

COMO RECONHECER UM DIREITO GLOBAL? DA POLICONTEXTURALIDADE À GESTÃO DOS CONFLITOS ENTRE ORDENS NORMATIVAS

HOW TO RECOGNIZE A GLOBAL RIGHT? FROM POLICONTEXTURALITY TO THE MANAGEMENT OF CONFLICTS BETWEEN REGULATORY ORDERS

¿CÓMO RECONOCER UN DERECHO GLOBAL? DE LA POLICONTEXTURALIDAD A LA GESTIÓN DE CONFLICTOS ENTRE ORDENES REGULATORIOS

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte



Paulo Roberto Ramos Alves¹

<https://orcid.org/0000-0003-3765-1184>

Luiz Ernani Bonesso de Araújo²

<https://orcid.org/0000-0001-9631-1660>

Fabiola Wüst Zibetti³

<https://orcid.org/0000-0003-0752-0132>

Recebido em: 07/10/2021

Aprovado em: 26/08/2022

RESUMO

Contextualização: Durante o século XX o conceito de soberania foi nitidamente enfraquecido diante do desenvolvimento de organizações privadas transnacionais, sendo que tais atores sociais, ao operarem de forma recursiva e autorreferente, tornaram-se capazes de (auto)produzir sua própria normatividade de modo a suprir, no âmbito organizacional, a necessidade de sua regulação interna e específica.

Objetivos: Analisar alternativas sistêmicas para a gestão de conflitos entre a normatividade dos atores jurídicos transnacionais e as ordens jurídicas estatais e supranacionais.

Metodologia: A pesquisa utilizou o método indutivo e os resultados foram expressos com base lógica indutiva.

Resultados: É justamente a capacidade de observação que permite construções jurídicas

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF; Professor dos Cursos de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF e da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC; E-mail: pauloalvess@yahoo.com.br.

² Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor da Universidade Federal de Santa Maria e da Universidade de Passo Fundo - UPF; Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; E-mail: luizbonesso@upf.br.

³ Doutora em Direito Internacional, pela Universidade de São Paulo (USP); Pós-doutorado em Relações Internacionais, pelo Programa da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), e pós-doutorado no Centro Ibero-Americano (CIBA), vinculado ao Instituto de Relações Internacionais da USP; Professora do Instituto de Estudios Internacionales, da Universidad de Chile; E-mail: fabiolawz@upf.br.

plurais e capazes de proporcionar soluções para a problemática apontada. Antes de tudo, porém, cabe ao direito contemporâneo delimitar sua intrínseca capacidade de observar observações, demarcando a possibilidade de que conflitos jurídicos sejam equacionados mediante uma racionalidade transversal, que permita o diálogo entre discursos jurídicos autônomos.

Palavras-chave: Direito global; Gestão de conflitos; Direito transnacional.

ABSTRACT

Contextualization: During the 20th century, the concept of sovereignty was clearly weakened in the face of the development of private transnational organizations, and such social actors, when operating in a recursive and self-referential way, became capable of (self) producing their own normativity in order to supply, in the organizational scope, the need for its internal and specific regulation.

Objectives: To analyze systemic alternatives for managing conflicts between the normativity of transnational legal actors and state and supranational legal orders.

Methodology: The research used the inductive method and the results were expressed based on inductive logic.

Results: It is precisely the capacity for observation that allows for plural legal constructions capable of providing solutions to the pointed out problem. First of all, however, it is up to contemporary law to delimit its intrinsic ability to observe observations, demarcating the possibility that legal conflicts are resolved through a transversal rationality, which allows dialogue between autonomous legal discourses.

Keywords: Global law; Conflict management; Transnational law.

RESUMEN

Contextualización: Durante el siglo XX, el concepto de soberanía se vio claramente debilitado ante el desarrollo de organizaciones transnacionales privadas, y tales actores sociales, al operar de manera recursiva y autorreferencial, se volvieron capaces de (auto)producir sus propios normatividad a fin de suplir, en el ámbito organizativo, la necesidad de su regulación interna y específica.

Objetivos: Analizar alternativas sistémicas para la gestión de conflictos entre la normatividad de los actores jurídicos transnacionales y los órdenes jurídicos estatales y supranacionales.

Metodología: La investigación utilizó el método inductivo y los resultados se expresaron con base en la lógica inductiva.

Resultados: Es precisamente la capacidad de observación la que permite construcciones jurídicas plurales capaces de aportar soluciones al problema señalado. En primer lugar, sin embargo, corresponde al derecho contemporáneo delimitar su capacidad intrínseca de observación, demarcando la posibilidad de que los conflictos jurídicos se resuelvan a través de una racionalidad transversal, que permita el diálogo entre discursos jurídicos autônomos.

Palabras clave: Derecho global; Gestión de conflictos; Derecho transnacional.

