

DIREITOS HUMANOS E SISTEMA ECONÔMICO:

ESTRUTURA E SEMÂNTICA DE UM FRAGMENTO CONSTITUCIONAL GLOBALⁱ

Lucas Fucci Amatoⁱⁱ

Sumário: 1 Introdução. 2 A (trans)constitucionalização do sistema econômico. 3 As estruturas do “fragmento constitucional” do sistema econômico: mercado como esfera pública? 4 A semântica do “fragmento constitucional” do sistema econômico: sustentabilidade e governança. 5 Conclusão: o problema da legitimidade. Referências.

Resumo

Partindo do referencial da teoria dos sistemas, estudos de sociologia da constituição têm discutido as perspectivas do constitucionalismo na sociedade mundial. Os direitos fundamentais, instituição típica das constituições nacionais, não apenas galgam o plano do direito internacional na forma de direitos humanos, mas também se reproduzem em ordens privadas, à margem do Estado e do sistema político. A economia, como um sistema funcional global que reproduz sobretudo expectativas cognitivas, é o foco principal desse constitucionalismo mundial. Criticando a tese dos fragmentos constitucionais globais de Gunther Teubner, este artigo mostra que as es-

ⁱ Agradeço à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

ⁱⁱ Bacharel e doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Visiting Researcher na Harvard Law School

truturas jurídicas envolvidas na conformação da constitucionalização privada da economia precisariam enfrentar o desafio de institucionalizar reivindicações de direitos apenas pelo mercado, sem depender do apelo à opinião pública (esfera pública da política). A semântica desse constitucionalismo mundial econômico – os discursos da governança e da sustentabilidade – parece insuficiente para, conjugada ao mercado, garantir legitimidade a essas pretensas constituições privadas.

Palavras-chave: Sociologia da constituição. Sociedade mundial. Sistema econômico. Gunther Teubner.

Abstract

Starting with references to systems theory, studies on the sociology of constitutions have been discussing the perspectives of constitutionalism in the world society. Fundamental rights, a typical institution of national constitutions, not only reach international law as human rights, but also are reproduced in private orders, outside the State and the political system. Economy, as a global functional system that reproduces mainly cognitive expectations, is the main focus of this global constitutionalism. By criticizing Gunther Teubner thesis on the global constitutional fragments, this paper shows that the legal structures involved in the conformation of the private constitutionalization of economy need to face the challenge to institutionalize rights claims only through the market, without dependence on the appeal to public opinion (the public sphere of politics). The semantics of this world economic constitutionalism – the discourses on governance and sustainability – seems insufficient to, alongside the market, ensure legitimacy to these alleged private constitutions.

Keywords: Sociology of constitution. World society. Economic system. Gunther Teubner.

INTRODUÇÃO

Diversas ordens jurídicas estão envolvidas no tratamento de um problema constitucional da sociedade mundial: as violações de direitos humanos por parte de empresas. Nas ordens nacionais e internacionais, há possibilidades de tratá-las a partir da eficácia privada dos direitos fundamentais, mas marcos normativos específicos vêm sendo desenhados por instituições como ONU, OIT, União Europeia, UNCTAD e OCDE. Já nas ordens jurídicas privadas (notadamente transnacionais), tal tema é expresso em diretrizes de ética empresarial, códigos de conduta e declarações de responsabilidade social corporativa. O objetivo do artigo é analisar o processo de vinculação de empresas a direitos humanos, vislumbrando o alcance e as limitações das mudanças semânticas e estruturais em que tal processo se insere¹.

Após um breve panorama das ordens jurídicas envolvidas nesse problema “transconstitucional”, o trabalho parte para analisar duas questões que são realçadas quando se analisa a tese ou hipótese de Teubner² de que o próprio sistema econômico e suas organizações estariam se “autoconstituindo”, à margem do sistema político e do Estado. Do ponto de vista das estruturas, o problema analisado diz respeito ao potencial do mercado para sustentar uma “esfera pública” tão complexa e adequada quanto a esfera pública político-democrática. Do ponto de vista da semântica diante da qual ganha sentido tal discurso de constitucionalismo econômico para além do Estado, faz-se breve referência às noções de governança e sustentabilidade. Na interseção entre semânticas e estruturas, surge o problema da legitimidade postulada pelas “constituições” que as empresas e o sistema econômico estariam desenvolvendo para lidar com dois temas típicos das constituições nacionais: o controle do poder e a garantia dos direitos.

¹ Para mais detalhes, ver AMATO, Lucas Fucci. *Constitucionalização corporativa: direitos humanos fundamentais, economia e empresa*. Curitiba: Juruá, 2014.

² TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

2 A (TRANS)CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO SISTEMA ECONÔMICO

Em complementação, colaboração, concorrência ou conflito aberto ou velado com a ordem estatal-nacional surgem múltiplas regulações nos planos internacional, supranacional e transnacional. Enquanto o plano internacional permanece basicamente interestatal, o exemplo de ordem supranacional é a União Europeia, cujas normas já têm aplicabilidade direta aos cidadãos dos Estados-membros. Já as ordens transnacionais ou setoriais obedecem antes a uma diferenciação funcional do que a uma segmentação territorial: em outros termos, são ordens produzidas a partir de organizações especializadas que integram sistemas funcionais globais, como a economia e os meios de comunicação de massa. Essas ordens são privadas ou quase-públicas, como aquelas formadas por ONGs transnacionais.

