

Direito, política e âmbitos sociais parciais na configuração de uma nova ordem constitucional em um mundo globalizado

Recebido: 13 de setembro de 2021 • Aprovado: 3 de outubro de 2023

<https://doi.org/10.22395/ojum.v23n50a37>

Laerte Radtke Karnopp

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sul-rio-grandense (IFSul),
Pelotas, Brasil; Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, Brasil
laerterk@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-0839-4708>

Resumo

O artigo tem como objetivo refletir sobre a (in)suficiência de um modelo constitucional resultante do acoplamento estrutural entre política e direito no cenário globalizado e que alternativa(s) se apresenta(m) diante dele. Servindo-se de metodologia teórico-descritiva seguida de reflexões críticas, que fomenta as reflexões e resultados encontrados, parte do conceito de constituição como acoplamento estrutural entre os subsistemas do direito e da política, proposto pela teoria sistêmica de Luhmann (2016), e que responde a uma sociedade que possui um modelo de subsistema político que apresenta em seu centro o Estado. A insuficiência desse modelo de constituição nacional-estatal foi exposta com o fenômeno da globalização, em que os âmbitos sociais parciais extrapolam as fronteiras do Estado, com novos atores, e os setores sociais passaram a se diferenciar em escala global. O problema que surge é como passa a se configurar a relação entre os subsistemas do direito e da política com os demais âmbitos sociais parciais na conformação de uma nova ordem constitucional. A conclusão principal é a de que, nessa nova configuração, a constitucionalização dos âmbitos parciais ocorrerá pelo acoplamento estrutural entre os mecanismos reflexivos do subsistema jurídico com os de cada subsistema constituído.

Palavras-chave: teoria sistêmica; acoplamento estrutural; globalização; constituições civis; fragmentos constitucionais.

Law, Politics, and Partial Social Spheres in the Configuration of a New Constitutional order in a Globalized World

Abstract

The article aims to reflect on the (in)sufficiency of a constitutional model resulting from the structural coupling between politics and law in the globalized scenario and what alternative(s) are presented. Based on a theoretical-descriptive methodology followed by critical reflections, that support the reflections and results found, it starts from the concept of constitution as a structural coupling between the subsystems of law and politics, proposed by Luhmann's systemic theory (2016), and which responds to a society that has a political subsystem model with the state as its center. The insufficiency of this model of national-state constitution has been highlighted by the phenomenon of globalization, in which partial social spheres go beyond the borders of the state, with new actors, and social sectors have begun to differentiate on a global scale. The problem that arises is how the relationship between the subsystems of law and politics and other partial social spheres comes to be configured in the formation of a new constitutional order. The main conclusion is that, in this new configuration, the constitutionalization of partial spheres will occur through the structural coupling between the reflexive mechanisms of the legal subsystem and those of each constituted subsystem.

Keywords: systemic theory; structural coupling; globalization; civil constitutions; constitutional fragments.

Derecho, política y ámbitos sociales parciales en la configuración de un nuevo orden constitucional en un mundo globalizado

Resumen

El artículo tiene como objetivo reflexionar sobre la (in)suficiencia de un modelo constitucional resultante del acoplamiento estructural entre política y derecho en el escenario globalizado y qué alternativas se le presentan. Utilizando una metodología teórico-descriptiva seguida de reflexiones críticas, que sustenta las reflexiones y resultados encontrados, se parte del concepto de constitución como acoplamiento estructural entre los subsistemas del derecho y la política, propuesto por la teoría sistémica de Luhmann (2016), y que responde a una sociedad que tiene un modelo de subsistema político con el Estado en su centro. La insuficiencia de este modelo de constitución nacional-estatal ha sido puesta de manifiesto con el fenómeno de la globalización, en la que los ámbitos sociales parciales trascienden las fronteras del Estado, con nuevos actores, y los sectores sociales han comenzado a diferenciarse a escala global. El problema que se plantea es cómo se configura la relación entre los subsistemas de derecho y política y los demás ámbitos sociales parciales en la formación de un nuevo orden constitucional. La principal conclusión es que, en esta nueva configuración, la constitucionalización de los ámbitos parciales se producirá a través del acoplamiento estructural entre los mecanismos reflexivos del subsistema jurídico con los de cada subsistema constituido.

Palabras clave: teoría sistémica; acoplamiento estructural; globalización; constituciones civiles; fragmentos constitucionales.

Introdução

O presente artigo consiste em um trabalho acadêmico desenvolvido no seminário Sistemas Sociais e Direito, do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, onde o autor realiza estudos de doutoramento. O seminário tem como foco os estudos da teoria sistêmica aplicada ao direito, especialmente a partir do pensamento de Luhmann (2016) e Teubner (2005, 2020). Este texto teve uma primeira versão publicada em uma coletânea de artigos produzidos no referido seminário (Karnopp, 2021).

A constituição, no âmbito da teoria sistêmica proposta por Niklas Luhmann (2016), é pensada como acoplamento estrutural entre os subsistemas¹ da política e do direito, o qual responde a um modelo de subsistema político que possui em seu centro o Estado. Apesar desse acoplamento estrutural, política e direito mantêm suas funções sistêmicas bem delimitadas, assegurando a diferenciação funcional de ambos, mas se irritam mutuamente na produção desse fenômeno.

A globalização, que rompeu as fronteiras dos Estados nacionais nos mais diversos âmbitos sociais para além do direito e da política, incluindo setores como a economia, a ciência, a educação, a tecnologia, a informática e outros, mostrou a insuficiência desse modelo de constituição centrado no Estado, o que revelou a necessidade de uma nova ordem constitucional, conforme problematiza Gunther Teubner (2005, 2020), ainda mais em face do surgimento de novos atores privados que se colocam ao lado dos Estados nacionais e das entidades transnacionais.

Diante da transformação do cenário mundial, com as implicações trazidas pela globalização à sociedade global, surge a seguinte questão: como passa a se configurar a relação entre os subsistemas do direito, da política e os demais âmbitos sociais parciais na conformação de uma nova ordem constitucional? A partir desse problema e empregando uma metodologia teórico-descritiva, com reflexões críticas, o objetivo do presente artigo é refletir sobre a (in)suficiência de um modelo constitucional resultante do acoplamento estrutural entre política e direito no cenário globalizado e que alternativa(s) se apresenta(m) diante dele.

Para isto, a primeira seção do artigo será dedicada a explicar a função do subsistema do direito, a partir da qual se diferencia no ambiente, o que será feito com base no terceiro capítulo da obra *O direito da sociedade*, de Luhmann (2016). Buscaremos, nessa seção, esclarecer de que forma o direito — como subsistema operativamente fechado, mas cognitivamente aberto — lida com as expectativas normativas. A segunda seção tratará do fenômeno designado como acoplamento estrutural entre diferentes subsistemas, com ênfase na relação entre política e direito, materializada pela constituição,

¹ No decorrer deste texto, optamos por utilizar o termo "subsistema" ao nos referirmos a cada um dos sistemas que compõe o sistema social global (Luhmann, 2016), com o propósito de evidenciar a ideia de que estão contidos no interior desse sistema maior, que é a sociedade.

ainda na perspectiva desse autor. Na seção final, apresentaremos o pensamento de Teubner (2005, 2020) sobre uma nova ordem constitucional hábil a responder às necessidades de uma sociedade mundial globalizada.

1. A função do direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann

O terceiro capítulo da obra *O direito da sociedade* (Luhmann, 2016) é dedicado à função do direito em relação ao sistema da sociedade e, também, em relação ao próprio subsistema jurídico. Trata-se de um capítulo que tangencia diversos conceitos relevantes para a compreensão da sociedade como sistema (e, em particular, do direito como um de seus subsistemas), os quais procuramos esboçar, ainda que em poucas linhas, em um breve percurso teórico na presente seção. Nesse compasso, apresentaremos as principais considerações do autor sobre a função do direito no âmbito de sua teoria sistêmica.

