

ALFONS BORA, ARNALDO BASTOS SANTOS NETO, ARTUR STAMFORD DA SILVA,
Celso Fernandes Campilongo, Dalmir Lopes Jr., Délton Winter de Carvalho,
Germano Schwartz, Gunther Teubner, Leonel Severo Rocha, Marcelo Neves,
Pierre Guibentif, Rafael Simioni, Ricardo Jacobsen Gloeckner,
Willis Santiago Guerra Filho
2012

Capa, projeto gráfico e diagramação
Livraria do Advogado Editora

Foto da capa
Steffen Beier

Revisão
Rosane Marques Borba

Direitos desta edição reservados por
Livraria do Advogado Editora Ltda.
Rua Riachuelo, 1338
90010-273 Porto Alegre RS
Fone/fax: 0800-51-7522
editora@livrariadoadvogado.com.br
www.doadvogado.com.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Sumário

Apresentação <i>Germano Schwartz (org.)</i>	7
1. Autopoiese e teoria do direito <i>Leonel Severo Rocha</i>	9
2. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam <i>Artur Stamford da Silva</i>	29
3. Potência crítica da ideia de direito como um sistema social autopoietico na sociedade mundial contemporânea <i>Willis Santiago Guerra Filho</i>	59
4. Derrida, Luhmann e a questão da justiça <i>Arnaldo Bastos Santos Neto</i>	71
5. O que a decisão jurídica observa? Contribuições da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann às teorias pós-positivistas da decisão jurídica <i>Rafael Simioni</i>	85
6. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (<i>Corporate Codes of Conduct</i>) privados e estatais <i>Gunther Teubner</i>	109
7. Capacidade de lidar com o futuro e responsabilidade por inovações – para o trato social com a temporalidade complexa <i>Alfons Bora</i>	127
8. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade <i>Dalmir Lopes Jr.</i>	147
9. Os direitos subjectivos na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann <i>Pierre Guibentif</i>	171
10. Aumento de complexidade nas condições de insuficiente diferenciação funcional: o paradoxo do desenvolvimento social da América Latina <i>Marcelo Neves</i>	199
11. O humano e os humanos nos direitos humanos. Animais, Pacha Mama e altas tecnologias <i>Germano Schwartz</i>	209
12. Assessoria jurídica popular: falsa promessa? <i>Celso Fernandes Campilongo</i>	229
13. A formação sistêmica do sentido jurídico de meio ambiente <i>Délton Winter de Carvalho</i>	239
14. Funcionalismo jurídico-penal e teoria dos sistemas sociais: um diálogo frustrado <i>Ricardo Jacobsen Gloeckner</i>	251

Autoconstitucionalização de corporações transnacionais?¹ Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (*Corporate Codes of Conduct*) privados e estatais^{2 3}

GUNTHER TEUBNER⁴

Sumário: I. Códigos corporativos: corporativas constitucionais transnacionais incipientes?; II. Funções constitucionais: regras constitutivas e limitadoras; 1. Constituinte a autonomia corporativa; 2. Autolimitação externamente compelida; III. Estruturas constitucionais: dupla reflexividade e metacodificação binária; 1. Acoplamento Estrutural de Mecanismos Reflexivos?; 2. Metacodificação Binária da Constituição Corporativa; IV. Instituições constitucionais: códigos privados e públicos em um ultraciclo; 1. A inversão das Hierarquias do Estado Nacional; 2. Hiperciclo e Ultraciclo; 3. Pressões de aprendizado: alterações internas resultantes de constrições externas

I. CÓDIGOS CORPORATIVOS: CORPORATIVAS CONSTITUCIONAIS TRANSNACIONAIS INCIPIENTES?

Nos anos recentes, corporações transnacionais (CTN) envolveram-se em alguns escândalos que chocaram o público global: Catástrofes ecológicas, como a do Exxon Valdez e da Shell na Nigéria, as condições de trabalho desumanas, trabalho infantil, a repressão de membros de sindicatos, a desastrosa política de preços durante a crise de AIDS na África do Sul e a cumplicidade de corporações transnacionais com a corrupção e violações de direitos humanos aumentaram drasticamente a consciência pública sobre os efeitos negativos decorrentes da transnacionalização de empreendimentos comerciais. Paralelamente, essas ramificações engatilharam uma plêiade de iniciativas políticas visando a regulá-las por meio de normas legais vinculantes.⁵ Todavia, tanto a resistência de corporações transnacionais a regulações nacionais e supranacionais quanto as dificuldades de alcançar regulação efetiva através de acordos internacionais prolongados conduziu ao fracasso de muitas dessas iniciativas.⁶

¹ Artigo publicado originalmente em inglês na revista *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n. 17, 2010.

² Tradução de Ivar Hartmann. Revisão de Germano Schwartz.

³ Por discussões proveitosas, eu gostaria de agradecer a Larry Backer, Anna Beckers e Oren Perez.

⁴ Professor de Direito Privado Comparado e de Sociologia Jurídica na International University College, em Turim (Itália). Atuou como docente Otto Kahn Freund na London School of Economics. Atualmente é o pesquisador principal no Excellence Cluster "Normative Orders" da Universidade de Frankfurt (Alemanha).

⁵ Para a correlação entre escândalos e iniciativas regulatórias, ver, de forma geral, Walter Mattli & Ngaire Woods. *In Whose Benefit? Explaining Regulatory Change in Global Politics*, em *THE POLITICS OF GLOBAL REGULATION 1* (Walter Mattli & Ngaire Woods eds., 2009).

