

REFLEXÕES SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO SISTEMA DE PODER MUNDIAL*

Gunther Teubner¹

REFLECTIONS ON THE CONSTITUTIONALIZATION OF
THE WORLD POWER SYSTEM

RESUMO: Elementos da sociedade atual evidenciam a impossibilidade de compreender o direito que está em curso diante da crise do direito estatal se se insiste em manter o constitucionalismo sob as vestes do direito estatal. Instituições sociais públicas e privadas, corporações transnacionais, agrupamentos financeiros, ONGs têm promovido influências na prática do direito sem precedentes na história. Para lidar com a multiplicidade de constituições civis, proponho o constitucionalismo societário transnacional.

Palavras-chave: Teoria dos sistemas. Constitucionalismo social. Sistema de poder mundial. Regulação. Risco.

ABSTRACT: Elements of actual society show that it is impossible to understand the law that is underway in the face of the crisis of the rule of law one insists on maintaining constitutionalism under the guise of state law. Public and private social institutions, transnational corporations, financial groups, NGOs have promoted influences on the practice of law unprecedented in history. In order to deal with the multiplicity of civil constitutions, we propose transnational corporate constitutionalism.

Keywords: System theory. Societal constitutionalism. World power system. Regulation policies. Risks.

* Este artigo foi publicado em: Jean-Philippe Robé (ed.) *Constitutionalisation of the World Power System*. Farnham: Ashgate, 2016. Disponível em: <<https://www.jura.uni-frankfurt.de/59903714/ConstitutionnalisationENGfinal-.pdf>>.

¹ Professor da Goethe Universität, Frankfurt.



1 INTRODUÇÃO

Uma série de escândalos públicos entrou em erupção nos últimos anos. As empresas multinacionais violaram os direitos humanos; a Organização Mundial do Comércio tomou decisões controversas que ameaçam o meio ambiente e a saúde das pessoas em nome do livre comércio global; tem-se doping no esporte e na corrupção em ciência e medicina; intermediários privados ameaçaram a liberdade de expressão na Internet; organizações privadas reuniram informações que infringiram grandemente a esfera privada e, mais recentemente, os riscos catastróficos foram desencadeados nos mercados financeiros globais com desrespeito claro.

Todos esses escândalos não só representam problemas para a regulação, mas também problemas constitucionais, no sentido estrito. É a constitucionalização das dinâmicas sociais que está em jogo e não apenas a adoção de políticas de regulação estadual. Em comparação com a questão constitucional dos séculos 18 e 19, estes são problemas de outro tipo que surgem hoje e, não por isso, são menos preocupantes. Se a questão trata da liberação de energias políticas do poder do estado nação e, ao mesmo tempo, da limitação efetiva dele por meio do estado de direito, isso é agora, no caso da nova questão constitucional, abordar um caso de liberação de energia social completamente diferente – particularmente significativa na economia, mas também para outras áreas da ciência e tecnologia, medicina e nova mídia - e efetivamente limitando seus efeitos destrutivos².

Hoje em dia, essas energias - de forma produtiva e destrutiva - são descarregadas em espaços sociais além do estado-nação. Os escândalos acima mencionados atravessam as fronteiras do estado-nação de uma maneira dupla. O constitucionalismo além do Estado-nação significa duas coisas: os problemas constitucionais surgem simultaneamente fora dos limites do Estado-nação nos processos políticos transnacionais; e, fora dos setores políticos institucionalizados, nos setores "privados" da sociedade global.

² Philip Allott chega a descrever a nova questão constitucional como “o desafio central a ser enfrentado pelos filósofos internacionais do século XXI” (2001, p. 16).

As regras constitucionais para a empresa serão parte das constituições do mundo estadual ou formam parte de um constitucionalismo social? Há, na minha opinião, três problemas difíceis para lidar, o que sugere preferir a segunda alternativa. Estes três problemas são: (1) a impossibilidade de uma constituição mundial; (2) as dificuldades de uma perspectiva focada no Estado; (3) a redução de problemas constitucionais a problemas de poder social.

Gostaria de salientar a importância de um pluralismo constitucional em contextos nacionais e transnacionais, em contextos públicos e privados, e, por último, gostaria de discutir um dos muitos exemplos oferecidos pelo constitucionalismo societário transnacional, nomeadamente os códigos de conduta para empresas multinacionais.

I OS TRÊS PROBLEMAS

1 A IMPOSSIBILIDADE DE UMA CONSTITUIÇÃO MUNDIAL COSMO-POLÍTICA

Com um senso de realismo sóbrio, Jean-Philippe Robé, um especialista francês líder em constitucionalismo corporativo, nega um estado-mundo como um substrato de uma única constituição, mas, em vez disso, afirma que

existe um "sistema de poder" global, cujos componentes "públicos" e "privados" têm uma origem constitucional enraizada em constituições estatais positivas, que posteriormente foi prorrogado por meio de tratados internacionais ". Este sistema tem uma eficácia e, neste sentido, uma constituição mundial já está no mínimo parcialmente (RODÉ, 2012, p.331).

Se essa ideia de uma constituição mundial for levada a sério, a constituição do direito internacional seria considerada, na medida do possível, por analogia com a lei constitucional dos estados-nação: uma hierarquia do direito constitucional contra o direito comum. O mundo inteiro seria visto como um único domínio de validade que se estendesse a todos os campos nacionais, culturais e sociais³.