A questão que inaugura o referido capítulo e que traduz o significado da função do direito diz respeito a quais problemas a existência de um subsistema jurídico diferenciado (como produto de normas jurídicas específicas, igualmente diferenciadas) resolve no sistema da sociedade (Luhmann, 2016, p. 165). Nessa linha, temos que a função é critério de diferenciação entre os subsistemas da sociedade moderna, de modo que um subsistema não pode exercer função desempenhada primariamente por outro, sob pena de ocorrer a desdiferenciação funcional ou a sua corrupção (Gonçalves & Villas Bôas, 2013, p. 63). Logo, é preciso identificar a função que cabe ao subsistema jurídico, assim como as prestações (ou atuações) que este pode oferecer aos demais subsistemas da sociedade, o que permite sua diferenciação em relação a eles.

O direito, para Luhmann (2016, p. 176), encarrega-se de apenas uma função, qual seja a de estabilizar contrafaticamente as expectativas normativas, por meio de sua generalização nas dimensões temporal, social e material, no interior de uma sociedade fragmentada policentricamente (Gonçalves & Villas Bôas, 2013, p. 133). Ainda que, segundo Luhmann (2016, pp. 176-177), seja possível a divisão em subfunções, no tocante ao processo de diferenciação de um subsistema jurídico, é necessário considerar uma única função para obter resultados indiscutíveis, visto que sua pluralidade provocaria obscuridades na delimitação do direito em razão de problemas de intersecção social, o que passaria a comprometer a própria diferenciação funcional.

A função de estabilização das expectativas normativas permite ao indivíduo um maior grau de confiança, de modo que “podem-se encarar as decepções da vida cotidiana com maior serenidade, ou ao menos se tem a segurança de não cair em descrédito em relação a suas expectativas” (Luhmann, 2016, p. 175). A generalização dessas expectativas garante maior segurança em uma sociedade complexa, visto que retira a dependência de mecanismos personalizados (Luhmann, 2016, p. 175).

Pela determinação da função específica do direito, identifica-se tudo aquilo que deve ser considerado uma operação do subsistema jurídico, o que é operacionalizado através de um código binário com um valor positivo (lícito) e outro negativo (ilícito) e de programas condicionais que viabilizam a adjudicação concreta desses dois valores (Gonçalves & Villas Bôas, 2013, p. 109). A função de estabilizar expectativas normativas e o código lícito/ilícito se complementam, portanto, na compreensão do fechamento operacional do subsistema autopoietico do direito.

Para a adequada compreensão da função do direito, é preciso, inicialmente, esclarecer o que são expectativas e estabelecer a diferença entre expectativas cognitivas e normativas. Para Luhmann, tanto o plano da realidade quanto o das possibilidades são caracterizados pela contingência, que se relaciona diretamente com a teoria da complexidade. Há, no mundo, uma sobrecarga de possibilidades que o tornam mais complexo e nem todas podem ser atualizadas pelos sistemas. Por essa razão, é necessário fixar estruturas para a redução da complexidade, as quais correspondem às estruturas de expectativas, que, apesar de não eliminarem a complexidade e a contingência, conduzem-nas a níveis suportáveis (Gonçalves & Villas Bôas, 2013, pp. 86-87).

Desse modo, as expectativas, como estruturas, servem para reduzir a complexidade, visto que delimitam as possibilidades de seleção para um determinado sistema e conferem maior probabilidade às suas operações. A função seletiva desempenhada pelas estruturas de expectativas funciona em dois níveis distintos: (1) diante da contingência simples, as estruturas de expectativas operam com maior estabilidade, o que reduz a possibilidade de frustrações dessas mesmas expectativas; e (2) diante da dupla contingência,² por outro lado, necessitam ser mais complexas e condicionadas, tornando-se reflexivas, isto é, caracterizando-se como expectativas de expectativas (Gonçalves & Villas Bôas, 2013, p. 88).

Como as estruturas de expectativas apenas outorgam maior probabilidade às seleções, mas não as determinam, resta sempre a possibilidade de frustração das expectativas. Por essa razão, as estruturas necessitam desenvolver mecanismos para processar tais frustrações, de modo que elas próprias (as estruturas) não se coloquem em risco. Porque essas estruturas se referem a sistemas de sentido (sociais e psíquicos), e não ao mundo físico, devem ser tratadas nas três dimensões de sentido anteriormente referidas, a saber, temporal, social e material. O direito, então, como subsistema social, é uma estrutura erigida sobre a generalização congruente de

² Niklas Luhmann parte do conceito de Talcott Parsons para definir o que é dupla contingência. Para este autor, no processo de comunicação, o mundo social se constitui na dupla perspectiva de Alter e Ego, que observam mecanismos de seleção reciprocamente imprevisíveis e contingentes, isto é, os participantes da comunicação compartilham um sistema simbólico com um acordo básico sobre valores que os orientam normativamente. Luhmann, no entanto, trata a dupla contingência a partir da ideia de expectativas de expectativas, que pressupõe que o comportamento de uma pessoa não pode ser esperado como necessário, mas como resultado de uma seleção entre várias possibilidades, realizada a partir de suas próprias expectativas (Gonçalves & Villas Bôas, 2013, pp. 87-88).

expectativas comportamentais normativas dessas três dimensões, o que significa dizer que não basta que opere generalizações de expectativas em cada uma das dimensões de sentido, uma vez que estas são autônomas, já que a seleção de possibilidades em uma delas não pressupõe a mesma seleção nas demais. Por conseguinte, para assegurar a manutenção contrafática das expectativas normativas, é preciso que o direito produza congruência seletiva entre as três dimensões (Gonçalves & Villas Bôas, 2013, pp. 89-90).

Conforme dissemos, para compreender adequadamente a função do direito, é preciso estabelecer a diferença entre expectativas cognitivas e normativas, sendo que é destas últimas que o subsistema jurídico se ocupa. A classificação das expectativas em duas categorias, portanto, advém de uma relação temporal, uma vez que, antecipando o futuro, é possível, em um horizonte de contingências, que essas expectativas resultem frustradas. A questão reside na reação a essa frustração: a frustração às expectativas cognitivas resulta em um ajustamento do sistema, que "aprende" e incorpora a situação adversa, a qual passa a integrá-lo; as expectativas normativas, ao contrário, em face de uma decepção, mantêm-se, por meio de mecanismos que reagem e processam essas frustrações. Não é por outro motivo que o direito detém a função de estabilização contrafática das expectativas normativas. Em suma, diz-se que, por intermédio das expectativas cognitivas o sistema "aprende", isto é, se adapta à realidade, pois estas permitem sua alteração e reestruturação de acordo com as frustrações experimentadas, ao passo que as expectativas normativas sobrevivem à frustração, sem serem revistas face a um desapontamento, motivo pelo qual são estruturas contrafáticas (Gonçalves & Bachur, 2019, p. 131).

A aprendizagem, característica das expectativas cognitivas, é, portanto, a capacidade de o sistema recuperar um comportamento pretérito ocorrido perante um estímulo (ou irritação) e repeti-lo em circunstâncias semelhantes, caracterizando-se, de acordo com Luhmann (2016, pp. 177-178) como uma renúncia a essas expectativas. No caso do subsistema do direito, este se diferencia ao garantir expectativas normativas, que não estão dispostas a essa aprendizagem, isto é, mantêm as expectativas inalteradas ao longo do tempo, mesmo diante de uma frustração fática.

A norma corresponde, então, a uma forma de estruturação temporal das expectativas que consiste em conferir normatividade a determinada expectativa e protegê-la de condutas opostas, utilizando-se de mecanismos que absorvam as frustrações decorrentes de tais condutas (Gonçalves & Villas Bôas, 2013, p. 90). Nesse sentido, a teoria luhmanniana rompe com a ideia de que "a norma se constitui a partir das motivações que levam a seu cumprimento" (Luhmann, 2016, p. 179). No conceito funcional, em que a norma é compreendida como expectativa de conduta que se estabiliza ainda que de modo contrafático, sua função não é guiar as motivações, senão oferecer garantias para essa estabilização contrafactual. Desse modo, sua função não é preservar a conformidade de uma conduta, mas proteger quem tem essa expectativa.

