XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

MARCOS LEITE GARCIA

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

C755

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-982-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Constituição. 3. Teoria constitucional. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU
(2: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I reúne onze textos elaborados, submetidos e posteriormente aprovados por professores que integram o banco de avaliadores do CONPEDI. Todos os textos foram selecionados a partir de um processo de avaliação cega por pares, o que garante a seriedade do mecanismo de análise das contribuições acadêmicas. Os textos selecionados abordam temas os mais diversos dentro da temática Constituição, Teoria Constitucional e Democracia. Em todos eles observamos a criatividade e empenho dos pesquisadores no sentido de abordarem de forma criativa, racional e crítica as temáticas objeto de suas investigações, a exemplo dos impactos da constituição sobre a administração; globalização e constituição; comissões parlamentares de inquérito; proteção das diferenças pelo Supremo Tribunal Federal; estado de coisas inconstitucional; precedentes; direitos humanos e direitos fundamentais; reforma da constituição e constitucionalismo na América Latina.

Todos os artigos suscitam debates e contribuem para o avanço das discussões a partir das investigações realizadas, mantendo vivo o processo de compreensão dos institutos jurídicos não somente vigentes no Brasil como também em organismo internacionais cujas decisões impactam na dinâmica da sociedade brasileira.

Por tudo isso, recomendamos a leitura dos artigos que integram esta coletânea.

Boa leitura.

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia -UNIVALI

Prof. Titular Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA

NAVEGANDO EM ÁGUAS INTERNACIONAIS: O CONSTITUCIONALISMO NÃO ESTATAL NA GLOBALIZAÇÃO

NAVIGATING IN INTERNATIONAL WATERS: NON-STATE CONSTITUTIONALISM IN GLOBALIZATION

Maria Fernanda Pereira Rosa [1]
Rafael Lazzarotto Simioni [2]

Resumo

A globalização provocou profundas transformações no direito e na cultura jurídica. Dentre outras coisas, ela promoveu, de um lado, um movimento desconstrucionista das identidades e universalidades e, do outro, um paradoxal retorno a imaginários nacionalistas ultraliberais. A crise global de 2008 e a pandemia da COVID-19 expuseram a fragilidade das instituições internacionais e da democracia, dividindo o mundo entre nacionalismo ultraliberal e globalização neoliberal. A teoria constitucional clássica, centrada no Estado, revelou-se insuficiente diante das complexas redes de decisão descentralizadas que emergem no cenário global. Este estudo discute as reflexões de Günther Teubner sobre a possibilidade de um constitucionalismo global fragmentado para além dos Estados nacionais. Utilizando a metodologia analítica e técnica de revisão literária estruturada, a pesquisa conclui pela importância de uma abordagem sociológica do constitucionalismo para compreender os desafios e as soluções propostas para a afirmação dos direitos fundamentais na sociedade globalizada.

Palavras-chave: Direito constitucional, Teoria dos sistemas, Direitos fundamentais, Direito societário, Lex mercatoria

Abstract/Resumen/Résumé

Globalization has caused profound transformations in law and legal culture. Among other things, it promoted, on one hand, a deconstructionist movement of identities and universalities and, on the other hand, a paradoxical return to ultraliberal nationalist imaginaries. The 2008 global crisis and the COVID-19 pandemic exposed the fragility of international institutions and democracy, dividing the world between ultraliberal nationalism and neoliberal globalization. Classical constitutional theory, centered on the State, proved to be insufficient in the face of the complex decentralized decision-making networks emerging on the global stage. This study discusses Günther Teubner's reflections on the possibility of a fragmented global constitutionalism beyond national states. Using analytical methodology

---

[1] Mestranda em Constitucionalismo e Democracia do PPGD da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM, integrante do Grupo Direito e Arte (CNPq/PPGD/FDSM), Taxista da CAPES.

[2] PhD em Filosofia e Teoria do Direito pela UC, Doutor em Direito Público pela Unisinos, Mestrado e graduação em Direito pela UCS, Professor e coordenador do PPGD/FDSM, Professor do PPGEDUCS/Univás.

and structured literary review techniques, the research concludes the importance of a sociological approach to constitutionalism to understand the challenges and solutions proposed for the affirmation of fundamental rights in a globalized society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional law, Systems theory, Fundamental rights, Societal law, Lex mercatoria

INTRODUÇÃO

A globalização provocou inúmeras transformações no direito e na cultura jurídica. De um lado, há um movimento desconstrucionista das identidades, universalidades e absolutos. Do outro, um paradoxal retorno a perigosos imaginários nacionalistas ultraliberais. Desde a crise global de 2008, a escalada nacionalista colocou em questão uma série de direitos individuais e sociais conquistados nas últimas décadas. Nem os direitos humanos passaram incólumes por esse período. As conquistas políticas e jurídicas mais básicas do mundo pós-guerra foram novamente colocadas em questão, demonstrando a fragilidade das instituições públicas internacionais e da democracia. Nesse contexto de tensão entre nacionalismo ultraliberal e globalização neoliberal, as funções constitucionais extrapolam as fronteiras políticas dos Estados nacionais. A pandemia da COVID-19, por exemplo, demonstrou a divisão entre uma atitude de cooperação internacional no enfrentamento do vírus e outra de fechamento das fronteiras, domínio da vacina e isolamento político para salvaguardar a própria população doméstica em primeiro lugar.