O projeto de uma constituição mundial apresenta extensões formidáveis em relação à tradição constitucional. Mas, em última instância, esse projeto não é capaz de libertar-se do fascínio da arquitetura do Estado-nação e, em vez disso, simplesmente procura

³ Uma crítica bem elaborada sobre as referidas "ilusões constitucionais" da constituição do estado mundial é conduzida por Andreas Fischer-Lescano (2005, p. 246 e ss.).

compensar as deficiências óbvias, sugerindo todos os tipos de compensações, elementos de apoio, reconstruções, fundações e fachadas decorativas, que só servem para complicar a sua construção, em vez de construir algo novo. O problema de tal abordagem reside no fato de ela se concentrar na constituição do Estado. Deve reconhecer-se que esta abordagem tem a coragem de repensar a constituição para um todo político, à luz do processo intergovernamental, através da inclusão de atores sociais, através do efeito estrutural dos direitos fundamentais na sociedade, mas continua comprometido com uma compreensão da constituição cujo papel seria libertar e limitar a ação do Estado.

Minha hipótese central é a seguinte: estamos testemunhando o surgimento de uma multiplicidade de constituições civis. A constituição de uma sociedade mundial não ocorre exclusivamente nas instituições representativas da política internacional. Ela também não pode mais ter lugar em uma constituição mundial abrangendo todos os setores da sociedade. Em vez disso, ela se desenvolve gradualmente em torno da constitucionalização de uma multiplicidade de sub-sistemas autônomos da sociedade mundial. Esta é a mensagem central de um constitucionalismo societário transnacional.

2 A FIXAÇÃO NO ESTADO

Uma teoria sociológica do constitucionalismo social, que até então permaneceu inaudita no debate sobre a constituição, reduz a centralização do estado, tal como ocorre no constitucionalismo tradicional. Esta teoria constitucional se baseia em quatro variantes da teoria sociológica, pois ela usa: teorias gerais de diferenciação funcional, segundo as quais a constituição interna dos subsistemas sociais, e não apenas do estado, é o problema central⁴; um campo específico da sociologia - uma sociologia de constituições recentemente desenvolvida (THORNHILL, 2011; VERSCHRAEGEN, 2013, p. 61-80); a teoria do governo privado (SELZNICK, 1969); e o conceito de constitucionalismo social (SCIULLI, 1992). Além disso, uma teoria sociológica da constituição promete conectar análises

⁴ As teorias sociológicas gerais da diferenciação funcional na tradição de Emile Durkheim, Georg Simmel, Max Weber, Talcott Parsons, Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann dão uma inclinação diferente sobre a questão de a constituição do estado poder constituir a constituição de toda a sociedade ou se os setores sociais desenvolvem constituições autônomas.

histórico-empíricas que foram feitas a partir de fenômenos constitucionais, perspectivas padronizadas (THORNHILL, 2008, p.163).

O que torna diferente a sociologia das constituições? O facto de não apenas suscitar a questão constitucional no contexto da relação com a política e a lei, mas que coloca a questão para todas as áreas da sociedade.

Nesse sentido, o problema foi completamente alterado. Não é só que a questão da constitucionalidade surge em relação ao estado mundial da política internacional ou do direito internacional, mas também para outros setores independentes da sociedade global, para a economia global em primeiro lugar, mas também para a ciência e tecnologia, educação, mídia e saúde pública. Um constitucionalismo societário tem o potencial necessário para conter, além das tendências expansionistas no sistema político, as tendências expansionistas - hoje não menos problemáticas - de muitos outros subsistemas sociais que ameaçam a integridade dos indivíduos e das instituições? As constituições podem efetivamente combater a dinâmica centrífuga nos subsistemas da sociedade global e, assim, contribuir para a integração social, de uma maneira totalmente diferente da do entendimento clássico da integração pela constituição? As teorias sociológicas podem dar um impulso a essas questões que surgem com essa nova urgência frente às tendências de globalização e privatização. Eles questionam os pressupostos fundamentais do debate atual sobre constituições transnacionais, substituindo-os por outras hipóteses e, assim, identificando problemas de um novo tipo e sugerindo diferentes consequências práticas (KJAER, 2014; COLLINS, p. 133-166, 2011; HOLMES, 2011, p. 121; VIELLECHNER, p. 436-464, 2011; CALLIES; ZUMBANSEN, 2010, *passim*; THORNHILL, 2010; p. 1-23; LINDAHL, 2010, p. 33; PRANDINI, 2010, p. 40; BACKER, 2009; SCHNEIDERMAN, 2008; AMSTUTZ, 2007, p. 235-258; TULLY, 2007, p. 328; KOSELLECK, 2006, p. 369).

3 ALÉM DO PODER SOCIAL

Uma abordagem centrada no estado apresenta um terceiro problema ao considerar que, de forma incorreta, a constituição de empresas e, em particular, o efeito horizontal dos direitos fundamentais é exclusivamente um problema de poder social. Falta seu

verdadeiro objetivo: limitar, por legislação, a expansão dos subsistemas sociais que nem sempre ocorrem através do poder estatal.

Se a tarefa é limitar, por meios constitucionais, as fortes tendências expansionistas que têm sua origem na lógica específica dos subsistemas sociais, então uma concepção estatal dos direitos fundamentais baseada no Estado não é mais suficiente, portanto, não há como mantê-la preservada. Mais, não podemos atribuí-los apenas aos jogadores individuais, nem focalizá-los exclusivamente nos fenômenos sociais do poder, nem oferecer-lhes a forma de espaços autônomos protegidos por direitos subjetivos. Por isso questionamos se podemos desenvolver uma abordagem, como fazemos aqui, que concebe os direitos fundamentais como capazes de funcionar contra a mídia da própria comunicação social - o poder, mas também o lucro, a tecnologia, o conhecimento, a mídia de informação - em vez de contra os atores? Não é, este, então um caso de proteção não só dos direitos fundamentais dos indivíduos, mas também das instituições sociais? O efeito social dos direitos fundamentais não deve ser implementado através da organização e do procedimento, e não através de direitos subjetivos?