Gonçalves e Villas Bôas (2013, p. 90) assinalam, ainda, outros mecanismos de absorção das frustrações na teoria luhmanniana, que vão desde ignorar a ocorrência de violações à norma até a sanção por seu descumprimento. Ainda assim, o conceito funcional de norma não admite sua definição a partir da ameaça ou da imposição de sanção, mesmo que sua possibilidade constitua um instrumento simbólico que possibilita reconhecer a expectativa como direito (Luhmann, 2016, p. 179). A despeito disso, para Luhmann (2016, p. 180), a imposição da norma representa uma condição de estabilidade, uma vez que ela não poderá se sustentar se não houver a mínima expectativa de seu cumprimento.

As normas adquirem qualidade jurídica apenas porque são diferenciadas como sistema do direito, de modo que há muitas expectativas normativas sem essa qualidade. O direito, como subsistema autopoietico, seleciona aquelas expectativas que devem ser protegidas, sendo que sua juridicidade somente pode ser determinada pela observação da rede recursiva em que ela foi gerada. Assim é viável a estabilização de certas expectativas "com as quais é possível se orientar nas situações da vida em que não se tem uma segurança adequada, nas quais ou não há controle suficiente do futuro, ou não se permite um aprendizado gradual de alternativas" (Luhmann, 2016, p. 183).

De acordo com Luhmann (2016, pp. 171-172), essa vinculação temporal limita a liberdade de comportamento, de modo que quem desejar atuar contra as expectativas restaria prejudicado por antecipação, ao se ver censurado em um tempo futuro. Não obstante, a vinculação temporal é encoberta pela função motivacional que o direito toma para si, como parte da simbologia do dever de suas expectativas, a qual considera a possibilidade de aprendizagem e adaptação de quem promove sua frustração. Por isso, diante da incerteza do futuro, é que a referência temporal do direito está no âmbito da função normativa, como forma de preparação, ao menos assegurando a expectativa (Luhmann, 2016, p. 173).

Como a fixação de expectativas normativas responde apenas à dimensão temporal de sentido na sua generalização, é necessário, para alcançar a congruência, que ela ocorra também na dimensão social, por meio de outro mecanismo, qual seja a institucionalização de expectativas comportamentais. A institucionalização remete a um pressuposto de expectativas institucionalizadas, fazendo com que o consenso, ainda que fictício, represente um pressuposto que não precisa mais ser concretamente expresso e que tenha a seu favor a "autoevidência presumida". Na seara do direito, há as figuras do contrato e do procedimento como mecanismos de institucionalização (Gonçalves & Villas Bôas, 2013, p. 91).

A dimensão material de sentido, por fim, refere-se ao conteúdo das expectativas, fixando-se pontos de referência abstratos, para estabelecer as expectativas de forma concreta. A abstração se dá a partir de quatro princípios de identificação, gradativamente mais abstratos: pessoas, papéis, programas e valores.

No presente estudo, importa destacar os programas decisórios, razoavelmente abstratos na medida em que abrangem certo número de expectativas diferenciáveis das que não lhes dizem respeito (Gonçalves & Villas Bôas, 2013, p. 94). Trata-se de regras de decisão asseguradas por meio da institucionalização, em relação às quais os comportamentos podem variar, além do fato de que elas próprias são passíveis de modificação. De acordo com o grau de abstração, situam-se em um nível mais elevado que as pessoas e os papéis, porém são menos abstratos que os valores, os quais, em razão de seu alto grau de generalização, não são capazes de assegurar a diferenciação dos sistemas.

O subsistema do direito serve-se de programas decisórios condicionais baseados no esquema "se/então", de modo que possuem natureza retrospectiva, isto é, dependem de um acontecimento anterior para entrarem em operação. Os programas decisórios contribuem para especificar o código lícito/ilícito e adjudicar a cada um desses polos os comportamentos que lhes são inerentes, contribuindo para reproduzir a função específica do direito como subsistema autorreferencial e autopoietico.

Em breve síntese, a generalização congruente de expectativas normativas pelo subsistema do direito,³ no âmbito do direito positivo moderno, o qual é posto e validado por decisões, serve-se de mecanismos distintos conforme a dimensão em que atua: na dimensão temporal, utiliza a sanção para a absorção de frustrações; na dimensão social, vale-se do consenso fictício para a generalização das expectativas para protegê-las de condutas contrárias; e na dimensão material, utiliza os programas decisórios condicionais para a obtenção de decisões fundamentadas no esquema "se/então" (Gonçalves & Villas Bôas, 2013, p. 97).

Luhmann (2016, pp. 190-191), após definir a função, passa a tratar de sua realização em sistemas e questiona sobre a manutenção da validade de algo, ainda que não seja realizado. A resposta a essa indagação leva à diferenciação entre sistema e ambiente, de modo que cada (sub)sistema mantém sua autopoiese e seu fechamento operacional, para assegurar sua função.

No caso do direito, trata-se de um subsistema que normatiza expectativas, que se diferencia no ambiente, independentemente de vir a atuar em conformidade com as normas por ele estabelecidas, visto que "o sistema se mantém estável no marco de suas possibilidades, não importando como o ambiente opta" (Luhmann, 2016, p. 191). Como subsistema fechado do ponto de vista de suas operações, necessita prever internamente o cumprimento das próprias funções, operando reflexivamente mediante observações de segunda ordem.

³ O tema da generalização congruente de expectativas normativas pelo direito nas três dimensões apontadas por Luhmann não constitui objeto do presente artigo, razão pela qual é abordado de forma menos detida. Para um maior aprofundamento, remetemos o leitor ao texto de Gonçalves e Villas Bôas (2013, pp. 86-97), o qual apresenta uma exposição bastante didática sobre o assunto.

Sobre a realização da função do direito em face do fechamento operacional do subsistema jurídico e sua relação com o ambiente, o autor esclarece:

o direito não é simplesmente afirmado com o auxílio de poderoso amparo político para então, em maior ou menor grau, se impor. Ao contrário, o direito só é direito quando se pode esperar, uma vez que a expectativa normativa é esperada normativamente. Também nessa medida o direito não é determinado hierarquicamente de cima, mas heterarquicamente — portanto, colateralmente — e determinando vizinhanças em forma de redes. (Luhmann, 2016, p. 192)

Essa autoafirmação circular do direito é observável empiricamente pela distinção de um sistema parcial organizado, no âmbito do subsistema jurídico, caracterizado como um sistema de organização das decisões desse mesmo subsistema, que corresponde, segundo Luhmann (2016, pp. 193-194), aos tribunais e parlamentos e que é voltado a sua afirmação e a sua modificação.

Esse sistema parcial de decisões, diferenciado no interior do subsistema do direito, no seu âmbito próprio de operações circulares (e, portanto, reflexivas), mantém-se como hierárquico (ao referir-se a normas e órgãos), de modo que “normatizam o normatizar” (Luhmann, 2016, p. 194).⁴ O centro desse sistema hierárquico de decisões é ocupado pelos tribunais e, sua periferia, pelos demais campos não judiciais, entre eles a legislação, os quais passariam a funcionar como zonas de contato com o ambiente do direito e, portanto, todos os demais subsistemas sociais. A periferia é, nessa ótica, muito mais suscetível a irritações por parte do ambiente do que o centro do sistema decisório (Gonçalves & Villas Bôas, 2013, pp. 126-130).⁵

A seguir, buscaremos expor a relação do subsistema do direito e a forma como recebe (e devolve) irritações de outro subsistema que integra o sistema social global: o político.

2 O acoplamento estrutural entre os subsistemas do direito e da política na teoria de Luhmann

Conforme dissemos, o direito, como os demais subsistemas do sistema social, é operacionalmente fechado, mas cognitivamente aberto, o que significa que recebe influxos (irritações) do ambiente em sua periferia, zona que corresponde a tudo que excede o seu centro, abrangendo, inclusive, a legislação. A partir desse pressuposto, é possível analisar suas relações com o ambiente, em face da diferenciação funcional, compreendendo-o como forma de dois lados: sistema e ambiente, sendo o último pressuposto do primeiro.

⁴ Para um maior aprofundamento sobre a distinção de um sistema decisório no âmbito do subsistema do direito, remetemos o leitor à seção III, capítulo 3, do livro *O direito da sociedade* (Luhmann, 2016, pp. 90-200).