⁶ Sobre o insucesso das iniciativas regulatórias da ONU, ver, de forma geral, John Gerard Ruggie, *Business and Human Rights: The Evolving International Agenda*, 101 *AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 819 (2007).

nao sustaine, um aspecto dessa vicissitude é particularmente digno de nota. Ao invés das visadas regulações estatais vinculantes, uma espécie diferente de regimes transnacionais espalhou-se em grande número ao redor do globo – os códigos de conduta “voluntários” de corporações transnacionais.⁷

Hoje, esses códigos existem sob várias formas, porém duas variantes básicas predominam. De um lado, o mundo estatal estabelece – por meio de acordos sob o direito internacional ou de normas de organizações internacionais – códigos de conduta para corporações transnacionais (de maneira curta e imprecisa: códigos “públicos”), nos quais ele prescreve às corporações transnacionais diretrizes gerais concernentes às condições de trabalho, qualidade de produtos, políticas ambientais, proteção do consumidor e direitos humanos. São de particular significância o projeto de código da ONU sobre corporações transnacionais, o projeto de normas da ONU sobre negócios e direitos humanos, as diretrizes da OCDE para empresas multinacionais e a declaração tripartite da OIT de princípios concernentes às empresas multinacionais e à política social.⁸ De outro lado, a pesada crítica pública disseminada globalmente pela mídia e as ações agressivas de movimentos de protesto e de organizações não governamentais (ONGs) da sociedade civil forçam várias corporações transnacionais a desenvolver códigos corporativos “voluntariamente”. Elas comprometem-se, para efeitos de relações públicas, com *standards* nas áreas de foco mencionadas e prometem sua implementação (novamente, de maneira curta e imprecisa: códigos “privados”).⁹

Ainda há ambivalência na aferição dos efeitos desses dois tipos de códigos corporativos. Em muitos casos, códigos corporativos “públicos” restam como meras recomendações sem quaisquer efeitos. E os autocompromissos nos códigos “privados” são frequentemente apenas tentativas estratégicas de prevenir regulação estatal por meio da declaração de intenções não vinculante, ou meras estratégias de relações públicas que não incluem qualquer alteração efetiva de comportamento.¹⁰ Isso era de

⁷ Para um relato da transnacionalização da constituição corporativa, ver, de modo geral, Klaus Hopt, *Globalisierung der Corporate Governance*, em WIRTSCHAFTSETHIK DER GLOBALISIERUNG 81 (Karl Hohmann, Peter Kowlsowki & Christoph Lütge eds., 2005). Sobre o desenvolvimento na Alemanha, ver, de forma geral, Klaus Hopt, *Corporate Governance in Germany – Recent Developments in German Company Law and the Corporate Governance Code*, em FESTSCHRIFT FÜR APOSTOLOS GEORGIADES 657 (Michael Stathopoulos, Kostas Beys, Philippos Doris & Ioannis Karakostas eds., 2005).

⁸ Ver, detalhadamente, Sean D. Murphy, *Taking Multinational Corporate Codes of Conduct to the Next Level*, 43 COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 389, 403-13, 433 (2005).

⁹ Ver, detalhadamente, Kenneth Abbott & Duncan Snidal, *Strengthening International Regulation Through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit*, 42 VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 501, 517-18 (2009).

¹⁰ Para uma crítica aos códigos corporativos, ver Birgitta Schwartz & Karina Tilling, “ISO-laiting” *Corporate Social Responsibility in the Organizational Context: A Dissenting Interpretation of ISO 26000*, 16 CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY AND ENVIRONMENTAL MANAGEMENT 289, 294-96 (2009); Tim Bartley, *Institutional Emergence in an Era of Globalization: The Rise of Transnational Private Regulation of Labor and Environmental Conditions*, 113 AMERICAN JOURNAL OF SOCIOLOGY 297, 327-28, 338-41 (2007); Deborah Doane, *The Myth of CSR: The Problem with Assuming that Companies can Do Well While also Doing Good Is that Markets Really Don't Work that Way*, STANFORD SOCIAL INNOVATION REVIEW, 2005, p. 23-29, 24-28, http://www.ssiireview.org/articles/entry/the_myth_of_csr/; Harry Arthurs, *Private Ordering and Workers' Rights in the Global Economy: Corporate Codes of Conduct as a Regime of Labour Market Regulation*, em LABOUR LAW IN AN ERA OF GLOBALIZATION: TRANSFORMATIVE PRACTICES AND POSSIBILITIES 471, 486-87 (Joanne Conaghan, Michael Richard Fischl & Karl Klare eds., 2002).

ser esperado e atualmente não causa mais nenhum desconforto. Note-se: legislação meramente simbólica existe, de fato, hoje, também no direito privado.¹¹

Mas há alguns estudos empíricos que merecem especial atenção. Eles demonstram que em alguns casos os códigos trouxeram mudança real; ou seja, aprimoraram as condições de trabalho, incrementaram a proteção ambiental e forçaram os *standards* de direitos humanos.¹² É particularmente notável que esses estudos não documentam somente histórias de sucesso como também especificam condições sociais e legais necessárias para que os códigos venham a obter êxito.¹³ Monitoramento permanente de ONGs ou acordos vinculantes com órgãos civis de certificação social provavelmente estão entre as condições mais importantes para o sucesso.¹⁴

O que há de especial no entrelaçamento de códigos corporativos privados e públicos? Minha tese é: Materializam-se nessa dinâmica não apenas tendências de uma juridicização, mas também de uma constitucionalização. Ambos os tipos de códigos corporativos tomados em conjunto representam o advento de constituições corporativas transnacionais específicas – concebidas como constituições no sentido estrito. Conforme delineado mais a fundo alhures, esse argumento é baseado em um conceito de constituição que não está limitado ao Estado nacional e implica que também ordens sociais não estatais desenvolvam constituições autônomas sob circunstâncias históricas particulares.¹⁵ Além disso, no processo globalizante, o centro de constitucionalização desloca-se do sistema político para diferentes setores sociais, que produzem normas constitucionais de cunho civil-societário paralelamente às constituições de Estados nacionais.¹⁶

¹¹ Que o ordenamento privado, muito louvado por sua eficiência, também sofre do trilema regulatório, é mostrado por Graf-Peter Calliess, *Die Steuerungskrise – jetzt auch im Privatrecht?*, em SOZIOLOGISCHE JURISPRUDENZ: FESTSCHRIFT FÜR GUNTHER TEUBNER ZUM 65. GEBURTSTAG 465, 475-477 (Graf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch & Peer Zumbansen eds., 2009).

