

**A RELAÇÃO ENTRE DIREITO
PÚBLICO E NORMAS SOCIAIS NO
CONSTITUCIONALISMO — NACIONAL,
EUROPEU E GLOBAL // THE RELATIONSHIP
BETWEEN PUBLIC LAW AND SOCIAL NORMS
IN CONSTITUTIONALISM — DOMESTIC,
EUROPEAN, AND GLOBAL**

KARL-HEINZ LADEUR

>> RESUMO // ABSTRACT

O processo de globalização é um sério desafio para a teoria jurídica, incluindo a concepção de uma constituição para além do Estado.

O presente artigo busca desenvolver a tese de que a globalização não é apenas um processo que enfraquece o Estado territorial externamente. Há uma face interna para o processo de globalização, que rompe a estrutura hierárquica estável da lei estatal da mesma forma que a dinâmica da transformação das sociedades pós-modernas, sobretudo, debilita a estabilidade das normas sociais que formaram a infraestrutura do direito estatal, bem como o direito em si. A dinâmica crescente da auto-transformação dessas normas sociais abre uma nova perspectiva tanto no direito constitucional interno e quanto no direito extra estatal. //

The globalisation process is a serious challenge for legal theory including the conception of a constitution beyond the state. The paper tries to develop the idea that globalisation is not only a process that undermines the territorial state form outside. There is an internal side to the globalisation process that disrupts the stable hierarchical structure of state law inasmuch as the dynamic of transformation of post-modern societies in particular undermines the stability of social norms that formed the infrastructure of state-based law as well as the law itself. The increasing dynamic of the self-transformation of these social norms opens a new perspective both on domestic constitutional law and on the law beyond the state.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Globalização; Estado; Constituição; Direito Público; Normas Sociais. // Globalisation; State; Constitution; Public Law; Social Norms.

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professor de Direito Público da Universidade de Hamburgo, Alemanha. // Professor of Public Law at the University of Hamburg, Germany.

>> SOBRE ESTE ARTIGO // ABOUT THIS ARTICLE

Artigo baseado na palestra ministrada na Universidade de Warwick, em 27 de junho de 2014. Tradução de: Teo Pastor. // The article is based on a presentation given at the University of Warwick, June 27, 2014. Translated by Teo Pastor.

1. EM DIREÇÃO À CONCEPÇÃO DE UM MODELO DE “CONFLITO DE NORMAS” NA RELAÇÃO ENTRE NORMAS SOCIAIS E LEGAIS

No século passado, nos anos 1960, podia-se observar, tanto na literatura em direito civil quanto na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (FCC), a gradual mudança de uma concepção dos direitos civis estritamente como liberdades negativas a uma visão mais “institucional”, que leva em consideração o papel funcional da liberdade de opinião e da liberdade de expressão¹. É interessante que a nova linha de conflito fora determinada por uma perspectiva em questões processuais e no ônus da prova em casos limítrofes entre a liberdade de expressão e a proteção dos direitos de personalidade. Mas e com relação à publicação de artigos que mesclam fatos e opiniões? E a elaboração de relatórios sobre constelações factuais incertas? No direito penal e civil alemão do final do século XIX e início do século XX, havia normas gerais claras acerca do ônus da prova e do conseqüente risco que foi deslocado para os comunicadores. A imprensa não era considerada como tendo direito a “privilégios” — havia apenas um conflito formal em que a parte ativa deveria ser o legítimo portador do risco. Muito pelo contrário! Há uma norma do Código Penal que permite um sujeito comunicar “fatos incertos” a um destinatário nos casos de um interesse privado legítimo — por exemplo, como demandante ou demandado num processo judicial. A imprensa não foi considerada como tendo uma “função pública” para desempenhar — fez-se uso do direito privado como qualquer outra pessoa².

A essa altura, isso mudou completamente: a imprensa é considerada como tendo um papel a desempenhar no processo de formação da opinião pública. Esta mudança tem a sua repercussão no fato de que, por exemplo, no caso de um relatório que mistura fatos e opiniões, há uma presunção de que todo o relatório tem o caráter de uma opinião, e, como conseqüência, a liberdade de imprensa foi expandida de forma importante³.

A partir desta transformação, gostaria de aproveitar o ponto de vista de que se deve reformular a teoria dos direitos constitucionais de uma maneira muito mais radical, em vez de apenas se adaptar à doutrina de uma forma pragmática, como é o caso. Eu consideraria essa transformação como um sinal de uma mudança muito mais ampla: os direitos civis são cada vez mais “historicizados” — como Marcel Gauchet tem posto. Cada vez mais, certas constelações factuais que são abordadas pelo uso de direitos civis são tratadas de uma forma diferente ou com um diferencial — em vez de ignorar as conseqüências fáticas de um direito⁴.

Esta evolução é ambivalente: na Alemanha, há uma tendência para transformar o Estado em uma agência de proteção que favorece o uso de direitos civis, em vez de considerá-lo como o adversário potencial das liberdades. Esta evolução contribui para a expansão do que se pode chamar “constitucionalismo legal”⁵ ou judicial, com o *BVerfG* no centro do sistema constitucional, interpretando liberdades constitucionais de um modo amplo e, ao mesmo tempo, estabelecendo uma prática de “equilibrar” direitos conflitantes e interesses caso a caso.