⁵ Luhmann dedica o capítulo 7 do seu *O direito da sociedade* a examinar “o lugar dos tribunais no sistema do direito” (2016, pp. 397-450).

O direito, para desenvolver sua função (e se diferenciar como subsistema), não deve somente pressupor seu ambiente, mas se inter-relacionar com ele. No entanto, como os demais subsistemas sociais também são autorreferenciais, não lhe é possível uma intervenção direta neles a partir do seu exterior (ambiente), restando subtraída a possibilidade de uma regulação externa pelo direito. Do mesmo modo, essa afirmação também é válida no sentido inverso, isto é, dos outros subsistemas sobre o subsistema jurídico (Gonçalves & Villas Bôas, 2013, pp. 133-134), porque os outros subsistemas não podem impor influxos ou interferências diretas sobre o direito, senão estimulá-lo para que, a partir de suas próprias estruturas, se autorreproduza.

Logo, a diferenciação funcional, que proporciona autonomia ao subsistema jurídico, faz com que o direito deixe de ter controle sobre os demais subsistemas.

Nesse sentido, uma regulação do direito, em virtude da autorreferência dos sistemas autopoieticos, obrigaria a que se apresentasse apenas como autorregulação. Diante desse problema, a solução proposta por Luhmann para não causar a sobreposição do subsistema jurídico em relação a outros subsistemas (e vice-versa) e manter sua diferenciação, de maneira a evitar a corrupção funcional, está no fechamento normativo e na abertura cognitiva do subsistema jurídico.

O fechamento normativo do direito é assegurado por sua vinculação ao código lícito/ilícito, que permite seu fechamento operativo e a manutenção de sua identidade em relação ao ambiente. Por outro lado, a abertura cognitiva é alcançada mediante os programas funcionais (legislação, regulamentos, contratos etc.), que adjudicam valores do código e viabilizam que o direito se abra a outros subsistemas. Então, apesar de sua autorreferencialidade, os subsistemas não estão desacoplados do seu ambiente, mas reforçam a característica de sua forma apresentar dois lados, inter-relacionados, vislumbrando o ambiente como seu pressuposto (Gonçalves & Villas Bôas, 2013, pp. 135-136).

As relações que ocorrem entre subsistemas e seu ambiente se dão por meio do acoplamento estrutural. Esse conceito remete à autorreferencialidade dos sistemas autopoieticos, segundo a qual os sistemas se autorreproduzem a partir das próprias operações internas, considerando seu fechamento operativo. Uma vez que os sistemas autopoieticos são determinados por sua estrutura, eventos que ocorrem no ambiente não podem determinar o que acontece no sistema, porque isto confrontaria sua autorreferencialidade, ainda que o subsistema não possa permanecer isolado de seu ambiente. (Gonçalves & Villas Bôas, 2013, p. 137).

O acoplamento estrutural, portanto, é um canal privilegiado de irritações provocadas pelo ambiente no sistema, que reage a elas, produzindo novas construções internas. Esse mecanismo, por conseguinte, mantém a integridade do subsistema do direito, bem como dos demais subsistemas, fazendo com que suas inter-relações não ocasionem sua corrupção ou mesmo sua desdiferenciação.

A partir dessas considerações, é possível abordar o acoplamento estrutural entre os subsistemas do direito e da política. Para Luhmann, na sociedade funcionalmente diferenciada, as modernas constituições são forma de acoplamento estrutural que surgem entre esses dois subsistemas, ao mesmo tempo que mantêm sua reprodução autopoietica separada, conservando a diferenciação (Gonçalves & Villas Bôas, 2013, p. 141).

O subsistema político, assim como os demais subsistemas da sociedade, é um mecanismo de redução da complexidade do ambiente e, no seu caso específico, destina-se à manutenção da ordem social, uma vez que suas decisões são obedecidas por todos. Assim, sua função é emitir decisões coletivamente vinculantes, para as quais utiliza um meio de comunicação simbolicamente generalizado que é o poder, para que tais comunicações tenham maior probabilidade de aceitação (Kunzler, 2004, p. 133).⁶ O poder, no âmbito do sistema político, assegura a aceitação das decisões coletivamente vinculantes por meio da ameaça de sanção. A aceitação de uma comunicação no âmbito desse subsistema evita a concretização dessa ameaça, o que constitui a situação ideal, tendo em vista que a aplicação da sanção indica a falta de poder, que não terá sido suficiente para evitar a desobediência. O exercício da sanção faz perder toda a eficácia simbólica do poder (Kunzler, 2004, p. 134).

O código que orienta as operações do subsistema político é governo/oposição. O governo é representado por quem exerce o poder e emite decisões coletivamente vinculantes, a partir de uma posição de detenção de cargos políticos. A oposição, por outro lado, é atribuída a quem propõe estratégias diversas daquelas implementadas pelo governo e que visa a ocupar esses mesmos cargos políticos e exercer o poder (Kunzler, 2004, p. 133).

Além disso, deve-se notar que, assim como o subsistema jurídico possui em seu centro os tribunais, o político tem como centro o Estado, a partir do qual toma decisões que vinculam seus membros, expressos em atos da administração ou em produção legislativa, os quais consistem em irritações ao sistema do direito (Rocha & Costa, 2020, pp. 27-28). Kunzler (2004, p. 132) alerta, nesse sentido, que Estado e sistema político não são sinônimos, mas que aquele é um subsistema deste, isto é, corresponde a um subsistema de um único sistema político que se diferencia no sistema social global. Desse modo, os limites do subsistema político não são territoriais, mas delineados por uma rede de comunicações associadas à sua função. Por conseguinte, o subsistema político, autônomo e diferenciado em relação ao jurídico, apresenta função, código e meio de comunicação distintos. São dois subsistemas que se diferenciam no âmbito

⁶ Kunzler (2004) ressalva que "nem todas as comunicações do sistema político baseiam-se no poder, os debates acerca de um projeto de lei no parlamento, por exemplo, são comunicações que não envolvem esse meio de comunicação simbolicamente generalizado. A eventual emenda a um projeto de lei não configura em uma decisão coletivamente vinculante, prescindindo da aceitação do ambiente, sendo, portanto, desnecessário o uso do poder." (p. 134).

do sistema social global, mas que se inter-relacionam, como afirmamos, a partir do mecanismo das constituições, como forma de acoplamento estrutural.

Os subsistemas político e jurídico se irritam reciprocamente e a constituição tem o papel de incluir e excluir essas irritações. Desse modo, ao mesmo tempo em que separa os dois subsistemas, assegurando sua reprodução autopoietica separada e evitando a sobreposição de ambos, também proporciona seu acoplamento, impedindo o isolamento de um e de outro. Assim, o subsistema do direito pode construir, em seu interior, o que lhe pode servir de informação (Gonçalves & Villas Bôas, 2013, p. 141).

Luhmann (2016, p. 200) compreende que direito e política estão intimamente imbricados e que a sua diferenciação é uma das consequências mais importantes da forma da norma. O reconhecimento da diferenciação funcional não se torna tão evidente à medida que o direito depende da política (que se serve do meio do poder) para sua aplicação, já que sem a perspectiva da imposição a estabilidade normativa não pode ser imputada universalmente. Por outro lado, a política depende do direito para assegurar o acesso ao poder politicamente concentrado, alcançando essa possibilidade, também, ao lado da oposição (recordando o código governo/oposição, próprio do subsistema político). É notadamente esse entrejogo, segundo o autor, que pressupõe a diferenciação entre os dois subsistemas.