¹² Ver especialmente Oren Perez, Yair Amichai-Hamburger & Tammy Shterenal, *The Dynamic of Corporate Self-Regulation: ISO 14001, Environmental Commitment and Organizational Citizenship Behavior*, 43 LAW & SOCIETY REVIEW 593, 622-23 (2009); ver, de forma geral, OLAF DILLING, MARTIN HERBERG & GERD WINTER eds., RESPONSIBLE BUSINESS: SELF-GOVERNANCE AND LAW IN TRANSNATIONAL ECONOMIC TRANSACTIONS (2008); MARTIN HERBERG, GLOBALISIERUNG UND PRIVATE SELBSTREGULIERUNG: UMWELTSCHUTZ IN MULTINATIONALEN UNTERNEHMEN (2007).

¹³ Richard Locke, Fei Quin & Alberto Brause, *Does Monitoring Improve Labour Standards? Lessons from Nike*, CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY INITIATIVE, WORKING PAPER NO. 24, 37-38 (John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2006) indicam como condições: o tamanho da empresa, a frequência de controles de qualidade levados à cabo pelo escritório central, a extensão do código aos fornecedores e responsáveis pelas vendas, o nível de influência sobre instituições jurídicas nacionais.

¹⁴ Todavia, isso precisa ser igualmente qualificado, ver, de forma geral, ANNEGRET FLOHR, LOTHAR RIETHE, SANDRA SCHWINDENHAMMER & KLAUS DIETER WOLF, THE ROLE OF BUSINESS IN GLOBAL GOVERNANCE. CORPORATIONS AS NORM-ENTREPRENEURS (2009); Michael A. Santoro, *Beyond Codes of Conduct and Monitoring: An Organizational Integrity Approach to Global Labour Practices*, 25 HUMAN RIGHTS QUARTERLY 407 (2003).

¹⁵ Para o conceito de “constitucionalismo societário” a partir da perspectiva da teoria social, ver DAVID SCIULLI, THEORY OF SOCIETAL CONSTITUTIONALISM 21-84 (1992); DAVID SCIULLI, CORPORATE POWER IN CIVIL SOCIETY: AN APPLICATION OF SOCIETAL CONSTITUTIONALISM 131-206 (2001); Gunther Teubner, *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory?*, in TRANSNATIONAL GOVERNANCE AND CONSTITUTIONALISM 3, 7-9 (Christian Joerges, Inger-Johanne Sand & Gunther Teubner eds., 2004).

¹⁶ Para o constitucionalismo transnacional, ver Neil Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, 65 MODERN LAW REVIEW 317, 339-359 (2002); Christian Walter, *Constitutionalizing (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, 44 GERMAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW 170, 191-201 (2001); ANDREAS FISCHER-LESCANO, GLOBALVERFASSUNG: DIE GELTUNGSBEGRÜNDUNG DER MENSCHENRECHTE 247 -277 (2005).

que códigos corporativos contêm funções, estruturas e instituições de verdadeiras constituições:

1. Na medida em que códigos corporativos “públicos” e “privados” juridificam princípios fundamentais de uma ordem social e, ao mesmo tempo, estabelecem regras para sua autocontenção, eles preenchem funções constitucionais centrais.
2. Com suas características de dupla reflexividade e metacodificação binária, ambos os códigos desenvolvem autênticas estruturas constitucionais.
3. Como instituições constitucionais, os dois códigos não formam uma hierarquia de constituições públicas e privadas, mas uma ligação ultracíclica de redes de normas constitucionais qualitativamente diferentes.

II. FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS: REGRAS CONSTITUTIVAS E LIMITADORAS

Códigos corporativos fazem parte de duas ondas opostas de constitucionalização dos mercados mundiais. Avançando as ideias de Karl Polanyi sobre a transformação da modernidade, pode-se inclusive argumentar que o constitucionalismo transnacional é parte de um “movimento duplo”.¹⁷ Também, na trajetória do direito constitucional corporativo, a expansão da economicização é acompanhada por movimentos antagônicos que reconstróem a “cobertura protetora de instituições culturais”.

1. Constituindo a autonomia corporativa

O primeiro movimento é identificado por críticos neomaterialistas de um “novo constitucionalismo” tanto quanto por defensores ordoliberalistas de uma constituição econômica mundial, por óbvio com avaliações diametralmente opostas.¹⁸ O consenso de Washington dos últimos trinta anos estimulou politicamente esse primeiro ímpeto de constitucionalização dos mercados globais. Ele ocasionou, além da regulação política, princípios fundamentais de constitucionalização econômica que visavam a fornecer corporações de atuação mundial com latitude ilimitada para ação, o que incluía encerrar a participação acionária de governos em corporações, combater o protecionismo econômico e liberar empreendimentos comerciais de regulações políticas. Nessa linha, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial desenvolveram constituições de regime, cujo princípio reitor é a abertura dos mercados nacionais de capital. As constituições da Organização Mundial do Comércio (OMC) e do mercado comum europeu, o Tratado Norte-Americano de Livre-Comércio (NAFTA), o mercado comum do cone sul (MERCOSUL), ou a Cooperação Econômica da Ásia e do Pacífico (APEC), todos objetivam a proteção da liberdade do comércio mundial e a promoção de investimentos diretos. Acima de suas regras de direito contratual, a *lex mercatoria* desenvolveu um estrato de normas constitucionais que positivam propriedade privada, liberdade contratual, competição e direitos humanos como política

¹⁷ KARL POLANYI, THE GREAT TRANSFORMATION: THE POLITICAL AND ECONOMIC ORIGINS OF OUR TIME 130 (1991 [1944]).