A teoria constitucional clássica, no entanto, permaneceu à sombra do Estado, como se fosse impensável a existência de um direito constitucional sem Estado. Como se, lembrando Hans Kelsen, o direito constitucional só pudesse ser do monopólio exclusivo do Estado. Nas águas internacionais da globalização, navegam apenas direitos internacionais públicos ou protocolos de intenção política que não são capazes de vincular outros sistemas sociais parciais para além da política internacional. É o caso hoje dos mercados financeiros internacionais, das redes sociais na internet e, possivelmente, também da inteligência artificial: setores da sociedade comandados pela lógica da economia, que escapam dos limites dos direitos fundamentais sociais dos Estados nacionais.

Duas respostas inteligentes foram discutidas no início do século XXI para esse problema da ocupação das águas internacionais da globalização pelos direitos fundamentais. Uma delas propôs a formação de redes de Estados nacionais, organizadas na forma de regimes jurídicos institucionalizados pelos países membros, como são os casos da União Europeia, Mercosul, ALCA, NAFTA, entre outros. A outra propôs a formação de redes de Estados nacionais como uma nova coletividade transnacional contrária à renacionalização. Foi muito famosa a reflexão de Jürgen Habermas sobre a possibilidade de uma Constituição Mundial, sob a premissa da existência de uma comunidade internacional suficientemente coesa para adotar essa Constituição de legitimidade democrática global. Como consequência de ambas as

propostas, assistimos à dissolução da hierarquia decisória centralizada do Estado e à ruptura da autoridade pública (*autoritas* e *potestas*) que constituía a tradição do pensamento político ocidental. Em seu lugar, entram em cena complexas redes descentralizadas de decisão e híbridos de direito público e privado exercendo funções constitucionais.

Uma terceira resposta para evitar o nacionalismo foi desenvolvida nesse período, especialmente a partir das reflexões de Günther Teubner, Chris Thornhill e Marcelo Neves, que analisaram, sob uma perspectiva sociológica, a emergência de novas formas de cultura constitucionalista à margem dos Estados nacionais. Teubner fala em constitucionalismo societário, Thornhill em constitucionalismo transnacional, Neves em transconstitucionalismo. Apesar das diferenças entre eles, todos concordam em um ponto: a observação da existência de direitos constitucionais para além dos Estados nacionais se tornou não apenas conveniente, mas sobretudo necessária para a afirmação dos direitos fundamentais no mundo globalizado.

No que segue, esta pesquisa objetiva discutir a proposta de Günther Teubner de um constitucionalismo transnacional fragmentado em ilhas de constitucionalidade capazes de frear os impulsos autodestrutivos de sistemas sociais parciais como a política, economia e ciência em nível global. Para tanto, pretende-se explicitar o percurso das indagações de Teubner desde a Bukowina Global até sua obra mais importante sobre o assunto, que é Fragmentos Constitucionais. Queremos assim apresentar um panorama crítico dessa nova e interessante forma de compreensão do direito constitucional, em ruptura com todas as tradições do pensamento constitucional estatal.

Para alcançar esses resultados, a pesquisa utiliza uma metodologia analítica e a técnica de revisão literária estruturada, baseada tanto nas obras de referência da teoria dos sistemas sociais autopoiéticos e da tradição de Niklas Luhmann, cujos conceitos definem o desenho teórico e conceitual do constitucionalismo societário de Teubner, quanto nos interlocutores que, junto com ele, ajudaram a construir esse novo percurso intelectivo. Importante perceber que, na teoria dos sistemas, os sujeitos não desempenham uma função intelectiva tão importante quanto na teoria crítica, por exemplo. Na teoria dos sistemas, a comunicação é que constitui a unidade analítica e o problema da complexidade a referência material. Por isso, conceitos como forma, código, comunicação, autorreferência, autopoiese, paradoxo, evolução e autodescrição se tornam tão importantes neste referencial teórico.

Muito embora os argumentos de Teubner sejam convincentes tanto no diagnóstico da realidade sistêmica de um constitucionalismo global para além dos Estados nacionais hoje,

quanto nas proposições que ele realiza para solucionar os desafios desse novo modelo de constitucionalismo da sociedade global, sempre fica a pergunta de se essa visão contempla também as experiências não europeias, como é o caso da especificidade dos problemas do constitucionalismo brasileiro. O impacto das transformações possíveis desse novo conceito de constitucionalismo é enorme e incomensurável. Ele pode atingir desde a relação de direitos fundamentais entre particulares, até o reconhecimento de novos atores constitucionais transnacionais e a definição de uma nova forma de ordenamento jurídico transnacional. No que segue, tentaremos explicitar e contextualizar essas questões, que julgamos fundamentais para pensar a afirmação dos direitos fundamentais sociais na sociedade globalizada.