INTRODUÇÃO

Durante o século XX o conceito de soberania foi nitidamente enfraquecido diante do desenvolvimento de organizações privadas transnacionais, sendo que tais atores sociais, ao operarem de forma recursiva e autorreferente, tornaram-se capazes de (auto)produzir sua própria normatividade de modo a suprir, no âmbito organizacional, a necessidade de sua regulação interna e específica. Por sua vez, essa realidade vem ao encontro da existência de uma sociedade mundial, na qual são integrados comunicativamente processos jurídicos, políticos, econômicos, entre outros, de modo a assegurar a contínua diferenciação da sociedade.

Diante do enfraquecimento da centralidade estatal, a sociedade passa a produzir um direito vivo, que emerge das instituições sociais fragmentadas e delimita seus próprios rumos diante da realidade comunicativa global. Nesse contexto, sistemicamente o pluralismo jurídico (policontextualidade) passa a ser observado como a unidade de discursos sociais fragmentários e autônomos que observam a realidade mediante o sentido atribuído pela distinção direito/não-direito.⁴

Nesse sentido, a normatividade dos atores jurídicos transnacionais entra em evidente conflito com as ordens jurídicas estatais (e igualmente com ordenamentos supranacionais como, por exemplo, as regulações da ONU, UE, OIT, etc.). Essa dimensão é facilmente observada quando regramentos particulares de organizações privadas deixam de se amoldar aos regramentos jurídico-estatais ou, ainda, apontam para exigências regulamentares contrárias à normatividade estatal.

Diante desta problemática, emergem determinadas alternativas sistêmicas para a gestão desses conflitos. Parte-se, pois, do reconhecimento da policontextualidade da sociedade contemporânea, adentrando-se, em seguida, na temática da autoconstitucionalização de atores corporativos privados, proposta por Gunther Teubner. Após, busca-se observar a proposta do transconstitucionalismo dada por Marcelo Neves para, por fim, observar a questão da alteridade sistêmica como condição de coevolução entre racionalidades jurídicas concorrentes.

1. AUTOCONSTITUCIONALIZAÇÃO DE ATORES CORPORATIVOS PRIVADOS

Sob uma observação sistêmica, a Constituição passa a ser observada como uma forma dotada de extrema especificidade na sociedade contemporânea. Ademais, a Constituição apresenta-se como uma forma muito evolutiva de comunicação no interior do sistema social. Nesse contexto, rompe-se com a possibilidade de observação das constituições como fundamentos da normatividade estatal, vinculando-as a uma prática circular e autorreferente. Luhmann observa que as constituições se afiguram na forma de uma reação à diferenciação entre direito e política, separando esses dois âmbitos funcionais e, paradoxalmente, religando-os.⁵

Não obstante, o próprio constitucionalismo passa a ser observado desde uma perspectiva diversa da tradicional observação moderna, na qual as constituições fundam-se como o sustentáculo da normatividade. Além da separação/união entre direito e política, esse novo modelo passa a ser responsável pela união entre diversas

⁴ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 22.

⁵ LUHMANN, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (Org.). Il futuro della Costituzione. Torino: Einaudi, 1996. p. 85.

racionalidades sociais, ultrapassando a mera relação entre direito e política para caracterizar, de forma ampla, a possibilidade de diálogos entre diversos discursos sociais.⁶

A ideia de constitucionalismo, então, adquire uma interessante conotação sistêmica quando observado a partir de uma perspectiva evolucionista, na qual se rompe com a possibilidade de uma constituição vinculada aos critérios modernos de supremacia, centralidade e verticalidade⁷ para, então, considerar uma realidade fundada na existência de sistemas sociais que operam comunicativamente bem como constantemente diferenciam-se diante de seus ambientes. Nesse contexto, o direito necessariamente passa a ser observado como um sistema autopoietico capaz de delimitar suas operações com base em suas próprias operações.

Por sua vez, a caracterização do direito como sistema autopoietico parte da ideia de autonomia sistêmica, sendo que a autonomia jurídica desenvolve-se mediante três fases distintas. Em uma primeira fase os elementos jurídicos (elementos, estruturas, processos e limites) confundem-se aos elementos da comunicação geral, sendo determinados de forma heterônoma. Uma segunda fase é observada quando o direito passa a construir os seus próprios elementos e a utiliza-los enquanto operações jurídicas. Por fim, a autonomia jurídica apenas é identificada – e somente assim se pode falar em um direito autopoietico – a partir da articulação dos elementos do sistema de forma autorreferente e circular, caracterizando um hiperciclo.⁸

Demarcada a autonomia do sistema jurídico, Teubner radicaliza a própria ideia de circularidade a partir da distinção entre hiperciclo e ultraciclo. Enquanto o hiperciclo refere-se à ideia de uma articulação autorreferente a circular dos elementos jurídicos – o que ocorre em uma rede fechada –, o ultraciclo surge no momento em que determinados ciclos de perturbações recíprocas desenvolvem-se com referência a essas redes fechadas. Em outras palavras, isso significa que no âmbito dos códigos corporativos privados as ligações jurídicas caracterizam-se de forma hipercíclica, enquanto as relações entre códigos jurídicos privados e públicos revestem-se na forma ultracíclica.⁹