¹⁸ Para o “novo constitucionalismo”, ver DAVID SCHNEIDERMAN, CONSTITUTIONALIZING ECONOMIC GLOBALIZATION: INVESTMENT RULES AND DEMOCRACY'S PROMISE 23-45 (2008). Para a constituição ordoliberal da economia mundial, ver, de forma geral, Peter Behrens, *Weltwirtschaftsverfassung*, 19 JAHRBUCH FÜR NEUE POLITISCHE ÖKONOMIE 5-27 (2000).

pública transnacional. Órgãos internacionais de padronização tentam unificar *standards* nacionais em nível mundial, conectando a produção de direito público àquela de autorregulação privada. Uma parte integral dessas tendências de constitucionalização é a governança corporativa de multinacionais, cujos princípios incluem um alto grau de autonomia corporativa, a orientação das normas societárias em razão do mercado de capitais e o estabelecimento dos valores do acionista. Essa fase de constitucionalização “neoliberal” é claramente caracterizada por sua função constitutiva, ou seja, seu foco em alcançar para as corporações transnacionais um alto grau de autonomia.¹⁹ Referida fase fixa-se no fato problemático de que a extensão mundial das atividades corporativas é prejudicada pela diferenciação segmentarizada do mundo em Estados nacionais. A política e o direito dos Estados são considerados responsáveis por isso, uma vez que seus “regimes de produção” restringem a regulação corporativa ao âmbito nacional.²⁰ Desmantelar tais regimes de produção do Estado é, dessa forma, o objetivo primário. As recém-emergidas constituições globais corporativas têm dois objetivos distintos: libertar as corporações transnacionais da regulação estatal assim como estabelecer estruturas do Estado de Direito globalmente para fornecer segurança jurídica às suas transações. Regras constitutivas desse tipo servem para liberar a dinâmica dos empreendimentos comerciais em nível global.

2. Autolimitação externamente compelida

A longo prazo, entretanto, não é sustentável que um constitucionalismo corporativo se restrinja à sua função constitutiva de uma maneira “neoliberal” tão unilateral. É apenas uma questão de tempo até que as energias liberadas ocasionem, além de efeitos positivos, também efeitos tão negativos que conflitos sociais emergentes forcem uma correção drástica. A derrocada politicamente ocasionada dos regimes nacionais de produção resulta em dinâmicas destrutivas nas quais a maximização funcional de um setor colide com outras dinâmicas sociais.²¹ Agora, mercados globalizados e corporações – sem serem significativamente inibidos por programas antagônicos de Estados nacionais – oneram a sociedade e o ambiente por meio dos “efeitos negativos de sua própria autodiferenciação, especialização e orientação de alta-performance”.²² Com tal “desequilíbrio dinâmico” entre os desenvolvimentos opostos da autonomização e da limitação, o ponto crítico foi então alcançado. Nesse momento, faz-se então imperativo reajustar a política constitucional.²³ Em um segundo ímpeto de constitucionalização, ao invés da constitutiva, a função limitadora

¹⁹ Para a nova constituição corporativa da governança corporativa global, ver Larry Catá Backer, *The Autonomous Global Corporation: On the Role of Organizational Law Beyond Asset Partitioning and Legal Personality*, 41 TULSA LAW REVIEW 541, 561 (2006).

²⁰ Para diferentes regimes de produção como configurações estáveis de economia, política e direito, ver PETER HALL & DAVID SOSKICE eds., *VARIETIES OF CAPITALISM: THE INSTITUTIONAL FOUNDATIONS OF COMPARATIVE ADVANTAGE* 8-33 (2005).

²¹ Para um estudo empiricamente e teoricamente extraordinário nesses contextos, ver, de forma geral, WOLFGANG STREECK, *RE-FORMING CAPITALISM: INSTITUTIONAL CHANGE IN THE GERMAN POLITICAL ECONOMY* (2009).

²² NIKLAS LUHMANN, *DIE GESELLSCHAFT DER GESELLSCHAFT* 802 (1997).

²³ INO AUGSBERG, TOBIAS GOSTOMZYK & LARS VIELLECHNER, *DENKEN IN NETZWERKEN: ZUR RECHTS- UND GESELLSCHAFTSTHEORIE* KARL-HEINZ LADEURS 82-90 (2009); Karl-Heinz Ladeur & Lars Viellechner, *Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte: Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes*, 46 ARCHIV DES VÖLKERRECHTS 42, 56-62 (2008).

das normas constitucionais emanada. Os códigos corporativos apresentam dessa segunda onda quando restringem atividades corporativas em nome da responsabilidade pública. Eles tentam não apenas superar a primazia dos valores do acionista em favor de uma orientação *stakeholder* como também realizar autolimitação nas áreas do trabalho, qualidade do produto, no ambiente e nos direitos humanos.²⁴

III. ESTRUTURAS CONSTITUCIONAIS: DUPLA REFLEXIVIDADE E METACODIFICAÇÃO BINÁRIA

Os códigos corporativos preenchem funções constitucionais em um duplo sentido: eles estabelecem regras constitutivas para autonomia corporativa e – atualmente cada vez mais – regras limitadoras com a finalidade de contrabalançar suas tendências sociais prejudiciais. No entanto, indaga-se se eles desenvolvem estruturas constitucionais em sentido estrito. Isso é questionado por constitucionalistas, que reconhecem fenômenos constitucionais autênticos apenas no Estado nacional, sendo céticos em relação a um constitucionalismo transnacional e, mais ainda, em relação a um constitucionalismo societário.²⁵ O que é discutido como constitucionalização em ordens públicas ou privadas de natureza global é, eles argumentam, unicamente, uma juridicização de áreas sociais, em parte sob direito internacional público, em parte sob a autonomia privada, mas não a geração de constituições. Esse ponto é desafiado aqui: códigos corporativos devem ser caracterizados como constituições por si próprios se desenvolvem elementos típicos de uma constituição – dupla reflexividade e metacodificação binária.

1. Acoplamento Estrutural de Mecanismos Reflexivos?

Os códigos de fato não estabeleceriam uma constituição corporativa se eles somente introduzissem regras primárias governando as atividades corporativas no campo do trabalho, do ambiente e dos direitos humanos. Similarmente, estaríamos apenas lidando com mera juridicização se os códigos produzissem somente normas de solução de conflitos em disputas intracorporativas ou normas reguladoras para realizar políticas da empresa. O marco crítico é alcançado quando os códigos determinam regras secundárias concernentes à identificação, interpretação, emenda e competências para a criação e delegação de regras primárias.²⁶ Os códigos corporativos tipicamente apresentam uma hierarquia tripartite na qual a inter-relação entre regras primárias e secundárias é de fato discernível. O nível superior consiste em princípios gerais da constituição corporativa; o nível intermediário regula a aplicação e o monitoramento; o nível inferior, enquanto isso, inclui instruções concretas para a

²⁴ Para as funções constitucionais restritivas de códigos corporativos, ver KENNETH ABBOTT & DUNCAN SNIDAL nota 5 supra, p. 545-58; Peer Zumbansen, *Varieties of Capitalism and the Learning Firm: Corporate Governance and Labor in the Context of Contemporary Developments in European and German Company Law*, CLPE LAW RESEARCH INSTITUTE RESEARCH PAPER SERIES, NO. 3, 29-38 (2007); Sol Picciotto, *Rights, Responsibilities and Regulation of International Business*, 42 COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 131, 139 (2003).