II PLURALISMO CONSTITUCIONAL

A rota alternativa ao constitucionalismo societário estatal é um pluralismo constitucional tanto a nível nacional como transnacional. Nesse sentido, é necessário ver o resultado de experiências que foram realizadas no passado com quatro conceitos diferentes para constituição da sociedade (CHAMPEIL-DESPLATS, 2016, p. 157-169)⁵.

1 A AUTONOMIA DAS CONSTITUIÇÕES SOCIETÁRIAS

A tendência do constitucionalismo liberal para ignorar os setores sociais é desacreditada hoje. O modelo totalitário que ampliou uma regulamentação maciça do Estado a todos os setores da sociedade é plenamente desacreditado. Em oposição, há os

⁵ Véronique Champeil-Desplats desenvolve uma tipologia informativa para diferentes versões do constitucionalismo social - (1) estrutural, (2) institucional, (3) contratualista, (4) axiológico - o que destaca diferenças relevantes entre elas. Minha própria versão parece se aproximar do que ele chama de institucional e de estrutural. Mas nenhum deles realmente se encaixa. Eu sugeriria um quinto tipo: uma versão sócio-jurídica. Isso enfatizaria a co-originalidade dos processos sociais e legais dentro de uma constituição, sua clara autonomia e separação, sua inter-relação mútua em um processo "híbrido" ou "simbiótico" ou "co-evolutivo".

conceitos atuais de Estado de Bem-estar à direita, que enfatiza o Estado com dever de prescrever as constituições dos setores sociais ao mesmo tempo em que deve respeitar a sua autonomia. Ocorre que a incessante injeção de procedimentos políticos uniformes de poder e o consenso nos diversos setores sociais tem um efeito contraproducente. As teorias econômicas do direito dependem da autonomia da constituição setorial da economia. Mas eles perdem sua credibilidade dependendo exclusivamente da racionalidade econômica, considerando que todas as outras razões são irracionais e dependem da integração de toda a sociedade através do mercado e da concorrência.

Por isso, se resume a navegar entre a Cila das constituições societárias do Estado de bem-estar e os Caribdes de uma constitucionalidade puramente econômica. Uma "bússola" é fornecida pela "lei do conflito de direitos", no sentido de Rudolf Wiethölter, segundo a qual as constituições societárias setoriais são autônomas e não precisam de intervenção política em caso de crise.

Tomar a autonomia a sério significa confiar na autodeterminação e, ao mesmo tempo, na inevitável externalização que não deve ser entendida como determinação externa, mas sim como suporte potencial de fora, portanto, de situações nas quais a auto-ajuda não é possível. Poderia ser comparado com assistência terapêutica ou estruturas de apoio fora da legislação (WIETHÖLTER, 1988, p. 27; WIETHÖLTER, 2005, p. 65-77).

Na verdade, diferentes variantes do pluralismo constitucional tentam, de fato, manter esse caminho difícil (WALKER, 2002, p. 317-359). A teoria sociológica da governança privada conduziu trabalho pioneiro na medida em que analisou as empresas e outras organizações privadas nos moldes das associações de poder político e encorajou a transferência de princípios políticos para análise de organizações privadas (SELZNICK, 1969; DAHL, 1990, p. 100). É, portanto, em termos de política do direito, uma crítica e um desmantelamento do poder e, em todo caso, da legitimidade e limitação - e até mesmo da constitucionalização - do poder econômico. Assim como ocorre com a constituição do poder político-estatal, os governos privados devem estabelecer sua legitimidade ao combinar suas regras organizacionais de forma explícita e protegendo as áreas de liberdade de seus membros por meio de elementos equivalentes àquelas dos direitos fundamentais.

No entanto, a teoria da governança privada está intimamente relacionada às organizações formais ou mesmo, apenas, com empresas financeiras. Que a reivindicação de constitucionalização seja estendida a todo o processo financeiro, bem como a outros processos sociais, é o que essa teoria defende ser exigência da constituição societária e financeira do estado de bem-estar. O ponto de partida foi a idéia política da "constituição do trabalho" (Sinzheimer), ou seja, "cada ordem chama os empregados - nas áreas determinadas por lei ou por contrato – a exercerem todos os direitos de decisão anteriormente reservados exclusivamente aos empregadores"(SINZHEIMER [1927], 1976, p. 108-114). Essa ideia se tornou conseqüentemente generalizada. Assim, a participação democrática e a garantia dos direitos fundamentais devem ser estendidas a todas as organizações socialmente relevantes (ANDERSON, 2004, p. 31-59).

A Europa Ocidental está experimentando uma multiplicidade de constituições sociais que concedem a constituição política apenas o status de *primus inter pares*. As constituições estão em toda parte na sociedade: não apenas *ubi societas, ibi ius*, como dizia Grotius, mas *ubi societas, ibi constitutio*. As ordens autoidadas estão se desenvolvendo em vários lugares da sociedade e estão sendo estabilizadas pelo direito constitucional. O Direito deve, portanto, desenvolver um "constitucionalismo multilateral" que não está vincula unilateralmente às ordens sociais nem à constituição do estado nem à economia, mas sim a modelos de constituições específicas que fazem justiça às peculiaridades das múltiplas ordens.