A diferenciação dos subsistemas político e jurídico parte do seguinte ponto:

A política se utiliza do meio do poder, e o poder político se articula com um poder indicativo superior, que ameaça com um poder diretivo. Tão logo tendências políticas sejam integradas numa decisão coletivamente vinculativa em uma espécie de estação de comutação, que traduz os embates de planejamento em decisões implementáveis, seu cumprimento pode então se fazer coercitivo. O "dever" normativo, ao contrário, não pressupõe nenhuma superioridade de poder e, sobretudo, nenhuma superioridade por parte das expectativas correspondentes que se lhe articulam. (Luhmann, 2016, pp. 200-201)

Assim, apesar de direito e política serem subsistemas funcionalmente diferenciados, há um nexo entre eles, o qual é marcado pela influência recíproca que exercem: a instituição de direitos subjetivos somente é possibilitada por meio das decisões coletivamente vinculantes de um poder político organizado e, por outro lado, essas mesmas decisões somente são obrigatórias em razão da sua forma jurídica e da consonância de seu conteúdo à ordem normativa vigente (Salim & Silva, 2016, p. 101).

Salim e Silva (2016, p. 100) recordam que nem sempre a diferenciação entre os subsistemas político e jurídico apresentou contornos tão nítidos. Nas sociedades pré-modernas, em que não se manifestava a diferenciação funcional, o direito se assentava na tradição ou na instituição divina, anterior, portanto, à política. Ao domínio político, sendo assim, não era facultado alterá-lo ou revogá-lo, senão protegê-lo. A hierarquia do direito sobre a política se inverteu aproximadamente no século XVIII,

ao iniciar-se a positivação do direito, de modo que a política começou a se posicionar acima deste, para determinar seu conteúdo e validade, o que não trazia qualquer garantia de promoção de justiça por intermédio das normas jurídicas. Na trajetória evolutiva, asseveram os autores, ambos os subsistemas passaram a se diferenciar de modo determinante na sociedade moderna, especialmente no Estado democrático de direito: ao passo que a produção legislativa do direito, que ocorre no âmbito político, em face de maior complexidade e contingência, é uma "decisão programante", a decisão judicial, que se dá em um contexto de menor complexidade e contingência em razão de o direito já se encontrar positivado, é uma "decisão programada".

A partir da institucionalização do direito pelo Estado, a função recíproca do poder político junto ao direito é o desenvolvimento da segurança jurídica, que permite às pessoas estimarem as consequências da conduta própria e alheia em face das normas. Em sentido inverso, o direito contribui para estabelecer os meios de organização da dominação política, mediante a criação de regras de competência ou de instituições políticas (Salim & Silva, 2016, p. 101). A produção de normas pelo sistema político, nesse entrejogo operacionalizado pelo acoplamento estrutural entre política e direito, é fundamental na estabilização das expectativas e àquilo que Salim e Silva (2016, p. 101) preferem designar como *segurança jurídica*. Assim,

A função de ordenamento do direito conserva sua peculiaridade pela importância de saber o que justificadamente se pode esperar dos outros (e de si mesmo); ou, na linguagem coloquial, com quais expectativas não se cairá no ridículo. A incerteza quanto a expectativas é muito mais insuportável do que experimentar surpresas e desencantos. [...] Certamente, expectativa e conduta se estabilizam uma a outra, mas normas produzem maior certeza com relação à expectativa do que aquilo que chega a justificar a conduta, estando precisamente aí a sua contribuição à autopoiiese da comunicação social. (Luhmann, 2016, p. 202)

Nesse ponto, Luhmann (2016, pp. 202-203) se opõe à visão de imposição jurídica segundo a qual uma ação ou submissão indicada pela norma deva ser imposta mediante coação, ou, ainda, à perspectiva de uma sociologia jurídica que faz uso do poder da sanção para a imposição da norma, a qual estabelece a distinção entre o direito como obrigação externa e a moral como obrigação interna. Para o autor, a função do direito não é a de garantir a ação ou omissão prescritas pela norma, pois o subsistema jurídico se tornaria um gestor dos seus próprios defeitos ou apenas responderia à insuficiência dos planos políticos, já que a ameaça de sanção revela a não obediência espontânea a toda eficácia simbólica do poder, que é meio de comunicação do subsistema político.

A função do direito, na teoria sistêmica de Luhmann (2016, p. 204) não é, portanto, garantir a imposição das decisões coletivamente vinculantes com as quais o subsistema político provoca irritações no jurídico, em face do acoplamento estrutural entre os subsistemas, mas sim, possibilitar a segurança das expectativas normativas

diante das frustrações previsíveis e que não podem ser evitadas. Não obstante, é inevitável que haja alguma síntese das funções da política e do direito, contanto que fundamentem diferentes funções (Luhmann, 2016, p. 204). Mas se a política lograsse a imposição de todas as suas decisões vinculantes, o direito enfrentaria um paradoxo: ao mesmo tempo em que não haveria mais frustrações de expectativas, suas próprias expectativas seriam frustradas.

3 A nova questão constitucional e os fragmentos constitucionais de um mundo globalizado

A presente seção será destinada a analisar o pensamento de Teubner sobre a constitucionalização de setores parciais da sociedade, em um contexto de globalização (não somente econômica), a qual difere do que conhecemos como *constituição política*. O estudo será levado a efeito a partir do segundo capítulo de seu livro *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global* (Teubner, 2005), com incursões em seu *Fragmentos constitucionais* (Teubner, 2020), partindo-se da definição da função do subsistema do direito e do seu acoplamento estrutural com o subsistema político, conforme delineados por Luhmann (2016).

A teoria constitucional necessitou se reinventar diante dos desafios impostos pelas três grandes tendências atuais apontadas por Teubner (2005, p. 73), quais sejam a digitalização, a privatização e a gênese de redes globais. Atualmente, é possível falar em uma crise do constitucionalismo moderno centrado nos Estados nacionais, a qual dá origem a uma nova questão constitucional. Essa crise é expressa por diversos escândalos públicos, que ultrapassam as fronteiras nacionais e se alastram pelo globo:

Violações de direitos humanos por empresas multinacionais; decisões controversas da Organização Mundial do Comércio que, em nome do livre comércio global, ameaçam a proteção ao meio ambiente e à saúde; *doping* esportivo; corrupção na medicina e na ciência; ameaças à liberdade de expressão por intermediários privados na internet; interferências massivas na esfera privada decorrentes da coleta e retenção de dados por organizações privadas; e, com força especial, a liberação de riscos catastróficos nos mercados financeiros mundiais — todos esses fenômenos levantam não apenas problemas políticos e jurídicos da regulação, mas também problemas constitucionais em sentido estrito. (Teubner, 2020, p. 41)

Notamos que se trata de dinâmicas sociais bastante distintas daquelas operadas nos séculos XVIII e XIX e que são representadas pelo constitucionalismo estatal, o qual buscou dar conta de limitar o poder político absoluto por meio da vinculação jurídica do Estado. A nova questão constitucional exige intervenções diferentes, já não mais baseadas na "liberação das energias do poder político do Estado Nacional" (Teubner, 2020, p. 42), mas de energias sociais de um modo geral, pois estas atuam nos mais diversos âmbitos sociais, produtiva ou destrutivamente, ultrapassando as clássicas fronteiras dos Estados-nação (Teubner, 2020, pp. 41-42).

Diante desse contexto, Teubner (2005, p. 73) questiona se a teoria constitucional é hábil para generalizar e reespecificar o conceito de constituição nacional-estatal de modo a adequá-lo à contemporaneidade, em face das tendências atuais que menciona. Nessa linha, um constitucionalismo para além do Estado nacional necessita levar em consideração que os problemas constitucionais rompem as fronteiras estatais e se posicionam no espaço transnacional e, ao mesmo tempo, se situam fora do setor político institucionalizado, adentrando os setores privados da sociedade mundial (Teubner, 2020, p. 42).

Diante da questão da generalização e da reespecificação⁷ do conceito de constituição, a teoria constitucional apresenta reações das mais diversas matizes, as quais são apontadas por Teubner (2005, pp. 73-77). A primeira delas corresponde ao ambicioso projeto de uma constituição mundial para além dos Estados nacionais, com a Carta das Nações Unidas elevada a centro de um direito constitucional mundial, dado o fato de ter sido posta em vigor pela comunidade internacional. Além da insuficiência em termos de generalização e especificação constitucional em um tal modelo, ainda fortemente atrelado à ideia de Estado-nação, também não fica clara sua relação com a soberania, a hierarquia de decisões, os interesses organizados e a formação democrática da vontade, caso não surja, no plano mundial, uma organização equivalente ao Estado.