²⁵ Ver Dieter Grimm, *The Constitution in the Process of Denationalization*, 12 CONSTELLATIONS 447, 453 (2005).

²⁶ Regras primárias e secundárias no sentido dado por HERBERT L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 77-96 (1961).

conduta.²⁷ Nos níveis superior e intermediário, uma plêiade de tais regras secundárias pode ser encontrada. Elas aproximam-se de normas constitucionais no sentido estrito, já que produzem, na qualidade de meta-normas de alta hierarquia, um tipo de reflexividade do direito intraempresarial. Mas normas secundárias como tais não perfazem ainda uma constituição.

Apenas o peculiar caráter duplo dos códigos corporativos, aqui denominado como a *dupla reflexividade de normas legais e estruturas sociais*, torna-os normas constitucionais. Se o direito desempenha um papel sustentador na autoconstituição de uma ordem social, a despeito e além de sua função de controle de conduta, resolução de conflitos, regulação e estabelecimento de parâmetros, ele cria direito constitucional. Uma constituição corporativa no sentido estrito emerge apenas quando um acoplamento estrutural de um tipo específico se estabelece entre a organização corporativa e o direito.²⁸ Acoplar regras primárias a decisões organizacionais não é suficiente; decisivo é, isso sim, acoplar dois processos reflexivos. Constituições corporativas transnacionais conectam processos reflexivos na organização econômica a processos reflexivos jurídicos; dito de outra maneira, elas ligam princípios fundamentais da organização a regras legais secundárias.²⁹

Uma constitucionalização autônoma, não estatal, não política e, portanto, genuinamente social ocorre nos códigos de corporações transnacionais, uma vez que juridicizam processos sociais reflexivos concernentes à relação da empresa com seus ambientes conectando-os a processos jurídicos, por sua vez, reflexivos, isto é, estandardizações de estandardizações. Sob essas condições, é razoável falar de elementos de uma autêntica constituição dentro de códigos corporativos de corporações transnacionais. Os códigos de fato mostram elementos típicos de uma constituição: regulações atinentes ao estabelecimento e prática de tomadas de decisão organizacional (regras procedimentais da corporação) e a definição dos limites do sistema (direitos fundamentais de indivíduos e instituições face à corporação).

As normas no nível superior de códigos corporativos são especialmente equipadas em razão dessas condições. Elas regulam os processos fundamentais de tomada de decisão de corporações transnacionais que concernem à relação com seus ambientes humanos e naturais, em particular, a relação com os empregados cujos direitos fundamentais são respeitados pela organização. As “diretrizes” no nível superior têm caráter constitucional, pois não constituem meras normas comportamentais como as regras no nível inferior. Pelo contrário, são normas explicitamente de alta hierarquia, formuladas como princípios gerais que servem tanto como pontos de partida para a geração intracorporativa de normas quanto como critérios para o controle normativo interno e externo. Isso requer determinados arranjos institucionais, especialmente papéis procedimentais, responsáveis por determinar, modificar, interpretar e imple-

²⁷ MARTIN HERBERG, nota 8 supra, p. 68-77, 404-410; idem, *Re-Embedding the Disembedded: Die Umweltstandards multinationaler Konzerne in der globalen Steuerungsarchitektur*, 56 SOZIALE WELT 399 (2005).

²⁸ Isso generaliza e re-especifica o conceito de constituição política conforme desenvolvido por Niklas Luhmann, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, 9 RECHTSHISTORISCHES JOURNAL 176, 204-08 (1990).

²⁹ Para mais sobre a autoconstitucionalização de regimes privados, ver GUNTHER TEUBNER, nota 11 supra; Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, 25 MICHIGAN LAW JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 999, 1014-17 (2004). Dupla reflexividade é usada também como critério para os elementos constitucionais no direito administrativo global, ver Kuo Ming-Sung, *Between Fragmentation and Unity: The Uneasy Relationship Between Global Administrative Law and Global Constitutionalism*, 10 SAN DIEGO INTERNATIONAL LAW JOURNAL 439, 449-53 (2009).

mentar as regras privadas. Dessa forma, é especialmente o desenvolvimento dos níveis intermediários de órgãos de controle interno e de implementação que medeiam a transição de princípios corporativos abstratos a decisões corporativas abstratas.³⁰ Assim, códigos privados geram direito autônomo não apenas como ordens privadas; constituem, ao mesmo tempo, suas próprias fundações constitucionais sem serem dependentes de códigos públicos – eles geram literalmente *constituições sem o Estado*.

Nessa linha, o constitucionalista *Gerd Winter* registra com clara surpresa os achados de um projeto de pesquisa empírica sobre códigos corporativos transnacionais:

Em certos aspectos as ordens quase-jurídicas da sociedade mundial apresentam elas mesmas características constitucionais. Ademais de *standards* sociais e ecológicos diferentes e de mecanismos existentes de controle e implementação, desenvolvem-se normas superiores que definem onde o poder decisório deveria estar localizado, como violações deveriam ser administradas e como terceiros deveriam ser incluídos. Em analogia às constituições estatais, regulações privadas corporificam mecanismos de autolimitação para reduzir intrusões em relação a outros atores e outros domínios. Está então a sociedade mundial prestes a desenvolver equivalentes funcionais ao clássico Estado constitucional, e tornar-se-á esse último gradualmente marginal?³¹