A influência de grande alcance dos grupos de interesse sobre a política, passando pelo lobbyismo puro até as funções genuinamente públicas de atores privados, a institucionalização da co-determinação do trabalho nas empresas, o controle dos mercados através da auto-regulação das associações empresariais, o forte papel de organização profissional em quase todos os setores sociais - no serviço de saúde, esporte, cultura, ciência, educação, mídia de massa - todos esses arranjos neo-corporativos institucionalizam a representação de vários interesses sociais. Em cada caso, eles se baseiam em uma constituição especial que contém regras constitutivas para a auto-regulação e, ao mesmo tempo, permite que as associações privadas funcionem como participantes num processo político mais amplo.

É com um realismo notável que as teorias neo-corporativistas analisam a concorrência entre a regulação do estado e auto-regulação social. Em contraste com a rigidez do corporativismo do Estado autoritário da década de 1930, essas teorias abordam como grupos sociais livremente formados, sem adesão compulsória e sem uma regulamentação abrangente do estado, são capazes de fazer uso produtivo da interação de elementos espontâneos e organizados dentro dos subsistemas da sociedade. Embora a co-determinação tenha sido institucionalizada pela legislação estatal, eles argumentam que - contra as fantasias da onipotência do estado de bem-estar social - a co-determinação não pode funcionar com sucesso sem a auto-fundação e a auto-regulação dos sindicatos e corporações. Finalmente, eles se voltam contra a crítica frequente da influência política das associações e enfatizam elementos auto-constitucionais na mediação de interesses, o que reflete política da sociedade funcionalmente diferenciada.

Ao mesmo tempo, as teorias neo-corporativistas mantêm sua distância da economia constitucional. À medida em que enfatizam a auto-fundação das instituições sociais, os conceitos neo-corporativos não envolvem os pressupostos artificiais da escolha racional. Além disso, elas argumentam que a influência da auto-regulação social depende muito de sua proteção pela constituição do estado. E elas representam o papel das regras legais formais. O direito coloca a organização espontânea dos interesses dos empregados em uma base permanente para que sua influência nas decisões empresariais possa ser estabilizada de forma relativamente independente das flutuações de mercado e poder.

A "constitucionalização triangular" dos subsistemas sociais - uma divisão do trabalho entre sua auto-fundação na sociedade, as intervenções constitucionais do estado e o papel estabilizador da lei formal - pode ser considerada como a importante contribuição prática e teórica do neo-corporativismo. A co-determinação é o paradigma para a intrincada interação das constituições sociais e sua constituição externa através da política e do direito. A coordenação do Estado através de leis estatutárias está intimamente coordenada com a auto-organização social em corporações e sindicatos, e com os tribunais reajustando constantemente o equilíbrio.

2 CONSTITUCIONALISMO SOCIETÁRIO

David Sciulli desenvolveu o conceito de "constitucionalismo social", que se concentra em outro ponto fraco do neo corporativismo (SCIULLI, 1992; SCIULLI, 1994, p. 1076-1123; SCIULLI, 2001). O neo-corporativismo é muito apegado ao dualismo política/economia e, em grande medida, ignora os outros setores sociais. Como sugere a expressão "intermediação de interesse", ele se concentra muito estreitamente nas relações entre as políticas institucionalizadas e a economia. De acordo com sua autocompreensão, os arranjos neo-corporativos transformam associações comerciais e sindicatos em participantes do sistema político e transformam sua mediação de interesse institucionalizada em decisões políticas. Essa teoria subestima a autonomia de outros subsistemas sociais, o que faz com que eles se diferenciem da política institucionalizada. Ao mesmo tempo, o conceito é muito próximo da economia e contabiliza apenas as associações comerciais, as corporações e os sindicatos. Falta, portanto, reespecificar as instituições neo-corporativas em outras lógicas independentes na sociedade. O constitucionalismo societário, de fato, corrige esse déficit teórico porque lida, desde o início, com todas as suas subáreas da sociedade.

Começando com os dilemas da racionalização na modernidade, profundamente analisados por Max Weber, Sciulli identifica contra-forças que funcionariam contra a enorme descida evolutiva para um autoritarismo crescente. Esta deriva é propiciada por quatro impulsos:

- (1) a fragmentação das lógicas de ação resulta em diferenciação escalonada, pluralização e compartimentação recíproca de esferas separadas: cada área de ação na sociedade desenvolve sua própria racionalidade formal que está em conflito insolúvel com as racionalidades de outras áreas;
- (2) o domínio do cálculo instrumental como a única racionalidade reconhecida em todas as áreas: dada a colisão das racionalidades na modernidade, a lógica do cálculo instrumental sozinho está se tornando geralmente aceita na economia e na política, assim como nos demais setores de ação;
- (3) substituição abrangente da coordenação informal pela organização burocrática: cada vez mais, em todas as áreas da vida, organizações formadas hierarquicamente

estruturadas, equipadas por especialistas, estão proliferando como promotoras de racionalidades formais;

(4) crescente confinamento na "gaiola de ferro da modernidade": particularmente fora da política, as organizações formais estão proliferando em diferentes áreas sociais, levando a uma orientação abrangente baseada em regras do indivíduo (SCIULLI, 1992, p. 80).

