



CONSTITUCIONALISMO GLOBAL FRAGMENTADO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO DIREITO TRANSNACIONAL: DA FRAGMENTAÇÃO À INTERAÇÃO.

FRAGMENTED GLOBAL CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRATIC LEGITIMITY OF TRANSNATIONAL LAW: FROM FRAGMENTATION TO INTERACTION.

Hiago Pereira Silva Moura¹

Palavras-chave: Transnacional; Democracia; Legitimidade; Direito; Sistemas.

Keywords: Transnational; Democracy; Legitimacy; Right; systems.

A proliferação de regimes jurídicos transnacionais, cujas relações se entrelaçam e sobrepõem na sociedade mundial, além das fronteiras territoriais dos marcos constitucionais nacionais, impõe uma nova semântica a teórica jurídica e política na medida em que reconhece a dinâmica em evolução das ordens normativas além do estado (SHAFFER, 2016; KAJER, 2014). Estruturas normativas que envolvem múltiplos níveis/camadas da sociedade mundial não refletidas adequadamente nas ordens jurídicas e contextos sociais controláveis pelo Estado, e menos ainda pela tradição do direito internacional público clássico (WALKER, 2013; SOMEK, 2012), dão conta de apontar para uma inevitável globalização do direito constitucional (TUSHNET, 2008).

Nesse sentido, o presente estudo tem como escopo orientar-se a partir do seguinte questionamento: o processo de fragmentação dos regimes globais de governança, associado à radicalização da dinâmica auto referencial de diferenciação funcional dos subsistemas da sociedade mundial em formas descentralizadas e heterárquicas de tomada de decisão, conduz

¹ Mestrando em Direito Econômico pelo Programa de Pós Graduação em Ciências jurídicas da Universidade Federal da Paraíba; E-mail: hiago.moura@academico.ufpb.br; lattes: <http://lattes.cnpq.br/4976072036838560>

a problemas constitucionais além do Estado Nacional, que encontram na semântica do pluralismo constitucional transnacional o paradoxo que resulta em saber em que medida é possível identificar, no constitucionalismo transnacional, um equivalente às constituições dos Estados Nacionais, capaz de absorver o dissenso estrutural da sociedade mundial?

Para tal intento articulamos a equivalência funcional das noções de direito e política em uma sociedade cada vez mais complexa, para tanto adotaremos os pressupostos estabelecidos pela teoria dos sistemas de matriz luhmaniana, em que o método funciona nos moldes de uma fenomenologia da comunicação – comparação funcional. A articulação das equivalências funcionais entre os sentidos político, jurídico e social exigirão, segundo a perspectiva sistêmica, um método comparativo em que se interpretam os fatos mais heterogêneos com os mesmos conceitos, garantindo uma comparação de contextos relacionais muito diversos (LUHMANN, 1995). De modo que seja possível tensionar os limites do constitucionalismo transnacional fragmentário em relação à realidade político normativa do direito constitucional.

Ao assumir o fenômeno transnacional como um modelo de governança baseada na autorregulação, assenta-se uma dinâmica fragmentaria em que o locus de constitucionalização se desloca para longe do sistema jurídico estatal em busca dos setores sociais que estabelecem constituições civis autonomamente (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004, p. 1014-1015), a partir de seus critérios internos de diferenciação (KOSKENNIEMI, 2006, p. 305-324). A autonomia fragmentária do mercado e da política transnacional cristalizam-se em formas autônomas, não estatais e detentoras de poder político decisório, cristalizadas em forma de *lex mercatória*, *lex sportiva* e *lex digitalis* (TEUBNER, 2016).

O constitucionalismo transnacional, no entanto, parece levar o conceito de constituição longe demais (NEVES, 2009, p.2), na medida em que se corre o risco de sermos incapazes de dizer o que é uma constituição (VESTING, 2000), é necessário observar que o acoplamento estrutural do sistema político e do sistema jurídico através da constituição não tem correspondência no plano da sociedade mundial (LUHMANN, 1995, p. 582).

Regimes parciais que se diferenciam e desdiferenciam, e nesses entrelaçamentos impõe violações a direitos humanos, a exemplo da catástrofe de Aids na África do Sul materializada pelo caso *Hazel Tau vs. Glaxo and Boehringer* (HESTERMEYER, 2004, p. 101; YAMIN, 2003, p. 101). O caso de poluição ambiental e tratamento desumano de grupos populacionais locais pela Shell na Nigéria (WOOD e SCHARFFS, 2002, p. 531 a 539; POHLY-BERGSTRESSER, 1995, p. 35-44), o acidente químico em Bophal (HOERING, 1985, p. 53), nas questões envolvendo trabalho escravo e trabalho infantil na



fabricação de artigos esportivos da Nike e Adidas (HOLTBRÜGGE e BERG, 2004, p. 181), a lista vai além quando observamos danos ambientais, tráfico humano e déficit de legitimidade democrática de governos cada vez mais autoritários. No entanto, em que pese o caminho a ser adotado a partir de Teubner, os aspectos paradoxais e as deficiências contidas na premissa de uma constituição transnacional como equivalente funcional das constituições nacionais emergem como contraponto a partir de, sobretudo, a perspectiva teórica de matriz luhmaniana adotada por Marcelo Neves a partir do Transconstitucionalismo (2009), enquanto forma em que se tem desenvolvido um constitucionalismo sem ou além da constituição (NEVES, 2009).