Mas em que medida tal pluralismo jurídico ganha caráter “constitucional”? Embora não caiba indicar a existência de constituições nesses diversos níveis, muito menos em um plano supranacional global – pois o conceito de constituição tem uma localização histórica e uma função social determinada em referência a essa realidade espacial e temporal específica –, os problemas constitucionais (controle do poder e direitos humanos) permeiam todos esses planos. É o que propõe a teoria do “transconstitucionalismo” de Marcelo Neves³. No campo dos direitos humanos, é especialmente notável sua inserção, para além do direito internacional (ONU e sistemas regionais de direitos humanos), em autorregulações de corporações transnacionais e de organizações não governamentais.

No âmbito das constituições nacionais, ganha destaque o debate acerca da eficácia privada dos direitos fundamentais (ou vinculação de privados, ou efeitos diante de terceiros – *Drittwirkung*)⁴. Contudo, a liderança na tematização das violações de direitos humanos por empresas

localiza-se no direito internacional. As iniciativas de regulação internacional das corporações transnacionais remontam à década de 1970, no contexto da descolonização, em grande medida por pressão dos novos Estados que surgiam e que haviam sofrido violações de direitos humanos perpetradas com o envolvimento daqueles atores, em regra com sede nos países do Norte. Esse contexto foi refletido na Resolução 3201 (S-VI) da Assembleia Geral da ONU, de 1974, “sobre o estabelecimento de uma Nova Ordem Econômica Internacional”. Antes mesmo daquela década, a atividade corporativa já fora tangenciada por diversas resoluções da Assembleia Geral da ONU que afirmaram a soberania dos Estados sobre os recursos naturais de seus territórios. No mesmo ano de 1974, porém, a ONU criou o *Centre on Transnational Corporations* (UNCTC), seguindo o relatório de um grupo criado pela Resolução 1721 do Conselho Econômico e Social para estudar o impacto das corporações no desenvolvimento e nas relações internacionais. Fora expressiva uma manifestação do representante do Chile na ONU, em 1972, sobre a interferência da corporação americana ITT no processo que culminaria com a deposição de Allende no ano seguinte. Outro episódio marcante na regulação internacional das corporações deu-se em 1981, com a adoção, pela Assembleia Mundial da Saúde, de um Código Internacional de Comercialização de Substitutos do Leite Materno, após protestos sobre a produção e publicidade desses produtos (fórmula infantil) pela Nestlé⁵.

Por diversas vezes foram produzidas no âmbito da ONU propostas de instrumentos vinculatórios às corporações, esboços que não tiveram sucesso – enquanto os países do “primeiro mundo” defendiam como foco principal do Código de Conduta para Corporações Transnacionais a proteção ao investimento estrangeiro direto, os países do “terceiro mundo” entendiam que o Código deveria vincular apenas as corporações, para não interferir em sua soberania, enquanto

³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁴ GRABER, Christoph Beat; TEUBNER, Gunther. Art and money: constitutional rights in the private sphere? *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 18, n. 1, 1998. p. 69-79.

⁵ ČERNIČ, Jernej Letnar. *Human rights law and business: corporate responsibility for fundamental human rights*. Groningen: Europa Law, 2010. p. 183; JÄGERS, Nicola M. C. P. *Corporate human rights obligations: in search of accountability*. Antwerpen: Intersentia, 2002. p. 119-121.

os países socialistas defendiam que seu sistema socioeconômico já controlava suficientemente as atividades corporativas, pelo que o Código seria uma interferência indevida⁶. As negociações sobre o Código de Conduta foram abortadas em 1992 e, no ano seguinte, o Centro para Corporações Transnacionais foi transformado em uma agência subordinada à Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD). Outras iniciativas continuaram no âmbito da ONU, como o estabelecimento, pela Subcomissão sobre a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, de uma subcomissão para examinar as corporações transnacionais, o que culminou em um Esboço de Diretrizes de Direitos Humanos para as Corporações, em 2000⁷.

Em 2003, a Subcomissão da ONU sobre Promoção e Proteção dos Direitos Humanos aprovou as *Normas da ONU sobre Responsabilidades das Corporações Transnacionais e Outras Empresas com Relação a Direitos Humanos*, que se mantêm como referência, isto é, como proposta de regulação (*draft proposal*). As Normas, de caráter não vinculante, cobrem diversos campos do direito (internacional criminal e humanitário, direitos humanos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, direito do consumidor e do meio ambiente) e aplicam-se não só às corporações multinacionais, como também a seus fornecedores, subcontratados, licenciados, distribuidores e demais parceiros de negócio (seção 21 das Normas). As Normas deslocam-se do campo da autorregulação, por si só das corporações, impondo ora obrigações, como as relacionadas à transparência da implementação de suas diretrizes, ora encorajando condutas por meio de recomendações, como a de as corporações “aplicarem e incorporarem normas [nessa temática, seguindo as Normas da ONU] nos seus contratos com parceiros de negócio e assegurarem que só fazem negócios com quem segue padrões similares aos das Normas” (seção 15), o que ampliaria enormemente o enforcement das Normas, integrando-as a disputas contratuais judiciais e arbitrais⁸.

