capacidade de “reflexividade” inerente aos subsistemas sociais.<sup>81</sup> Nesse sentido, a “autoconstitucionalização” dos subsistemas sociais apareceria como um processo reflexivo, e ao mesmo tempo, de dupla clausura do sistema. A dupla clausura sistêmica permite a definição de fronteiras externas, e simultaneamente, a formação de uma identidade interna, sendo assim indispensável para a distintividade e autonomização sistêmica (autofundamentação). Quando se fala em dupla clausura, estão pressupostas duas ordens de clausura: a clausura de primeira ordem, que garante a autoprodução das operações sistêmicas, e a clausura de segunda ordem, que diz respeito à aplicação reflexiva das próprias operações às operações. Desse modo, a constituição é por excelência um produto do processo de dupla clausura sistêmica, onde normas reproduzem normas autorreferencialmente.<sup>82</sup> O “constitucionalismo societal é assim definido como acoplamento estrutural entre os mecanismos reflexivos do sistema jurídico e os mecanismos do setor social implicado”,<sup>83</sup> ou seja, a constituição pode ser gerada pelo acoplamento estrutural das instâncias reflexivas do direito com a de qualquer outro sistema. Pelo fato de ser um “processo duplo”, a constituição não pode ser reduzida nem a um fenômeno exclusivamente legal e nem a um fenômeno unicamente social. Essa duplicidade da constituição permite aos sistemas que a formam, externalizar uns para os outros, os paradoxos produzidos internamente com o objetivo de superá-los, como ocorreu no sistema político, com o paradoxo do “poder fundador” e a separação de poderes, e como hoje ocorre com o paradoxo do ciclo econômico, onde dinheiro produz mais dinheiro, demandando um imperativo por autolimitação sistêmica por meio da constitucionalização econômica, a fim de evitar o paradoxo econômico do bloqueio sistêmico total (solvente = insolvente), como observado na crise financeira de 2008.<sup>84</sup>

A autonomia das constituições sociais nunca são formas puramente autônomas, antes, eles sempre contêm elementos de heteronomia. Ela própria, precisa primeiro ser definida heteronomamente através de normas legais, e seguidamente, ser capaz de definir a si mesma.

#### 4.4 ESTRUTURAS CONSTITUCIONAIS

As estruturas constitucionais estão relacionadas ao surgimento de metacódigos sistêmicos híbridos.<sup>85</sup> Segundo a teoria dos sistemas sociais de Luhmann, todo sistema social autopoietico adquire valores próprios (*Eigenvalues*), que controlam o oscilar autorreferencial dos sistemas entre um valor positivo e um valor negativo – a esse adereço sistêmico, denominamos de código binário. O sistema jurídico, orienta-se pelo código lícito/ilícito, enquanto a economia pelo ter/não-ter, a política pelo governo/oposição, a arte pelo belo/feio, dentre outros. O código da constituição (constitucional/inconstitucional), que permanece como processo de acoplamento estrutural entre dois sistemas autônomos, tem admitida precedência sobre o código do sistema jurídico (lícito/ilícito), e não admite a fusão de esferas sociais distintas, mas antes, visa garantir os processos autônomos das esferas sociais.

O código da constituição é um esquema observacional que cria, concomitantemente, dois diferentes mundos de sentido para o direito e para o sistema com o qual este se acopla. A hibridização dos códigos se opera através da observação mútua dos mesmos. Essa reciprocidade observativa (com o auxílio da programação sistêmica) revela o aspecto coevolutivo de alguns sistemas sociais, como entre sistema jurídico e sistema econômico. Princípios básicos do sistema econômico, no decorrer do processo evolutivo, transformaram-se em princípios jurídicos constitucionais, os quais variaram segundo os contextos históricos, tais como a propriedade, o contrato, o mercado, a sustentabilidade ecológica, dentre outros. Por meio da reintrodução das distinções sistêmicas no próprio sistema que produz as distinções, obtemos uma observação específica, à qual a teoria dos sistemas denomina *re-entry*. A observação da distinção direito/economia pelo próprio sistema jurídico, permite a ele reconstruir em sua interioridade toda a gama de princípios econômicos na forma de princípios legais.<sup>86</sup> Do mesmo modo, o sistema econômico faz a *re-entry* da diferença economia/direito dentro de sua própria malha operativa, observando princípios jurídicos segundo a racionalidade econômica. Disso extraímos a conclusão da existência de *re-entries* recíprocos entre uma pluralidade de subsistemas sociais. Nesse sentido, o código da constituição atua como metacódigo híbrido das codificações jurídica e econômica, de modo a orientar a reciprocidade observativa de ambos os sistemas, sem recorrer a determinações externas. A título de exemplo, cita-se o contrato e a propriedade, os quais podem designar coisas radicalmente diferentes no sistema econômico e no sistema jurídico, numa condição em que apenas uma “constituição econômica” poderia lidar com o bilinguismo dos diferentes sistemas,<sup>87</sup> atuando como uma verdadeira “instituição de ligação” (*binding institution*).

A inovação de Teubner está em defender a autonomia das subconstituições, trata-se de uma verdadeira despolitização da sociedade, já que essas constituições societárias têm como característica marcante o distanciamento progressivo com relação à política. No contexto de uma sociedade democratizada, Teubner concebe a existência de uma “esfera

pública” (*Öffentlichkeit*) que não se limita meramente a uma esfera intermediária entre o Estado e a sociedade, como o apregoado pela tradição que se apoia na diferença público/privado. A esfera pública agora passa a estar presente em todos os setores autônomos da sociedade, inclusive na economia, aliás, o dinheiro como “símbolo circulante” foi concebido na “esfera pública econômica”, o verdadeiro centro emanador da constituição econômica.

Na sociedade moderna, funcionalmente diferenciada, a política já não pode mais determinar os princípios fundamentais dos outros sistemas, ou seja, nenhum sistema da sociedade pode representar a totalidade da sociedade, nem mesmo o sistema político.<sup>88</sup> Os subsistemas devem ser capazes de gerar seus próprios mecanismos reflexivos, tornando a regulação política cada vez mais inadequada.<sup>89</sup>

## 5. DIREITOS FUNDAMENTAIS TRANSNACIONAIS, COLISÕES INTERCONSTITUCIONAIS E RESPONSABILIDADE

### 5.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS ALÉM DO ESTADO E OS ATORES PRIVADOS TRANSNACIONAIS

A sociedade mundial encontra diante de si um novo desafio: a dificuldade de validar os direitos fundamentais nos âmbitos estatais, extra-estatais, internacionais, locais e privados (regimes privados e corporações transnacionais).<sup>90</sup> Com a diferenciação funcional das esferas da sociedade, desenvolvem-se também interdependências entre elas. Segundo Luhmann, essas interdependências são necessárias para a institucionalização de uma grande quantidade de “direitos fundamentais” (*Grundrechte*), os quais têm como principal função preservar a própria diferenciação social.<sup>91</sup> Nesse contexto, não seria incorreto estender a necessidade da validação dos direitos fundamentais também para os regimes transnacionais privados, como sugerem Ladeur e Viellechner.<sup>92</sup> Os direitos fundamentais nacionais devem encontrar seus equivalentes transnacionais, trata-se aqui do efeito horizontal dos direitos fundamentais, uma verdadeira interlegalidade.

Com a perda de força dos Estados nacionais, as questões concernentes a direitos fundamentais passaram, em certa medida, a fugir do controle estatal. A situação turbulenta da sociedade mundial diante da violação dos “direitos humanos” (*Menschenrechte*) – para falarmos numa semântica mais ampla – tem se tornado um problema constantemente suscitado pelas organizações não governamentais, especialmente através de “movimentos de protesto” (*Protestbewegungen*) cada vez mais volumosos. Trata-se aqui daquilo que Andreas Fischer-Lescano denominou de *colère publique* mundial, ao apropriar-se de um conceito de Durkheim, e ao mesmo tempo utilizar uma abertura interpretativa possibilitada por Luhmann na discussão acerca do paradoxo dos direitos humanos.<sup>93</sup> Essa *colère publique* mundial, que decorre da violação dos direitos humanos, estaria ligada aos processos de escândalo que emergiriam

do desapontamento das expectativas normativas da sociedade mundial. Para Fischer-Lescano, muitos direitos fundamentais passariam a ser validados a partir da consideração de processos mundiais de escândalo. Teubner discorda das conclusões de Fischer-Lescano, no sentido de que apesar da averiguação de Luhmann, de acordo com a qual a ordem jurídica do direito mundial se assemelharia com formas organizatórias das sociedades tribais (aproximando-se da *colère publique* de Durkheim), seria necessário, antes, a institucionalização desses direitos, a fim de ancorar as expectativas normativas e possibilitar seu reconhecimento, secundarizando o aspecto da mera *colère publique*.