2. Metacodificação Binária da Constituição Corporativa

De modo a compreender a estrutura interna de tal dupla reflexividade, nesse momento, deve-se ir além do conceito introduzido de constituições como agrupamentos estruturais de direito e sistema social. Isso porque o ponto derradeiro da constitucionalização de uma corporação é alcançado quando uma metacodificação binária específica se desenvolve e quando processos intraempresa tomam essa última explicitamente como ponto de orientação. A metacodificação oscila entre os valores “de acordo/contrário ao código”, ambos com relação à constituição corporativa.³² Uma metacodificação existe nesse caso, pois tal código constitucional sujeito à já binária codificação das normas legais intraempresa a um exame adicional, nomeadamente se essas se conformam ou não aos requerimentos do direito constitucional corporativo. Aqui vem à tona a hierarquia entre direito simples e constitucional que é típica a todas as constituições – constituições de Estados políticos, constituições sociais ou constituições de organizações formais. O código jurídico (*Recht/Unrecht*) é subordinado ao código constitucional (constitucional / inconstitucional). Há, todavia, algo peculiar à metacodificação constitucional. Essa é hierarquicamente superior não apenas ao código jurídico, mas também ao código econômico. Ela submete, portanto, à reflexão sobre todas as operações economicamente binário-codificadas da corporação, questionando se elas respeitam ou não os princípios de responsabilidade pública da corporação.

³⁰ MARTIN HERBERG, *Re-Embedding the Disembedded*, nota 23 supra, p. 410.

³¹ Olaf Dilling, Martin Herberg & Gerd Winter, *Introduction: Private Accountability in a Globalising World*, in RESPONSIBLE BUSINESS: SELF-GOVERNANCE AND LAW IN TRANSNATIONAL ECONOMIC TRANSACTIONS 1, 8 (Olaf Dilling, Martin Herberg & Gerd Winter eds., 2008).

³² Nesse ponto, a confusão terminológica é quase inevitável uma vez que “código” pode assumir dois sentidos diferentes. Um vem de *codex* e codificação e produz “códigos corporativos de conduta”, “códigos de comportamento” etc. O outro é codificação binária, ou seja, a orientação de um sistema de ação em direção a uma “diretriz distintiva”, como jurídico/antijurídico, moral/imoral etc. Ambos sentidos se encontram em códigos corporativos; analiticamente, entretanto, eles precisam ser mantidos afastados.

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

Apesar de o código constitucional apresentar-se ostensivamente como uma unidade, ele é, dependendo do contexto, ou metacódigo econômico ou metacódigo jurídico. Isso se deve ao fato de que constituições corporativas, como acoplamento estrutural de dois sistemas sociais mutuamente fechados – economia e direito dentro da corporação – não constituem um sistema social unitário. Ambos sistemas não se fundem na constituição corporativa; ao contrário, eles permanecem operacionalmente fechados. Essa é a razão pela qual a diferenciação *de acordo/contrário ao código* é somente uma fórmula geral comum para operações de produção de sentido respectivamente diferentes, uma fórmula que assume sentidos diferentes conforme o contexto. A metacodificação causa a re-entrada de princípios fundamentais de organização econômica para dentro do direito como princípio constitucional e, reversamente, a re-entrada do direito na organização corporativa.³³

IV. INSTITUIÇÕES CONSTITUCIONAIS: CÓDIGOS PRIVADOS E PÚBLICOS EM UM ULTRACICLO

Mesmo que dessa maneira, funções e estruturas constitucionais possam ser identificadas, resta ainda difícil capturar a estrutura institucional dos códigos corporativos com maior detalhamento teórico. Alguns autores as descrevem como a “*nova soberania*” de corporações transnacionais e enfatizam com isso sua autorregulação incontrolada.³⁴ No entanto, isso não faz justiça à peculiar ligação dos códigos privados com os códigos públicos do mundo estatal nem às suas numerosas dependências normativas em relação ao ambiente; porque os códigos corporativos atualmente relevantes emergem das interações de três grupos de atores – instituições supranacionais, grupos da sociedade civil e corporações transnacionais – cujas relações mútuas restam, todavia, obscuras.³⁵

³³ A conexão de acoplamento estrutural e metacodificação híbrida é ainda mais claramente discernível nas constituições políticas plenamente desenvolvidas da modernidade. Também lá, a diferenciação constitucional/inconstitucional como o metacódigo binário de dois sistemas – direito e política, ambos codificados eles próprios de forma binária – funciona sem amalgamar a constituição em um sistema único por meio do metacódigo. Tal metacodificação aparece (implicitamente ou explicitamente) também no constitucionalismo social, ou seja, no acoplamento estrutural do direito a diferentes sistemas sociais.

³⁴ Essa caracterização é então também usada para a crítica de que o “autopoliciamento” não tem como funcionar; ver, por exemplo, Mahmood Monshipouri, Claude E. Jr. Welch & Evan T. Kennedy, *Multinational Corporations and the Ethics of Global Responsibility: Problems and Possibilities*, 25 HUMAN RIGHTS QUARTERLY 965, 989 (2003).

³⁵ Seu caráter trilateral é enfatizado por Adelle Blackett, *Codes of Corporate Conduct and the Labour Regulatory State in Developing Countries*, in HARD CHOICES, SOFT LAW: VOLUNTARY STANDARDS IN GLOBAL TRADE, ENVIRONMENT AND SOCIAL GOVERNANCE 121, 129 (John J. Kirton & Michael J. Trebilcock eds., 2004).

Outros autores tentam delinear essas relações como “*triângulos de governança*”.³⁶ Entretanto, isso é similarmente pouco adequado para compreender a incorporação social dos códigos. Sugere-se equivocadamente que surge um equivalente transnacional ao triângulo neocorporativista estatalmente organizado de Estados europeus de bem-estar. Dessa maneira, códigos corporativos aparecem como uma variante global de constituições corporativas nacionais – com elementos como parcela acionária estatal, codeterminação no conselho diretivo, envolvimento de empregados em decisões administrativas, autonomia tarifária – que surgiram a partir da cooperação organizada entre Estado, capital e trabalho.³⁷ Em comparação aos Estados nacionais, confronta-se aqui uma constelação totalmente diferente da relação entre essas três forças sociais.