Uma segunda possibilidade seria a tentativa de implementar uma constituição global⁸ sem Estado mundial, como uma constituição espontânea das relações interestatais. Por considerar a convivência de Estados nacionais uma diferenciação secundária/segmentária da política mundial, uma constituição assim reespecificada corresponderia ao acoplamento estrutural entre uma política mundial descentralizada e o direito. O problema que esse modelo enfrentaria diz respeito à dúvida sobre se/como poderiam ser incluídos agentes não estatais como sujeitos constitucionais.

Até aqui, o problema de uma constituição mundial gira em torno de um sistema político essencialmente atrelado aos Estados nacionais. Não obstante, há aquelas opiniões que partem da premissa de ampliar o rol de sujeitos constitucionais para os agentes que não são tradicionalmente reconhecidos como sujeitos de direito internacional público, como é o caso das organizações internacionais,

⁷ Para Teubner (2005, p. 95), a generalização significa afastar o conceito de constituição das peculiaridades do sistema político e do Estado, apesar das evidentes implicações dos elementos constitucionais e políticos próprios desse modelo; e a reespecificação exige repensar as instituições jurídico constitucionais, frente às especificidades dos subsistemas da sociedade global, tais como suas operações, estruturas, meios de comunicação, códigos e programas.

⁸ Sousa Neto, Fabel e Gomes (2021, p. 504) discutem as dificuldades existentes no estabelecimento de um constitucionalismo global no contexto da globalização e da mundialização, perante as evidentes diferenças culturais, econômicas e sociais dos países, o que dificulta o alcance de um constitucionalismo realmente global, uma vez que os Estados prestigiam seus próprios interesses políticos e econômicos em detrimento daqueles que são comuns a todos.

empresas multinacionais, sindicatos, corporações de interesses e organizações não governamentais, assim como o próprio indivíduo como titular de direitos fundamentais e humanos. Nesse mesmo sentido, encontram-se os debates acerca da horizontalidade dos direitos fundamentais, para afirmá-los não só perante os entes estatais, mas também frente a instituições sociais, especialmente aquelas que representam o poder econômico,⁹ impondo-se às instituições dos Estados o dever de proteção (Teubner, 2005, pp. 75-76).

Pensar o constitucionalismo de maneira desvinculada do Estado tem se mostrado um empreendimento difícil, diante da larga tradição que compreende a constituição como um instrumento de limitação da ação político-estatal. Todas as concepções que representam as diferentes alternativas enumeradas por Teubner (2005), apresentadas acima, as quais constituem as reações da teoria constitucional perante a generalização e a reespecificação da constituição em um contexto global, sustentam-se, em maior ou menor medida, no constitucionalismo centrado no Estado, com tentativas de adaptação à realidade da globalização. Nesse sentido,

Diante das construções da tradição constitucional, não há dúvida de que esses três esboços constituem ampliações dramáticas; apesar disso, geram a nítida sensação de que, em última instância, não são capazes de se desvincular do fascínio da arquitetura do Estado-nação, mas apenas procuram compensar suas evidentes insuficiências por meio de todos os tipos de reparos, edifícios anexos, reformas, novos porões e decorações de fachadas: em conjunto, tornando a construção mais complexa em vez de construir uma nova planta. Porém, o defeito de construção já se encontra no fato de a constituição permanecer *centrada no Estado*. Considerando a coragem que envolve repensar a constituição na direção da globalidade política, levando em consideração o processo interestatal, incluindo os agentes sociais até os efeitos estruturais dos direitos fundamentais para a sociedade, essas concepções permanecem ancoradas em uma compreensão da constituição como liberação e limitação da ação político-estatal. (Teubner, 2005, p. 77, tradução nossa, grifos do autor)¹⁰

⁹ Um fato recente que pode fomentar a discussão sobre a horizontalidade dos direitos fundamentais em uma constitucionalização público-privada dos âmbitos sociais parciais é o bloqueio das contas do ex-presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, nas redes sociais *Twitter*, *Facebook* e *Instagram*, justificado por esses entes privados em razão de, supostamente, ter fomentado a invasão ao Congresso em 6 de janeiro de 2021 por seus simpatizantes, diante da eleição do adversário Joe Biden para sua sucessão. Mesmo considerando as justificativas apresentadas por esses entes privados para efetuar o bloqueio, todas centradas na manutenção da democracia, o fato provoca, no mínimo, insegurança: até onde a ingerência do poder privado sobre os direitos fundamentais de terceiros pode ir? Quais limitações uma constitucionalização público-privada (da internet e de outros âmbitos) pode impor ao poder público (e ao Estado, de forma mais estrita), principalmente na proteção dos direitos fundamentais?

¹⁰ "Frente a las construcciones de la tradición constitucional, no cabe duda de que estos tres esbozos constituyen ampliaciones dramáticas; a pesar de ello, generan la clara sensación de que en última instancia no son capaces de desligarse de la fascinación de la arquitectura del Estado-nación, sino tan sólo persiguen compensar las evidentes insuficiencias de ésta mediante todo tipo de reparaciones, edificios anexos, reformas, nuevos sótanos y decoraciones de fachada: en conjunto, haciendo más compleja la construcción en lugar de edificar de nueva planta. Sin embargo, el defecto de construcción se halla ya en el hecho de que la constitución queda centrada *en el Estado*. Teniendo en cuenta la valentía que implica

A metáfora que associa o desenvolvimento de um constitucionalismo mundial à re-forma de um edifício a partir de adaptações do constitucionalismo estatal expressa uma visão de constituição arraigada na sedimentação de processos políticos em âmbito nacional. O dilema representado pela oscilação entre uma constituição política e uma constituição social, se transposto à sociedade mundial, resulta em indagações sobre as possibilidades de constitucionalização em nível mundial: uma constituição mundial completa, uma rede de constituições nacionais, uma constituição jurídica autônoma ou, ainda, outra forma não nominada (Teubner, 2005, p. 78).

Teubner (2005, pp. 78-81) pondera que, contemporaneamente, já pode ser observado um real processo de constitucionalização da sociedade mundial sem enfoque no Estado, apesar da resistência de parte da teoria constitucional. Esse fenômeno pode ser verificado empiricamente diante do surgimento de diversas constituições civis, oriundas não só das instituições representantes da política mundial e nem de uma constituição global que abranja todos os âmbitos sociais, mas sim, da constitucionalização de diversos subsistemas autônomos da sociedade mundial.¹¹ Essa visão combate a premissa equivocada de que não haveria normas constitucionais nos setores parciais da sociedade, nem no âmbito do Estado nem no espaço transnacional, mas reconhece a existência de instituições constitucionais com forte densidade, rompendo a ideia de que perduraria, ainda, um vazio constitucional transnacional (Teubner, 2020, pp. 52-54).

Pensar a nova questão constitucional, revogando a centralidade do Estado e da política, é tarefa para a qual a sociologia constitucional aporta relevantes contribuições, à medida que amplia os horizontes da discussão para todos os âmbitos da sociedade. Na perspectiva da sociologia das constituições, o direito internacional público e o mundo dos Estados que compõem a política internacional deixam de ocupar a centralidade desse debate, para permitir que a eles se agreguem os outros sistemas parciais da sociedade mundial, notadamente a economia global, a ciência e a tecnologia, o sistema educacional, os novos meios de comunicação em massa e o sistema de saúde (Teubner, 2020, pp. 44-49).

repensar la constitución en dirección a la globalidad política, teniendo en cuenta el proceso interestatal, incluyendo a agentes sociales hasta los efectos estructurales de los derechos fundamentales hacia la sociedad, estas concepciones siguen ancladas en un entendimiento de la constitución como liberación y limitación de la acción estatal-política.” (Teubner, 2005, p. 77, grifos do autor)

¹¹ O exemplo discutido pelo autor é a constitucionalização da internet, o que traz como relevante questão se a regulação público-privada pode entregar ao setor privado, influenciado por questões econômicas, a definição dos limites da liberdade de opinião. Fenômeno semelhante ocorre com uma nova constituição econômica mundial, que conferiria a instituições mundiais, como o Banco Mundial, FMI e OMS, um *status* aproximado ao constitucional. Para além desses exemplos, nota-se a gênese de uma constituição do sistema global da ciência, da saúde e, até mesmo, debates que podem resultar numa constitucionalização para dar conta dos conflitos entre religiões, frente a atentados terroristas que partiram desses grupos, a exemplo dos ataques de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos (Teubner, 2005, pp. 80-81).