Apesar do ceticismo que ronda a validação concreta das normas de direitos fundamentais nos regimes globais privados, órgãos como os tribunais arbitrais, que estão por trás do julgamento dos casos relacionadas ao comércio internacional (*lex mercatoria*) e à internet (*lex digitalis*), por exemplo, demonstram cada vez mais a efetiva presença de respeito a direitos fundamentais em suas decisões.<sup>94</sup> Nesse sentido, os efeitos dos direitos fundamentais se propagariam para além do âmbito de ação estatal, estabelecendo-se como uma estrutura horizontal e basilar da sociedade mundial. Os direitos fundamentais surgem historicamente com o Estado,<sup>95</sup> com a finalidade de proteger as estruturas diferenciadas da sociedade moderna contra as tendências desdiferenciantes do sistema político.<sup>96</sup> Com a constitucionalização da sociedade global, não se limitando apenas ao sistema político, surge a demanda pelo ajuste dos direitos fundamentais às racionalidades e normatividades específicas das diferentes sub-áreas sociais,<sup>97</sup> ou seja, uma necessária reespecificação dos direitos fundamentais nos diferentes contextos sociais.

Uma das importantes questões que emergem do debate concernente a direitos fundamentais é o chamado “efeito inclusivo” (ou inclusão) que eles podem proporcionar nas diferentes esferas, especialmente em referência ao chamado “direito ao acesso” com relação às prestações básicas de determinados sistemas. Segundo Luhmann, “o conceito de inclusão significa a incorporação da população global às prestações básicas dos distintos sistemas funcionais da sociedade”, tendo em vista “de um lado, o acesso às prestações, e de outro, as dependências que decorrem dos distintos modos de vida individual”.<sup>98</sup> Essa demanda por inclusão de toda população em cada sistema funcional representa a lei básica da diferenciação funcional da sociedade moderna.<sup>99</sup> Todavia, apesar do imperativo por inclusão, a modernidade traz consigo, paradoxalmente, a exclusão de grande parte da população mundial.<sup>100</sup> Trata-se de um problema de “inclusão defeituosa”, que se agudizou graças à aceleração do processo de modernização social a nível global, o que acarretou uma série de disparidades sociais, dada a diversidade dos modos de desenvolvimento regional.<sup>101</sup> A grande consequência negativa que disso provém, é que “a exclusão de um âmbito funcional impede a inclusão em outros âmbitos”,<sup>102</sup> gerando aquilo que podemos denominar de “cadeias de exclusão”. As cadeias de exclusão são produzidas quando a extensão do grau de exclusão atinge por exemplo, as condições de extrema pobreza com relação ao código ter/não ter do sistema econômico, tornando inevitável a exclusão

às prestações de outros sistemas funcionais, tais como a escolarização, a proteção legal, a estabilidade familiar, dentre outras.<sup>103</sup> Essas cadeias de exclusão não são um legado das sociedades tradicionais, mas sim um produto da própria modernidade. Diante disso, o problema da diferença inclusão/exclusão passa a ser um problema que corta ortogonalmente todos os sistemas funcionais da sociedade, “como uma espécie de metacódigo mediatizador de todos os demais códigos”.<sup>104</sup>

Em face das tendências de exclusão na sociedade moderna, o constitucionalismo societal auxilia com a construção de garantias contrainstitucionais nos diferentes âmbitos sociais, visando conter os paradoxais efeitos perversos de uma sociedade funcionalmente diferenciada. As constituições societais trazem em seu bojo direitos fundamentais que não se limitam a meras garantias individuais, mas antes, buscam garantir a inclusão da população nos sistemas funcionais.<sup>105</sup> Algumas racionalidades setoriais sistêmicas tendem à violação dos direitos fundamentais por conta de suas tendências expansionistas.<sup>106</sup> Essa tendência não se reduz apenas ao *medium* do poder, como insiste Foucault, mas antes, estende-se a outros subsistemas sociais.<sup>107</sup> Nesse contexto, Teubner prefere falar em *matrizes comunicativas anônimas*, tais como as instituições, os discursos e os sistemas, em face dos quais surgem três diferentes dimensões de direitos fundamentais: (i) *direitos institucionais* – que protegem a autonomia dos processos sociais em face das tendências totalizadas das matrizes comunicativas; (ii) *direitos pessoais* – que protegem os espaços comunicativos autônomos dentro da sociedade, atribuídos não às instituições, mas aos artefactos sociais chamados ‘pessoas’; (iii) *direitos humanos* – que cuidam do ambiente psíquico e físico dos indivíduos como ‘corpo e mente’, em face da comunicação social e intentos expansionistas das matrizes.<sup>108</sup> Essa formação tridimensional dos direitos fundamentais permitiria resguardar os processos sociais autônomos, as pessoas como artefactos sociais, e os seres humanos como “corpo e mente”, das tendências expansionistas advindas das “matrizes anônimas”. Analisado o espectro de abrangência dos direitos fundamentais policontextualizados por meio das constituições societais, faz-se necessário agora direcionar-se para a possibilidade das “colisões” interconstitucionais que podem vir à tona com a fragmentação constitucional.

## 5.2 COLISÕES ENTRE CONSTITUIÇÕES E RESPONSABILIDADE CONSTITUCIONAL

A imagem oferecida pelo constitucionalismo societal no contexto da globalização é, naturalmente para Teubner, a dos fragmentos constitucionais.<sup>109</sup> Nesse cenário, o conflito entre regimes jurídicos transnacionais é inevitável. Segundo Teubner, são basicamente quatro situações de conflito passíveis de identificação: (i) conflitos entre normas de dois ou mais regimes internacionais aplicáveis ao mesmo tipo de caso; (ii) conflitos decorrentes de quando uma corte, num determinado regime jurídico, depara-se com a possibilidade de usar normas de outros regimes; (iii) conflitos produzidos quando a mesma questão jurídica já analisada por



uma corte, é submetida a outra; (iv) conflitos gerados por diferentes tribunais internacionais, ao interpretarem de modos diferentes as mesmas normas jurídicas.<sup>110</sup>

Diante da heterarquia entre as constituições e os respectivos tribunais vinculados a elas no plano da sociedade mundial, é inevitável o surgimento de forças centrífugas. “No interior dos subsistemas da sociedade mundial – na política internacional, na economia global, no direito e na ciência – autoridades de coordenação central tem uma presença débil”. A possibilidade de coordenação entre sistemas e regimes permanece fraca ainda no âmbito global. Esse problema de descoordenação se agrava ainda mais com a presença de “regimes hegemônicos” que pressionam constantemente as racionalidades parciais de outros regimes, de modo manipulativo.<sup>111</sup> Apenas a criação de contra-instituições dos regimes societários seriam capazes de frear o imperialismo dos regimes hegemônicos.

Os problemas que brotam das múltiplas disputas heterárquicas no seio do pluralismo constitucional precisam ser solvidos. A construção de uma forma de metaconstitucionalismo seria, nessas condições, importante para a criação de uma integração mínima necessária entre os regimes jurídicos, visando a resolução dos conflitos. Em face dos conflitos interconstitucionais, as formas de solução mais viáveis podem ser, por um lado, a *internalização*, que consiste na reconstrução das normas de outro regime no foro interno da constituição que sofre colisão, ou por outro lado, a *externalização*, que corresponde à realocação dos conflitos em regimes de cooperativos de decisão.