Essa distinção importa no fato de que as constituições nacionais (ou, ainda, as supranacionais) não são capazes de determinar o âmbito de validade das normatizações intracorporativas. Por sua vez, os códigos estatais não delimitam o círculo de validade das normas corporativas, mas caracterizam-se como impulsos a serem observados pela lógica da específica da organização. A assimilação de tais perturbações, entretanto, não é dada externamente – pela normatização estatal – mas sim pelos próprios processos internos de tais organizações privadas.¹⁰

Vale salientar, igualmente, que não se assiste a uma mera divisão de critérios jurídicos, mas sim a formação de sistemas jurídicos específicos. Como já observado no capítulo anterior, há uma nítida formação de diversos sistemas normativos – como a *lex mercatoria*, a *lex laboris*, a *lex sportiva internacionalis*, a *lex digitalis*, entre outras – sem qualquer vinculação ao Estado. Nesse aspecto, as necessidades de normatização vão muito além da mera regulação pública, desenvolvendo-se complexos de relações

⁶ SCHWARTZ, Germano. Constituições civis e regulação: autopoiese e teoria constitucional. In: *Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 348.

⁷ SCHWARTZ, Constituições civis e regulação..., p. 340-341.

⁸ TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 77. Vide igualmente ROCHA, **Observações sobre a observação luhmanniana**, p. 36-39.

⁹ TEUBNER, Auconstitucionalização das corporações transnacionais? p. 121-122.

¹⁰ TEUBNER, Auconstitucionalização das corporações transnacionais? p. 122-123.

jurídicas como produto de uma série de *private governance regimes*.¹¹

Dessa maneira, o processo de constitucionalização de atores privados transnacionais passa a ser resultado de uma observação diferenciada da Constituição, qual seja, na possibilidade de um constitucionalismo capaz de promover diálogos entre racionalidades sistêmicas distintas. Nesse contexto, a própria observância aos direitos humanos, por exemplo, passa a encontrar, no âmbito organizacional, uma esfera dotada de grande especificidade: a normatização organizacional torna-se capaz de impor a seus membros a observância a direitos e garantias fundamentais.¹²

A busca pela autonomia corporativa (organizacional) é marco central na ideia de autoconstitucionalização de atores corporativos privados. Diante da realidade policontextual que caracteriza a sociedade contemporânea, essa busca por autonomia reflete na proposta de constituições corporativas, sendo que tal construção possui um duplo viés: em primeiro lugar, a liberação – de corporações transnacionais privadas – da normatividade estatal e, em segundo, o fomento à construção de estruturas globais destinadas à segurança de suas transações.¹³

Esse fenômeno espelha uma realidade cada vez mais presente na sociedade diferenciada: a autonomia corporativa depende de determinados fatores, sendo que as organizações adquirem certa especificidade funcional a partir da recursividade de suas operações e sua conseqüente aceitação na sociedade global. Enquanto comunicações decisoriamente produzidas no âmbito organizacional, essa *normatividade corporativa* passa a construir critérios jurídicos capazes de culminar em uma genuína teoria de cunho jurídico-constitucional.

Teubner explica essa possibilidade aduzindo que a constitucionalização é uma tendência atual junto à normatização das corporações transnacionais. Nesse contexto, a própria ideia de Constituição transcende a tradicional vinculação ao Estado nacional, amoldando-se diante de ordens jurídicas dotadas de plena autonomia operacional. Esse processo de constitucionalização, por sua vez, não mais se vincula a um sistema político central, deslocando-se para agentes corporativos descentralizados, então capazes de produzirem normas voltadas à sua própria auto-organização. Nesse contexto, para o autor,

materializam-se nessa dinâmica não apenas tendências de uma juridicização, mas também de uma constitucionalização. Ambos os tipos de códigos corporativos tomados em conjunto representam o advento de constituições corporativas transnacionais específicas – concebidas como constituições no sentido estrito. [...] esse argumento é baseado em um conceito de constituição que não está limitado ao Estado nacional e implica que também ordens sociais não estatais desenvolvam constituições autônomas sob circunstâncias históricas particulares. Além disso, no processo globalizante, o centro de constitucionalização desloca-se do sistema político para diferentes setores sociais, que produzem normas constitucionais de cunho civil-societário paralelamente às constituições dos Estados nacionais.¹⁴

O processo de (auto)constitucionalização de atores corporativos transnacionais

¹¹ TEUBNER, Gunther. Mundos contratuais: o direito na fragmentação de regimes de private governance. In: _____. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: UNIMEP, 2005. p. 276.

¹² SCHWARTZ, Constituições civis e regulação..., p. 346.

¹³ TEUBNER, Auconstitucionalização das corporações transnacionais ? p. 113.