O CONSTITUCIONALISMO NA SOCIEDADE GLOBAL

A reflexão sobre o papel do Direito em um mundo onde tudo acontece de modo simultâneo, com alta complexidade e contingencia, é fundamental para entender os desafios contemporâneos do constitucionalismo. Essa visão ecoa com o constitucionalismo societário de Teubner, em especial ao artigo "A Bukowina Global" sobre o pluralismo jurídico transnacional, que aborda a necessidade de repensar as estruturas legais diante da globalização e da complexidade das sociedades contemporâneas. Teubner propõe uma nova abordagem para o Direito, capaz de lidar com múltiplas fontes de autoridade e normatividade, além de reconhecer a interconexão entre sistemas jurídicos locais e globais. O questionamento sobre a vida da Constituição e a proposta de uma "super-constituição" não estão alinhados com a discussão de Teubner acerca da necessidade de revisão das instituições jurídicas tradicionais em face das mudanças sociais e tecnológicas. A busca por uma interpretação do Direito que leve em consideração não apenas os aspectos formais, mas também os ruídos sociais e a realidade complexa das sociedades contemporâneas se conectam com a preocupação de Teubner com a efetividade e legitimidade do ordenamento jurídico em um mundo em constante transformação.

A globalização, entre outras coisas, desencadeou a possibilidade de crescimento exagerado desses temas parciais, um sobre os outros. É o caso, em especial, do crescimento do sistema econômico da sociedade a ponto de sufocar outros sistemas sociais parciais. Na globalização, os estados nacionais mantêm sua força política e sua capacidade de ação jurídica no nível doméstico, mas não conseguem fazer frente a esses problemas que atualmente circulam em nível global.

A sociedade em rede, que falava Manuel Castells em 1996, cresceu em complexidade e, por consequência, em incontrolabilidade. O autor destaca que a integração global dos mercados financeiros, a ascensão do Pacífico Asiático como o novo centro industrial global, a difícil unificação econômica da Europa, o surgimento de uma economia regional na América do Norte, a transformação gradual da Rússia e da antiga área de influência soviética em economias de mercado, e a incorporação de segmentos valiosos de economias do mundo inteiro em um sistema interdependente que funciona como uma unidade em tempo real, têm forçado um desenvolvimento desigual. Desta vez, a desigualdade ocorre não apenas entre o Norte e o Sul, mas também entre os segmentos e territórios dinâmicos das sociedades. Há um risco de que os Estados possam ser considerados irrelevantes sob a lógica desse sistema. Eis que, o aumento da concorrência econômica global em um contexto de progressiva diferenciação dos cenários geográficos e culturais para a acumulação e a gestão do capital são características da reestruturação do capitalismo (Castells, 1999, p. 40).

Nesse contexto, o direito constitucional, tão necessário para a afirmação de direitos fundamentais e sociais. Parece ter se tornado um problema meramente doméstico de cada estado nação, sendo impensável recorrer a ele para pensar as questões globais. Nas águas internacionais do mundo globalizado o direito constitucional encontra apenas as referências de direito internacional público e direitos humanos, o que é muito pouco para uma sociedade global que não é feita apenas de Estados nacionais fechados em seus próprios problemas domésticos. A rede, ao contrário, se compraz desse ambiente de gravidade zero: aberta, ela não tem nem centro, nem cume definido; ela é flexível, maleável e permite relações múltiplas, simultâneas; ela propõe pontos conectados, mas não hierarquizados (Ost; Kerchove, 2002, p. 23-26).

Todavia, se o dinheiro circula em nível global, os métodos científicos são aplicados em todas as universidades do mundo, a fé religiosa pode ser processada em qualquer tempo e lugar do planeta, por que o direito parece ainda ser produto exclusivo dos estados nacionais? Por que só conseguimos enxergar direito na sombra do constitucionalismo estatal?

Se até mesmo a política hoje parece circular em nível global, talvez seja o caso de, com ajuda de pensadores como Chris Thornhill e Günther Teubner, começarmos a pensar na possibilidade e nas vantagens de um constitucionalismo global. Não uma Constituição Global, baseada na suposição da existência de uma comunidade internacional coesa e democrática, como pensou Habermas, mas de uma diversidade de constitucionalismos plurais, redes de

constitucionalidade, capazes de operar a afirmação dos direitos fundamentais sociais também nas margens dos estados nacionais.

Günther Teubner fala de uma “dupla fragmentação da sociedade mundial”, a qual se revela por um lado (i) através da autonomização dos setores sociais globais que produzem suas constituições privadas em paralelo com as constituições nacionais, e por outro, (ii) com a perda da ilusão da possibilidade de uma Constituição Global, obstada especialmente pela fragmentação regional e cultural da sociedade, que estabelece uma pluralidade de bases e princípios próprios (Teubner, 2020, p. 303).