“Equilíbrio”⁶ é o método privilegiado defendido pela FCC — se é que se pode chamá-lo de método. Ao mesmo tempo, o próprio Estado desliza em

uma posição na qual a diferença entre uma competência estadual e do uso de um direito é cada vez mais minado: o estado cada vez menos impõe limites às liberdades civis, mas sim age como representante dos interesses — protegido por direitos individuais — de pessoas que, por algum motivo, não podem desempenhar um papel ativo em certas constelações. A nova dimensão pública dos direitos está cada vez mais deslocada para o Estado — através do tribunal como a instituição privilegiada para o balanceamento. De uma forma ou de outra, há uma ressurreição da liberdade individual negativa, cuja dimensão coletiva é expropriada pelo Estado.

Em minha opinião, tanto a velha quanto a nova constelação precisam de uma infraestrutura teórica e prática melhor. Sou da opinião de que, em ambas as constelações, é a relação entre *normas sociais* e direitos legais ou normas legais que, em geral, tem sido transformada. Na antiga “sociedade de indivíduos”, tínhamos uma relação estável entre um modo distribuído de “experiência”, um conhecimento comum, incluindo o repertório prático de atos, convenções, padrões de coordenação, etc; e a lei — incluindo os direitos civis. Esta relação estável poderia permanecer mais ou menos invisível, uma vez que mudou muito lentamente, de forma contínua e de caso a caso — sem grandes interrupções (rompimentos). Isso pode ser demonstrado com referência à liberdade de imprensa, encontrando o seu limite em um código social comum de “honra”, que desenhou uma linha bastante clara entre o privado e os setores públicos — até o início do século XX⁷.

2. O EXEMPLO DA MÍDIA COMO CAMPO DE AUTO-ORGANIZAÇÃO DE NORMAS SOCIAIS

Simplificando um pouco, eu diria que, a partir da década de 1960, temos uma crescente tensão entre a lei e as normas sociais. Podemos chamar o novo modelo social de “sociedade de organizações” — que significa que as normas sociais sofrem cada vez mais uma reconstrução reflexiva organizada: já não surgem principalmente espontaneamente, mas sim são transformadas por interações coordenadas, e também as reações mais intensas às transformações sociais, emocionais (protesto) e organizadas — incluindo fixação de normas explícitas⁸. As linhas estáveis tradicionais de diferenciação, *i.e.*, a separação das esferas público e privada, desintegram-se. Isso, a meu ver, explica, em especial, a transformação do papel da liberdade de imprensa: as regras que ditam o que pode ser dito em público e o que não o pode ser são desenvolvidas de um modo experimental pela imprensa tanto em cooperação quanto em conflito com outros grupos e o Estado (Poder Judiciário). Há cooperação implícita entre a imprensa na formulação de regras profissionais e o desenvolvimento de padrões de “gestão” de interesses conflitantes, por um lado — e dos tribunais que reagem a estas práticas através do apoiá-los, interrompendo certas abordagens, influenciando a sua concretização por devolver um problema para nova consideração, etc. Dessa forma, há um novo papel mais ativo das organizações privadas e grupos no processo de geração de normas sociais, que poderia ser chamado de uma “ordem negociada”⁹, que substitui a ordem

estável do passado. Em meu entender, esta evolução não deve ser resumida ou simplificada a referir-se somente ao “balanceamento” pelos tribunais. Alguns balanceamentos podem ser inevitáveis como regra padrão, mas sobretudo — especialmente tendo em vista a teoria jurídica e o papel de uma doutrina racional¹⁰ — precisamos de um modelo que contenha uma ideia conceitual de como os direitos civis evoluem no processo de mudança social em geral e, principalmente, na transformação das normas sociais. No que diz respeito à mídia, pode-se falar de uma relação produtiva entre a auto-organização de um campo de ação na sociedade e uma abordagem regulamentar da lei, incluindo o direito privado nessa esfera. Por um lado, há um corpo auto-organizado privadamente de normas profissionais para a mídia, que evolui sob a pressão de se adaptar à transformação do público e que procede de uma forma experimental de caso para caso¹¹. Ao mesmo tempo, o papel dos tribunais na adaptação da lei e suas normas um tanto quanto vagas, em muitos campos, para a sociedade pós-moderna em rápida mutação, é simplificada pela pré-estruturação dos padrões de comportamento e de resolução de conflitos, embora sejam normas profissionais. Claramente, os tribunais não seguem estas normas cegamente, mas sim há uma abordagem cooperativa¹² para a geração de toda uma rede de operações da mídia, mudando os valores sociais e a consideração de interesses conflitantes, um sistema que gera uma rede heterárquica de padrões práticos de resolução de conflitos¹³. A importância desta cooperação entre os tribunais e profissões é demonstrada pela sua ausência quase completa na comunicação via Internet e seu caráter fragmentado.