¹⁴ TEUBNER, Auconstitucionalização das corporações transnacionais ? p. 111.

vincula-se, primeiramente, à uma visão alternativa do próprio direito constitucional. Essa nova visão depende, em imensa medida, do reconhecimento da policontextualidade que caracteriza a sociedade contemporânea. Não é à toa que a própria ideia de autopoiese, em Teubner, vincula-se ao reconhecimento da policontextualidade do direito.¹⁵ É diante dessa realidade que “a co-relação sistema x ambiente é, portanto, observada a partir de interpenetrações desse código inicial com os subsistemas do Direito, da Política e da Economia”.¹⁶

O processo de constitucionalização das esferas corporativas privadas implicaria em uma distinção entre funções e estruturas constitucionais. As funções, caracterizadas como regras constitutivas e limitadoras, revestir-se-iam na possibilidade, por um lado, de assegurar a autonomia corporativa (mesmo diante do Estado), possibilitando a operacionalidade dos empreendimentos em nível global. Por outro lado, a constitucionalização seria estabelecida igualmente com uma função limitadora, eis que permitiria que os códigos corporativos restringissem determinadas atividades corporativas em razão de uma responsabilidade pública.¹⁷

Igualmente a constituição corporativa seria caracterizada estruturalmente pelos critérios da dupla reflexividade e da metacodificação binária. A dupla reflexividade nada mais é do que a designação de que a normatividade funda-se de maneira circular e autorreflexiva. Em outras palavras, a ideia de circularidade sistêmica¹⁸ funda-se na concepção de um encadeamento hierárquico circular ou, para utilizar a expressão de Hofstadter, de hierarquias entrelaçadas.¹⁹

Isso significa que, em um primeiro nível estrutural, a constituição corporativa – enquanto *norma superior* – depende de arranjos procedimentais capazes de assegurar a manutenção das regras primárias constitucionalmente estabelecidas. Isso se daria por meio de controles organizacionais internos, então capazes de estabelecer critérios para a implementação, interpretação ou modificação das determinações constitucionais. Como se vê, a lógica é idêntica à do sistema jurídico estatal, no qual a normatividade funda-se na operacionalidade do próprio direito, afirmando-se o sistema jurídico mediante uma construção circular e autorreferente.²⁰

Por outro lado, mostra-se igualmente necessária a construção de uma codificação capaz de assegurar as operações do direito corporativo. Teubner²¹ propõe a delimita de uma metacodificação binária da constituição corporativa. Isso implica no reconhecimento de que o código jurídico (direito/não-direito) opera de forma subordinada ao código constitucional/inconstitucional, sendo que a metacodificação

¹⁵ ROCHA, Leonel Severo. A produção autopoietica do sentido do direito. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 4, n. 7, jul./dez. 2009. p. 20.

¹⁶ SCHWARTZ, Constituições civis e regulação..., p. 342.

¹⁷ TEUBNER, Auconstitucionalização das corporações transnacionais? p. 113-114.

¹⁸ TEUBNER, O direito como sistema autopoietico, p. 4-6.

¹⁹ HOFSTADTER, Douglas R. **Gödel, Escher, Bach**: um entrelaçamento de gênios brilhantes. Brasília: UNB, 2001. p. 760-762.

²⁰ TEUBNER, Auconstitucionalização das corporações transnacionais? p. 111.

²¹ TEUBNER, **Auconstitucionalização das corporações transnacionais?** p. 117: “a metacodificação é, dessa forma, um híbrido. Ela serve como unidade fictícia para dois controles de constitucionalidade diferentes dentro da corporação. Ela está localizada, de um lado, hierarquicamente acima do código binário jurídico e, de outro, acima do econômico. Assim, ela assume um sentido diferente conforme o código que controla – se o econômico ou o jurídico. Em contextos econômicos, funciona de modo a refletir a responsabilidade social da empresa e procura identificar estratégias de atividades econômicas ambientalmente corretas. No contexto do direito corporativo, introduz a distinção entre direito simples e constitucional e controla a adequação de atos legais simples aos valores e princípios estabelecidos na constituição corporativa”.

enviaria, de forma reflexiva, todas as operações corporativas – incluindo-se as econômicas – à observância dos critérios normativos da constituição corporativa.

Essa realidade, contudo, depende de uma grande revisão na clássica teoria do Estado, buscando-se, com isso, a construção de novos rumos para a prática jurídica.²² A ideia de um constitucionalismo corporativo é extremamente interessante diante da necessidade de harmonização entre códigos jurídicos públicos e privados. A realidade jurídica de grandes corporações inegavelmente escapa da juridicalização estatal, havendo, portanto, a necessidade de construções que levem em consideração a policontextualidade da sociedade bem como a flagrante existência de conflitos entre ordens normativas distintas.

A proposta de Teubner, contudo, aponta um inegável problema, eis que ela desloca a tensão estabelecida entre regras corporativas e ordens jurídicas estatais para o status de conflito entre ordens constitucionais autônomas. A possibilidade de que “ordens sociais não estatais desenvolvam constituições autônomas sob circunstâncias históricas particulares”²³ desloca o problema para a necessidade de estabelecimento de contínuos diálogos entre racionalidades jurídicas particulares, conforme será observado a seguir.