Esta deriva termina inevitavelmente, em toda a sociedade, em uma competição intensa por posições de poder e influência social, no controle social altamente formalizado e no autoritarismo político e social. As únicas dinâmicas sociais que efetivamente se opuseram a essa deriva evolutiva no passado, e que o farão no futuro, devem ser encontradas de acordo com Sciulli nas instituições de um "constitucionalismo societário". É crucial institucionalizar procedimentos de normas não racionais (não racionais no sentido de escolha racional) que possam ser empiricamente identificados em "formações colegiadas", ou seja, nas profissões e outras instituições produtoras de normas e deliberativas. Eles são

Tipicamente encontrado não apenas em institutos de pesquisa públicos e privados, redes artísticas e intelectuais, bem como em universidades, mas também dentro de legislaturas, tribunais e comissões, associações profissionais e, inclusive, nas divisões de pesquisa de corporações privadas e públicas ... e até mesmo nas direções de corporações públicas e privadas (SCIULLI, 1992, p. 208).

Todas essas variantes do pluralismo constitucional diferem fundamentalmente de seus rivais econômicos e do Estado de Bem-estar pelo papel que atribuem à política do Estado no processo de constitucionalização da sociedade. Ao contrário de propor uma economia constitucional, o Estado não se limita a padronizar pré-condições mínimas para uma constituição econômica autônoma ou apenas emitir correções no caso de tendências autodestrutivas. E o pluralismo constitucional não pode ser identificado com a consecução de objetivos políticos organizacionais em toda a sociedade, contrariando a intenção dos conceitos do estado de bem-estar social. Isso contribui para o papel da política, o papel do estabelecimento de diretrizes constitucionais para os setores sociais, de modo que uma estreita cooperação entre o Estado e os actores sociais possa prejudicar as tendências centrífugas da diferenciação funcional. O que importa é que existe uma interação entre autoconstitucionalidade societária e impulsos político-estadual. Ele atribui às instituições

políticas do Estado-nação a tarefa de integrar os subsistemas em conflito, não tomando decisões concretas que são coletivamente vinculativas, mas coordenando a cooperação das organizações sociais e políticas.

3 UM CONSTITUCIONALISMO TRANSNACIONAL?

Obviamente, esse arranjo é feito para medir as condições especiais do estado-nação. O pluralismo constitucional tem tido muito sucesso, mas depende das condições sociais e institucionais que ocorrem apenas no contexto do Estado-nação (STREECK, 2009). Isso traz ao debate a questão de se, sob as condições da globalização - equivalentes a esse pluralismo constitucional podem ser institucionalizados. Mas a discussão das diferentes abordagens deve ter demonstrado claramente contra qual problema o constitucionalismo da sociedade reage: a idéia de estabelecer uma pressão externa para conter simultaneamente externalidades negativas, bem como as tendências centrífugas dos subsistemas autônomos por sua autocontrole.

No que diz respeito ao espaço transnacional, há um equívoco generalizado que explica o quanto o debate atual subestima o radicalismo da constitucionalização social. Em princípio, a necessidade de uma constituição é apenas devido a formas particulares de "governança" política que se formaram na sociedade global e que diferem do "governo", isto é, as práticas tradicionais do governo do Estado-nação. A "governança" é considerada o resultado de intervenções administrativas sócio-políticas, nas quais os agentes públicos e privados resolvem problemas sociais (KOOIMAN, 2000, p. 139). A interconexão de diferentes burocracias especializadas de estados-nação com jogadores de todo o mundo, corporações transnacionais, agrupamentos financeiros, ONGs e esquemas híbridos é vista como a nova questão da governança global, que agora deve ser superada por instituições constitucionais (GRANDE et al., 2006, pág. 119-145).

Sem dúvida, essa socialização da dominação política encontra um dos elementos centrais da governança global, mas, no entanto, essa análise é míope. Isso minimiza o problema quando se pensa apenas em novos jogadores privados limitados, que incluem as estruturas de poder da governança global, por padrões constitucionais. Mais uma vez, deve-se ressaltar que a visão estreita das teorias politico-legais da constituição também se

concentra em relatórios transnacionais e fenômenos da política (no sentido estrito da política institucionalizada). Do ponto de vista sociológico, torna-se claro, no entanto, que o verdadeiro problema é a constituição de esferas autônomas de ação na sociedade global - precisamente fora da política internacional - e que o papel dos padrões de direito constitucional neste processo deve ser discutido. Os problemas do constitucionalismo no sentido mais forte do termo se tornam visíveis na sociedade global apenas quando se vai além dos processos políticos transnacionais no sentido estrito e se entende o quanto os atores sociais estão envolvidos não só no processo de governança global, mas também no estabelecimento de regimes globais autônomos fora da política institucionalizada, pois eles podem se tornar, inclusive, os próprios atores políticos e reagirem à política.

Assim, as diferenças entre as constituições setoriais e a constituição política chegam ao primeiro plano. A constitucionalização da governança global, portanto, sempre foi entendida como a constituição dos processos políticos transnacionais no sentido mais estrito. Por outro lado, a análise sociológica dos subsistemas globais - a economia, a ciência, a cultura e os meios de comunicação de massa - enfrenta questões muito mais difíceis: os subsistemas globais implementam uma dinâmica de crescimento descontrolado, mas devem estar sujeitos a restrições constitucionais? Existem, nestas áreas, coisas semelhantes às salvaguardas dinâmicas expansivas, particularmente no que diz respeito à separação política de poderes? Mais, uma questão fundamental é se ainda se pergunta em que ponto é necessário generalizar os princípios das constituições políticas para escapar das armadilhas do nacionalismo metodológico? E, ainda, como eles deveriam ser especificados para levar em conta as características de uma instituição social de globalidade? (PARSONS; ACKERMAN, 1966, p. 19-40; SCHIERBECK, 2000, p. 168).