Os conflitos entre regimes trazem questões de origem completamente novas, especialmente pelo fato de grande parte desses regimes estarem desligados dos limites territoriais das nações. Eles são transnacionais, e desse modo, as fronteiras territoriais são substituídas por fronteiras funcionais.<sup>112</sup> Nesse cenário, Teubner fala no aparecimento de “redes normativas” que se relacionam heterarquicamente.<sup>113</sup> Seguindo Ladeur, superando a teoria jurídica da supranacionalidade, o conceito de “rede” (*network*) apresenta maior adequabilidade. A centralização na forma de rede é diferente da centralização formal hierárquica, pois o centro de uma rede é apenas *primus inter pares*.<sup>114</sup> Ou seja, não se tratam de centros, propriamente ditos, mas sim de “nós” (*nodes*) que se formam de modo descentralizado, criados segundo a arquitetura de conexões possíveis, estabelecidas de antemão pelas próprias redes. O desafio aqui, seria combinar dois requerimentos contraditórios inerentes às redes: o primeiro corresponde à procura de uma possível compatibilização entre as normas conflitantes dos regimes em questão, e o segundo, seria o desafio de se assumir um ponto comum às perspectivas para a criação de novas normas.

Outra forma de conflito averiguável nas atuais condições sociais é o conflito intercultural.<sup>115</sup> O policentrismo cultural traz à tona uma inevitável situação colisão entre a pluralidade de normas advindas de diferentes culturas. Aqui, faz-se especial referência às colisões interculturais que ocorrem, particularmente, quando a diferenciação funcional dos regimes transnacionais se confronta com as culturas tradicionais, como por

exemplo com os povos indígenas das sociedades periféricas.<sup>116</sup> Daqui, não emerge uma segunda forma de fragmentação, mas antes, trata-se de uma espécie de colisão que também deve ser levada em consideração entre os fragmentos constitucionais. Para Teubner, “a hiperestrutura da sociedade moderna globalizada precisa ser forçada a respeitar as intangibilidades das culturas regionais”.<sup>117</sup> Nessas condições, seria necessária a construção de princípios constitucionais que estabelecessem soluções capazes de permitir a autonomia da tradição, ou seja, a teoria constitucional deve ampliar sua capacidade observativa, que se encontra voltada apenas para conflitos entre os subsistemas da sociedade global funcionalmente diferenciada, e passar a se preocupar também com os conflitos que se originam entre o primado da diferenciação funcional global e as culturas regionais socialmente enraizadas. Para isso, é de fundamental importância o aumento de sensibilidade do direito moderno para a compreensão da linguagem específica das culturas regionais,<sup>118</sup> especialmente quando os conflitos em questão digam respeito a direitos fundamentais.

Além dos conflitos entre regimes e dos conflitos interculturais, diante do constitucionalismo societal, colocam-se também as questões finais do princípio da justiça e da sustentabilidade (responsividade). Os bloqueios à hipertrofia do sistema econômico e as dificuldades provocadas pelos problemas com a preservação dos ambientes (social, humano e natural) parecem se impor como os últimos e grandes desafios da sociedade mundial.<sup>119</sup> Suscitar questões inerentes à sustentabilidade no âmbito sistêmico, depende do fortalecimento das irritações provindas dos ambientes intrassocial e extrassocial. O constitucionalismo societal permite que as questões concernentes à sustentabilidade sejam suscitadas no interior dos sistemas sociais implicados. Todavia, “nós podemos ver que a grande autonomia dos sistemas funcionais globais demandam um novo tipo de sustentabilidade”,<sup>120</sup> e ao mesmo tempo novas formas de sensibilização com relação aos diferentes ambientes. Com o auxílio da atuação do constitucionalismo societal, a nova sustentabilidade seria capaz de agir em favor da prevenção às tendências destrutivas provocadas pelos sistemas sociais globais.<sup>121</sup>

## 6. CONCLUSÃO E CRÍTICA

Diagnosticando a fragmentação constitucional da sociedade global, apresentamos uma análise concernente às novas questões que emergem para a teoria constitucional. Num contexto onde os Estados nacionais perdem proeminência e o capitalismo se torna global (Brunkhorst), o pluralismo jurídico transnacional toma espaço, na medida em que emerge um “direito espontâneo”, capaz de produzir uma gama de constituições societais (Sciulli) nos mais diversos âmbitos sociais. Tratam-se das chamadas “constituições civis globais” (*globale Zivilverfassungen*), pertencentes à esteira do “pluralismo constitucional para além do Estado” (Teubner). Segundo nossa análise, o surgimento das constituições civis setoriais, como mecanismos de reação à expansividade sistêmica, proporcionou ao

sistema jurídico um papel de extrema importância na sociedade moderna, em especial no que diz respeito ao seu potencial normativo para combater as “ordens sociais reificadas”,<sup>122</sup> que se tornam ameaçadoras nas formas de economização, politização, cientificação, das esferas autônomas da sociedade. Todavia, em que pesem as possibilidades positivas da pluralização dos âmbitos de alcance constitucional, por meio da fragmentação social e do constitucionalismo societal, essas condições podem trazer consigo uma série de limitações e até mesmo riscos para a manutenção de uma sociedade funcionalmente diferenciada.

Para Thomas Vesting, o constitucionalismo societal possui duas concepções, uma fraca e outra forte. O conceito fraco de constitucionalismo societal diz respeito à simples institucionalização de elementos constitucionais em uma série de setores globais, como as redes transnacionais e a internet (*lex informatica*), nos quais poderiam se desenvolver normas jurídicas fundamentais específicas de cada esfera. Segundo ele, essa tese seria plausível.<sup>123</sup> Por outro lado, Vesting se declara cético com relação ao estabelecimento de um constitucionalismo societal forte para além do acoplamento estrutural entre sistema jurídico e sistema político, como quer Teubner.<sup>124</sup> O “constitucionalismo livre” de Teubner desconsideraria processos peculiares ao sistema político para a formação de constituições em outras esferas autônomas da sociedade. Segundo ele “a primeira objeção pode ser formulada no âmbito da estrutura da própria teoria dos sistemas: se a constituição é o produto de um acoplamento específico desde a segunda metade do século XVIII, o conceito constitucional não pode simplesmente ser separado da sua contrapartida política e recolocado em outros subsistemas, tal como a economia, a ciência ou a internet. Se a política é eliminada do acoplamento estrutural da ‘constituição’, resta apenas o direito”.<sup>125</sup> Nesses termos, o desafio que é imposto às constituições civis de Teubner está na comprovação de sua real estabilidade, tendo em vista a vagueza e volatilidade de certas constituições, como a constituição digital. Para Vesting, diante de tais condições, seria mais prudente rejeitar a teoria constitucional para o âmbito das esferas autônomas da sociedade global, e substituí-la simplesmente por uma teoria legal.<sup>126</sup>