2. O DIÁLOGO COMO POSSIBILIDADE PARA UM DISCURSO TRANSCONSTITUCIONAL

Como observado, apesar da ideia de autoconstitucionalização de organizações transnacionais privadas oferecer um inegável contributo para uma harmonização entre códigos de conduta corporativos e estatais, há um problema que permanece intocado. Muito embora tais corporações tornem-se capazes de elevar seu regramento à qualidade de um direito constitucional corporativo, o problema do choque entre racionalidades sistêmicas concorrentes não é resolvido.

Evidentemente, uma vinculação constitucional colabora em enorme medida para o estabelecimento de diálogos entre culturas jurídicas diversificadas. Pense-se em ordens corporativas capazes de construir uma simetria constitucional com organizações supranacionais de caráter público, como a União Europeia, por exemplo. Tal processo permite uma unificação de critérios organizacionais, bem como inegavelmente possibilita que a tensão entre direito público e direito privado seja suavizada.

Entretanto, como dito, a constitucionalização corporativa desloca o problema do nível conflitos entre regras organizacionais para o nível de conflitos entre ordens constitucionais e, muito embora seja capaz de construir pontes de diálogo entre determinados discursos – como no citado exemplo da União Europeia –, não obsta as evidentes tensões entre eventuais ordens constitucionais corporativas e outras ordens constitucionais estatais.

Uma alternativa para esse problema é trazida por Neves, quando, a partir do reconhecimento da multacentralidade da sociedade mundial, adentra na discussão sobre

²² Há uma evidente tensão, pois, entre direito e Estado. Isso é ilustrado por Neves quando afirma que no modelo do Estado Democrático de Direito há uma necessidade de integração entre o direito (Têmis) e o Estado (Leviatã), havendo a constatação de que “nesse tipo de Estado, Têmis deixa de ser um símbolo abstrato de justiça para se tornar uma referência real e concreta de orientação da atividade de Leviatã. Este, por sua vez, é rearticulado para superar a sua tendência expansiva, incompatível com a complexidade sistêmica e a pluralidade de interesses, valores e discursos da sociedade moderna. Não se trata apenas de uma fórmula para ‘domesticar’ ou ‘domar’ o Leviatã. Antes, o problema consiste em estabelecer, apesar das tensões e conflitos, uma relação construtiva entre Têmis e Leviatã, de tal maneira que o direito não se mantenha como uma mera abstração e o poder político não se torne impotente por sua hipertrofia ou falta de referência legitimadora.” NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. XIX.

²³ TEUBNER, Auconstitucionalização das corporações transnacionais? p. 111.

uma racionalidade constitucional transversal capaz de, efetivamente, permitir o diálogo entre discursos jurídicos autônomos. Essa possibilidade de diálogo denomina-se transconstitucionalismo.

O reconhecimento de um processo de constitucionalização de corporações transnacionais implica no igual fortalecimento quanto à existência de ordens jurídicas privadas autônomas e à existência de conflitos com a normatividade estatal. A submissão da organização corporativa a critérios comunicativos fundados na distinção constitucional/inconstitucional implica, pois, na autonomização constitucional dessas ordens normativas privadas.

Diante da pluralidade de ordens normativas, o conceito de acoplamento estrutural²⁴ luhmanniano torna-se insuficiente. Teubner²⁵ já questiona a noção de acoplamento ao propor uma releitura do conceito frente ao pluralismo jurídico. Por sua vez, Neves parte justamente do reconhecimento da insuficiência do conceito de acoplamento estrutural para uma relação profícua entre ordens normativas. É de ser salientado, como pressuposto fundamental para o sucesso de uma proposta transconstitucional, a consideração da “diferença entre ordens constitucionais, com seus respectivos particularismos, tanto no que concerne aos conteúdos normativos quanto no que se refere aos procedimentos”.²⁶

Nesse contexto, o transconstitucionalismo não se afigura mediante o mero entrelaçamento internormativo. As relações entre ordens distintas ultrapassam o chamado transnacionalismo jurídico para caracterizarem-se mediante inter-relações normativo-constitucionais, nas quais são estabelecidas possibilidades de diálogos e de uma reconstrução recíproca. Não se fala, pois, em uma imposição constitucional. O transconstitucionalismo exclui qualquer possibilidade de supremacia de uma ordem constitucional (seja pública ou privada) sobre outra.²⁷

Essa possibilidade de diálogo parte do reconhecimento de que a realidade funda-se mediante o estabelecimento de hierarquias entrelaçadas de níveis múltiplos, no sentido atribuído por Hofstadter.²⁸ Nesse sentido, os conflitos constitucionais ocorrem simultaneamente com uma pluralidade de ordens normativas, sendo que a ideia de uma linearidade hierárquica é ultrapassada mediante a consideração de uma realidade na qual a única possibilidade hierárquica se dá por meio de um entrelaçamento transconstitucional de níveis múltiplos.²⁹