Uma dessas tendências evolutivas que fazem desprender o pensamento constitucional da existência e intervenção direta do Estado diz respeito ao que Teubner (2005, p. 87) denomina *globalização policêntrica*, de modo que a sociedade mundial não se produz com a liderança da política internacional nem com a rede global de economia, ainda que a primeira possa reagir a irritações provocadas pela "globalização do terrorismo" (por exemplo) e a segunda possa ocasionar irritações nos demais âmbitos sociais. Ao conceituar a globalização como um processo policêntrico, Teubner (2005, p. 87) enfatiza a capacidade de formação de setores globais autônomos a partir da superação de limites regionais, o que significa dizer que se trata de um fenômeno que não se restringe ou se centraliza apenas nos campos econômico ou político, mas que, pelo seu caráter multidimensional, abrange, ainda, os campos, tecnológico, militar, cultural e do meio ambiente (Held, 1995, p. 62, citado em Teubner, 2005, p. 87). Esse fenômeno faz emergir múltiplos âmbitos de função autônomos (*global villages*) que assumem uma dinâmica própria em nível mundial, a qual não pode ser controlada por forças externas, como os Estados nacionais. Portanto, a globalização não pode ser compreendida apenas do ponto de vista do capitalismo global, mas, na perspectiva da teoria sistêmica, como diferenciação funcional entre diversos âmbitos sociais em escala global (Teubner, 2005, p. 87).

Em comparação aos demais âmbitos parciais da sociedade global, a globalização do subsistema político ocorre com muito mais vagar. Teubner (2005, p. 88) destaca a assimetria que se verifica entre subsistemas sociais plenamente globalizados e a mera internacionalização da política, tendo em vista que a política mundial ainda tem se caracterizado muito mais como política internacional, frente à existência de um sistema de interação entre Estados nacionais com a lenta inclusão de organizações internacionais. Isso não significa, no entanto, que não esteja em curso um processo de constitucionalização da política internacional. O que ocorre é que se trata, tão somente, da constitucionalização de um âmbito da sociedade global, que não pode ser compreendida como a constitucionalização da sociedade global como um todo. Em outras palavras, a constitucionalização da política internacional não é a constitucionalização da sociedade global.

Nessa linha,

o pensamento constitucional centrado na política está privado de sua base. E se se questiona por outros elementos constitucionais da sociedade mundial, eles devem ser buscados nas constituições próprias dos subsistemas globais fora da política. Os processos de constitucionalização da política internacional em curso não detêm um monopólio para uma constituição da sociedade mundial. É a autonomização das constituições parciais de natureza global e sua articulação com outras constitucionalizações globais e nacionais que produz a competência constitucional. (Teubner, 2005, p. 89, tradução nossa)¹²

¹² "El pensamiento constitucional centrado en la política se ve privado de su base. Y si se inquiere por otros elementos constitucionales de la sociedad mundial, han de buscarse en las constituciones propias

Trata-se, por conseguinte, de um fenômeno em rede, no qual a competência constitucional resulta das interconexões entre as constituições parciais globais de cada setor social, postas em contato com as constituições nacionais. Assim, apesar de a política internacional estar apta a promover sua própria constitucionalização, não pode constitucionalizar o conjunto da sociedade mundial.

A constitucionalização dos setores parciais da sociedade pressupõe a existência de mecanismos autônomos de produção jurídica em cada um deles, de modo que a criação do direito tem lugar não somente nas fontes clássicas de direito internacional público, mas também nos contratos entre *global players*, na regulação privada do mercado por empresas multinacionais, nas regras internas e sistemas de negociação de organizações internacionais e nos processos mundiais de padronização e de negociação (Teubner, 2005, p. 91). No entanto, apesar de esse processo de juridificação e constitucionalização ocorrer, também, fora do âmbito político-estatal (isto é, afastado do centro do subsistema jurídico), ele não ocorre de forma absolutamente autônoma e apartada do direito. O subsistema jurídico exerce seu papel de intervenção no processo de constitucionalização, uma vez que este ocorre no interior do sistema social e, simultaneamente, na periferia do direito. Do mesmo modo, o subsistema da política internacional também atua no desenvolvimento dessas constituições parciais, mediante irritações de caráter político (Teubner, 2005, p. 92). Em um contexto como esse, as constituições civis vão se formando paulatinamente, sem um "ato revolucionário espetacular do constituinte" (Teubner, 2005, p. 93).

Sob o manto das constituições estatais, as constituições parciais mantiveram-se em um estado de latência (Teubner, 2020, p. 50) encoberto pelas constituições do liberalismo, sob o disfarce de direitos fundamentais, e pelos ordenamentos totalitários do século XX, por meio da sujeição completa dos âmbitos sociais parciais à dominação do Estado (Teubner, 2020, pp. 50-51). A globalização rompeu essa latência, expondo os problemas constitucionais dos diversos setores sociais em razão da força irradiante da política transnacional, fenômeno que impõe discutir o papel da política para as constituições transnacionais parciais no triângulo formado por política, direito e âmbito social autônomo (Teubner, 2020, p. 52).

A generalização e a reespecificação provocadas pela constitucionalização de âmbitos parciais da sociedade global carrega às constituições civis características próprias que as distinguem das constituições políticas de tradição nacional-estatal. Teubner (2005, pp. 94-110), a partir do exemplo do surgimento de uma constituição digital global, enumera e descreve quatro características: (1) o acoplamento estrutural entre o subsistema do direito e outro subsistema da sociedade global; (2) a hierarquização

de los subsistemas globales fuera de la política. Los procesos de la constitucionalización de la política internacional en curso no ostentan un monopolio para una constitución de la sociedad mundial. Es la autonomización de las constituciones parciales de carácter global y su puesta en red con otras constitucionalizaciones globales y nacionales la que produce la competencia constitucional." (Teubner, 2005, p. 89)

de normas com caráter constitucional, que se sobrepõem a normas de caráter simplesmente jurídico, no processo de autoprodução do direito; (3) o autocontrole do direito, representado pela filtragem das normas a partir de critérios de direitos fundamentais, o que ocorre pela adaptação do direito à racionalidade do outro subsistema, mediante um processo de aprendizagem, compatibilizando as regulações privadas com critérios superiores constitucionais; e (4) a dualidade da constituição parcial em âmbito formalmente organizado, de partidos políticos e administração estatal, e âmbito espontâneo, de eleitorado, associações e opinião pública, os quais mantêm relação entre si.

Sem deixar de sublinhar a relevância das demais características, aprofundamo-nos na análise da primeira, que diz respeito ao acoplamento estrutural entre os setores sociais e o subsistema do direito. O acoplamento estrutural, na esfera das constituições civis, caracteriza-se pelas implicações recíprocas entre ordenamento jurídico e ordem social (Teubner, 2005, p. 96). A constituição civil não se confunde, portanto, com a fusão de ordenamento jurídico e ordem social, mas surge do vínculo entre esses dois processos. Do ponto de vista do ordenamento jurídico, a constituição se traduz pela produção de normas jurídicas vinculadas às estruturas fundamentais do subsistema social; sob o ângulo do subsistema social, trata-se da gênese de estruturas fundamentais que informam o direito e são, ao mesmo tempo, por ele reguladas. Por meio do acoplamento estrutural, processo jurídico e social se limitam mutuamente, asseguram sua autonomia e promovem irritações recíprocas, sem que haja corrupção estrutural de um subsistema por outro (Teubner, 2005, pp. 96-97).