Por outro lado, a crítica de Marcelo Neves ao modelo de Gunther Teubner não apresenta menos contundência que a de Thomas Vesting. Enquanto Vesting se preocupa com os problemas que a ampliação da teoria constitucional a âmbitos além do político, Neves tem como alvo central a questão da fragmentação das ordens constitucionais. O uso do termo “fragmentação” para designar “a falta de unidade do direito na sociedade mundial” tem se tornado cada vez mais comum nos planos da teoria do direito internacional público e das ordens jurídicas transnacionais.<sup>127</sup> Para Neves, do ponto de vista sistêmico-funcional, “o mero reconhecimento da fragmentação” não constitui uma alternativa, antes indica, “o excesso (...) de realismo na abordagem dos problemas jurídicos da sociedade mundial”.<sup>128</sup> A fragmentação, por si apenas, não pode promover a integração sistêmica como almeja Teubner, pelo contrário, podem surtir efeitos destrutivos e paralisantes com relação aos outros

fragmentos caso permaneçam sem nenhuma forma de conexão. Neves está preocupado em dar um sentido funcional aos estilhaços, e para isso propõe o transconstitucionalismo,<sup>129</sup> “como um modelo estrutural de conexão funcional entre esferas funcionais fragmentadas da sociedade mundial”,<sup>130</sup> no qual as diferentes ordens jurídicas observariam umas às outras de maneira recíproca, graças a uma *racionalidade transversal* que potencializaria a capacidade de aprendizado geral das constituições. “O transconstitucionalismo, ao oferecer *pontes de transição* entre ordens jurídicas, em princípio fragmentadas, serve à estruturação do sistema jurídico, sem levar a uma unidade hierárquica última”, trata-se de uma “estrutura reflexiva do sistema jurídico mundial”.<sup>131</sup> A conexão transversal dos fragmentos aparece no modelo de Neves como uma potencial solução para a complicada tarefa de uma “tecelagem” dos fragmentos.<sup>132</sup> Certamente, a teoria de Teubner dos fragmentos constitucionais produziu importantes avanços e pertinentes diagnósticos, ao mesmo tempo em que abriu um imenso leque para a reformulação de uma série de obsoletas premissas da teoria tradicional. Porém, tal como criticam Vesting e Neves, o modelo ainda possui limitações, e deve ser colocado à prova, no sentido de se mostrar factível e ao mesmo tempo capaz de dar conta de promover efeitos funcionais e estruturantes para uma nova teoria constitucional da sociedade global, “sem vértice e nem centro”.<sup>133</sup>

Indo além das limitações observadas por Vesting e Neves, a fim de aprofundarmos as críticas que podem ser feitas ao modelo teubneriano, ainda fica em questão o problema de se os “processos de constitucionalização” dos sistemas sociais seriam capazes de conter a “alienação” (*Entfremdung*) de um sistema social por outro, considerando o momento no qual a sociedade global se encontra. Observamos que apesar da pluralidade de sistemas funcionais, o sistema econômico sob a roupagem do capitalismo neoliberal, vem se apropriando de grande parte das lógicas funcionais presentes na sociedade, sendo inclusive capaz de subverter a autorreferência dos sistemas sociais em favor da racionalidade econômica. Não se trata aqui de negar a existência de sistemas funcionais, mas sim de advertir que na sociedade global a autonomia desses sistemas é muitas vezes “alienada” pela racionalidade econômica, de modo com que a autorreferência do sistema alienado (direito, política) se torne a própria autorreferência do sistema alienante (economia). Podemos formular aqui o conceito de “alienação sistêmica”, o qual aprofundaria o próprio conceito de “alopoiesis” defendido por Neves. A ideia de alienação teria consequências mais radicais que a própria alopoiesis, na medida em que não se trataria mais da mera reprodução do sistema invadido pelo sistema invasor, mas antes, da própria troca de referência sistêmica, que agora passaria a ser fornecida pelo sistema alienante. Nesse sentido, parafraseando Hegel,<sup>134</sup> o sistema alienado se perceberia como o próprio sistema alienador.

Sob as condições alienantes proporcionadas pela hiperexpansividade econômica, questiona-se de que modo um “Direito economicamente alienado” seria capaz de constitucionalizar a sociedade em seus múltiplos âmbitos funcionais. Antes, seria essencial que o Direito reagisse

mimeticamente frente ao mundo “fetichizado” produzido pela economia, através especialmente da criação de novas “redes” e “organizações”, na forma de contra instituições, que o desenraizassem progressivamente dos grilhões da economia. Nesse sentido, o primeiro passo estaria na autolibertação do direito e na domesticação do sistema econômico por meio de sua constitucionalização, na forma de medida terapêutica. E então, apenas a partir disso, poderíamos vislumbrar uma genuína constitucionalização dos demais sistemas da sociedade, os quais se libertariam progressivamente do enraizamento econômico da sociedade moderna.

## >> REFERÊNCIAS

- Bachur, João Paulo. (2012)** "Inclusão e exclusão na teoria dos sistemas sociais: um balanço crítico". In: *BIB*. São Paulo, n° 73, 1º semestre de 2012, p. 55-83.
- Backer, Larry Catá.** "The Structure of Global Law: fracture, fluidity, permeability and polycentricity". *CPE Working Papers*, n. 2012-7, Carlisle, Penn State Law, Research Paper No. 15-2012, p. 102-122.
- Baecker, Dirk. (2011)** *The Hitler swarm*. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1919472](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1919472). Acesso em: 19 de jun. 2012. p. 1-28.
- Berman, Harold. (1996)** *La formación de la tradición jurídica de occidente*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Brunkhorst, Hauke**
- (2011) "Alguns problemas conceituais e estruturais do cosmopolitismo global." In: *RBCS*, vol. 26, n. 76, jun. 2011, pp. 7-38.
- (2011b) "Rumo a uma nova ordem global: vinte anos após 1989 e além." In: *RBCS*, vol. 26, n. 77 out. 2011, pp. 25-30.
- (2009) *Ilusões de factibilidade, declarações festivas e cantorias: Sobre a relação entre evolução e revolução no direito*. Civitas: Porto Alegre, v. 9, n. 3, p. 440-458. set.-dez. 2009.
- (2005) *Solidarity: from civic friendship to a global legal community*. Cambridge: MIT Press.
- (2001) "Globale Solidarität. Inklusionsprobleme der modernen Gesellschaft." In: *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*. Suhrkamp: Frankfurt am Main. pp. 605-626.
- Buckel, Sonja & Fischer-Lescano, Andreas. (2009)** "Reconsiderando Gramsci: hegemonia no direito global". In: *Revista Direito GV*, São Paulo. 5(2), pp. 471-490, jul-dez. 2009.
- Eisenstadt, Shmuel. (2000)** "Multiple Modernities". *Daedalus*, Vol. 129, No. 1 (Winter, 2000), pp. 1-29.
- Elmauer, Douglas. (2013)** "Transconstitucionalismo: do acoplamento estrutural à racionalidade transversal". In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 108, p. 855-864, jan./dez. 2013.
- Fischer-Lescano, Andreas.**
- (2013) "Systemtheorie als kritische Gesellschaftstheorie." In: AMSTUTZ, M.; FISCHER-LESCANO, A. (hrsg.). *Kritische Systemtheorie: Zur Evolution einer normativen Theorie*. Bielefeld: Transcript Verlag, 2013.
- (2007) "Ex facto ius oritur: procesos de escándalo y el Derecho Mundial emergente". In: *DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 30. p. 435-450.
- Fischer-Lescano, Andreas & Teubner, Gunther.**
- (2012) "Colisões de regimes – a busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global". In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p.105-155, jan./mar. 2012. [Versão em inglês: "Regimime-collision. The vain search for legal unity in the fragmentation of global law". In: *Michigan Journal of International Law*. vol. 25, p. 999-1046].
- (2008) "Cannibalizing Epistemes: Will Modern Law Protect Traditional Cultural Expressions?" In: GRABER, Ch. & BURRI-NENOVA, M. (eds.). *Traditional cultural expressions in a digital environment*. Cheltenham: Elgar, 2008. p. 1-20.
- Gonçalves, Guilherme Leite. (2013)** *Direito entre certeza e incerteza*. São Paulo: Saraiva.
- Grimm, Dieter. (2010)** "The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World". In: LOUGHLIN, Martin. *The Twilight of Constitutionalism*. Oxford, p. 3-22.

**Habermas, Jürgen.**

(2010) *A constelação pós-nacional*. São Paulo: Littera Mundi.

(2001) *Teoría de la acción comunicativa*. 2 vols. Madri: Taurus.

**Hegel, G. W. F. (2001)** *Fenomenologia do Espírito*. 2 vols. Petrópolis: Vozes.

**Heller, Hermann. (1968)** *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou.

**Höffe, Otfried. (2005)** *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes.

**Kjær, Poul**

(2010). *Law and Order within and Beyond National Configurations*. p. 1-48. Disponível em: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1687013](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1687013). Acesso em 12 jan. 2013.

(2009). "The under-complexity of democracy". In: FISCHER-LESCANO, A., CALLIESS, G.-P., WIELSCH, Dan & ZUMBANSEN, P. (eds.). *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag am 30. April 2009*. Berlin: De Gruyter Verlag, p. 531-542.