Gostaria de referir-me a um segundo exemplo, de modo a ilustrar a necessidade da cooperação entre cortes e grupos sociais, que surge no processo de formação de grupos de protesto. A constelação é diferente, mas, no entanto, há também uma transformação do fenômeno de protesto, que já não pode ser racionalizado como sendo um modo suplementar de comunicação política, ao lado dos meios de comunicação social e abaixo do nível estatal. Manifestações também podem ter um caráter mais autorreferencial que organizam comunicações principalmente entre os participantes como “intuições informes” e assumem um caráter artístico. Em minha opinião, esta evolução tem de encontrar sua repercussão na compreensão do caráter jurídico do direito civil à demonstração¹⁴. Infelizmente, não podemos entrar em detalhes. Mas a lei deve desenvolver a interpretação da liberdade civil, que está em jogo, em cooperação com a mudança fenômenos de protesto e as normas que surgem da sua prática.

3. A ABORDAGEM DO MODELO DE “CONFLITO DE NORMAS” NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

As normas sociais dentro do âmbito de autonomias específicas, que são garantidos por direitos civis, não devem apenas ser atribuídas a organizações, mas também para o uso interativo espontâneo dos direitos civis. Essa ideia transformaria o “individualismo insular” em uma versão “individualismo interativo”¹⁵, que incluiria a proteção das normas que são praticadas

dentro dos grupos e redes, que surgem dentro do campo de ação protegida pelo respectivo direito civil — principalmente direitos comunicativos.

Para a coordenação das normas sociais e normas legais¹⁶, incluindo os direitos civis, pode-se pensar em um modelo que segue os padrões que foram desenvolvidos no Direito Privado Internacional (DPI): no DPI, há uma crescente disposição, principalmente em direito global, a aceitar a necessidade de “buscar regras”, que é centrada ao redor da procura de uma “política comum” que emerge da cooperação dos diferentes sistemas jurídicos¹⁷. Este seria diferente da tradicional decisão do DPI sobre o “conflito de normas”, com vista à determinação da aplicabilidade de uma norma específica em oposição a outra. Entretanto, ambas são consideradas como sendo mutuamente exclusivas. Precisamos de abordagens legais para os fenômenos que evoluem de um aprofundamento da tensão entre as normas jurídicas vagas que, na “sociedade de indivíduos”, podem referir-se a conhecimento comum, a experiência, a padrões estáveis de coordenação, ao repertório de ações “normais” e ao processo dinâmico de mudança de normas sociais pós-modernas.

Não entraremos em maiores detalhes. Ao invés disso, eu gostaria de mostrar que essa abordagem também poderia ser útil na compreensão dos novos fenômenos de “direito mundial”¹⁸. A hipótese que gostaria de arriscar é que a fragmentação e a pluralização da lei¹⁹ são, em grande medida, atribuídas ao aumento da tensão entre o direito estatal e as normas sociais, tanto no interior do Estado quanto além de seus limites no âmbito mundial. Assim, não se deve separar as dimensões nacionais, europeias e global do direito. O foco sobre a relação entre normas sociais e lei também pode elucidar a diferenciação interna do sistema jurídico, que pode ser observada nas últimas décadas²⁰. O que eu chamo a evolução da “sociedade de indivíduos” para a “sociedade de organizações” e, finalmente, à “sociedade de redes”, pode ser útil como quadros de referência para a análise e distinções conceituais de diferentes tipos de normas sociais como as recipientes do “conhecimento comum”, sobre a qual a lei pode desenhar. E isso pode ser útil, igualmente, com referência tanto ao constitucionalismo nacional quanto ao europeu.

4. O EXEMPLO DO “CONSTITUCIONALISMO HORIZONTAL” EUROPEU — O PAPEL DA CEDI (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS)

Pode-se observar uma mudança do “constitucionalismo hierárquico” para o “constitucionalismo horizontal” — que também é o fenômeno em foco na concepção de “constitucionalismo social” de Gunther Teubner²¹. Voltaremos a esta questão adiante. Primeiramente, abordaremos a questão do pluralismo como ele surgiu na jurisprudência da CEDH. A fórmula para o gerenciamento de pluralismo conforme consagrada na Convenção Europeia de Direitos Humanos é a atribuição de uma “margem de apreciação” para os Estados-Membros, o que é de certa forma enganosa, nas condições pós-modernas do crescente pluralismo social nos mesmos²².