Teubner, em "A Bukowina Global", aborda a emergência de um pluralismo jurídico transnacional, onde múltiplas fontes de autoridade coexistem e interagem. Este pluralismo reconhece que os sistemas jurídicos locais e globais estão interconectados e que as normas jurídicas devem ser flexíveis e adaptáveis para lidar com essa complexidade. Teubner propõe uma abordagem onde o Direito se torna uma rede de comunicações normativas que transcende as fronteiras nacionais, respondendo às necessidades de uma sociedade globalizada.

O estudo questionará a vitalidade das constituições contemporâneas, sugerindo a ideia de uma "super-constituição" que possa transcender as limitações das normas legais tradicionais e responder aos desafios da modernidade. Esta super-constituição seria uma resposta ao niilismo constitucional, buscando uma aplicação do direito que considere os ruídos sociais e a complexidade das realidades contemporâneas. Este conceito, não ressoa com a visão de Teubner sobre a necessidade de um direito transnacional e pluralista.

Habermas, em seu escrito acerca da Teoria da Ação Comunicativa (1981/2011), desenvolveu uma teoria dualista da modernização social onde dividiu os âmbitos sociais em “mundo da vida” e “sistema”. A primeira esfera social, o mundo da vida, está ligada à reprodução simbólica por meio de ações comunicativas. A segunda, por sua vez, são “esferas sociais não-comunicativas” e livres de qualquer normatividade, que compõem o que Habermas chama de sistema” (Bressiani, 2016, p. 21).

Assim a “sistematização” do mundo da vida leva a um diagnóstico pessimista de Habermas à época, pois o bloqueio da base comunicativa, coloca o mundo da vida em constante risco de ser neutralizado pelo sistema (Bressiani, 2016, p. 33). Em 1992 com a publicação de Direito e Democracia, Habermas altera esse diagnóstico, atribuindo ao direito o importante papel de mediar a influência, agora multidirecional, entre o sistema e o mundo da vida. Assim como Kant insistia “na relação conceitual entre direito e garantia da paz”

(Habermas, 2011, p. 170). Habermas defende que a esfera pública pode influenciar o fluxo comunicativo do mundo da vida criando condições favoráveis, por meio de processos jurídicodemocráticos, à regulamentação dos sistemas políticos. Sob influência de Kant, Habermas retoma a metafísica e o conceito de "paz perpétua". Vislumbrando a possibilidade de atingir o Estado de paz social: "O Estado cosmopolita é o Estado de paz de longo prazo. A ideia de uma Constituição cosmopolita que garanta uma "unificação de todos os povos sob leis públicas" tem como significado um Estado de paz "verdadeiro", peremptório e não meramente provisório" (Habermas, 2011, p. 171).

Existe em Kant uma ligação conceitual entre o direito e *telos* da paz. E neste sentido, "Kant chama de "conforme à lei" uma relação em que a liberdade de cada um coexiste com a liberdade de cada outro segundo uma lei universal" (Habermas, 2011, p. 172). O niilismo constitucional, conceito emergente neste cenário, questiona a validade das normas legais diante de uma sociedade marcada pelo consumo e pelo vazio. As normas jurídicas tradicionais perdem força, necessitando de uma reinterpretação que leve em consideração não apenas os aspectos formais, mas também os ruídos sociais e a complexidade das realidades contemporâneas. A proposta de uma "super-constituição" ou "*überverfassung"*, inspirada no conceito nietzschiano de "*übermensch"*, surge como uma possível solução para Habermas, quando trata da Constituição Global. No entanto, a teoria habermasiana não fornece mecanismo adequados para superar as turbulências sociais e jurídicas. No contexto da globalização a teoria que mais oferece uma interpretação flexível e adaptável ao direito é a teoria de Teubner.

Neste contexto o pensamento pós-estruturalista, se mostra presente. Este movimento além de rejeitar uma concepção essencialista de sujeito, busca desconstruir a percepção de sujeito centrado a partir de determinadas relações estruturais. Para Derrida (2003), o processo de desconstrução implica na inversão da hierarquia em uma determinada cadeia de substituições, ou determinado contexto sociocultural. Além do mais, segundo a perspectiva pós-estruturalista, identificar estruturas universais comuns a todas as culturas seria como reconhecer a existência de um sujeito universal.

Chris Thornhill contribui para essa reflexão ao analisar o papel da constituição na formação da opinião pública. Thornhill (2011, p. 38) argumenta que a constituição não é apenas um conjunto de normas jurídicas, mas também um processo comunicativo que molda a opinião pública e a legitimidade das instituições políticas". Este entendimento reforça a

importância da interação entre o direito e a sociedade, onde a legitimidade das normas jurídicas depende da capacidade do sistema jurídico de dialogar com os cidadãos e de responder às suas demandas e expectativas.