**Koselleck, R. (2006)** "Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung".

In: *Begriffsgeschichten: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 365-401.

**Koskeniemi, Martti (2011)**. *The Politics of International Law*. Oxford: Hart Publishing.

**Loewenstein, Karl. (1983)** *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel.

**Luhmann, Niklas**

(2010 [1965]) *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. México: Universidad Iberoamericana.

(2007) *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Herder. [Versão original: *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997].

(2007b) *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza.

(2005) *El derecho de la sociedad*. Ciudad de México: Herder. [Versão original: *Das Recht der Gesellschaft*. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1993].

(2000) *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

(1997b) "Limits of steering". In: *Theory, Culture & Society* 1997, vol. 14 (1), London, Thousand Oaks and New Delhi: Sage, p. 41-57.

(1995) "Jenseits von Barbarei". In: *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. vol. 4. Frankfurt: Suhrkamp, pp. 138-150. [Versão em inglês: "Beyond barbarism". In: MOELLER, Hans-Georg. (2006) *Luhmann Explained: from souls to system*. Illinois: Open Court, p. 261-272].

(1995b) "Metamorphosen des Staates". In: *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. vol. 4. Frankfurt: Suhrkamp, pp. 101-137.

(1994) "Inklusion und Exklusion." In: *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Menschen*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 237-264. [Versão em espanhol: "Inclusion y exclusion". In: *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Madrid: Trotta, 1998, pp. 167-195].

(1993) "Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung." In: *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Menschen*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 229-236.

(1990). "Verfassung als evolutionäre Errungenschaft". In: *Rechts-historisches Journal* 9. Frankfurt am Main: Löwenklau, pp. 176-220.

(1988). *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

(1985). *Poder*. Brasília: Editora UnB.

(1983) *Sociologia do direito*. 2 vols. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

(1981) *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

- (1980) "Gesellschaftliche Struktur und semantische Tradition." In: *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. vol. 1. Frankfurt: Suhrkamp. p. 9-71.
- (1976) "Evolution und Geschichte." In: *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 150-169.
- (1975) "Die Weltgesellschaft". In: *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 51-71.
- (1966) "Reflexive Mechanismen". In: *Soziologische Aufklärung 1: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 92-112.
- McIlwain, Charles Howard. (1947)** *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Indianapolis: Cornell University Press.
- Neves, Marcelo.**
- (2007) *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes.
- (2009) *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes.
- (2006) *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes.
- Polanyi, Karl (2000)**. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- Preuß, Ulrich K. (2010)** "Disconnecting constitutions from Statehood: is global constitutionalism a viable concept?" In: DOBNER, Petra & LOUGHLIN, Martin (eds.). *The twilight of constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 23-46.
- Schluchter, W. (1981)** *The rise of western rationalism: Max Weber's developmental history*. Los Angeles: University California Press.
- Schmitt, Carl. (1979)** *El nomos de la Tierra*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Sciulli, David. (1992)** *Theory of societal constitutionalism: foundations of a non-marxist critical theory*. New York: Cambridge University Press.
- Stichweh, Rudolf. (2000)** *On the genesis of World Society*. Disponível em: [www.uni-bielefeld.de/\(en\)/soz/iw/pdf/stichweh\\_2.pdf](http://www.uni-bielefeld.de/(en)/soz/iw/pdf/stichweh_2.pdf). Acesso em 20 mar. 2013. p. 1-24.
- Stichweh, R. (2011)** "Towards a General Theory of Function System Crisis" In: KJÆR, Poul, TEUBNER, Gunther, FEBBRAJO, Alberto (eds.). *Financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation*. Oxford: Hart, p. 53-72.
- Streeck, Wolfgang. (2011)** *The crisis in context: democratic capitalism and its contradictions*. MPIfG Discussion Paper 11/15. Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln. p. 1-23.
- Teubner, Gunther & Graber, Christoph B. (1998)** "Art and money: constitutional rights in the private sphere?" In: *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford, vol. 18, n. 1, 1998, p. 61-73.
- Teubner, Gunther.**
- (2012) *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press.
- (2011) "A constitutional moment? The logics of 'hitting bottom'" In: KJÆR, Poul, TEUBNER, Gunther, FEBBRAJO, Alberto (eds.). *Financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation*. Oxford: Hart, p. 9-51.
- (2009) *Self-subversive Justice: contingency or transcendence formula of Law?* Disponível em: [www.uni-frankfurt.de/](http://www.uni-frankfurt.de/). Acesso em 20 out. 2010. p. 1-22.
- (2006) "The anonymous matrix: human rights violations by 'private' transnational actors". In: *The Modern Law Review*. Malden, vol. 69, n. 3, p. 327-346.
- (2005) "La constitucionalización de la sociedad global". In: *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. Lima: ARA Editores. p. 69-111.
- Thornhill, Chris.**
- (2011) *A sociology of constitutions: constitutions and state legitimacy in historical-sociological*



*perspective*. New York: Cambridge University Press.

(2008) "Towards a historical sociology of constitutional legitimacy". In : *Theory Sociology*, vol. 37, p. 161-197.

**Trubek, David. (2007)** "O novo Direito e Desenvolvimento: Entrevista com David Trubek." In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (coord.). *Cadernos Direito GV*. vol. 4, n. 5, set. 2007. pp. 5-38.

**Vesting, Thomas. (2004)** "Constitutionalism or legal theory: comments on Gunther Teubner". In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther. *Transnational governance and constitutionalism*. Oxford: Hart, pp. 29-39.

**Villas Bôas Filho, Orlando. (2013)** "Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental". In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 108, p. 651-696, jan./dez. 2013.

**Wiethölter, Rudolf. (2005)** "Just-ifications of a Law of Society." In: PEREZ, Oren & TEUBNER, Gunther (eds.). *Paradoxes and inconsistencies in the Law*. Oxford: Hart, p. 65-77.

## >> NOTAS

- <sup>1</sup> KOSELLECK, R. (2006) "Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung". In: *Begriffsgeschichten: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 365-401, (esp. p. 369). Nas palavras de Koselleck, "(...) wie der Ausdruck Verfassung ist auch die Verfassungsgeschichte ein Produkt unserer Neuzeit".
- <sup>2</sup> LUHMANN, N. (1980) "Gesellschaftliche Struktur und semantische Tradition." In: *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. vol. 1. Frankfurt: Suhrkamp. p. 9-71. (esp. p. 21).
- <sup>3</sup> LUHMANN, N. "Verfassung als evolutionäre Errungenschaft". In: *Rechts-historisches Journal* 9. Frankfurt am Main: Löwenklau, 1990, p. 176. Para uma interessante análise do conceito de constituição moderna, ver esp. McLWAIN, Charles Howard. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Indianapolis: Cornell University Press, 1947, p. 123 e ss.
- <sup>4</sup> Cf. LUHMANN, N. (2000) *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 391 e ss.; LUHMANN, N. (2005) *El derecho de la sociedad*. Ciudad de México: Herder, p. 540 e ss. [Versão original: *Das Recht der Gesellschaft*. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1993, p. 470 e ss.].
- <sup>5</sup> HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 169.
- <sup>6</sup> Cf. HOBSBAWM, Eric. *A Era das Revoluções*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, p. 18.
- <sup>7</sup> BRUNKHORST, Hauke. "Ilusões de factibilidade, declarações festivas e cantorias: Sobre a relação entre evolução e revolução no Direito". *Civitas: Porto Alegre*, v. 9, n. 3, p. 440-458. set.-dez. 2009, p. 449-450.
- <sup>8</sup> TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1 e ss. Em certa medida, Luhmann também se presta a dar as primeiras direções para a discussão desse tema, para tanto, ver esp. LUHMANN, Niklas (1995b) "Metamorphosen des Staates". In: *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. vol. 4. Frankfurt: Suhrkamp. pp. 101-137, (esp. p. 101 e 117).
- <sup>9</sup> GRIMM, Dieter. "The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World". In: LOUGHLIN, Martin. *The Twilight of Constitutionalism*. Oxford, p. 3-22. (esp. p. 3).
- <sup>10</sup> FISCHER-LESCANO, Andreas & TEUBNER, Gunther. "Colisões de regimes – a busca vã por unidade jurídica na fragmentação do direito global". In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 6, n. 21, p.105-155, jan./mar. 2012. p. 105. [Versão em inglês: TEUBNER & FISCHER-LESCANO (2004). "Regimime-collision. The vain search for legal unity in the fragmentation of global law". In: *Michigan Journal of International Law*. vol. 25. p. 1000]. Ver também BACKER, Larry Catá. "The Structure of Global Law: fracture, fluidity, permeability and polycentricity". CPE Working Papers No. 2012-7, Carlisle, Penn State Law, Research Paper No. 15-2012, p. 102-122 (esp. p. 106). Sobre a emergência da "sociedade mundial, ver esp. STICHWEH, Rudolf. (2000) *On the genesis of World Society: innovations and mechanisms*. Disponível em: [www.uni-bielefeld.de/\(en\)/soz/iw/pdf/stichweh\\_2.pdf](http://www.uni-bielefeld.de/(en)/soz/iw/pdf/stichweh_2.pdf). Acesso em 20 mar. 2013. p. 1-24.
- <sup>11</sup> LUHMANN, N. (1975) "Die Weltgesellschaft". In: *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 51-71, (esp. p. 55). Ver também, LUHMANN, N. (1976) "Evolution und Geschichte." In: *Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 150-169, (esp. p. 154); e LUHMANN, N. *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt: Suhrkamp. 1981, p. 150.
- <sup>12</sup> Cf. LUHMANN, N. (2007) *La sociedad de la sociedad*. Ciudad de México: Herder. p. 828. [Versão original: *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp. 1997, p. 1045]. Sobre