De outro lado, em 2005 foi nomeado um Representante Especial do Secretário-Geral da ONU para o tema dos Direitos Humanos e Corporações Transnacionais e Outras Empresas, que veio a ser John Ruggie. Com essa iniciativa, a crítica de Ruggie às Normas de 2003 e a apresentação, por parte deste professor de Harvard, de um marco regulatório (conhecido como *Marco Ruggie* ou Marco “Proteger, Respeitar e Reparar [*remedy*]”), as Normas foram praticamente substituídas pelas iniciativas do mandato de Ruggie. Em junho de 2011, o Conselho de Direitos Humanos da ONU endossou os princípios propostos por Ruggie (*Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework*).

Ainda na ordem internacional, destacam-se iniciativas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Em 2000, a OCDE criou as Linhas Diretrizes para Empresas Multinacionais, como parte da Declaração sobre Investimento Internacional e Empresas Multinacionais. No âmbito da OIT, a Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social (adotada em 1977 e revisada em 2000), de caráter recomendatório, aplica-se a corporações, Estados, empregados e suas organizações, compondo-se de princípios gerais (em vez de direitos específicos) e instando tais sujeitos a contribuir para a realização da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998) e a implementarem a Constituição da OIT, as legislações nacionais e os instrumentos internacionais de direitos humanos no âmbito da ONU, notadamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Uma ilustração da regulação supranacional europeia em matéria de corporações e direitos humanos pode ser dada por referência ao *green paper* da Comissão Europeia sobre responsabilidade social corporativa (2001). O *paper* apresenta algumas considerações especificamente sobre os direitos humanos. Reconhece, por exemplo,

⁶ JÄGERS, Nicola M. C. P. *Corporate human rights obligations*, p. 121-122.

⁷ JÄGERS, Nicola M. C. P. *Corporate human rights obligations*, p. 123-128.

⁸ ČERNIČ, Jernej Letnar. *Human rights law and business*, p. 226.

2.3 TEORIA DOS SISTEMAS

que o impacto das atividades das companhias sobre os direitos humanos de seus trabalhadores e comunidades locais vai além dos direitos trabalhistas. Assim, afirma a necessidade de mecanismos efetivos de implementação e fiscalização continuada do cumprimento das obrigações, com ampla abertura de informações da empresa.

Como exemplo de regulação transnacional abrangendo matéria de direitos humanos, vale mencionar as normas técnicas e sistemas de certificação como a SA 8000 (da *Social Accountability International*), que prevê a vedação do trabalho infantil ou forçado, de discriminação e de práticas disciplinares, a garantia de saúde e segurança no trabalho, de liberdade de associação e negociação coletiva, limites de carga horária de trabalho e suficiência de remuneração. Os direitos humanos também se integram nas ordens jurídicas transnacionais por meio de códigos de ética, diretrizes de responsabilidade social corporativa e conflitos arbitrais. Resta a dúvida, porém, se tais instrumentos jurídicos constituem, eles mesmos, um tipo de “constituição”, como propõe Teubner⁹.

Isso porque a constatação de que há conflitos entre diferentes ordens jurídicas na temática dos direitos humanos não implica uma identificação imediata de constituições isomórficas às nacionais-estatais nas diversas ordens jurídicas¹⁰: pense-se na Carta da ONU como constituição do direito internacional¹¹ ou nos códigos de conduta ou de ética empresarial como “autoconstitucionalizações” das “autorregulações” de abrangência “corporativa” ou setorial – local, nacional ou transnacional –; na verdade, de âmbito de vigência referido a toda uma organização ou rede de organizações, ligadas societariamente ou não, abrangendo “parceiros” de suas cadeias de suprimento e distribuição, ao longo de uma ou várias cadeias produtivas. Podem esses “equivalentes (proto)constitucionais” ser reconhecidos como constituições, tais como as nacionais? O

que isso significa para o sistema jurídico?

3 AS ESTRUTURAS DO “FRAGMENTO CONSTITUCIONAL” DO SISTEMA ECONÔMICO: MERCADO COMO ESFERA PÚBLICA?

A defesa de que o sistema econômico e suas organizações estariam desenvolvendo não meras juridificações, mas verdadeiras constituições “civis” está no centro da tese do “constitucionalismo societal”, de Teubner¹². Tal tese remonta à elaboração de Sciulli¹³, que propunha como principal mecanismo institucional de expansão de uma racionalidade normativa para além do Estado as “formações colegiais”. Esses órgãos implementariam certos padrões de interpretação e realizariam uma “ação voluntarística” nas diversas organizações da sociedade, construindo nelas uma “esfera pública” que moderaria o exercício de poderes e promoveria possibilidades de integração social.

Para Sciulli¹⁴:

[...] a mera presença de formações colegiais em qualquer sociedade civil moderna institucionaliza uma específica *infraestrutura social* que sublinha tanto uma direção não autoritária da mudança social quanto possibilidades para a integração social de atores heterogêneos e grupos concorrentes [Grifos do autor].