De acordo com a abordagem descrita, poder-se-ia reinterpretar esta fórmula, deslocando a referência dos Estados para sociedades: é a “margem de apreciação das sociedades” que deve ser levada em consideração na busca de uma relação equilibrada entre os direitos humanos nacionais e europeu. Isto também incluiria a possibilidade de diferenciar os graus de homogeneidade e diversidade na Europa em uma escala móvel. Por exemplo, deveria haver muito mais respeito para as constelações de cooperação entre a lei estatal e padrões ou normas sociais que tentam coordenar o interesse público e a proteção da privacidade. Por que os direitos culturais devem ser interpretados uniformemente, se as sociedades e as suas normas sociais relacionadas à religião²³, escolaridade²⁴, mídia etc. diferem consideravelmente²⁵? Sob as condições de uma espécie de modelo “negociado” de coordenação das esferas público e privada²⁶, a “gestão” da diferença só pode ser transferida para uma rede de julgamentos²⁷ que estabelece uma ordem de distribuição de casos que permite, até determinado ponto, uma orientação a ser encontrada pelo delineamento em certos casos e decisões similares. Não se pode esperar que tal rede emergirá de uma prática europeia formulada por uma corte supranacional, em razão do número limitado de casos que devem ser decididos a nível europeu²⁸.

Essa abordagem também permitiria uma construção mais diferenciada do direito global.

5. “NORMAS CONSTITUCIONAIS DA SOCIEDADE CIVIL” PARA ALÉM DA ESFERA DA CONSTITUIÇÃO NACIONAL?

Considerar brevemente a abordagem adotada por Gunther Teubner pode contribuir para a definição do conceito em tela. O referido autor considera (resumidamente, com certo elemento de simplificação) que os subsistemas da sociedade, através de suas expansões para além das fronteiras do Estado nacional, criam a base social para um “direito mundial”²⁹, que, encontra a sua repercussão, por exemplo, na legislação comercial transnacional, nos regimes de “governança corporativa” no direito privado e público e em padrões híbridos. Este tipo de governança traz uma auto-constitucionalização autônoma da “sociedade civil”, que se estende para além da esfera do direito nacional, mas não tão longe como uma “constituição mundial” (política), no verdadeiro sentido da palavra³⁰. Teubner considera que essas auto-ordenações organizadas levam a meros “fragmentos constitucionais”. Esta constitucionalização (e não meramente a juridificação) também é evidente no aumento de processos reflexivos, que também são observados no presente artigo, pelos quais normas geradas espontaneamente ou normas que são controlados através “normas secundárias” são medidas em relação aos requisitos básicos da prática. Nossa ênfase versa sobre os novos tipos de ligações entre a racionalidade intrínseca de organizações comerciais e a observação auto-organizada dos mesmos por terceiros, através da conexão com racionalidades não econômicas, que estão se tornando institucionalizadas por meio de, por exemplo, processos de monitoramento envolvendo ONGs. Isso é explicitamente considerado como

uma variante de “constitucionalização da sociedade”³¹ em sentido estrito, e é entendido como um equivalente funcional, e, assim, uma alternativa, à constituição nacional convencional.

O constitucionalismo tradicional está localizado no subsistema político que já não pode ser considerado como sendo o subsistema principal, em oposição aos subsistemas econômicos, entre outros. Tal subsistema não pode monopolizar a função de construção constitucional das sociedades pós-modernas. O direito constitucional nacional não pode reivindicar a qualquer hierarquia vis-à-vis aos processos sociais de auto-organização; pelo contrário, ambos os processos de constitucionalização política e social existem em uma relação heterárquica, que se consubstancia na ligação entre as redes qualitativamente diferentes de normas constitucionais (gerados por ambos os subsistemas de políticas e outras da sociedade). Isto se baseia na premissa de “que, no processo de globalização, a afirmação das normas constitucionais é deslocada do sistema político para diferentes setores da sociedade, que geram normas constitucionais da sociedade civil em paralelo com as normas políticas constitucionais”³².

6. AS REDES TRANSNACIONAIS DO DIREITO

Por mais que possa parecer plausível assumir que a origem do direito não pode ser traçada para nenhuma fonte privilegiada de vontade nacional, uma vez que a auto-organização interna do direito, em especial, permaneceria ofuscada por uma arquitetura inteira consistente em regras diferentes e meta-regras (a mistura de norma e aplicação, procedimentos de reflexão, princípios metodológicos, ligação de direito e as normas sociais), é, no entanto, também problemático para ilustrar a pluralização, particularmente, do direito global, principalmente na reprodução de “comunidades normativas”³³ (Paul Schiff Berman) e, como consequência, negligenciar o novo desafio da formação de ordem em condições de complexidade que leva só a uma multiplicidade de “legisladores”, mas também para a heterogeneidade das normas e sua relação com o caráter fragmentado do “conhecimento comum”, já vez que o estreito vínculo entre o processo distribuído de geração e o uso da experiência e da lei universal desmoronou³⁴.