Nesse desiderato o constitucionalismo transnacional consiste em um efeito reflexivo aplicado aos regimes setoriais da sociedade mundial (TEUBNER, 2016, p. 139-158) em que o fenômeno multinormativo se reveste de uma função de jurisdição vinculativa no nível operacional da sociedade mundial em uma espécie de concepção policêntrica de jurisdição (TEUBNER, 2012). Se as constituições nacionais estão baseadas em um acoplamento estrutural entre política e direito (LUHMANN, 1995, p. 538-552; NEVES, 2006, p. 95-106), as constituições transnacionais resultam da referência heterárquica entre os mecanismos reflexivos do direito e os mecanismos reflexivos do setor social em questão (TEUBNER, 2016, p. 105). Embora em intensidades diferentes e variando de acordo com as especificidades de cada ambiente, os regimes transnacionais caracterizados pela produção de regras secundárias concernentes à identificação, interpretação, emenda e competências para a criação e delegação de regras primárias (TEUBNER, 2016, p. 114), essenciais para a generalidade e previsibilidade de processos de tomada de decisão sob a forma de um constitucionalismo global fragmentado tensionado a partir da estabilização normativa das expectativas democráticas da sociedade mundial policontextural.

Nesse sentido, multidão da sociedade substitui a unidade do poder soberano a medida em que ocorre uma proliferação de instituições internacionais de solução de controvérsias, a exemplo dos mais de 125 tribunais privados (BRAITHWHITE, 2000, p. 963), a fim de promover negociações e cooperações baseadas na acomodação recíproca e interativa de interesses e mecanismos funcionais específicos, no interior do qual os Estados são apenas autores entre outros (FISCHERLESCANO e TEUBNER, 2004, p. 17-19).

A existência de um direito global que transcende as fronteiras do sistema político segmentado territorialmente da sociedade mundial, parece impor uma estrutura constitucional legitimadora das decisões em nível transnacional. Na medida em que, cada vez mais, os âmbitos transnacionais constitucionalizados equivalem-se às constituições dos Estados Nacionais.

A constitucionalização do direito transnacional reporta-se enquanto um fenômeno interjurídico e intercontextual dada a erosão das fronteiras e universalidade proporcionada pela juridificação dos regimes jurídicos autônomos que deslocam as expectativas normativas internas do direito para dentro dos campos sociais. Está posto que esses regimes parciais se diferenciam e desdiferenciam, e nesses entrelaçamentos e colisões impõe cada vez mais necessários debates seja a partir das já habituais violações a direitos humanos, seja pela consequente quebra na legitimidade democrática de governos locais. Nesse sentido, em que pese o caminho adotado a partir das reflexões de Gunther Teubner, os aspectos paradoxais e as deficiências contidas nas premissas de uma constituição transnacional como equivalente funcional das constituições nacionais emergem como contraponto a partir de, sobretudo, a perspectiva de Marcelo Neves (2009), no que se refere a um constitucionalismo sem ou além da constituição.

REFERÊNCIAS

BRAITHWAITE, J.; Drahos, P. *Global Business Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*. Michigan Journal of International Law, Vol. 25, No. 4, 2004

HESTERMEYER, Holger. (2004) *Access to Medication as a Human Right*. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. v. 8.

HOLTBRÜGGE, Dirk; BERG, Nicola. (2004) *Menschenrechte und V erhaltenskodizes in multinationalen Unternehmungen*. In: BENDEL, Petra; FISCHER, Thomas (orgs.). *Menschen- und Bürgerrechte: Ideengeschichte und Internationale Beziehungen*.

KJAER, Poul F. *Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach*. Abingdon, New York: Routledge, 2014

KOSKENNIEMI, M. *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization*. *Theoretical Inquiries in Law*, vol 8. 2006



LUHMANN, N. *Como podemos observar estruturas latentes?* In: WATZLAWICK, Paul e KRIEG, Peter. (Org.). *O olhar do observador: contribuições para uma teoria construtivista*. Campinas: Ed. Psy II, 1995.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo, Martins Fontes. 2009

POHLY-BERGSTRESSER, Sibylle. (1996) *Der Ogoni-Shell-Komplex: Zur Geschichte einer Grass- Roots-Bewegung*. In: HOFMEIER, Rolf (org.). *Afrika-Jahrbuch 1995*.

SHAFFER, Gregory. *Theorizing Transnational Legal Ordering*. *Annu. Rev. Law Soc. Sci.*, [S.l.], v. 12, n. 2, 2016.

SOMEK, Alexander. *The Constituent Power in National and Transnational Context*. *University of Iowa Legal Studies, Research Paper*, n 12. 2012

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

TUSHNET, Mark. *The Inevitable Globalization Of Constitutional Law*, Palestra Promovida pelo Hague Institute for The Internationalization of Law, 2008, SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1317766>

VESTING, Thomas. *Politische Verfassung? Der Moderne (Liberale) Verfassungsbrgriff Und Seine Systemtheoretische Rekonstruktion.*, In: CALLIESS, Galf-Peter *et al.* (ed.). *Soziologische Jurisprudenz, Festschrift Für Gunther Teubner Zum 65 Geburtstag*. Berlin: De Gruyter, 2009.

WALKER, N. *The Idea of Constitutional Pluralism*. *The Modern Law Review*, 65(3). 2002

WOOD, Stephen G.; SCHARFFS, Brett G. (2002) *Applicability of Human Rights Standards to Private Corporations: an American Perspective*. *American Journal of Comparative Law*, v. 50.

YAMIN, Alicia Ely. (2003) *Not Just a Tragedy: Access to Medications as Right under International Law*. *Boston University International Law Journal*, v. 21