Ademais, o diálogo transconstitucional afigura-se na forma de um modelo comunicativo capaz de assegurar, estruturalmente, conexões entre discursos jurídicos em

²⁴ LUHMANN; DE GIORGI, **Teoría de la sociedad**, p. 51-52: “Esto concepto presupone que todo sistema autopoietico opere como sistema determinado por la estructura, es decir, como un sistema que puede determinar las propias operaciones. El acoplamiento estructural, entonces, excluye que datos existentes en el entorno puedan especificar, conforme a las propias estructuras, lo que sucede en el sistema. Maturana diría que el acoplamiento estructural se encuentra de modo ortogonal con respecto a la autodeterminación del sistema. No determina lo que sucede en el sistema, pero debe estar presupuesto, ya que de otra manera la autopoiesis se detendría y el sistema dejaría de existir. En este sentido, todos los sistemas están adaptados a su entorno (o no existirían), pero hacia el del radio de acción que así se les confiere, tienen todas las posibilidades de comportarse de un modo no adaptado, y para ver muy claramente el resultado de estas posibilidades, basta considerar los problemas ecológicos de la sociedad moderna”.

²⁵ TEUBNER, *As duas faces de Janus*, p. 91.

²⁶ NEVES, **Transconstitucionalismo**, p. 34-35 e 184.

²⁷ NEVES, *Transconstitucionalismo*, p. 118.

²⁸ HOFSTADTER, **Gödel, Escher, Bach**, p. 753 et. seq.

²⁹ NEVES, *Transconstitucionalismo*, p. 216.

meio à evidente fragmentação da sociedade mundial. Essa possibilidade afirma-se, então, como uma forma capaz de proporcionar pontes de transição entre ordens jurídicas, não se vinculando a uma inequívoca verticalização hierárquica, mas sim proporcionando uma complexidade capaz de contribuir para a resolução dos problemas dos conflitos sistêmicos.³⁰

A ideia, portanto, parte do reconhecimento da necessidade de um entrelaçamento entre tais ordens normativo-constitucionais. O diálogo entre tais ordens, contudo, apenas mostra-se possível desde uma perspectiva de observação do outro. Pode-se falar, portanto, na construção de critérios de alteridade sistêmica como condição de mútuo reconhecimento e, como resultado desse reconhecimento, a possibilidade de construções jurídicas harmônicas. A pretensão de um sistema jurídico global depende, em enorme grau, dessa possibilidade de observar a alteridade.

3. O RECONHECIMENTO DO OUTRO COMO CONDIÇÃO PARA UM SISTEMA JURÍDICO GLOBAL

Para além do trânsito comunicativo entre ordens constitucionais corporativas e estatais há, por fim, algumas considerações a serem realizadas. Quando se observa o desenvolvimento de uma sociedade pretensamente mundial, tem-se como pano de fundo a evolução dessa mesma sociedade com base em critérios comunicativos. Como visto no capítulo inaugural do presente trabalho, a sociedade contemporânea se autodescreve como uma sociedade mundial em razão do contínuo incremento comunicativo, sendo que essa comunicação não conhece qualquer fronteira territorialmente delimitada.

Os conflitos normativos decorrem justamente dessa possibilidade de trânsito entre ordens diversas. Ao mesmo tempo em que a comunicação promove os *choques jurídicos* amplamente descritos, essa própria racionalidade mundial permite observar a realidade desde uma perspectiva de alteridade. Fala-se, pois, em alteridade no sentido de uma permanente possibilidade de trocas comunicativas, observando-se o outro como constituinte do próprio observador.

Quando analisa o sistema jurídico desde uma perspectiva interna, Schwartz³¹ observa como uma questão de alteridade a necessidade de uma maior abertura do direito aos influxos sociais periféricamente produzidos. A partir disso, emerge a possibilidade de estabelecimento de novas respostas sociais e juridicamente relevantes, eis que a abertura aos influxos gerados a partir de outros discursos sociais permitiria, por intermédio do fechamento operativo do observador, delimitar um campo próprio de diálogo, estabilizando conflitos de forma criativa e coevolutiva.

Ainda com Neves³², a ideia de um diálogo entre discursos e tradições jurídicas depende, além de processos de auto-observação, de processos de observação de segunda ordem. Em outras palavras, uma construção voltada à alteridade apenas é possível quando se reconhece que os sistemas não podem ver que não veem o que não podem ver.³³ Embora aparentemente redundante, o reconhecimento de um ponto cego

³⁰ NEVES, Transconstitucionalismo, p. 288.

³¹ SCHWARTZ, Germano. Autopoiese e direito: auto-observações e observações de segundo grau. In ROCHA, Leonel Severo, KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 110.

³² NEVES, Transconstitucionalismo, p. 297-299.

³³ LUHMANN, ¿Cómo se pueden observar estructuras latentes?, p. 63.

na observação do observador permite que discursos sociais observem o paradoxo da observação constituinte de outras racionalidades sistêmicas.