Teubner destaca que existem ilhas dos sistemas ou ilhas constitucionais. Portanto, aqueles regimes de *lex mercatoria*, supranacionais que são forças constitucionais externas não apresentam corrupções aos sistemas. Seriam, portanto, placas tectônicas que integram o sistema de maneira externa como provocações que geram irritações. Assim, as constituições capilares se relacionam também com o sentido de Foucault de que todas as estruturas se conectam de maneira microcapilar (Foucault, 2018, p. 24-30). Na teoria de Teubner o movimento constitucional seria um modelo de arquipélago intercapilar onde as próprias estruturas naturais seriam regulatórias, ou melhor autorregulatórias. Por via de consequência não há, portanto, corrupção já que os regimes supranacionais não integram os sistemas.

O CASO DA *LEX MERCATORIA*

A fonte social do direito mundial não pode ser encontrada em redes globalizadas de relações pessoais, mas no proto-direito de redes especializadas, formalmente organizadas e funcionais, que criam uma identidade global, porém estritamente setorial. O constitucionalismo societário de Günther Teubner, propõe, a abertura das estruturas normativas do constitucionalismo contemporâneo, para o reconhecimento de novas fontes de produção autônoma de direitos constitucionais à margem dos Estados. Teubner destaca os altos graus de legitimidade e, por consequência, de eficácia das normas para-estatais que reconhecem direitos, como a *lex mercatoria*, as regulações no campo do esporte, da saúde, dos sistemas de governança coorporativa e demais formas de *soft law*.

O constitucionalismo societário reconhece que os direitos fundamentais não podem ser entendidos apenas como direitos conectados ao Estado, mas também como experiências jurídicas ligadas à vida social. O novo direito mundial não se nutre de estoques de tradições, e sim da auto-reprodução contínua de redes globais especializadas, muitas vezes formalmente organizadas e definidas de modo relativamente estreito, de natureza cultural, científica ou técnica (Teubner, 2003, p. 14).

O artigo "*Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of lex mercatoria*" de Günther Teubner examina o impacto da globalização econômica na formação de um novo ordenamento jurídico, conhecido como *lex mercatoria*. A globalização econômica desafia as estruturas jurídicas tradicionais dos Estados-nações, promovendo a

emergência de um sistema jurídico transnacional que opera de forma relativamente independente das autoridades estatais.

Teubner argumenta que a *lex mercatoria*, ou "lei dos comerciantes", é um fenômeno que se desenvolve a partir das necessidades práticas dos mercados globais. Este novo sistema jurídico não se baseia nas tradições jurídicas nacionais, mas na auto-reprodução contínua de redes globais especializadas, muitas vezes organizadas formalmente e com um foco restrito em aspectos culturais, científicos ou técnicos (Teubner, 2003, p. 14). A *lex mercatoria* surge como uma resposta às complexidades e às demandas do comércio global, estabelecendo normas que transcendem as fronteiras nacionais e os sistemas jurídicos tradicionais.

A globalização não apenas impacta as economias, mas também transforma os contextos jurídicos em que operam. Teubner destaca que o novo direito mundial se desenvolve através de redes especializadas, que criam identidades globais específicas, sem depender dos Estados-nações para sua legitimação (Teubner, 2003, p. 17). Essa formação de normas jurídicas a partir de redes globais especializadas é um exemplo do pluralismo jurídico transnacional, onde múltiplas fontes de autoridade coexistem e interagem de maneira complexa.

Teubner sugere que o crescimento da *lex mercatoria* e do direito transnacional apresenta desafios significativos ao direito constitucional tradicional, que é frequentemente visto como centrado nas instituições dos Estados-nações. A *lex mercatoria* representa um desenvolvimento autônomo da sociedade civil global, exigindo uma reavaliação das teorias jurídicas convencionais e uma adaptação às novas realidades impostas pela globalização (Teubner, 2003, p. 18).

O autor propõe que a *lex mercatoria* exemplifica a evolução de um direito que se desenvolve independentemente dos Estados-nações, refletindo as necessidades práticas dos mercados globais. Este desenvolvimento sublinha a importância de adotar uma visão pluralista do direito, que reconhece a coexistência e a interação de múltiplas fontes de normatividade em um mundo globalizado.

Neste sentido Chris Thornhill, discute a natureza da crise democrática, focando em fenômenos como o populismo, a erosão das liberdades civis e a crescente desconfiança nas instituições democráticas. A crise democrática não é apenas um reflexo de governos ineficazes, mas também de um desgaste na confiança pública nas instituições fundamentais. “A maioria das democracias contemporâneas tomou forma mediante processos nos quais as

normas constitucionais foram estabelecidas a partir de condicionantes globais, ou pelo menos foram matizadas por uma profunda interação entre os processos nacionais e internacionais de construção das normas" (Thornhill, 2021, p. 24). O autor explora como os desafios globais, como o terrorismo, a globalização e as crises econômicas, impactam o direito constitucional. O direito constitucional precisa evoluir para responder a ameaças globais, sem comprometer os valores democráticos fundamentais.