As constituições setoriais não aspiram a um equilíbrio estável, elas seguem o modelo caótico de um "desequilíbrio dinâmico" como resultado de desenvolvimentos contrários - capacitação e limitação da lógica funcional dos subsistemas. As novas ordens constitucionais mundiais, até agora no oeste, estabeleceram apenas regras constitutivas que apoiam de forma normativa a liberação de diferentes racionalidades sistêmicas em escala global. Hoje, no entanto, é claro que a reorientação é necessária. Após longos experimentos na história das fortes tendências para a expansão dos subsistemas

funcionais globais e após os choques das crises endógenas, ocorrem movimentos contraditórios - após conflitos sociais violentos - regras limitantes que contrariam as tendências autodestrutivas e limitar o dano aos ambientes sociais, humanos e naturais. É claro que, desde o início da globalização, o problema "vertical" da constituição foi politicamente assediado: comparados com os estados-nação, as fronteiras devem ser impostas aos novos regimes globais. Mas o problema constitucional mais grave, o problema "horizontal", não é absolutamente considerado, a saber: "se a autonomia dos sistemas funcionais não pode levar a cobranças mútuas que limitam a adaptabilidade estrutural dos sistemas funcionais à sua própria diferenciação" (LUHMANN, 1997, pág. 1087).

Esta cegueira para as externalidades negativas produzidas por sistemas que se expandem claramente em relação ao seu potencial autodestrutivo foi revelada pela crise dos mercados financeiros. A constituição mundial dos mercados financeiros, válida até esse ponto, foi simplesmente o resultado de um processo evolutivo cego no qual os mercados se tornaram automaticamente globais. Ao contrário, isso ocorreu através da participação ativa da política e do direito. Em termos de dismantelar as barreiras nacionais e de uma política explícita de desregulamentação, foi estabelecida uma constituição global de mercados financeiros, politicamente desejados e legalmente estabilizados, que libertou a dinâmica incontrollada. Mas, o que substituiria as regulamentações nacionais e padronizava as regras restritivas ao mesmo tempo não era planejado pela agenda política, e até mesmo se opunha por anos como contraproducente. É somente hoje, seguindo a experiência de várias catástrofes que quase levaram a um processo de aprendizagem coletivo, que buscamos limitar o financiamento pelo direito constitucional a nível global no futuro. A este respeito, meus pensamentos vão diretamente na linha dos de Jean-Philippe Robé. Faz-se urgentíssimo limitar a dinâmica social que está provocando suas externalidades negativas por meio de regras constitucionais. E é aqui especialmente que a constituição financeira e as constituições de empresas transnacionais estão no centro da atenção constitucional.

4 POR FIM, UM EXEMPLO

É possível observar os primeiros passos para o constitucionalismo societário transnacional nos conflitos sociais cujo resultado são códigos de conduta corporativos. A grande crítica pública internacional e muito divulgada, mais as ações de movimentos de protesto e organizações não governamentais (ONGs) da sociedade civil, obrigaram muitas empresas transnacionais a "estabelecer voluntariamente" códigos de conduta comerciais. Nesses códigos, eles afirmam se comprometer a resolver certos tipos de problemas em relação ao interesse público e prometem implementá-los internamente (ABBOTT; SNIDAL, 2009, p. 501-571). A questão de como os efeitos desses códigos comerciais nas áreas de trabalho, produtos, meio ambiente e direitos humanos devem ser avaliadas continua sendo ambivalente. Os compromissos nos códigos "privados" são muitas vezes meras estratégias de relações públicas que não conduzem a mudanças efetivas no comportamento (BARTLEY, 2007, p. 327 e ss.; ARTHURS, 2002, p. 471-488).

Nossa atenção pode ser realizada por estudos empíricos que, em alguns casos, indicam que os códigos trouxeram mudanças reais. Melhoraram as condições de trabalho, aumentaram os níveis de proteção do ambiente e dos direitos humanos (HERBERG, 2006; DILLING; HERBERG; WINTER, 2008). O monitoramento contínuo por parte das ONGs ou os contratos que vinculam as empresas a organismos de certificação na sociedade civil parecem ser as condições mais importantes para o sucesso (FLOHR et al., 2009).

O que importa são as pressões do aprendizado, ou seja, restrições externas que são exercidas sobre empresas transnacionais com vistas a mudanças graduais. Isso significa que a comunicação não se dá simplesmente por meio da legislação e das sanções legais, estas não são as únicas a transferir expectativas de fora para dentro. Em vez disso, através de meios de comunicação não legais - através do conhecimento de especialistas, poder político e social e incentivos econômicos e sanções monetárias - os processos de aprendizagem são desencadeados.