Isso significa que a realidade não é acessível em sua totalidade. Muito embora os sistemas sociais se auto observem, eles não são capazes de observar a própria condição de sua observação. A distinção fundamental dos discursos sociais permanece inobservada pelo observador que por ela é constituído. Todo esse exercício teórico demonstra que o ponto cego apenas é acessível por meio de observações de segunda ordem, a partir da qual, desde uma perspectiva de alteridade, se estabelece a possibilidade de um contínuo e profícuo aprendizado recíproco entre discursos jurídicos concorrentes.

Esse contínuo aprendizado representa, por fim, liberdade. Um direito livre é somente aquele que busca sua liberdade mediante sua disponibilidade para com o *outro*. A realidade do outro, portanto, é constituinte do sistema que observa, não havendo como realizar uma radical cisão entre observador e observado. Desse modo, uma alternativa para os conflitos normativos entre ordens constitucionais públicas e privadas pode ser pensada justamente a partir da ideia de inter-relações e aprendizados recíprocos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Qualquer construção jurídica com pretensão a oferecer respostas à problemática relação entre estruturas normativas distintas parte, em grande medida, do reconhecimento da sociedade contemporânea como um palco no qual coexistem uma incontável quantidade de discursos sociais (e jurídicos). O direito autopoiético – comunicativo e funcionalmente diferenciado – não permite, pois, qualquer vinculação a racionalidades unitárias. Logo, tem-se no reconhecimento da policontextualidade jurídica um necessário ponto de partida para construções igualmente complexas, então capazes de fornecerem respostas ao problema das relações entre ordenamentos jurídicos públicos e privados.

Diante desse fenômeno, surge uma dupla possibilidade de resolução de tal problema. Se, por um lado, o agigantamento de determinadas organizações evidencia conflitos normativos, por outro, é justamente no âmbito organizacional que residem possibilidades construtivas para uma possível gestão de tal problema. Nesse passo, vislumbra-se como alternativa interessante para tal problema a união entre as construções da autoconstitucionalização de corporações transnacionais, do transconstitucionalismo, originariamente propostas por Gunther Teubner e Marcelo Neves.

Partindo-se do reconhecimento da policontextualidade da sociedade, torna-se possível observar que a realidade jurídica é uma realidade multifacetada e plural, não havendo a possibilidade de instituição de uma normatização universal e uniforme. A ideia de formação de um direito constitucional próprio de corporações privadas transnacionais oferece uma grande possibilidade de contato entre códigos públicos e códigos privados.

Sob tal contexto, a constituição corporativa permitiria que tais organizações transnacionais elaborassem, com base em sua própria realidade, uma normatização operante mediante o código constitucional/inconstitucional, estabelecendo-se, mediante a formação de um sentido constitucional específico, formas constitucionais capazes de delimitar pontos de contato com o discurso jurídico estatal. Com base nessa proposta, as próprias organizações corporativas transnacionais, a partir da distinção organizacional membro/não-membro, tornar-se-ia capazes de estabelecer uma racionalidade constitucional limitadora da própria atividade da corporação.

Evidentemente o processo de constitucionalização das esferas corporativas igualmente dependeria de um entrecruzamento entre ordens constitucionais. Tal processo mostra-se possível por meio da ideia de transconstitucionalismo, onde, a partir de um discurso elaborado desde uma racionalidade constitucional transversal, permitir-se-ia o desenvolvimento de ordens concorrentes fundadas na possibilidade de contínuos diálogos intersistêmicos. Nesse contexto é fundamental o estabelecimento de novas formas regulativas. O direito mundial depende, pois, de novas formas jurídicas que permitam, sobretudo, o diálogo entre realidades distintas. Fala-se, portanto, em circularidade, em comunicação. Qualquer postura teórica linear ou vertical tende ao fracasso, eis que no atual momento nenhuma verticalidade é possível. A própria prática jurídica funda-se de maneira circular e autorreferente.

É justamente a capacidade de observação que permite construções jurídicas plurais e capazes de proporcionar soluções para a problemática apontada. Antes de tudo, porém, cabe ao direito contemporâneo delimitar sua intrínseca capacidade de observar observações, demarcando a possibilidade de que conflitos jurídicos sejam equacionados mediante uma racionalidade transversal, que permita o diálogo entre discursos jurídicos autônomos. Cabe, pois, a consideração de outras realidades jurídicas como formas coevolutivas que, inegavelmente, ao mesmo tempo em que constroem, são continuamente construídas mediante interinfluências recíprocas. Afinal, como narrou o escritor Érico Veríssimo, a separação entre *nós* e os *outros* não é tão nítida como parece, eis que, para os outros, nós somos os outros.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- CORSI, Giancarlo. Sociologia da constituição. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Minas Gerais**. Belo Horizonte: UFMG, n. 39. p. 169-189, Jan/jun. 2001.
- ESPOSITO, Elena. Acoplamiento estructural. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Ciudad de México/Tlaquepaque: Universidad Iberoamericana /ITESO, p. 21-24, 2006.
- HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HOFSTADTER, Douglas R. **Gödel, Escher, Bach: um entrelaçamento de gênios brilhantes**. Brasília: UNB, 2001.
- KANT, Immanuel. **Sobre la paz perpetua**. 6. ed. Madri: Tecnos, 1998.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 3. ed. Lisboa: Vega, 2001.
- LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Ajuris**, Porto Alegre, Ajuris, n. 49, ano XVII, p. 149-168, jul. 1990.
- LUHMANN, Niklas. ¿Cómo se pueden observar estructuras latentes? In: WATZLAWICK, Paul; KRIEG, Peter. **El ojo del observador: contribuciones al constructivismo**. Barcelona: Gedisa, p. 60-72. 1998.