> A globalização progressiva da democracia após 1945 aparece, à primeira vista, como um processo que contradiz a principal afirmação da análise anterior – ou seja, de que as crises potenciais da democracia de massas estão relacionadas com a internalização dos conflitos internacionais na figura normativa do cidadão nacional. Após 1945, o ambiente político global caracterizou-se por uma rivalidade ideológica permanentemente intensa, e as hostilidades globais tiveram um impacto universal sobre a construção da sociedade e sobre a formação dos sistemas políticos nacionais. Essa hostilidade se manifestou, mais obviamente, com o início da Guerra Fria entre os EUA e a União Soviética, no final dos anos 40 (Thornhill, 2021, p. 285).

Por conseguinte, o populismo exerce grande impacto no direito constitucional. Os movimentos populistas frequentemente buscam alterar ou reinterpretar a constituição para consolidar poder, minando a separação de poderes e o Estado de Direito. Esses processos estavam intrinsecamente ligados ao fato de que, durante a longa formação da sociedade moderna, o Direito se desvinculou dos privilégios pessoais provenientes de padrões de dominação privada associados à terra. Dessa forma, as normas que legitimavam a autoridade do sistema jurídico foram transferidas de costumes baseados em poderes locais ou status individual para fundamentos de natureza mais formal e generalizada. Assim, as leis passaram a adquirir legitimidade sem depender de favores pessoais diretos, privilégios ou atos de coerção. Nesse sentido, os processos de integração institucional e de integração normativa da sociedade moderna se interligaram de maneira integral (Thornhill, 2021, p. 67).

No entanto, existem possíveis respostas jurídicas à crise democrática e a renovação do compromisso com os direitos humanos e a promoção de uma cidadania ativa são essenciais para enfrentar a crise democrática. A internacionalização dos direitos constitucionais pode oferecer um caminho para fortalecer as democracias em tempos de crise. É necessário, portanto, olhar para o futuro, considerando que o Direito Constitucional pode se adaptar a um mundo cada vez mais interconectado.

A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL ESTATAL

O presente estudo emerge como uma resposta crucial diante do contexto contemporâneo de crescente polarização e disseminação de desinformação, que ameaçam minar os alicerces constitucionais. Nesse sentido, a necessidade premente de uma redefinição

das cortes constitucionais se impõe, especialmente à luz do paradigma do niilismo constitucional, que questiona a validade do direito em favor de sistemas morais alternativos. Ainda, levando em consideração o "*self"* de Jung (1980, p. 161) abordado por Teubner no Livro "Fragmentos Constitucionais". Há que se falar também em chistes constitucionais. Quando por exemplo, grandes empresas fomentam campanhas ecológicas visando o fim econômico e uma política monetária aproximada com o "*volksgeist"* contemporâneo do dever/ser. Ora, o "*chiste"* para Freud (1905/2017, p. 237), significa dizer algo com humor ou ironia. E aqui o humor se expõem pelo código da economia. Portanto, a descentralização do Estado não no sentido liberal no sul do globo, se materializa por uma dissonância cognitiva aflorada pelos abismos sociais.

A *lex mercatoria* se insere no cerne das investigações de Teubner, o autor destaca o debate sobre sua independência como um ordenamento jurídico positivo.

> De momento, está sendo conduzida uma verdadeira guerra confessional na área do direito econômico internacional. (...) Seria a *lex mercatoria* um ordenamento jurídico positivo independente? Ou se trata de um conjunto de normas sociais, que só podem ser transformadas em direito por meio de uma decisão dos Estados-nações? (Teubner, 2003, p. 17)

Teubner conclui que a globalização do Direito é um desenvolvimento autônomo da sociedade civil, não centrado nas instituições dos Estados-nações. Ele defende que apenas uma teoria renovada do pluralismo jurídico pode explicar adequadamente esse fenômeno, dado que o direito global se distingue significativamente dos direitos nacionais (Teubner, 2003, p. 18).

A globalização implica na autodesconstrução da hierarquia das normas legais. A *lex mercatoria,* ou lei do comércio internacional, surge como um conjunto de regras não estatais reconhecidas globalmente. Essa nova forma de direito desafia os limites tradicionais do direito privado internacional, como exemplificado no caso *Primary Coal Incorporated v. Compania Valenciana de Cementos Portland*, onde a *Cour de Cassation* de Paris teve que decidir sobre a aplicação da *lex mercatoria* em detrimento das leis nacionais tradicionais:

> *In the year of 1991 the Cour de Cassation de Paris had to take a decision which invokes the double meaning of our title. "Breaking frames" is about the violence that the frame of law and the movement of law exert upon each other. The delimitation of law breaks the law, while the law breaks its delimitations. In the case Primary Coal Incorporated v. Compania Valenciana de Cementos Portland, the Court had to decide whether or not "les seules usages du commerce international, autrement dénommés lex mercatoria" should be allowed to break the traditional frames of international private law. Should the national court recognize lex mercatoria's "private justice" as a new positive law with transnational validity? Could such an*

> *ambiguous normative phenomenon which is "between and beyond" the laws of the nation states and at the same time "between and beyond" law and society be applied by arbitration bodies according to the rules of the law of conflicts? Does it contain distinct rules and principles of its own?1 However the judges decide about lex mercatoria, it means breaking frames. Either the rigid frames of private international law are breaking transnational phenomena into a shattered multitude of national laws. Or the dynamics of the global market are breaking the narrow frames of national law and push for the recognition of a global law without the state* (Teubner, 2002, p. 1-2).