Nesse ponto, adquire relevância a reflexividade do subsistema jurídico, uma vez que, para a produção de uma constituição em sentido estrito, é necessário “um acoplamento estrutural de mecanismos reflexivos do direito — ou seja, de normatizações jurídicas secundárias, nas quais normas são aplicadas a normas — com mecanismos reflexivos do setor social em questão” (Teubner, 2020, p. 210). Isto se explica porque normas primárias, de direcionamento de comportamentos, promovem a simples juridificação do setor social, mas não sua constitucionalização, de modo que uma constituição civil somente se forma quando processos reflexivos que estabelecem a racionalidade do âmbito a ser constitucionalizado são interligados (ou juridificados) com processos jurídicos também reflexivos (Teubner, 2020, p. 211).

O acoplamento das estruturas do subsistema social constituído e do subsistema jurídico não é, portanto, um fenômeno unitário, senão um movimento duplo, caracterizado pela inter-relação entre o âmbito social e o direito. Portanto, a constituição não pode ser caracterizada tão somente como fenômeno jurídico ou social (um ou outro), mas em dupla perspectiva, como ligação entre dois processos reais: na perspectiva jurídica, como produção de normas jurídicas secundárias interconectadas com as estruturas do sistema social; na perspectiva do sistema social, como geração

de estruturas sociais que, ao mesmo tempo, informam o direito e são por este normatizadas (Teubner, 2020, pp. 212-213).

Um exemplo bastante didático apresentado por Elmauer (2016, p. 24) a partir das lições de Teubner (2020) consiste na existência de *re-entries* específicos entre os diferentes subsistemas sociais. No caso do acoplamento estrutural entre economia e direito, a observação dessa diferenciação pelo direito permite reconstruir, em seu interior, toda gama de princípios econômicos em forma de princípios legais; por outro lado, a economia, ao observar o subsistema jurídico, o faz de acordo com a racionalidade econômica. Nesse sentido, a constituição econômica assume um metacódigo híbrido desses dois subsistemas, o qual orienta sua observação recíproca sem recorrer a determinações externas.

Por meio desse mecanismo, portanto, é possível a constitucionalização dos setores parciais privados da sociedade, em coexistência com as tradicionais constituições políticas dos Estados e da política internacional na esfera transnacional.

Conclusões

A teoria sistêmica de Luhmann (2016) compreende a sociedade como um grande sistema, no qual se diferenciam subsistemas sociais, cada um com uma função específica que determina sua diferenciação em relação aos demais. Assim, o direito possui a função de estabilização contrafática das expectativas normativas no âmbito de uma sociedade policentricamente diferenciada, o que permite ao indivíduo ampliar a confiança nessas expectativas, além de protegê-lo, através da norma, diante de eventuais frustrações. Como subsistema autopoietico, o direito seleciona aquelas expectativas que devem ser protegidas e as mantém válidas ainda que não sejam realizadas, determinando sua juridicidade por meio da observação da rede recursiva em que foram geradas.

O direito, no entanto, não realiza esse fenômeno de forma isolada. Apesar de autopoietico e operacionalmente fechado, trata-se de um subsistema cognitivamente aberto, que se inter-relaciona com seu ambiente, mediante irritações recíprocas com os outros subsistemas que integram o sistema social global. Essa inter-relação ocorre por meio do fenômeno denominado *acoplamento estrutural*, que permite que um subsistema cause irritações em outro, que passa a internalizá-las mediante novas construções autorreferenciais, sem, contudo, ocasionar a corrupção funcional ou mesmo a sobreposição de um pelo outro.

Do acoplamento estrutural entre direito e política surgem as constituições. O subsistema da política, de acordo com Luhmann (2016), possui em seu centro o Estado e desempenha a função de emitir decisões coletivamente vinculantes, utilizando o poder como meio de comunicação simbolicamente generalizado. Direito e política se encontram intimamente imbricados, em uma via de mão dupla: o direito se serve da

política para sua aplicação, pois esta, ao se servir do meio do poder, assegura a possibilidade de imposição, o que garante a estabilidade normativa; a política, por outro lado, depende do direito para assegurar o acesso ao poder politicamente concentrado.

O modelo de constituição que surge do acoplamento estrutural entre política e direito se amolda a um constitucionalismo que tem o Estado como centro do subsistema político e que, segundo Teubner (2005, 2020), entrou em crise com o advento da globalização, a qual pressupõe uma nova ordem constitucional. Dada sua característica policêntrica, a globalização evidenciou a diferenciação funcional dos diversos âmbitos sociais, que superam seus limites regionais e se apresentam como setores globais autônomos.

A globalização alterou a dinâmica consolidada, na esfera estatal, entre os subsistemas do direito, da política e os demais correspondentes aos setores sociais autônomos. Logo, o conceito de constituição como acoplamento estrutural entre política e direito, limitada territorialmente, não é mais suficiente para dar conta da expansão dos âmbitos parciais, perante a emergência de novos atores privados, que se colocam ao lado dos Estados e das entidades transnacionais. As normas constitucionais estatais se tornaram incapazes de limitar a atuação desses atores privados, razão pela qual se tornou necessário avançar de uma teoria constitucional baseada no Estado para uma sociologia constitucional voltada à possibilidade de constitucionalização dos setores sociais parciais em âmbito global.

A reestruturação da sociedade global passou a exigir, em consequência, que a constituição se desvinculasse da soberania estatal. Assim, o modelo tradicional de constituição como acoplamento estrutural entre direito e política institucionalizada deixou de fazer frente às demandas da sociedade mundial, o que implicou, também, se desacoplar do meio de comunicação do poder, característico do subsistema político, buscando o acoplamento com outros meios, próprios de outros setores parciais globais.

Por conseguinte, na sociedade global moderna, permeada pelo constitucionalismo societal ao qual se refere Teubner (2020), as constituições sociais parciais derivam do acoplamento estrutural entre direito, por seus mecanismos reflexivos, e outro âmbito parcial constituído, em sua reflexividade. Há, portanto, um distanciamento em relação ao subsistema da política, que não pode mais determinar os princípios de outro subsistema, já que nenhum destes pode representar a sociedade global em sua totalidade.

Referências

- Elmayer, D. (2016). Sociedade global e fragmentação constitucional: os novos desafios para o constitucionalismo moderno. *Direito.UnB – Revista De Direito Da Universidade De Brasília*, 2(2), 11-43. <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24485>
- Gonçalves, G. L. & Villas Bôas, O. (2013). *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. Saraiva.

- Gonçalves, G. L. & Bachur, J. P. (2019). O Direito na Sociologia de Niklas Luhmann. In F. G. Silva & J. R. Rodriguez (coords.), *Manual de Sociologia Jurídica* (3ª ed., pp. 117-137). Saraiva.
- Karnopp, L. R. (2021). Direito, política e âmbitos sociais parciais na configuração de uma nova ordem constitucional num mundo globalizado. In L. S. Rocha & B. L. C. Costa (orgs.), *o futuro da constituição: constitucionalismo social em Luhmann e Teubner* (pp. 94-128). Editora Fi.
- Kunzler, C. de M. (2004). A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Estudos De Sociologia*, 9(16), 123-136. <https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/146>
- Luhmann, N. (2016). *O direito da sociedade*. S. Krieger (Trad.). Martins Fontes.
- Rocha, L. S. & Costa, B. L. C. (2020). As constituições em Niklas Luhmann: pressupostos sociológico-sistêmicos para observar o constitucionalismo. In L. S. Rocha & B. L. C. Costa (orgs.), *Atualidade da Constituição: o constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting* (pp. 21-42). Editora Fi. <https://www.editorafi.org/18atualidade>
- Salim, L. M. & Silva, J. B. (2016). Relação entre direito e política sob a perspectiva de Niklas Luhmann: parâmetros para atuação política no Judiciário. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 8(1), 94-107. <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2016.81.10>
- Sousa Neto, J. A., Fabel, L. M. T. & Gomes, M. F. (2021). Constitucionalismo ou governança global? O pragmatismo na busca por um desenvolvimento sustentável. *Opinión Jurídica*, 20(43), 485-507. <https://doi.org/10.22395/ojum.v20n43a20>
- Teubner, G. (2005). *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*. ARA Editores.
- Teubner, G. (2020). *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização* (2ª ed.). F. B. B. Oliveira et al. (Trad.). Saraiva.