a formação do Estado moderno ver esp. HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*, p. 157 e ss.; SCHMITT, Carl. *El nomos de la Tierra*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1979, p. 164. Numa posição divergente das de Heller e Schmitt, Berman considera que a origem do Estado moderno está ligada à “Revolução Papal” dos séculos XI e XII, para tanto ver esp. BERMAN, Harold. *La formación de la tradición jurídica de occidente*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 124-6.

- <sup>13</sup> LUHMANN, N. (1983) *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. 2, p. 52.
- <sup>14</sup> LUHMANN, N. *Sociologia do direito*, vol. 2, p. 165.
- <sup>15</sup> KJÆR, Poul (2009). “The under-complexity of democracy”. In: FISCHER-LESCANO, A., CALLIESS, G.-P., WIELSCH, Dan & ZUMBANSEN, P. (eds.). *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag am 30. April 2009*. Berlin: De Gruyter Verlag, p. 532
- <sup>16</sup> BRUNKHORST, H. (2011b) “Rumo a uma nova ordem global: vinte anos após 1989 e além.” In: *RBCS*, vol. 26, n. 77 out. 2011, p. 26. A referida passagem de Hauke Brunkhorst se inspira no movimento triádico provindo da lógica dialética do idealismo alemão (Fichte, Schelling, Hegel). No modelo hegeliano, o Espírito [*Geist*] (entendido como último momento da tríade “Ideia-Natureza-Espírito”), no decorrer do processo dialético, corresponde primeiramente ao Espírito Subjetivo (*em si*), depois ao Espírito Objetivo (*para si*) e por fim ao Espírito Absoluto (*em si e para si*), completando assim seu movimento de tomada de consciência de si próprio (autoconsciência [*Selbstbewußtsein*]). Para mais detalhes, ver esp. HEGEL, G. W. F. (2001) *Fenomenologia do Espírito*. vol. 2, p. 7 e ss.
- <sup>17</sup> Cf. NEVES, Marcelo. (2006) *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, p. 259.
- <sup>18</sup> TEUBNER, G. (2005a) “La constitucionalización de la sociedad global”. In: *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*. Lima: ARA Editores. p. 69-111.
- <sup>19</sup> SCIULLI, David. (1992) *Theory of societal constitutionalism: foundations of a non-marxist critical theory*. New York: Cambridge University Press.
- <sup>20</sup> Cf. TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments*, p. 3.
- <sup>21</sup> Cf. TEUBNER, G. “La constitucionalización de la sociedad global”, p. 74, e TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 8. Apoiando essa iniciativa criticada por Teubner, quanto a uma “política interna mundial” ver esp. HABERMAS, J. *A constelação pós-nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 131 e ss.; e HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 347 e ss. e 502 e ss. Criticando essa perspectiva, considera Villas Bôas que “o projeto de uma política interna mundial de caráter democrático assume uma conotação irrealista.” VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. “Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental”. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 108, p. 651-696, jan./dez. 2013, p. 689.
- <sup>22</sup> Cf. BRUNKHORST, H. (2001) “Globale Solidarität. Inklusionsprobleme der modernen Gesellschaft.” In: *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*. Suhrkamp: Frankfurt am Main. pp. 605-626 (esp. p. 617).
- <sup>23</sup> Segundo Brunkhorst, “Hegemoniales Recht ist alles Recht, das ohne hinlängliche und direkte Repräsentation aller betroffenen Interessen zustande kommt”. BRUNKHORST, H. (2001) “Globale Solidarität. Inklusionsprobleme der modernen Gesellschaft.” p. 620.
- <sup>24</sup> Cf. BRUNKHORST, H. (2001) “Globale Solidarität. Inklusionsprobleme der modernen Gesellschaft.” p. 618-9. Marcelo Neves falará em “alopoiesis” do Direito, para mais detalhes, ver esp. NEVES, M. (2007) *A constitucionalização simbólica*. p. 127 e ss.
- <sup>25</sup> Cf. TEUBNER, G. “La constitucionalización de la sociedad global”, p. 74.
- <sup>26</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 9.
- <sup>27</sup> TEUBNER, G. “La constitucionalización de la sociedad global”. p. 78.