O pluralismo jurídico, antes uma questão primariamente sociológica, agora se torna um desafio para a prática jurídica. A coexistência de múltiplos regimes jurídicos privados dentro da moldura globalizada subverte a hierarquia tradicional de normas e exige uma reestruturação heterárquica das fontes legais.

Um dos desafios apresentados pela *lex mercatoria* é a questão da legitimidade democrática. A descentralização da legislação política e sua equiparação com regimes legais privados provocam um questionamento sobre a legitimidade democrática desses regimes. A proposta é expandir o constitucionalismo para incluir a produção de normas privadas, reconhecendo que "governos privados" também são "governos públicos" e requerem novas formas de legitimação democrática. Ost & Kerchove (2002) utilizam a metáfora dos sistemas para descrever a natureza paradoxal do direito, argumentando que o direito contém sempre elementos não jurídicos. Eles sugerem que a resolução dos paradoxos legais pode ser encontrada na dialética sem síntese e na interação dinâmica entre polos opostos. No entanto, essa abordagem é criticada por não oferecer uma solução concreta para os paradoxos, mas sim permanecer em uma ambivalência contínua.

> A metáfora da rede se opõe explicitamente à da pirâmide, que foi extraordinariamente bem-sucedida como síntese da perspectiva kelseniana. A imagem da rede explode a imagem da pirâmide e a desconstrói da base ao vértice. A força da nova metáfora vem do fato de que sua gramática visual responde, ponto por ponto, a todos os elementos de sua predecessora: a verticalidade (hierarquia de posições) é substituída pela horizontalidade (equivalência de posições); a rigidez pela flexibilidade; a estabilidade pelo dinamismo; o peso pela leveza; o fechamento pela abertura, e assim por diante (Ost; Kerchove, 2002, p. 11-39).

Uma possível solução para os paradoxos legais é o conceito de morfogênese, que envolve o aumento da complexidade na representação do mundo através do *re-entry*, onde a distinção original reentra em um dos lados da distinção, criando uma representação interna de distinções externas. Isso transforma e mantém o paradoxo ao reformular suas contradições como uma distinção dentro de uma distinção (Spencer-Brown, 1972, p. 69).

A exploração dos paradoxos e da metáfora do jogo, juntamente com conceitos como morfogênese e *re-entry*, proporcionam uma base teórica capaz de abordar esses desafios no contexto do pluralismo jurídico. Niklas Luhmann, apresenta o conceito de *re-entry* como uma maneira de compreender a complexidade e a *autopoiesis* (auto-produção) dos sistemas sociais. Em particular, ele utiliza este conceito para explorar a distinção e a relação entre o direito e outras formas de normatividade social. Luhmann escreve:

> A teoria não pode expurgar a si mesma ao assumir simplesmente que seu tema, ou seja, neste caso, a sociedade, é paradoxal, e, portanto, ela não pode, por assim dizer, expelir o paradoxo e libertar-se dele. Isto é assim porque todos os conceitos que se aplicam para analisar seu tema (sistema, observação, ponto cego, sentido, comunicação etc.) também se aplicam a ela própria (Luhmann, 1997, p. 179).

Luhmann propõe que os sistemas sociais são operativamente fechados, ou seja, eles se reproduzem a partir de suas próprias operações. No entanto, esses sistemas são cognitivamente abertos, interagindo com seu ambiente através de processos de comunicação. O *re-entry* é um mecanismo pelo qual uma distinção feita dentro de um sistema pode ser reintroduzida no próprio sistema para criar uma nova perspectiva ou nível de análise. Especificamente, a distinção entre "direito" e "não-direito" pode reentrar no sistema jurídico, permitindo uma reflexão contínua e uma adaptação às mudanças sociais. Ele argumenta que diante das pressões da globalização, a tradicional hierarquia de normas legais, com a legislação política no topo, deve ser substituída por uma estrutura heterárquica. Nesta nova estrutura, a distinção entre centro e periferia da produção normativa legal é central. A legislação política, que anteriormente ocupava uma posição central, é descentralizada, colocando-a em igualdade com outras formas de produção normativa social. Esta mudança permite que o sistema jurídico integre formas diversas de criação de normas, incluindo a legislação de "governos privados" como a *lex mercatoria* (lei do comércio), normas técnicas e regulamentações intra-organizacionais.