Em uma aplicação de sua teoria do constitucionalismo societal à realidade judicial estadunidense, Sciulli¹⁵ preocupou-se em entender as expectativas do Judiciário e os deveres por este impostos às corporações no que concerne à relação da economia com a sociedade civil. Em outros termos, colocou a questão de em que medida o Judiciário compreende que, para além da geração de emprego e lucro, haveria padrões sociais de conduta a serem seguidos pelas organizações econômicas, não apenas impostos pelo autocontrole da competição (como na tese puramente contratualista), mas também normativamente

⁹ TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments*.

¹⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, p. 1-6.

¹¹ FASSBENDER, Bardo. *The United Nations Charter as the constitution of the international community*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.

¹² TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments*.

¹³ SCIULLI, David. *Theory of societal constitutionalism: foundations of a non-Marxist critical theory*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1992.

¹⁴ SCIULLI, David. *Theory of societal constitutionalism*, p. 77.

¹⁵ SCIULLI, David. *Corporate power in civil society: an application of societal constitutionalism*. New York: New York University Press, 2001. p. 1-5.

2.3 TEORIA DOS SISTEMAS

executados pela jurisdição. Essa executoriedade pela jurisdição vem defendida como uma “vigilância republicana”, contraposta à “complacência liberal” que resulta da crença de que o exercício do poder privado na empresa não poderia colocar em risco a institucionalidade democrática e a sociedade civil (famílias, comunidades, associações voluntárias “intermediárias” entre o indivíduo e o Estado). Tal risco à manutenção de uma ordem social democrática seria de fato uma externalidade institucional derivada do poder corporativo não submetido a restrições normativas (no sentido de restrições à lógica meramente instrumental da competição econômica)¹⁶. No seio das corporações, órgãos ou organizações colegiais – não burocráticos, nem clientelistas nem apenas formalmente democráticos – garantiriam a autocontenção normativa e a aderência a padrões procedimentais por parte de organizações como as empresariais¹⁷. Assim, o desenho institucional de uma sociedade democrática precisaria estender “mediações normativas de poder” (como obrigações fiduciárias que impeçam o exercício abusivo de poder) para as principais coletividades “intermediárias” da “sociedade civil”¹⁸. Isso implicaria tratar a “governança corporativa” como mais do que um mecanismo de proteção de investimentos e investidores, mas também como uma “importante janela no desenho institucional da sociedade civil”¹⁹.

Inspirado no estudo de Sciulli²⁰, Teubner²¹ buscou desenvolver sua própria observação de um constitucionalismo societal, visto como global e fragmentado. Teubner²² procura realizar uma *generalização* do conceito de constituição para toda a sociedade, partindo da ideia da constituição estatal, mas reespecificando-a para a sociedade civil, ou melhor, para os diversos siste-

mas funcionais. Cabe notar este ponto: a (hipótese de Teubner²³ primeiramente se apresenta como uma espécie de isomorfismo entre a constituição estatal (que permanece fundada nacionalmente, i.e. segmentariamente) e as “constituições civis transnacionais” (fundadas na diferenciação funcional de sistemas globais). Permanece aqui a dualidade moderna clássica *Estado/sociedade civil*. Posteriormente, Teubner²⁴ parece ter levado mais a sério a colocação luhmanniana sobre a crise dessa dicotomia para a descrição da sociedade “policontextual” e multiplamente codificada²⁵, que não mais se biparte em uma relação autoritária (Estado determinando a sociedade civil) ou democrática simples (sociedade civil constituindo o Estado), mas se multiparte de forma a levar o Estado apenas à posição de centro organizacional de um dos vários sistemas autopoieticos (a política), que apenas pode irritar os outros e com eles aprender se os reconstruir por dentro de suas próprias (políticas) operações (hetero-observação).

Inicialmente, Teubner²⁶ identificava quatro traços caracterizadores do constitucionalismo societal: 1) o acoplamento estrutural entre o direito e um subsistema que não o político (*locus* da constituição estatal/nacional clássica); 2) uma hierarquização, no respectivo acoplamento (constituição sistêmico-funcional), entre as normas constitucionais (igualadas às normas secundárias no sentido de Hart) e as normas ordinárias em sentido amplo (normas primárias no sentido de Hart); 3) normas secundárias e procedimentos de revisão judicial da constitucionalidade (segundo a constituição do sistema funcional em questão) das normas “ordinárias” do sistema; 4) constituição dual de setores espontâneos e organizados.

¹⁶ SCIULLI, David. *Corporate power in civil society*, p. 8-30.

¹⁷ SCIULLI, David. *Corporate power in civil society*, p. 6.

¹⁸ SCIULLI, David. *Corporate power in civil society*, p. 14-25.

¹⁹ SCIULLI, David. *Corporate power in civil society*, p. 61.

²⁰ SCIULLI, David. *Theory of societal constitutionalism*.

²¹ TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments*.

²² TEUBNER, Gunther. Societal constitutionalism: alternatives to State-centered constitutional theory. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (Ed.). *Transnational governance and constitutionalism*. Oxford: Hart, 2004. p. 19.

²³ TEUBNER, Gunther. Societal constitutionalism, p. 18-28.

²⁴ TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments*.

²⁵ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007. p. 21-22, 63, 707; LUHMANN. *I diritti fondamentali come istituzione*. Bari: Dedalo, 2002. p. 62-69; LUHMANN. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 33.

²⁶ TEUBNER, Gunther. Societal constitutionalism, p. 20-28.