LUHMANN, Niklas. **Ecological communication**. Chicago: The University of Chicago Press, 1989.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (Org.). **Il futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, p. 83-128. 1996.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Herder Editorial, 2007.

LUHMANN, Niklas. Novos desenvolvimentos na teoria dos sistemas. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, p. 19-59. 1997.

LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). **Niklas Luhmann: A nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Editora da Universidade/Goethe-Institut, 1997.

LUHMANN, Niklas. O paradoxo dos direitos humanos e três formas de seu desdobramento. **Themis**, Fortaleza: Esmec, v. 3, n. 1, 2000.

LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Barcelona/México/Santiago de Chile: Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana/Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Tradução Santiago López Petit e Dorothee Schmitz. Introdução Ignacio Izuzquiza. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1990.

LUHMANN, Niklas. The autopoiesis of social systems. In: GEYER, Felix.; ZOUWEN, Johannes van der (Eds.). **Sociocybernetic paradoxes: observation, control and evolution of self-steering systems**. Londres: Sage, 1986.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoría de la Sociedad**. Guadalajara, México: Universidad de Guadalajara/ Universidad Iberoamericana/Iteso, 1993.

MANSILLA, Darío Rodríguez. Nota a la versión en español. In. LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión; Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. Barcelona/México/Santiago de Chile: Anthropos Editorial/Universidad Iberoamericana/Pontificia Universidad Católica de Chile, p. XXIII, 2005.

MANSILLA, Darío Rodríguez. **Organizaciones para la modernización**. Ciudad de México/Tlaquepaque: Universidad Iberoamericana /ITESO, 2004.

MARCH, James Gardner; SIMON, Herbert Alexander. **Teoria das organizações**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1972.

MOLES, John L. Cosmopolitismo cínico. In: GOULET-CAZÉ, Marie-Odile; BRANHAM, R. Bracht (Org.). **Os cínicos: o movimento cínico na antiguidade e o seu legado**. São Paulo: Loyola, p. 121-136, 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

NAFARRATE, Javier Torres. Nota a la versión en español. In: LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. México: Triana Editores, 1998.

NETO, Eugênio Facchini, Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 11-60, 2003.

NOUR, Soraya. Os Cosmopolitas. Kant e os "temas kantianos" em relações internacionais. **Contexto internacional**. Rio de Janeiro. v. 25. n. 1. Jan/jun, p. 7-46, 2003.

PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. São Paulo: Pioneira, 1974.

ROCHA, Leonel Severo. A produção autopoietica do sentido do direito. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 4, n. 7, jul./dez, p. 13-26, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In ROCHA, Leonel Severo. SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. In ROCHA, Leonel Severo, KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 11-40, 2009.

ROMESÍN, Humberto Maturana; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. São Paulo: Palas Athena, 2001.

ROMESÍN, Humberto Maturana. **De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo**. 3. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

SCHWARTZ, Germano. Autopoiese e direito: auto-observações e observações de segundo grau. In ROCHA, Leonel Severo, KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 99-148, 2009.

SCHWARTZ, Germano. Constituições civis. In: *Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 340-355, 2007.

TEUBNER, Gunther. Altera pars audiatur: o direito na colisão de discursos. In: ALVES, José Augusto Lindgren. **Direito e cidadania na pós-modernidade**. Piracicaba: Unimep, p. 89-129, 2002.

TEUBNER, Gunther. As duas faces de Janus: pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna. In: TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, p. 95-98, 2005.

TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (Corporate Codes of Conduct) privados e estatais. In: SCHWARTZ, Germano. **Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 109-126, 2012.

TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: legal pluralism in the world society. In: TEUBNER, Gunther. (Ed.). **Global Law Without a State**. Aldershot: Dartmouth, p. 3-28, 1997.

TEUBNER, Gunther. Mundos contratuais: o direito na fragmentação de regimes de private governance. In: TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, p. 269-297, 2005.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TEUBNER, Gunther. Regimes privados: direito neo-espontâneo e constituições dualistas na sociedade mundial. In: TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Piracicaba: Unimep, p. 106-127, 2005.