Do que consiste essa pressão? As sanções da lei não desempenham um papel decisivo neste processo. Mecanismos fora da lei atuam em seu lugar. Em primeiro lugar, o processo de poder interorganizacional - pressão unilateral e troca política - obriga as empresas a desenvolver seus próprios códigos. Não se pode enfatizar o suficiente para que

essa pressão externa seja uma condição prévia para que os códigos corporativos realmente tenham um efeito. Aqui se encontram as pressões do Estado-nação, como argumentado por Robé, bem como as pressões dos movimentos sociais, tal como os vejo, para se provar como adições mútuas necessárias. De acordo com as experiências atuais, os estados, bem como as organizações internacionais da sociedade mundial têm, com seus códigos de conduta de empresas multinacionais, gerado recursos de poder que exigem pressão externa. Até agora, as pressões do poder ofensivo dos movimentos de protesto, ONGs, sindicatos, organizações sem fins lucrativos e opinião pública provaram ser fortes. Trata-se de sanções econômicas que, muitas vezes, terminam ao cabo afetando na decisão: as empresas dependem de consumidores sensíveis e seus hábitos de compra e grupos de investidores que, com seus investimentos, exercem pressão financeira sobre as empresas (HOWARD-GRENVILLE; NASH; COGLIANESE, 2008, p. 73).

Atrás da metáfora de "códigos voluntários" se esconde algo totalmente diferente do voluntariado. Se as empresas transnacionais adotarem os códigos, não é fruto de terem considerado as reivindicações como pleito ao bem comum ou devido à ética corporativa. Eles se resignam "voluntariamente" a adotar, quando pressões de aprendizagem maciças vêm de fora. O processo de aprendizagem não ocorre dentro do sistema legal, do código ao código, através de uma transferência de validade, mas segue desvios através de outros sistemas funcionais. Num "processo de tradução" complicado, os limites entre os sistemas são cruzados; um ciclo de perturbação se forma entre os atos jurídicos das organizações internacionais, as pressões do poder político e social, as operações de conhecimento nas comunidades epistêmicas, as sanções econômicas e os atos jurídicos das empresas multinacionais. O conteúdo inicial é radicalmente alterado quando o código de conduta das organizações internacionais é "traduzido" na linguagem acadêmica dos especialistas, que projeta modelos e organiza o monitoramento, no poder interorganizacional das atitudes políticas entre organizações internacionais, ONGs e empresas multinacionais, no poder dos mecanismos reguladores do espaço público e dos incentivos e sanções financeiras e, finalmente, tudo é "retransmitido" na linguagem legal dos códigos internos da empresa. Este tipo de ligação complicada entre os dois códigos mostra claramente que

a autoconstituição da empresa não decorre de razões intrínsecas de voluntariado, mas é apenas devido a pressões de aprendizagem externas e desviadas.



REFERÊNCIAS

ABBOTT, Kenneth; SNIDAL, Duncan. Strengthening International Regulation Through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, no. 42, p. 501-571, 2009.

ALLOTT, Philip. The Emerging Universal Legal System. **International Law Forum du droit internation**, vol. 3, 2001, p. 12-17.

AMSTUTZ, Marc. Civil Society Constitutionalism: The Power of Contract Law. In: **Indiana Journal of Global Legal Studies**, n° 14, p. 235-258, 2007.

ANDERSON, Gavin W.. Social Democracy and the Limits of Rights Constitutionalism. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, no. 17, p. 31-59, 2004.

ARTHURS, Harry. Private Ordering and Workers' Rights in the Global Economy: Corporate Codes of Conduct as a Regime of Labour Market Regulation. In: Joanne Conaghan, Richard Michael Fischl, Karl Klare (ed.). **Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities**. Oxford: Oxford University Press, p. 471-488, 2002.

BACKER, Larry Catá. **Transnational Corporate Constitutionalism?** Disponível em: <http://lcbackerblog.blogspot.com/2009/06/gunther-teubner-on-complications-of.html>. Acesso em: 2009.

BARTLEY, Tim. Institutional Emergence in an Era of Globalization: The Rise of Transnational Private Regulation of Labor and Environmental Conditions, **American Journal of Sociology**, no. 113, p. 300-327, 2007.

CALLIES, Galf-Peter; ZUMBANSEN, Peer. **Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law**. Oxford: 2010.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. Constitutionalization Outside of the State? A Constitutionalist's Point of View. In: Jean-Philippe Robe, Antoine Lyon-Caen and Stéphane Vernac (ed.). **Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System**. London: Routledge, p. 157-169, 2016.

COLLINS, Hugh. The Constitutionalisation of private law as a path to social justice. In: Hans Micklitz (ed.), **The Many Concepts of Social Justice in European Private Law**, London, p. 133-166, 2011.

DAHL, Robert A. **After the Revolution?** Authority in a Good Society. New Haven: Yale University Press, 1990

DILLING, Olaf; HERBERG, Martin; WINTER, Gerd.. **Responsible Business: Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions**, Oxford: Hart, 2008.

FISCHER-LESCANO Andreas. **Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte**. Weilerswist, 2005.

FLOHR, Annegret e outros. **The Role of Business in Global Governance**. Corporations as Norm-entrepreneurs. Basingstoke: Palgrave, 2009.

GRANDE, Edgar et al. Politische Transnationalisierung: Die Zukunft des Nationalstaats – Transnationale Politikregime im Vergleich. In: Stefan Schirm (ed.), **Globalisierung: Forschungsstand und Perspektiven**, Baden-Baden, p. 119-145, 2006.

HERBERG, Martin. **Private Regulative in den Lücken der Staatenwelt: Umweltschutz im multinationalen Konzern zwischen staatlicher Steuerung und gesellschaftlicher Selbstregulierung**. Frankfurt am Main, New York: Campus, 2006.

HOLMES, Pablo. The Rhetoric of Legal Fragmentation and its Discontents: Evolutionary Dilemmas in the Constitutional Semantics of Global Law. **Utrecht Law Review**, n° 7, p. 113-140, 2011.