A revisão judicial de contratos comerciais padronizados, de *standards* privados de due diligence, de normatização [*standardisation*] por associações privadas, de decisões de cortes arbitrais tanto na esfera nacional quanto na internacional são exemplos de um controle de constitucionalidade de fato do direito não legislado. Ninguém deveria se iludir pelas fórmulas antiquadas de direito privado dos ‘bons costumes’ e da ‘boa-fé’, que as cortes ordinárias usam, como pelo fato de que aqui, substantivamente, é a ‘*ordre public*’, i.e., o ajuste entre normas ‘privadas’ e constitucionais, especialmente de direitos humanos, que está sendo decidida. Ainda, um olhar mais próximo mostra que elas estão sendo mensuradas não pela constituição política do Estado, mas por sua própria constituição.²⁷

É fundamental a dualidade que Teubner²⁸ identifica em cada sistema funcional entre a “esfera profissional-organizada” e a “esfera espontânea” – por exemplo, na economia (empresas/consumidores), na política (governo/opinião pública), nas artes (artistas/público), no direito (tribunais/cidadãos). Assim é que o sistema pode não só ser “irritado” por seu ambiente, mas também promover sua “autoirritação” por meio dessas distinções internas, subsumíveis a alguns papéis sociais complementares. A partir dessa distinção de esferas é que se pode equacionar a tarefa sempre imperfeita no funcionamento de um sistema de balancear fechamento operacional (vinculável tendencialmente à “esfera profissional-organizada”) e abertura cognitiva (vinculável tendencialmente à “esfera espontânea”). Dessa forma, por exemplo, as demandas de consumidores conscientes, por um comportamento socioambientalmente responsável das empresas, reconstroem, em termos do sistema econômico, as exigências ecológicas (no sentido amplo, do ambiente natural e social da economia), colocando uma exigência na forma de demanda à qual as empresas precisam responder com a oferta de produtos e processos sustentáveis. É nesses termos que Teubner²⁹ coloca a questão da “politização ‘interna’ da economia”.

Mas se a democracia abarcada no projeto

constitucional dos “fragmentos constitucionais globais” diz respeito à dualidade *esfera pública-esfera organizada* e se, no sistema econômico, a esfera pública é o mercado (e não a opinião pública, que é o correspondente no sistema político), caberia perguntar sobre o potencial do mercado em estruturar as expectativas e processar o dissenso social.

A partir de Dirk Baecker, Luhmann³⁰ define esfera pública “como a reflexão sobre cada fronteira sistêmica interna à sociedade, ou, dito de outra forma, como o ambiente social interno dos subsistemas sociais”, o que inclui as organizações e as interações que se processam no marco de determinado sistema funcional, bem como os movimentos sociais. Assim, por exemplo, o mercado seria a esfera pública da economia, o âmbito de reflexão desse sistema, que é centralizado em organizações e interações específicas para as quais o mercado não é senão o ambiente que re-entra o sistema econômico e potencializa sua autoirritação. A opinião pública nada mais seria que o correspondente ao mercado no âmbito político, ou seja, uma expressão interna do ambiente, uma auto-observação do sistema por meio da construção interna reflexiva de sua hetero-observação; assim “internalizado”, o ambiente pode apresentar ao sistema postulações pouco estruturadas, que lhe incrementam a complexidade, forçando (irritando) o processamento e a estruturação de novos sentidos pelas organizações e interações que compõem o núcleo duro do sistema funcional. “A esfera pública, assim, é um *medium* social geral de reflexão que registra a intransponibilidade das fronteiras e, inspirado nisso, o observar das observações”³¹.

Luhmann³² registra a historicidade do conceito de esfera pública, cuja gênese se situa no século XVIII, quando o ideário constitucionalista o expressou como “meio de imposição da razão” e “mercado por exigências como a liberdade de opinião, de imprensa, de abolição

²⁷ TEUBNER, Gunther. *Societal constitutionalism*, p. 24-25.

²⁸ TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments*, p. 88-96.

²⁹ TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments*, p. 119.

³⁰ LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Paulus, 2005. p. 168-170.

³¹ LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*, p. 170.

³² LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 870.

da censura”. Data desse cenário histórico, portanto, a utilização da imprensa para a obtenção de “ressonância pública para as comunicações politicamente ambiciosas”, que pretendiam reconstruir avaliativamente diagnósticos (cognitivos) e projetos (normativos) sobre a sociedade em geral, politizando-a. Já que a esfera pública não decide politicamente e está fora do sistema político em seu fechamento institucional, apela-se ao ambiente para que produza irritações passíveis de serem duplicadas no sistema político quando este reflete internamente (sob a menção à opinião pública) sua face “espontânea”, “civil”. Os meios de comunicação de massa funcionam então na representação, na coagulação e na generalização simbólica das comunicações produzidas flutuamente por aqueles que ocupam os papéis não organizados nos diversos sistemas funcionais (i.e., os clientes “unidos” no mercado, e não os trabalhadores e organizações econômicas; os cidadãos que conformam a opinião pública, e não os políticos). A opinião pública constitui-se, portanto, pela reflexão de sentidos mais ou menos espontaneamente conformados (pois podem ser produzidos extrainstitucionalmente) neste *medium* (a própria opinião pública) que promove a abertura cognitiva do sistema político ao seu ambiente.