Portanto, a distinção entre direito e não-direito não deve ser vista como uma oscilação simples, mas como um *re-entry* que transforma a forma como o direito se relaciona com outras esferas sociais, permitindo ao sistema jurídico incorporar e refletir sobre normas externas sem perder sua identidade própria. Este processo é paradoxal, pois o direito se funda em sua relação com normas não jurídicas, mas continua a se autodefinir como um sistema separado e autônomo.

Uma das questões levantadas por Luhmann é a legitimidade democrática das normas produzidas fora dos processos legislativos tradicionais. Ao trazer à luz a produção normativa

por "governos privados" e outros atores sociais, o conceito de *re-entry* desafia a ideia de que toda lei deve ser democraticamente legitimada através de processos parlamentares. Em vez disso, ele sugere uma estrutura na qual a legitimidade é buscada na transparência e na interação entre diferentes formas de produção normativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, a busca por uma nova ordem constitucional, mais adaptada aos desafios do presente, revela-se como uma imperativa necessidade para assegurar a vigência dos princípios democráticos e dos direitos fundamentais. A busca por uma nova ordem constitucional adaptada aos desafios contemporâneos é uma necessidade imperativa para assegurar a vigência dos princípios democráticos e dos direitos fundamentais. O contexto da pós-modernidade, caracterizado pela desconstrução de verdades absolutas e pela fragmentação da realidade, impõe desafios significativos ao sistema jurídico, que deve evoluir para se manter relevante e eficaz.

A internacionalização dos direitos constitucionais é apresentada como um caminho promissor para fortalecer as democracias em tempos de crise. Este processo envolve a incorporação de princípios e normas reconhecidos internacionalmente, promovendo maior coesão e resiliência nas democracias globais. A interação entre o direito nacional e os padrões internacionais pode reforçar a proteção dos direitos humanos e fomentar uma governança mais inclusiva e democrática.

Em suma, a reafirmação do direito na pós-modernidade requer uma abordagem pluralista e adaptável, capaz de responder aos desafios de um mundo em constante transformação. A integração de princípios internacionais e a flexibilização das normas jurídicas são essenciais para assegurar a proteção dos direitos fundamentais e a manutenção dos valores democráticos. O desenvolvimento de uma "super-constituição" ou uma Constituição Global, conforme demonstrado *a priori* não representa uma evolução necessária para o sistema jurídico e não permite a aplicação do direito levando em consideração a complexidade e os ruídos sociais da contemporaneidade.

Por fim, a *lex mercatoria*, como parte integrante das investigações de Teubner, destaca a importância do debate sobre sua independência como um ordenamento jurídico positivo. A globalização do Direito, conforme defendido por Teubner, é um desenvolvimento autônomo da sociedade civil, que exige uma teoria renovada do pluralismo jurídico para ser

adequadamente compreendida. A nova ordem constitucional, ao incorporar estas perspectivas, poderá oferecer um arcabouço jurídico, capaz de enfrentar os desafios do presente e do futuro, garantindo a eficácia e a legitimidade das normas jurídicas em um mundo globalizado.

REFERÊNCIAS

BRESSIANI, N. Entre Sistema e Mundo da Vida: teoria social e diagnóstico de patologias sociais em Jürgen Habermas. In: PINZANI (ORG.), A.; SCHMIDT (ORG.), R. **Um pensamento interdisciplinar: Ensaios sobre Habermas**. Florianópolis: Néfip Online, 2016.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DERRIDA, Jacques**. A universidade sem condição**. Trad. A. Lindezam. Águeda PT: Angelus Novus, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Curso no Collège de France (1975-1976). Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018b.

FREUD, Sigmund. **O chiste e sua relação com o inconsciente** (1905). In: Obras completas, volume 7. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. (versão digital)

HABERMAS, J. **Teoria do agir comunicativo** - Vol. 1: Racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Martins Fontes, 2011

HABERMAS, J. **O ocidente dividido: Pequenos escritos políticos**. Trad. Bianca Tavolari. São Paulo: Unesp, 2011.

JUNG, Carl Gustav. **O homem e seus símbolos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

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

OST, François; KERCHOVE, Michel van de. De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit. Bruxelles: **Publications des Facultes universitaires**, Saint-Louis, 2002

SPENCER-BROWN, George. **Laws of Form**. New York, 1972.

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

TEUBNER, Günther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico

Transnacional. **Impulso**, Piracicaba, v. 13, n. 33, p. 09-31, 2003.

TEUBNER, Günther, Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of Lex Mercatoria. **European Journal of Social Theory**, Vol. 5, pp. 199-217, 2002. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=893143.

TORNHILL, Chris. **A Sociology of Constitutions. Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective**. New York, Cambridge University Press, 2011.

TORNHILL, Chris. **Crise Democrática e Direito Constitucional Global**. Trad. Diógenes Moura Breda; Glenda Vicenzi. 1. ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.