- <sup>28</sup> Cf. BRUNKHORST, Hauke. (2005) *Solidarity*. Cambridge: MIT Press, p. 113.
- <sup>29</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 10.
- <sup>30</sup> BRUNKHORST, H. (2011) "Alguns problemas conceituais e estruturais do cosmopolitismo global." In: *RBCS*, vol. 26, n. 76, jun. 2011, p. 27.
- <sup>31</sup> Acerca da questão da exclusão na ótica sistêmica, e seus desdobramentos, ver esp. LUHMANN, N. (1994) "Inklusion und Exklusion." In: *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Menschen*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 237-264. [Versão em espanhol: "Inclusion y exclusion". In: *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Madrid: Trotta, pp. 167-195, 1998]. LUHMANN, Niklas (1995) "Jenseits von Barbarei". In: *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, vol. 4. Frankfurt: Suhrkamp, pp. 138-150. [Versão em inglês: "Beyond barbarism". In: MOELLER, Hans-Georg. (2006) *Luhmann Explained: from souls to system*. Illinois: Open Court, p. 261-272]. Seguindo, em grande medida Rudolf Stichweh, Teubner se questiona sobre a possibilidade da diferença inclusão/exclusão se converter no metacódigo do século XXI, que mediatizaria todos os demais códigos binários dos subsistemas sociais na sociedade moderna funcionalmente diferenciada. Para mais detalhes, ver esp. TEUBNER, G. "La constitucionalización de la sociedad global". p. 72-3. Para um estudo específico sobre a diferença inclusão/exclusão na teoria dos sistemas, ver BACHUR, João Paulo. (2012) "Inclusão e exclusão na teoria dos sistemas sociais: um balanço crítico". In: *BIB*. São Paulo, n.º 73, 1.º semestre de 2012, p. 55-83.
- <sup>32</sup> Para um pertinente análise do contexto da crise financeira de 2008, bem como sobre a relação entre capitalismo e democracia, ver esp. STREECK, Wolfgang. (2011) *The crisis in context: democratic capitalism and its contradictions*. MPIfG Discussion Paper 11/15. Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln. p. 1-23. Sobre o conceito de "crise" como "curto circuito" na reprodução autopoiética, ver esp. KJÆR, Poul. (2010) *Law and Order within and Beyond National Configurations*, p. 4. Disponível em: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1687013](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1687013). Acesso em 12 jan. 2013.
- <sup>33</sup> BRUNKHORST, H. (2011) "Alguns problemas conceituais e estruturais do cosmopolitismo global." In: *RBCS*, vol. 26, n. 76, jun. 2011, p. 28. Acerca do tema, ver também, TEUBNER, G. (2011a) "A constitutional moment? The logics of 'hitting bottom'". In: KJÆR, Poul, TEUBNER, Gunther, FEBBRAJO, Alberto (eds.). *Financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation*. Oxford: Hart, p. 9-51.
- <sup>34</sup> TEUBNER, Gunther & GRABER, Christoph B. (1998) "Art and money: constitutional rights in the private sphere?" In: *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford, vol. 18, n. 1, 1998, p. 61-73, (esp. p. 65).
- <sup>35</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 13.
- <sup>36</sup> Idem, p. 14. No que concerne à diversidade cultural, e aos conflitos entre diferentes primados de diferenciação social, ver esp. FISCHER-LESCANO, Andreas & TEUBNER, Gunther. "Cannibalizing Epistemes: Will Modern Law Protect Traditional Cultural Expressions?" In: GRABER, Ch. & BURRI-NENOVA, M. (eds.). *Traditional cultural expressions in a digital environment*. Cheltenham: Elgar, 2008. p. 1-20. No sentido de uma análise que concerne a uma multiplicidade de modernidades, ver esp. EISENSTADT, Shmuel. "Multiple Modernities". *Daedalus*, Vol. 129, No. 1 (Winter, 2000), pp. 1-29.
- <sup>37</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 15.
- <sup>38</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 23. Para mais detalhes sobre a constituição dos regimes fascistas, ver esp. THORNHILL, Chris. *A sociology of constitutions: constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective*. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 310 e ss. Para uma diferenciação pertinente entre totalitarismo e autoritarismo ver esp. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1983, p. 75 e ss.

- <sup>39</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 30. Para uma crítica ao dirigismo político na perspectiva de uma sociedade moderna funcionalmente diferenciada, ver esp. LUHMANN, Niklas. (1997b) "Limits of steering". In: *Theory, Culture & Society* 1997, vol. 14 (1), London, Thousand Oaks and New Delhi: Sage, p. 41-57, (esp. 48). Para conferir o texto original, ver LUHMANN, Niklas (1988). *Die Wirtschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, p. 324-349.
- <sup>40</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 31.
- <sup>41</sup> Idem, p. 31.
- <sup>42</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 35. Para mais detalhes acerca da argumentação de Wiethölter, ver esp. WIETHÖLTER, Rudolf. (2005) "Just-ifications of a Law of Society." In: PEREZ, Oren & TEUBNER, Gunther (eds.). *Paradoxes and inconsistencies in the Law*. Oxford: Hart, p. 65-77, (esp. 70).
- <sup>43</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 35.
- <sup>44</sup> TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 38, e TEUBNER, G. "La constitucionalización de la sociedad global". p. 81 e ss.
- <sup>45</sup> SCIULLI, David. (1992) *Theory of societal constitutionalism: foundations of a non-marxist critical theory*. New York: Cambridge University Press.
- <sup>46</sup> Sobre a análise weberiana do processo de racionalização ocidental, ver esp. SCHLUCHTER, Wolfgang. (1981) *The rise of western rationalism: Max Weber's developmental history*. Los Angeles: University California Press, p. 129.
- <sup>47</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 39.
- <sup>48</sup> Cf. SCIULLI, David. *Theory of societal constitutionalism*, p. 67.
- <sup>49</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 41.
- <sup>50</sup> TEUBNER, G. "La constitucionalización de la sociedad global". p. 87.
- <sup>51</sup> Idem, p. 87.
- <sup>52</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 42.
- <sup>53</sup> Idem, p. 43.
- <sup>54</sup> Sobre esse tema, ver esp. PREUß, Ulrich K. "Disconnecting constitutions from Statehood: is global constitutionalism a viable concept?" In: DOBNER, Petra & LOUGHLIN, Martin (eds.). *The twilight of constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. pp. 23-46.
- <sup>55</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 45-46.
- <sup>56</sup> Cf. KOSKENIEMMI, M. (2011). *The Politics of International Law*. Oxford: Hart Publishing, p. 334.
- <sup>57</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 59-60.
- <sup>58</sup> Idem, p. 49.
- <sup>59</sup> Idem, p. 53-54.
- <sup>60</sup> Idem, p. 55.
- <sup>61</sup> Idem, p. 59-60.
- <sup>62</sup> Sobre o conceito de "poder" (*Macht*), na teoria dos sistemas sociais, ver esp. LUHMANN, Niklas. (1985) *Poder*. Brasília: Editora UnB, p. 5 e ss.
- <sup>63</sup> Idem, p. 60.
- <sup>64</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 67; e TEUBNER, G. "La constitucionalización de la sociedad global". p. 71 e ss.
- <sup>65</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 73.
- <sup>66</sup> Idem, p. 74-5.
- <sup>67</sup> Sobre tendências sistêmicas desdiferenciadas, ver esp. TEUBNER, Gunther & GRABER, Christoph B. (1998) "Art and money: constitutional rights in the private sphere?" In: *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford, vol. 18, n. 1, 1998, p. 61-73, (esp. p. 65). Jürgen Habermas fala em "colonização do mundo da vida" através das racionalidades sistêmicas, para mais detalhes, ver esp.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus. 2001, vol. 2, p. 451 e ss. Marcelo Neves denomina esse fenômeno de alopoiesis, para mais detalhes, ver esp. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 127 e ss.

<sup>68</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 79.

<sup>69</sup> Idem, p. 80. Para mais detalhes acerca da ideia de “inflação e deflação dos símbolos”, ver esp. STICHWEH, R. (2011) “Towards a General Theory of Function System Crisis”. In: KÆR, Poul, TEUBNER, Gunther, FEBBRAJO, Alberto (eds.). *Financial crisis in constitutional perspective: the dark side of functional differentiation*. Oxford: Hart, p. 53-72.

<sup>70</sup> Idem, p. 81-2.

<sup>71</sup> Com relação ao intervencionismo, merece maior estudo e incorporação cuidadosa a perspectiva de David M. Trubek, conhecida como *new law and economic development*, a qual busca redimensionar a importância do Direito e das instituições para o desenvolvimento econômico. Para uma breve introdução ao tema, ver esp. TRUBEK (2007) “O novo Direito e Desenvolvimento: Entrevista com David Trubek.” In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (coord.). *Cadernos Direito GV*. vol. 4, n. 5, set. 2007 pp. 5-38.

<sup>72</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 85.

<sup>73</sup> Idem, p. 88.

<sup>74</sup> Idem, p. 89.

<sup>75</sup> Idem, p. 90.

<sup>76</sup> Idem, p. 92.

<sup>77</sup> Idem, p. 98.

<sup>78</sup> Cf. POLANYI, Karl (2000). *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier.

<sup>79</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 101-2.

<sup>80</sup> Idem, p. 102.

<sup>81</sup> Para mais detalhes acerca dos mecanismos reflexivos e reflexividade sistêmica, ver esp. LUHMANN, N. (1966) “Reflexive Mechanismen”. In: *Soziologische Aufklärung 1: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 92-112.

<sup>82</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 104.

<sup>83</sup> Idem, p. 105.

<sup>84</sup> Idem, p. 109.

<sup>85</sup> Idem, p. 110.

<sup>86</sup> Idem, p. 112.

<sup>87</sup> Idem, p. 113.