Do ponto de vista das estruturas da institucionalização do sistema econômico, a grande questão, portanto, diz respeito aos limites do mercado para estruturar a autoirritação do sistema econômico. Luhmann reduz a “esfera pública” à “opinião pública” e ao “mercado”. Dentro da teoria dos sistemas, porém, há autores que concebem a “esfera pública” de modo diferente.

Eu restrinjo o conceito de esfera pública à chamada esfera pública ‘informal’ ou ‘não organizada’, localizada no entorno dos sistemas jurídico e político [...], reduzindo o conceito de povo constitucional a uma dimensão procedimental interna do sistema jurídico [...]. A esfera pública é forte quando influencia de maneira abrangente e relevante os procedimentos constitucio-

nais; frágil, quando só tiver influência eventual e pouco relevante sobre esses procedimentos, não contribuindo satisfatoriamente para sua heterolegitimação.³³

Com o conceito de Neves, por exemplo, seria possível pensar uma esfera pública econômica não redutível ao mercado: tal esfera estaria estruturada quando de “um boicote ‘público’ a determinado produto ou empresa, não atribuível a um determinado sistema funcional ou organizacional” e não direcionado à institucionalidade estatal-constitucional³⁴. Mas como institucionalizar essa irritação vinda do ambiente social do próprio sistema econômico?

Reconhecendo ou não que o sistema econômico possa estruturar uma esfera pública para além dos mecanismos de mercado, ressaltam-se os pressupostos deliberativos que a institucionalização da “esfera pública” reclama. Esses pressupostos – sobretudo a ampla inclusão dos potenciais afetados – são realçados pela crítica da “democracia deliberativa” à visão do “pluralismo de grupos organizados”, que tende a interpretar os processos políticos democráticos como equivalentes à maximização de interesses buscada por atores racionais no mercado; esse modelo “agregativo” toma as preferências como dados exógenos ao processo político, carecendo de uma ideia de formação *pública* da vontade³⁵.

Young³⁶ nota os pressupostos exigidos para a inclusão na deliberação política, inclusão sem a qual o processo decisório tem sua legitimidade corroída. Obstáculos maiores à inclusão deliberativa apresentam-se conforme diferentes graus de privilégio material ou simbólico de indivíduos e grupos e conforme os padrões culturais dominantes sobre a forma e o conteúdo *adequados* de expressão política, o que inclui desvalorização de propostas que não sejam apresentadas sob certa linguagem e forma de expressão e em nome de dadas filiações institucionais dos representantes. Assim, permanece uma questão em aberto: saber se o sistema econômico poderá construir

³³ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*, p. 96.

³⁴ NEVES, Marcelo. A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto (Org.). *Direitos humanos, democracia e república*: homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 671.

³⁵ YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 20-21.

³⁶ YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and democracy*, p. 36-44.

uma esfera pública complexa a ponto de (auto) legitimá-lo.

4 A SEMÂNTICA DO “FRAGMENTO CONSTITUCIONAL” DO SISTEMA ECONÔMICO: SUSTENTABILIDADE E GOVERNANÇA

A dimensão de abertura ao ambiente e adequação social da economia e das empresas é o núcleo comum representado nas fórmulas de responsabilidade social, governança e sustentabilidade. No sentido de uma nova forma jurídica que decodifica as irritações produzidas pelo ambiente dos sistemas sociais é que se instala a proposta ou teoria do constitucionalismo societal fragmentado de Teubner. Ao visualizar múltiplas ordens constitucionais (basicamente normas secundárias que “constitucionalizam” não só o sistema político, mas também outros sistemas, com variáveis abrangências dentro de sua lógica setorial), Teubner ergue³⁷ a sustentabilidade a um “princípio de justiça requerido em tais normas constitucionais descentralizadamente produzidas”. Se originalmente se impôs como princípio limitador do crescimento econômico diante da proteção do meio ambiente em vista das futuras condições de vida, a sustentabilidade não pode, todavia, ser reduzida à interface economia/natureza. E argumenta: precisa antes ser considerada como princípio geral aplicável aos vários regimes (constitucionais) funcionais; “deve ao mesmo tempo incluir não apenas o meio ambiente natural, mas todos os ambientes relevantes. Meio ambiente deve ser entendido aqui no seu sentido mais amplo, como os meios naturais, sociais e humanos dos regimes transnacionais”³⁸.

A sustentabilidade específica de cada regime é uma fórmula a demandar do sistema autocontenção, prevenção de “tendências destrutivas” (expansionistas) sobre seu(s) ambiente(s), mas tal função limitativa pode ser incrementada com uma versão mais “intensificada” de sustentabilidade constitucional, abrangendo o suporte e a promoção dos respectivos ambientes por parte

de cada sistema constitucionalizado. “A base é sempre a covariação de formas societais de organização e princípios de direito constitucional”³⁹. Saltando da “solidariedade orgânica” ainda demandável em condições de divisão do trabalho social (em termos durkheimianos) para a limitação dos efeitos da complexa diferenciação funcional global, com a respectiva demanda por maior sensibilização dos sistemas aos seus ambientes (em termos luhmannianos), Teubner⁴⁰ postula a dupla reflexividade que as constituições produzem (no sistema jurídico e nos outros sistemas que ela acople a este – agora não mais apenas a política), incrementando a irritabilidade dos sistemas funcionais em relação aos seus ambientes sociais, naturais e humanos e colocando-os mais equidistantes em relação à racionalidade discursiva, à escolha racional e à competitividade; a “tarefa genuína” seria “criar as precondições normativas” para a “politização interna” de cada sistema, o que significaria “argumentar e decidir” sobre o “papel” destes na sociedade.