A arquitetura jurídica convencional, que é voltada para a unidade, não se dissolve, mas se torna mais móvel. Para Gunther Teubner, no entanto, a observação da dinâmica se restringe às relações entre os “fragmentos da Constituição”³⁵ individuais. O fato de estes não estarem fechados em si, mas sim serem definidos por um processo dinâmico de sobreposição de normas e práticas de diferentes graus de proveniência, é ignorado. O processo de transnacionalização do direito implica e permite um maior nível de heterogeneidade e experimentação, afrouxa as regras de conexão entre normas sociais e legais, diferencia métodos para diferentes contextos, exige regras para lidar com conflitos de leis, permite a reversão da relação entre regra e aplicação e satisfaz-se com apenas a judicialização parcial através da definição de procedimentos, sem qualquer preconcepção do resultado. O “Direito Transnacional” não estabelece um novo nível

mundial homogêneo de construção normativa, mas sim inclui a necessidade de coordenar as normas que são geradas em diferentes níveis e nos constituintes concorrentes³⁶. E ainda, traz a necessidade de normas que retraduzem normas globais para nacionais, e ao mesmo tempo precisa de normas jurídicas que organizam a participação de atores nacionais, públicos e privados, a nível global. O direito transnacional também pode operar com normas cuja natureza jurídica pode — no todo ou em caráter temporário — permanecer aberta a mudanças, ou que só se tornam juridicamente relevante nos pontos de contato com a legislação nacional, como por exemplo, se uma violação contra regras sociais justifica a acusação legal de negligência em relação a um descumprimento contratual. Contudo, é certamente importante não exagerar a transformação associada e diferenciar a normatividade. O “constitucionalismo da sociedade” é, portanto, conceitualmente muito mais rígido do que conceitos que, em muitos aspectos, consideram a distinção clara entre o “interno” e o “externo” no direito global como impossível.

Neste contexto, o conceito de uma “fragmentação constitucional” parece ser muito limitado em sua perspectiva: corre-se o risco de perder a heterogeneidade das normas diferentes e de suas origens. É por isso que é preferencial usar o conceito de “rede” de normas — um conceito que inclui a distinção de “intersecções” que organizam certa intensidade de intercâmbio e coordenação entre as diferentes normas e “buracos estruturais”, que são caracterizados por “acoplamento fraco” ou conflitos não resolvidos. Desse modo, deixando de lado outras considerações, mesmo para o “direito societário” transnacional, a “contaminação” por modelos de códigos de conduta gerados externamente, pressão política, obrigações de direito internacional e efeitos transnacionais de regulação nacional e regional é quase impossível de distinguir a partir do fechamento de uma “constituição interna”.

A “hipótese da auto constitucionalização” não atenta devidamente para o fato de que o Estado não desaparece — nem um pouco. Ele assume o caráter de um “estado desagregado” (A. M. Slaughter), que permite uma ação mais flexível no nível global heterogêneo. As “redes do direito”, como já mencionado, são acêntricas, constituindo uma multiplicidade de nodos em que as relações são dispostas, e também formam um potencial relacionamento de todas as intersecções, que podem ser relacionadas entre si nas “redes do direito”. O efeito do processamento da lei e da sua relação com outras normas e práticas sociais desta rede é *ex ante* difícil de calcular, entretanto, o “símbolo de validade” jurídica, que é voltado para a reprodução hierárquica, é transformado em uma “ordem heterárquica distante do equilíbrio”³⁷, em uma pluralidade de modelos de ligação, que, casuisticamente, lidam com inter relações jurídicas e, particularmente, discursivas (e, portanto, sempre novas restrições e possibilidades de conexão), que, ao mesmo tempo excluem outros ou colocam-os sob uma acentuada obrigação de justificarem-se.

Nesse sentido, lei pós-moderna permite uma maior reflexividade, *i.e.* à luz da multiplicidade de possíveis candidatos para o “valor jurídico” de operações, a questão (que requer uma resposta estratégica) de se uma norma deve ser tratada como lei surge com maior frequência.

7. “AUTO CONSTITUCIONALIZAÇÃO” DE REGIMES POR “NORMAS SECUNDÁRIAS”?

Com base no exemplo do que Gunther Teubner³⁸ se refere como “Unternehmensrecht” (códigos de governança corporativa), parece extremamente duvidoso que qualquer conjunto de regulamentos deva ser tratado como lei, quer seja internamente, por auto-observação por parte dos jogadores, quer seja externamente, por atribuição. Acima de tudo, no entanto, isso não pode ser imposto por uma “constituição empresarial” (a ser tratada em pé de igualdade com a constituição “política”) na “sociedade mundial”, com efeitos para o direito constitucional nacional (que se encontra no mesmo nível). As “Normas secundárias” de H. L. A. Hart³⁹ não podem, em função da auto-observação do surgimento de “normas primárias” em “setores da sociedade” fora do sistema político, dispor sobre as fronteiras entre o direito e o não direito a título de “auto-constitucionalização”. Este seria um argumento circular: até mesmo normas sociais (ainda não jurídicas) podem ser firmemente estabelecidas e fixadas por meio de uma “constituição”. Se o direito surge como resultado é, contudo, uma questão completamente diferente, que só pode ser respondida por recurso a equivalências funcionais da “lei de redes” ao direito hierárquico, de acordo com construções semelhantes de “pluralismo jurídico”. A teoria de Gunther Teubner de direito transnacional, como já assentado acima, corresponde à construção de uma pluralidade desterritorializada de “regimes transnacionais”⁴⁰, com base no modelo do Estado, e criando o conceito não ignorável (embora também variável) de “uma espécie de” unidade do direito através de “conflito de leis regras”.