Da mesma forma, o modelo de “*governança multinível*” é pouco apropriado para capturar a peculiar interrelação dos dois tipos transnacionais de código.³⁸ No Estado nacional, constituições corporativas poderiam certamente ser concebidas como um arranjo multinivelado de normas constitucionais, regras legais e judiciais, de um lado; e ordenamento privado intraorganizacional, do outro. Esse modelo oferece também um conceito adequado para as novas formas de governança que emergem na União Europeia e na Organização Mundial do Comércio. Mas sua transferência para as constituições globais corporativas é equivocada. Além da similaridade formal, nomeadamente que regras legais são criadas em diferentes níveis públicos e privados, códigos corporativos transnacionais não apresentam características típicas à “*governança multinível*”: Não é dada precedência a códigos públicos sobre privados em uma hierarquia de normas, nem tampouco existem aqui relações quase federativas. As condições diferentes do caráter transnacional, assim como os resultados da primeira onda de constitucionalização, em especial a alta autonomia de corporações transnacionais, mudaram fundamentalmente as relações entre atores coletivos públicos e privados em comparação às constituições corporativas do Estado nacional. Nas drásticas palavras de um observador:

Contrato substitui direito; redes de relacionamentos substituem uma comunidade política; interesse substitui território; o regulado transforma-se no regulador.³⁹

Nas constituições corporativas de nações europeias, como é bem sabido, a ligação entre normas públicas e privadas ocorreu em formações hierárquicas. A constituição corporativa era baseada em uma clara primazia do Estado na forma de normas constitucionais, legais e judiciais. O direito infraconstitucional organizou formas neocorporativas de cooperação entre capital, trabalho e Estado por meio de regras de codeterminação no conselho diretivo, competências decisórias do comitê de trabalhadores e as normas do sistema salarial. O direito privado e empresarial

³⁶ Assim KENNETH ABBOTT & DUNCAN SNIDAL, nota 5 supra, p. 512-19.

³⁷ Para esse paralelo, ver Tonia Novitz & Phil Syrpis, *Assessing Legitimate Structures for the Making of Transnational Labour Law: The Durability of Corporatism*, 35 INDUSTRIAL LAW JOURNAL 367, 393-94 (2006).

³⁸ Ver Sol Picciotto, *Constitutionalizing Multilevel Governance?*, 6 INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 457, 461-63 (2008); ver, de forma geral, Ian Bache & Matthew Flinders, *Themes and Issues in Multilevel Governance*, in MULTI-LEVEL GOVERNANCE 1 (Ian Bache & Matthew Flinders eds., 2004).

³⁹ Larry Catá Backer, *Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation*, 14 ILSA JOURNAL OF INTERNATIONAL & COMPARATIVE LAW 1, 26 (2008).

do Estado estipulou regras de responsabilidade e predeterminou a orientação do interesse corporativo norteado por interesses de diferentes *stakeholders* e pelo bem comum. O ordenamento privado das corporações restou claramente subordinado ao direito estatal; permaneceu limitado àqueles espaços de autonomia que o direito estatal lhe deixou.

Essa hierarquia de normas pode ser capturada no par conceitual *hard law / soft law*.⁴⁰ O Estado positiva *hard law* no direito empresarial, no direito sobre codeterminação e no direito regulatório na forma de normas vinculantes e reforçadas por sanções. De forma contrastante, normas intracorporativas são apenas uma forma de *soft law*. Como manifestação da autonomia privada, elas não são acolhidas como genuínas normas legais porque sua natureza obrigatória e controle de aplicação dependem do reconhecimento estatal e porque estão sujeitas ao controle de tribunais estatais, cujos resultados frequentemente as afastam e as modificam.

Em comparação a essa hierarquia tradicional, podem-se detectar mudanças significativas em códigos transnacionais que não se encaixam nas categorias padrão. “Do ponto de vista dos conceitos jurídicos clássicos – por exemplo, se direito é concebido como a ordem coercitiva de órgãos estatais – alterações desse tipo, em como o direito é ou o que direito é, mal podem ser compreendidas. Os conceitos legais de jurisprudência, que são equipados para uma validade ‘ou/ou’, não estão preparados para desacobertar as mudanças sublimes no modo como o direito preenche suas funções e é experimentado como significado”.⁴¹ Na dinâmica dos dois códigos corporativos uma direta *inversão da hierarquia* entre direito estatal e ordenamento privado pode ser observada. Uma reversão dramática tem lugar especialmente na qualidade *hard law / soft law* dos códigos corporativos públicos e privados: *Agora são as normas estatais que apresentam a qualidade de “soft law”, enquanto o mero ordenamento privado de corporações transnacionais emerge como nova forma de “hard law”*.

As normas de direito internacional público que, por exemplo, a ONU criou nos Códigos de Conduta de Corporações Transnacionais, não são comparáveis às normas vinculantes aprovadas para a constituição corporativa por parlamentos e tribunais constitucionais de Estados nacionais. Embora houvesse sido inicialmente planejado no “Projeto de Normas sobre a Responsabilidade de Corporações Transnacionais” de 2003 que um órgão regulatório supranacional deveria regular diretamente a conduta de corporações transnacionais com a ajuda de normas reforçadas por sanções que fossem vinculantes no direito internacional,⁴² a enorme resistência de Estados nacionais influentes e do *lobby* corporativo marcaram um ponto de virada. A versão finalmente aprovada continha meramente *soft law*: recomendações não vinculantes cuja implementação não pode ser forçada por sanções legais.⁴³

⁴⁰ Sobre a relação de ambos os tipos de regras, Gregory C. Shaffer & Mark A. Pollack, *Hard vs. Soft Law: Alternatives, Complements, and Antagonists in International Governance*, 94 MINNESOTA LAW REVIEW 706, 721-29 (2010).

⁴¹ NIKLAS LUHMANN, RECHTSSOZIOLOGIE 341 (3a ed. 1987).

⁴² Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC), Subcomitê sobre a Promoção e Proteção de Direitos Humanos, Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Projeto de Normas sobre as Responsabilidades de Corporações Transnacionais e outros Empreendimentos Comerciais com relação aos Direitos Humanos, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12 (30 de maio de 2003).