A relativa distância à política internacional e ao direito internacional não preservará o ‘direito mundial sem Estado’ de uma repolitização. Muito pelo contrário: justamente a reconstrução de (trans)ações sociais e econômicas como atos jurídicos globais solapa o caráter apolítico do direito global e fornece dessarte o fundamento da sua repolitização. Ela, porém, ocorrerá previsivelmente sob novas formas, pouco conhecidas até agora. Suspeito que o direito mundial não será repolitizado por instituições políticas tradicionais, e.g. de natureza por assim dizer parlamentar, mas justamente pela via daqueles processos nos quais o direito mundial se ‘acopla estruturalmente’ a discursos altamente especializados, isolado.⁴¹

Ao lado da sustentabilidade e da responsabilidade social corporativa, a semântica que permeia as estruturas de constitucionalismo transnacional das empresas é aquela da governança. Segundo Teubner, a governança é um discurso do direito mundial que se diferencia:

³⁷ TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments*, p. 172.

³⁸ TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments*, p. 173.

³⁹ TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments*, p. 173.

⁴⁰ TEUBNER, Gunther. *Constitutional fragments*, p. 173.

⁴¹ TEUBNER, Gunther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Impulso*, Piracicaba, v. 14, n. 33, 2003. p. 11.

[...] internamente em ‘colégios invisíveis’, ‘mercados e ramos de negócios invisíveis’, ‘comunidades profissionais invisíveis’ e ‘redes sociais invisíveis’, estendendo-se por cima de fronteiras territoriais, mas, apesar disso, buscando insistentemente a formação de formas jurídicas autônomas.⁴²

Tal semântica apresenta-se, de fato, como um “absolutismo da verdade disciplinar declarada por instituições que pretendem validade universal, um absolutismo da razão especulativa”⁴³. As formas jurídicas da governança, empoderadas pelo *medium* do dinheiro, podem atuar no sentido da privatização da política, do espaço público, do direito – tanto pela tomada de espaço do direito público pelo direito privado, nas ordens estatais, quanto pela geração não estatal de normatividades jurídicas.

5 CONCLUSÃO: O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE

A emergência de obrigações de direitos humanos para as empresas e o sistema econômico envolve diversas ordens jurídicas, mas traz as questões mais prementes quando se avalia a hipótese ou tese de que as organizações empresariais e o sistema econômico estariam em condições de estruturar suas próprias “constituições”, independentemente do sistema político e do Estado. São várias e permanecem não respondidas as indagações suscitadas na interpretação desse cenário.

O direito constitucional privado autorregulado é capaz de conjugar adequação social e complexidade ou traz apenas juízos arbitrais casuísticos com um reforço ao fechamento autointeressado particularmente do sistema econômico, sem consideração de variáveis ambientais? Nesse caso, nem se trataria de um fechamento operacional adensado, que produza condições para a abertura cognitiva, mas de um bloqueio mesmo a tal abertura.

As constituições transnacionais e os códigos de conduta e de ética das corporações buscam afirmar-se contra a expansividade desdiferen-

ciante do Estado, ao mesmo tempo em que, sob o pretexto de autolimitar seus sistemas (organizacionais ou funcionais), na verdade instrumentalizam formas jurídicas para reforçar a expansividade destes? As organizações estariam dispostas a adotar “autoconstituições” que fossem efetivas para terceiros, que incrementassem a própria irritação destas e de seus sistemas funcionais? Em que medida pretende tal direito corporativo constitucional abrir-se a conflitos com outras ordens envolvidas em “problemas constitucionais” como limitação de poderes e direitos fundamentais? Como constituições do sistema funcional da economia (cuja “esfera pública” é o mercado) poderão subordinar-se às irritações da “opinião pública” (“esfera pública” da política, sistema que não participa do acoplamento)? O “*poder* constituinte” do povo pode ser substituído pelo “*ter*” constituinte do consumidor, expresso em termos de precificação, oferta e procura? Os colegiados administrativos das corporações constituem-se como verdadeiras e eficientes comunidades de discurso ou “formações colegiais”, no sentido de Sciulli? Como se dará a “irritação” pela concretização de direitos humanos diante das corporações, quem serão seus titulares em potencial, quem, por outro lado, não terá “cidadania” diante das empresas?

As regulações transnacionais no sistema econômico parecem ter por amparo, sobretudo, o código deste sistema (as ameaças de retaliação, de perda de reputação e mercado), que tende a se superpor até mesmo aos mecanismos jurídicos autogerados e auto-organizados. O direito transnacional é forte (vinculante juridicamente, com mecanismos jurisdicionais eficazes, como a arbitragem) em um sistema forte (o econômico) para os agentes fortes (as corporações transnacionais). Nessa medida, a suficiência da autolimitação autopoiética é mais um reforço ao expansionismo que se pretende limitar do que o próprio “regime hegemônico”⁴⁴, por exemplo, do direito internacional econômico (OMC), ainda vinculado a bases (inter)estatais.