A suposição de que há uma diferenciação de um direito mundial autônomo, que os limites desse sistema jurídico são dados casuisticamente e que se reivindica uma “validade global”⁴¹ é pouco plausível, mesmo para o direito civil, uma vez que os sistemas não podem ser completamente emancipados da lei estabelecida territorialmente — até mesmo para a execução de decisões arbitrais. Ainda é mais difícil de seguir, além do mais, é a tese de que a evolução da nova lei mundial pode ser entendida como uma renovação da diferença entre um sistema legal e os seus sistemas de ambiente social. Como é possível interpretar isso? Poderia ser interpretado com a afirmação de que “o direito mundial” não é um produto de novas diferenciações internas dentro do sistema jurídico, mas sim que o “big bang” da auto geração da lei através de uma distinção sistema/ambiente está sendo repetido dentro do sistema jurídico, através da formação de uma espécie de “direitos de segunda ordem”, que está desenvolvendo suas próprias formas e diferenciações internas? Só assim é possível explicar a suposição (que é difícil de seguir de outro modo) que a “auto-constitucionalização” dentro do direito mundial supostamente teria o mesmo status que o direito constitucional do Estado. Um argumento similar é apresentado por Andreas Fischer-Lescano⁴², que vê a “expectativa normativa” como sendo baseada não só na “legislação política”, mas também “na esfera dos direitos humanos, especificamente no sistema dos meios de comunicação de massa”, que estão se tornando um fórum para “colère publique”

(o que nos remete a Durkheim). O monopólio reivindicado pelo “direito internacional estatal” deve ser aberto para incluir novas fontes de lei que emergem da capacidade de legislar da sociedade civil.

8. A “TESE DA AUTO CONSTITUCIONALIZAÇÃO” E O PROBLEMA DA PARTICIPAÇÃO DO ESTADO NA FORMAÇÃO DE NORMAS MUNDIAIS

De qualquer forma, parece mais produtivo, no contexto de descrever o emergente “direito global” que se estende para além da esfera do Estado, mas não tanto quanto o direito internacional convencional, para acentuar a primeira de todas as condições sob as quais o direito “territorial” está relacionado com a transformação das regras sociais e sistemas de conhecimento, isto é, as condições que permitem que a unidade do “direito global” apareça apenas como uma “ordem distante do equilíbrio”⁴³. A sua auto transformação nas condições da era pós-moderna deve ser descrita como um processo de rearranjo dentro de um “processo de diferenciação”, que ocorre inicialmente dentro do direito territorializado e é, em seguida, continuado no processo de globalização.

O ordenamento jurídico “nacional” pós-moderno da “sociedade de redes” não é, fundamentalmente, muito diferente da lei mundial fragmentada que existe para além da esfera do Estado. Partindo deste pressuposto, parece mais fácil prever que, por um lado, em uma ordem jurídica global que é inteiramente caracterizada por heterarquia e assincronia, novas formas jurídicas estão sendo geradas, que são voltados para operar com incompletude⁴⁴, são principalmente reflexiva-processuais e, até certo ponto, também estrategicamente dimensionadas, enquanto, ao mesmo tempo, a cooperação transnacional experimental com a legislação nacional (que também está mudando), que tem como objetivo o estímulo à auto regulação, não pode ser separada do direito global (especialmente na esfera do direito administrativo global ou a constitucionalização de novas restrições processuais destinadas a tornar a soberania mais “permeável”).

A teoria do “direito global”, como previsto por Fischer-Lescano e Teubner, que é, unicamente por necessidade, reproduzida de forma simplificada, parece excessivamente complexa (mesmo desconsiderando objeções teóricas para a estrutura), sem qualquer efeito de equilíbrio fornecido através de ganhos adicionais de conhecimento. Por outro lado, o conceito de evolução do direito, conforme descrito acima, que atribui ao ordenamento jurídico uma maior capacidade para a auto modelagem com o auxílio de “sub-modelos”, estendendo para além dos mecanismos de abertura e de acoplamento, como discutido anteriormente, é capaz de uma concepção mais precisa dos processos de transformação do direito não só em sua ordem territorializada, mas também em sua dimensão fragmentada e desterritorializada⁴⁵. Pode-se observar não apenas uma fragmentação de ordenamentos jurídicos individuais na dimensão fática, mas também, e principalmente, pode ilustrar a fragmentação da lei na dimensão temporal como um processo, e, assim, a assincronia dos efeitos dos “sub-modelos” individuais.

Assim, as respostas para o desafio colocado ao direito por comunicação via Internet podem ser encontradas não apenas (e talvez nem mesmo primordialmente) na observação da globalização. No contrário também é necessário, para que haja uma conversão da formação de norma social, que é centrada na mídia de massa, para os processos heterárquicos do surgimento de normas sociais e a coordenação dessas normas com a formação do direito. Isso não leva, entretanto, ao desaparecimento de camadas mais antigas das normas, mas sim dá origem a novos conflitos e, portanto, maior necessidade de coordenação. Em minha opinião, a leitura da “lei mundial” para a qual eu ofereci uma crítica no presente artigo tende a negligenciar uma característica especial do direito, que consiste em não ser “sem padrão”, em estabelecer uma definida “gestão de regras” impessoal e em uma rede de restrições de conexão e as possibilidades de controlar a incerteza que se estende até mesmo além dos limites do direito territorialmente estabelecido. O postulado fechamento de blocos de sistemas transnacionais “auto-constitucionalizados” bloqueia o acesso à racionalidade processual heterárquica de redes sobrepostas de leis (e de outras normas), que consiste em diferentes “articulações” e padrões de relacionamentos.