HOWARD-GRENVILLE, Jennifer; NASH, Jennifer; COGLIANESE. Constructing the License to Operate: Internal Players and Their Influence on Corporate Environmental Decisions, *Law and Policy*, no. 30, p. 73, 2008.

JEAN-PHILIPPE, Robé. L'entreprise et la constitutionnalisation du système-monde de pouvoir. In: Roger Baudoin

KJAER, Poul F.. **Constitutionalism in the Global Realm: a sociological approach**. London: Routledge, 2014.

KOOIMAN, Jan. Societal Governance: Levels, Modes, and Orders of Social-Political Interaction. In: Jon Pierre (ed.), **Debating Governance**, Oxford, p. 138-163, 2000.

KOSELLECK, Reinhart. Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung. In: Reinhart Koselleck, **Begriffsgeschichten. Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache**. Frankfurt, p. 365-401, 2006.

LINDAHL, Hans. A-Legality: Postnationalism and the Question of Legal Boundaries. In: *Modern Law Review* n° 73, p. 30-56, 2010.

LUHMANN, Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp, 1997.

PARSONS, Talcott; ACKERMAN, Charles. The Concept of 'Social System' as a Theoretical Device. In: Gordon J. DiRenzo (ed.). **Concepts, Theory and Explanation in the Behavioral Sciences**, New York, p. 19-40, 1966.

POLANYI, Karl. **The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time**. New York: Farrar & Rinehart, 1944.

PRANDINI, Riccardo. The Morphogenesis of Constitutionalism. In: Petra Dobner, Martin Loughlin (ed.), **The Twilight of Constitutionalism ?** Oxford, p. 23-46, 2010.

RASILLA DEL MORAL, Ignacio de la. At King Agramant's Camp: Old Debates, New Constitutional Times. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 8, p. 580-610, 2011.

ROBÉ, Jean-Philippe. L'entreprise et la constitutionnalisation du système-monde de pouvoir. In: Roger Baudoin (ed.). **L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales**. Paris: Lethielleux, p. 281-354, 2012.

SCHIERBECK, Jens. Operational Measures for Identifying and Implementing Human Rights Issues in Corporate Operations. In: Asbjorn Eide *et al.* (ed.), **Human Rights and the Oil Industry**, Antwerpen, p. 161-177, 2000.

SCHNEIDERMAN, David. **Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise**, Cambridge, 2008.

SCIULLI, David. **Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism**, New York, New York University Press, 2001.

SCIULLI, David. The Critical Potenzial of the Common Law Tradition: Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory. **Columbia Law Review**, no. 94, 1994, p. 1076-1123.

SCIULLI, David. **Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory**, Cambridge, 1992.

SELZNICK, Philip. **Law, Society and Industrial Justice**, New York, Russell Sage, 1969.

SINZHEIMER, Hugo. Das Wesen des Arbeitsrechts [1927]. In: Hugo Sinzheimer. **Arbeitsrecht und Rechtssoziologie**. Frankfurt, Europäische Verlagsanstalt, p. 108-114, 1976.

STREECK, Wolfgang. **Re-Forming Capitalism: Institutional Change in the German Political Economy**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

TEUBNER, Teubner. **Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization**, Oxford: Oxford University Press, 2012.

TEUBNER, Teubner. Global Private Regimes: Neo-spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?. In: Karl-Heinz Ladeur (org.) **Globalization and Public Governance**, Oxford: Oxford University Press, p. 71-87, 2003.

TEUBNER, Teubner. Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory?. In: Christian Joerges, Inger-Johanne Sand und Gunther Teubner (Hrsg.) **Transnational Governance and Constitutionalism**, Oxford: Hart, p. 3-28, 2004.

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

THORNHILL, Chris. Niklas Luhmann and the Sociology of Constitution. In: **Journal of Classical Sociology**, n° 10, p. 1-23, 2010.

THORNHILL, Chris. Towards a historical sociology of constitutional legitimacy. **Theory and Society**, n° 37, p. 161-197, 2008.

TULLY, James. The Imperialism of Modern Constitutional Democracy. In: Neil Walker, Martin Loughlin (ed.), **The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form**, Oxford, p. 315-338, 2007.

VERSCHRAEGEN, Gert. Differentiation and Inclusion: A Neglected Sociological Approach to Fundamental Rights. In: Mikael Rask Madsen, Gert Verschraegen (ed.), **Making Human Rights Intelligible: Towards a Sociology of Human Rights**. Oxford: Hart, p. 61-80, 2013.

VIELLECHNER, Lars. The Constitution of Transnational Governance Arrangements: Karl Polanyi's Double Movement in the Transformation of Law. In: Christian Joerges, Josef Falke (ed.), **Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets**, Oxford, p. 436-464, 2011.

WALKER, Neil. The Idea of Constitutional Pluralism. **Modern Law Review**, no. 65, p. 317-359, 2002.

WIETHÖLTER, Rudolf. Just-ifications of a Law of Society. In: Oren Perez und Gunther Teubner (ed.) **Paradoxes and Inconsistencies in the Law**. Oxford: Hart, p. 65-77, 2005.

WIETHÖLTER, Rudolf. Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung: Fragen eines lesenden Recht-Fertigungslehrers. **Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft** 3, p. 1-28, 1988.

TEUBNER, Gunther. Reflexões sobre a constitucionalização do sistema de poder mundial. **RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 5, n. 1, p. 4-23, jan./abr. 2018.

Recebido em: 14/11/2017
Autor convidado