⁴² TEUBNER, Gunther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional, p. 14.

⁴³ KOSKENNIEMI, Martti. *The politics of international law*. Cambridge: Hart, 2011. p. 358.

⁴⁴ KOSKENNIEMI, Martti. Hegemonic regimes. In: YOUNG, Margaret A. (Ed.). *Regime interaction in international law: facing fragmentation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 305-324.

A constituição, como “acoplamento estrutural” entre política e direito⁴⁵, envolve uma vinculação íntima e procedimental entre as “fórmulas de contingência” desses dois sistemas: legitimidade e justiça⁴⁶. Como as “autoconstituições” do sistema econômico poderiam perseguir sua legitimidade, estando fora do sistema político? Há autores que entendem que a legitimidade das “constituições privadas” estaria baseada na *expertise*, na reputação e na capacidade de solução de problemas que as organizações privadas altamente especializadas e globalizadas teriam, *reconhecidamente*⁴⁷.

Mas o discurso da constitucionalização inevitavelmente traz não apenas o isomorfismo estrutural com as constituições nacionais, mas também a herança semântica do constitucionalismo. Por isso, “é improvável que o estatismo democrático vá, nesta ou mesmo na próxima geração, perder sua credibilidade como um sério paradigma para o estudo do direito constitucional”⁴⁸. De outro lado, a pluralidade de experiências institucionais e culturais do constitucionalismo nacional permanece como lastro epistêmico e ideológico, cuja autoridade o transforma em paradigma de todas as experiências de constitucionalismo descentrado do Estado⁴⁹. Em contraponto ao paradigma nacional, pergunta-se: em que medida as constituições *para além do Estado* podem ser constituições sem um povo procedimentalizado e uma esfera pública democrática?

No juízo de Koskenniemi⁵⁰, a semântica constitucional e a tentativa de isomorfismos estruturais protoconstitucionais não se demonstram *a priori* preferíveis aos vocabulários da economia, da tecnologia, do socialismo, do nacionalismo, do cristianismo, cada qual com seus especialistas, valores e preferências intrincadas. Assim, corroborando essa constatação, é evidente que, sem um projeto político aberto à deliberação e sem estruturas efetivamente institucionalizadas,

o constitucionalismo além do Estado pode ser apenas mais uma nova ideologia.

REFERÊNCIAS

AMATO, Lucas Fucci. **Constitucionalização corporativa: direitos humanos fundamentais, economia e empresa**. Curitiba: Juruá, 2014.

ČERNIČ, Jernej Letnar. *Human rights law and business: corporate responsibility for fundamental human rights*. Groningen: Europa Law, 2010.

FASSBENDER, Bardo. *The United Nations Charter as the constitution of the international community*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.

GRABER, Christoph Beat; TEUBNER, Gunther. Art and money: constitutional rights in the private sphere? *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, v. 18, n. 1, p. 61-73, 1998.

JÄGERS, Nicola M. C. P. *Corporate human rights obligations: in search of accountability*. Antwerpen: Intersentia, 2002.

KOSKENNIEMI, Martti. *The politics of international law*. Cambridge: Hart, 2011.

_____. Hegemonic regimes. In: YOUNG, Margaret A. (Ed.). *Regime interaction in international law: facing fragmentation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 305-324.

KUMM, Mattias. The best of times and the worst of times: between constitutional triumphalism and nostalgia. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. (Ed.). *The twilight of constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 201-219.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio

⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 620.

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*, p. 371.

⁴⁷ PRANDINI, Riccardo. The morphogenesis of constitutionalism. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. (Ed.). *The twilight of constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 316.

⁴⁸ KUMM, Mattias. The best of times and the worst of times: between constitutional triumphalism and nostalgia. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. (Ed.). *The twilight of constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 219.

⁴⁹ WALKER, Neil. Taking constitutionalism beyond the State. *Political Studies*, London, v. 56, n. 3, 2008. p. 540.

⁵⁰ KOSKENNIEMI, Martti. *The politics of international law*, p. 349.

2.3 TEORIA DOS SISTEMAS

de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *I diritti fondamentali come istituzione*. Bari: Dedalo, 2002.

_____. *A realidade dos meios de comunicação*. São Paulo: Paulus, 2005.

_____. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007.

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

_____. A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto (Org.). *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009b. p. 653-688.

PRANDINI, Riccardo. The morphogenesis of constitutionalism. In: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin. (Ed.). *The twilight of constitutionalism?* Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 309-326.

SCIULLI, David. *Theory of societal constitutionalism: foundations of a non-Marxist critical theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

_____. *Corporate power in civil society: an application of societal constitutionalism*. New York: New York University Press, 2001.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Impulso*, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.

_____. Societal constitutionalism: alternatives to State-centered constitutional theory. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (Ed.). *Transnational governance and constitutionalism*. Oxford: Hart, 2004. p. 3-28.

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

WALKER, Neil. Taking constitutionalism beyond the State. *Political Studies*, London, v. 56, n. 3, p. 519-543, 2008.

YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Recebido: 30/08/2015

Aprovado: 24/11/2015