>> NOTAS

- * O presente artigo é baseado na palestra ministrada na Universidade de Warwick, em 27 de junho de 2014.
- ¹ (Relatório do Tribunal Constitucional Federal) BVerfGE 61, 1, 8; 85, 1, 15; 90, 1, 15; cf. para a dimensão institucional dos direitos civis para a comunicação *Helmut Ridder*, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag 1975, p. 85 et seq., Karl-Heinz Ladeur, *Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie*, *Kritische Justiz* 32 (1999), p. 281.
- ² (Relatório do Reichsgericht, direito penal) RGSt 8, 19; 15, 17; 59, 172; 64, 10; Reinhard Ricker & Johannes Weberling, *Handbuch des Presserechts*, Munich: Beck 2012, § 53 No. 41 et seq.
- ³ BVerfGE 54, 288; 61, 1: distinção funcional entre juízo de valor e a comunicação de um “fato” de acordo com a relevância da opinião pública.
- ⁴ *Karl-Heinz Ladeur*, *Die transsubjektive Dimension der Grundrechte*, in: Stephan Koriath/Thomas Vesting/Ino Augsberg (eds.), *Grundrechte als Phänomene der kollektiven Ordnung*, Tübingen: Mohr 2014, p. 17.
- ⁵ *Richard Bellamy*, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 1 et seq.
- ⁶ *Robert Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1986, p. 71 et seq., 410 et seq.; *Alexander Heinold*, *Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy*, Berlin: Duncker & Humblot 2011; *Matthias Klatt* (ed.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*, Tübingen: Mohr 2013; para uma crítica vide cf. *Philipp Reimer*, *und machet zu Jüngern alle Völker?*, *Der Staat* 52 (2013), p. 27.
- ⁷ *Karl-Heinz Ladeur*, *Das Medienrecht und die Ökonomie der Aufmerksamkeit*, Köln: von Halem 2007.
- ⁸ Cf. contribuições em: *Christian Joerges*, *Karl-Heinz Ladeur & Ellen Vos* (eds.), *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision Making*, Baden-Baden: Nomos 1997; *Lawrence Busch*, *Standards: Recipes for Reality*, Cambridge, MA: MIT Press 2013.
- ⁹ *Jody Freeman & Laura I. Langbein*, *Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefit*, *New York University Environmental Law Journal* 9 (2000), p. 60.
- ¹⁰ Para uma crítica, vide *Niklas Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp 1993, p. 33.
- ¹¹ É por isso que Ridder discorreu acerca dos “direitos impessoais”, que garantem os processos (comunicação midiática, etc.) *Ridder*, loc. cit., p. 85.
- ¹² Em relação ao papel da relação entre público e privado em transformação, vide: *Gralf-Peter Callies & Peer Zumbansen*, *Rough Consensus and Running Code*, Oxford: Hart 2012; *Orly Lobel*, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, *Minnesota Law Review* 89 (2004), S. 382.
- ¹³ *Joanne Scott & Susan P. Sturm*, *Courts as Catalysts: Rethinking the Judicial Role in New Governance*, in *Columbia Journal of European Law* (13) 2007, p. 565.
- ¹⁴ *Karl-Heinz Ladeur*, *Wandel der Demonstrationsfreiheit — neue Formen der Aktionskunst*, to appear in: *Der Staat* 54 (2015).
- ¹⁵ *Yaron Ezrahi*, *The Descent of Icarus: Science and the Transformation of Contemporary Democracy*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1990, p. 186.
- ¹⁶ *Thomas Vesting*, *Rechtstheorie*, Munich: C. H. Beck 2007, No. 188.
- ¹⁷ *Ralf Michaels & Joost Pauwelyn*, *Conflict of Norms or Conflict of Laws? Different Techniques in the Fragmentation of Public International Law*, *22 Duke Journal of Comparative & International Law* 2012, p. 349; *Christian Joerges*, *Kollisionsrecht als verfassungsrechtliche Form*, in:

Nicole Deitelhoff/Jens Steffek (eds.), *Was bleibt vom Staat? Demokratie, Recht und Verfassung im globalen Zeitalter*, Frankfurt a. M./New York 2009: Campus, p. 309.