<sup>88</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 116. O totalitarismo representa uma forma de tentativa de totalização política da sociedade. Thornhill fala de totalitarismo como uma forma de “autobloqueio” da sociedade moderna, para tanto, ver esp. THORNHILL, Chris. (2008) “Towards a historical sociology of constitutional legitimacy”. In: *Theory Sociology*, vol. 37, p. 188 e ss. Dirk Baecker, em referência ao nazismo, prefere falar em subversão das esferas autônomas da sociedade, não em absorção política, para mais detalhes, ver esp. BAECKER, D. *The Hitler swarm*. Disponível em: [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1919472](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1919472). Acesso em: 19 de jun. 2012. p. 16.

<sup>89</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 117.

<sup>90</sup> Idem, p. 124.

<sup>91</sup> Cf. LUHMANN, N. (2010 [1965]) *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. México: Universidad Iberoamericana, p. 312.

<sup>92</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 125.

<sup>93</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 127-8. Para conferir mais detalhes, ver esp.

FISCHER-LESCANO, Andreas. (2007) "Ex facto ius oritur: procesos de escándalo y el Derecho Mundial emergente". In: *DOXA – Cadernos de Filosofia del Derecho*, vol. 30. pp. 435-450, (esp. p. 439); no mesmo sentido, BUCKEL, Sonja & FISCHER-LESCANO, Andreas. "Reconsiderando Gramsci: hegemonia no direito global". In: *Revista Direito GV*, São Paulo. 5(2), pp. 471-490, jul-dez. 2009, (esp. p. 485). Para conferir a abertura que Luhmann dá ao conceito de *colère publique*, ver esp. LUHMANN, N. (1993) "Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung." In: *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Menschen*. Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 229-236, (esp. p. 234), segundo ele "Man hat aber schon oft bemerkt, dass die Weltrechtsordnung eher den Ordnungsformen tribaler Gesellschaften gleicht, also auf organisierte Sanktionsgewalt und auf authentische Definition der Rechtsverstöße an Hand bekannter Regeln verzichten muss."

<sup>94</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 128 e ss.

<sup>95</sup> Cf. LUHMANN, N. *Los derechos fundamentales como institución*, p. 237.

<sup>96</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 132 e ss. Ver esp. LUHMANN, N. *Los derechos fundamentales como institución*, p. 236.

<sup>97</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 134-5.

<sup>98</sup> LUHMANN, N. (2007b) *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Madrid: Alianza, p. 47-8.

<sup>99</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 136-7.

<sup>100</sup> LUHMANN, N. "Inklusion und Exklusion." p. 250. [Versão em espanhol: "Inclusion y exclusion" p. 180].

<sup>101</sup> LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. p. 582-3. [Versão em espanhol: *El derecho de la sociedad*. p. 660-1]. Luhmann cita como exemplo a miséria encontrada nas favelas sul americanas, que segundo ele, fogem inclusive capacidade descritiva, para tanto ver esp. LUHMANN, N. "Jenseits von Barbarei" p. 147. [Versão em inglês: "Beyond barbarism" p. 269].

<sup>102</sup> LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. p. 584. [Versão em espanhol: *El derecho de la sociedad*. p. 662].

<sup>103</sup> LUHMANN, N. *Die Politik der Gesellschaft*. p. 427. No original: "Von Exklusion kann man sprechen, wenn die weitgehende Ausschließung aus einem Funktionssystem (zum Beispiel extreme Armut) zur Ausschließung aus anderen Funktionssystemen (zum Beispiel Schulerziehung, Rechtsschutz, stabile Familienbildung) führt."

<sup>104</sup> LUHMANN, N. *Das Recht der Gesellschaft*. p. 583. [Versão em espanhol: *El derecho de la sociedad*. p. 661].

<sup>105</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 137.

<sup>106</sup> Idem, p. 142.

<sup>107</sup> Idem, p. 144.

<sup>108</sup> TEUBNER, G. (2006) "The anonymous matrix: human rights violations by 'private' transnational actors". In: *The Modern Law Review*. Malden, vol. 69, n. 3, p. 342. Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 145.

<sup>109</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 150.

<sup>110</sup> Idem, p. 150-1.

<sup>111</sup> Idem, p. 152. Segundo Buckel e Fischer-Lescano, "particularmente na década de 1990, os aparelhos de hegemonia jurídica global foram formados (como os tribunais penais para a Iugoslávia e Ruanda – ICTY e ICTR – ou o Tribunal Penal Internacional – TPI – e o Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL) ou obtiveram um novo caráter (a Corte Europeia de Justiça, as Cortes Europeia, Interamericana e Africana de Direitos Humanos e o Painel de Resolução de Disputas da OMC). Atualmente, cento e vinte e cinco órgãos internacionais de tomada de decisão são listados pelo Projeto de Cortes e tribunais internacionais (PCTI)." BUCKEL, Sonja &

- FISCHER-LESCANO, Andreas. "Reconsiderando Gramsci: hegemonia no direito global". p. 482-3.
- <sup>112</sup> Cf. TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 150.
- <sup>113</sup> Idem, p. 158.
- <sup>114</sup> Idem, p. 160.
- <sup>115</sup> Idem, p. 162.
- <sup>116</sup> Ver esp. FISCHER-LESCANO, Andreas & TEUBNER, Gunther. "Cannibalizing Epistemes: Will Modern Law Protect Traditional Cultural Expressions?", p. 1-20. (esp. p. 10).
- <sup>117</sup> TEUBNER, G. *Constitutional fragments*, p. 165.
- <sup>118</sup> Idem, p. 166.
- <sup>119</sup> Idem, p. 171-2.
- <sup>120</sup> Idem, p. 173.
- <sup>121</sup> Essa leitura que Teubner faz da sustentabilidade, está em consonância com a ideia de uma "justiça ecológica", ou de uma "justiça autossubversiva" como fórmula de transcendência do sistema jurídico, segundo ele "justice as contingency formula is not justice immanent to the law but a justice that transcends the law. Internal consistency plus responsiveness to ecological demands – this is the double requirement of juridical justice". TEUBNER, Gunther. (2009) "Self-subversive Justice: contingency or transcendence formula of Law?" p. 9.
- <sup>122</sup> GONÇALVES, Guilherme Leite. (2013) *Direito entre certeza e incerteza*. São Paulo: Saraiva. p. 24. Esse ponto pode ser aprofundado na perspectiva de uma "teoria crítica dos sistemas, para mais detalhes, ver esp. FISCHER-LESCANO, Andreas. Systemtheorie als kritische Gesellschaftstheorie. In: AMSTUTZ, M.; FISCHER-LESCANO, A. (hrsg.). *Kritische Systemtheorie: Zur Evolution einer normativen Theorie*. Bielefeld: Transcript Verlag, 2013. pp. 13-37.
- <sup>123</sup> VESTING, Thomas. (2004) "Constitutionalism or legal theory: comments on Gunther Teubner". In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther. *Transnational governance and constitutionalism*. Oxford: Hart, p. 30-31.
- <sup>124</sup> Idem, p. 31.
- <sup>125</sup> Idem, p. 37.
- <sup>126</sup> Idem, p. 39.
- <sup>127</sup> NEVES, Marcelo (2009) *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, p. 286-287.
- <sup>128</sup> Idem, p. 287.
- <sup>129</sup> Para uma visão geral acerca do tema, ver esp. ELMAUER, Douglas. "Transconstitucionalismo: do acoplamento estrutural à racionalidade transversal". In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 108, p. 855-864, jan./dez. 2013.
- <sup>130</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, p. 288.
- <sup>131</sup> Idem, p. 288.
- <sup>132</sup> Idem, p. 289.
- <sup>133</sup> LUHMANN, N. *Teoría política en el Estado de Bienestar*, p. 43.
- <sup>134</sup> HEGEL, G. W. F. (2001) *Fenomenologia do Espírito*. vol. 1, p. 126, § 179.



Direito.UnB. Revista de Direito da Universidade de Brasília.  
Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol.2, N.2 (mai./ago. 2016) –  
Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.

Semestral. 2014.

ISSN 2357-8009 (VERSÃO ON-LINE)

ISSN 2318-9908 (VERSÃO IMPRESSA)

Bilíngue (Português/Inglês)

1. Direito – periódicos. I. Universidade de Brasília,  
Faculdade de Direito.

CDU 340