- ¹⁸ *Benedict Kingsbury, Nico Krisch & Richard B. Stewart*, *The Emergence of Global Administrative Law*, *Law and Contemporary Problems* 68 (2005), p. 15; *Carol Harlow*, *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, *European Journal of International Law* 17 (2006), p. 187; *Jean-Bernard Auby*, *La globalisation — Le droit et l'Etat*, 2nd ed., Paris: LGDJ 2010; vgl. auch *Armin von Bogdandy, Philipp Dann & Matthias Goldmann*, *Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework of Global Governance Activities*, *German Law Journal* 9 (2008), p. 1375; = www.germanlawjournal.com/pdf/Vol09No11/PDF_Vol_09_No_11_13751400_Articles_von%20Bogdandy_Dann_Goldmann.pdf.
- ¹⁹ *Nico Krisch*, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 226, 283.
- ²⁰ Em relação à fenomenologia dos diferentes tipos de “colisões normativas”, vide” *Marcelo Neves*, *Transconstitutionalism*, Oxford: Hart 2012.
- ²¹ *Gunther Teubner*, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford: Oxford University Press 2012; for a critique cf. *Karl-Heinz Ladeur*, *Die Evolution des Rechts und die Möglichkeit eines globalen Rechts jenseits des Staates*, *Ancilla iuris*, 11.10.2012 — http://www.anci.ch/karl-heinz_ladeur
- ²² *Dean Spielmann*, *Current Legal Problems Lecture: Whither the Margin of Appreciation?* http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140320_London_ENG.pdf — Dean Spielmann presidente a CEDH.
- ²³ ECHR, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2008, 1217 — the Norwegian “State Church” system was regarded as incompatible with the Convention.
- ²⁴ ECHR, *NVwZ* 2011, 737 (“Lautsi” — crucifixo em uma escola italiana) — o referido julgamento dá maior liberdade aos Estados-Membros em relação a tradições culturais; com relação a decisões anteriores *Ino Augsberg & Kai Engelbrecht*, *Staatlicher Gebrauch religiöser Symbole im Lichte der uropäischen Menschenrechtskonvention*, *JZ* 2010, 450.
- ²⁵ A exemplo de julgados divergentes da CEDH, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2004, 2647, and the German FCC, *BVerfG*, *NJW* 2012, 756; *NJW* 2011, 740; *BVerfGE* 120, 180; *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht-Rechtsprechungsdienst (ZUM-RD)* 2007, 1; *NJW* 2005, 1857; *NJW* 2003, 3262, acerca do conflito entre direitos pessoais, incluindo a privacidade, de um lado, e o papel da liberdade de imprensa, por outro.
- ²⁶ *Lobel*, loc. cit; *Calliess & Zumbansen*, loc. cit.
- ²⁷ *Scott & Sturm*, loc. cit.
- ²⁸ A CEDH apresenta problemas até mesmo no estabelecimento de certa coerência nos domínios da sua prática que levantam as questões supramencionadas, como, por exemplo, dois acórdãos posteriores que diferem consideravelmente da sentença no caso de “Caroline von Monaco/Hannover I”; ECHR, *NJW* 2012, 1053 (Springer Publishing); ECHR, *NJW* 2012, 1058 (“Caroline II”).
- ²⁹ *Teubner*, loc. cit., p. 45; *Andreas Fischer-Lescano*, *Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerswist: Velbrück 2005, p. 247 et seq.
- ³⁰ Para a visão geral acerca das diferentes tendências da “constitucionalização”, ver *Lars Viellechner*, *Verfassung als Chiffre: Zur Konvergenz von konstitutionalistischen und pluralistischen Perspektiven auf die Globalisierung des Rechts*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 75 (2015), p. 231.
- ³¹ *David Sciulli*, *Theory of Societal Constitutionalism. Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, *Teubner*, loc. cit.
- ³² *Teubner*, loc. cit.

- ³³ Paul Schiff Berman, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence Beyond Borders*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 164.
- ³⁴ Ann-Marie Slaughter, *A New World Order*, Princeton: Princeton University Press 2004, p. 12.
- ³⁵ Teubner, loc. cit.
- ³⁶ Teubner, loc. cit.; no mesmo sentido, Krisch, loc. cit.
- ³⁷ Cf. Henri Atlan, *Entre le cristal et la fumée*, Paris: Seuil 1979.
- ³⁸ Teubner, loc. cit., p. 77.
- ³⁹ H. L. A. Hart, *The Law as the Union of Primary and Secondary Rules*, Oxford: Oxford University Press 1961, p. 76.
- ⁴⁰ Teubner, loc. cit., p. 74.
- ⁴¹ Teubner, loc. cit., p. 74.
- ⁴² Fischer-Lescano, loc. cit., p. 67 et seq.
- ⁴³ Atlan, loc. cit.
- ⁴⁴ Charles F. Sabel & William H. Simon, Contextualizing Regimes. Institutionalization as a Response to the Limits of Interpretation and Policy Engineering, *Michigan Law Review* 110 (2012), p. 1265; Matthew C. Jennejohn, Innovation, Collaboration, and Contract Design, *Columbia Law and Economics Working Paper No. 319*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1014420
- ⁴⁵ Jutta Brunnée & Stephen J. Toope, International Law and Constructivism, in *Columbia Journal of Transnational Law* 39 (2000), p. 19.