⁴³ Ver, com astutas observações, Larry Catá Backer, *Multinational Corporations, Transnational Law: The United Nation's Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as Harbinger of Corporate Responsibility in International Law*, 37 COLUMBIA HUMAN RIGHTS LAW REVIEW 287, 323-328 (2005).

Por outro lado, códigos intracorporativos são mero ordenamento privado não estatal, mas, na realidade, constituem o direito em vigor com um alto grau de força vinculante e sanções efetivas. A doutrina de direito privado ainda contesta veementemente seu autêntico caráter jurídico, uma vez que insiste nas asseverações de que a validade normativa é deduzida do Estado e não reconhece ordenamento privado como direito.⁴⁴ E é tão somente de forma gradual que vêm à tona conceitos de direito econômica e sociologicamente inspirados, que imprimem caráter legal às ordens normativas de atores transnacionais privados – sob determinadas circunstâncias.⁴⁵ Códigos intracorporativos são diretamente vinculantes para as pessoas envolvidas e são dotados de sanções efetivas que são executadas por recém-criados departamentos de cumprimento.⁴⁶

Dessa maneira, o direito organizacional intracorporativo isola-se do direito estatal. Em direta oposição à usual relação hierárquico-normativa entre Estado e direito privado, códigos públicos não funcionam como a base constitucional para a autorização de códigos privados. Esses últimos produzem sua própria validade a partir da ligação entre normas primárias e secundárias no reino do ordenamento privado. Constituem um sistema não estatal fechado de validade jurídica, por sua vez, hierarquicamente estruturado. Conforme já mencionado anteriormente, o nível superior compreende os princípios gerais da constituição corporativa; o nível intermediário regula a aplicação e o monitoramento e o nível inferior inclui regras concretas de conduta. Assim, geram eles mesmos sua fundação autorizadora por meio de suas próprias regras constitutivas. E regras intraempresa, que regulam a conduta de acordo com o código jurídico, são controladas - elas próprias - conforme o código constitucional.

2. Hiperciclo e Ultraciclo

A concepção de uma inversão de hierarquia, no entanto, não vai longe o suficiente. Conquanto haja uma clara primazia factual e normativa dos códigos privados sobre os públicos, ela não é de natureza hierárquica. Um tanto quanto mais apropriado é, em comparação, a exclusão do público pelo privado. Normas estatais não estão subordinadas às normas privadas, mas sim banidas do interior da produção normativa no mundo corporativo. Com isso, a noção de um espaço unitário jurídico de regras estatais e privadas torna-se obsoleto. Em vez disso, desenvolvem-se dois espaços jurídicos independentes, um direito interno coercitivo das corporações, autônomo e ordenado privadamente; e um conjunto de recomendações normativas de conduta regulado pelo Estado.

⁴⁴ A doutrina tradicional de ordenamento privado é perspicazmente criticada por Johannes Köndgen, *Privatisierung des Rechts: Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung*, 206 ARCHIV FÜR DIE CIVILISTISCHE PRAXIS 477, 516-518 (2006).

⁴⁵ *Idem*, p. 518-521; GRALF-PETER CALLIES, GRENZÜBERSCHREITENDE VERBRAUCHERVERTRÄGE: RECHTSSICHERHEIT UND GERECHTIGKEIT AUF DEM ELEKTRONISCHEN WELTMARKTPLATZ 182-244 (2006); Erich Schanze, *International Standards: Functions and Links to Law*, in INTERNATIONAL STANDARDS AND THE LAW 83, 93-95 (Peter Nobel ed., 2005); Gunther Teubner, *Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society*, in GLOBAL LAW WITHOUT A STATE 3, 11-15 (Gunther Teubner ed., 1997). Para uma análise lúcida do caráter jurídico do ordenamento privado, JOHN LINARELLI, *Analytical Jurisprudence and the Concept of Commercial Law*, 114 PENN STATE LAW REVIEW 119, 195-211 (2009).

⁴⁶ MARTIN HERBERG, nota 8 supra, p. 48-77.

Ainda que pareça óbvio que eles formem dois espaços jurídicos mutuamente fechados, não é fácil determinar o que constitui seu fechamento. De qualquer maneira, não é a operacionalidade fechada de sistemas sociais no sentido estrito que os separa. Seu fechamento não é baseado na diferenciação entre suas operações, uma vez que ambos os ordenamentos de código são processadas pelo mesmo tipo de operações – atos jurídicos. Na realidade, trata-se de uma *clausura estrutural* mútua que surge a partir de duas diferenciações. Uma é a limitação estrita de seu espaço de validade: códigos privados demandam validade para os membros de corporações transnacionais, códigos públicos demandam validade para os estados contratantes. A outra é sua diferente qualidade como norma vinculante, de um lado, e como mera recomendação normativa, de outro. Em termos de teoria dos sistemas: a diferenciação interior do sistema jurídico global não surge por meio do advento de um novo tipo de operações legais que causariam uma operacionalidade fechada entre os subsistemas recém-criados. O símbolo de validade é, isso sim, transferido de tal maneira que cria fronteiras entre diferentes ordenamentos jurídicos.⁴⁷ Ele suscita o fechamento estrutural definindo fronteiras entre diferentes espaços de validade. Tradicionalmente, os espaços de validade são definidos por limites territoriais como no caso de Estados nacionais, regiões ou cidades. No contexto transnacional, eles são de espécie orientada em função de um elemento específico, funcional ou jurisdicional. Devem-se, portanto, distinguir claramente as que, entre diferentes formas de fechamento – operativo e estrutural –, consequentemente resultam, por sua vez, em maneiras diferentes através das quais as ordens jurídicas se abrem uma para a outra.⁴⁸ Assim, os códigos privados e públicos constituem ordens jurídicas mutuamente fechadas, e, entre elas nenhuma transferência de validade tem lugar, embora se influenciem de maneiras diferentes.

Como são definidas as fronteiras entre códigos privados e públicos? Seria outro equívoco determiná-las como delimitações entre organizações formais – corporações transnacionais, de um lado, e organizações internacionais, de outro. Na realidade, em ambos os espaços jurídicos, extensas redes normativas desenvolveram-se entre diferentes organizações, o que permite então entender a configuração inteira como a *relação entre duas redes normativas diferentes e mutuamente fechadas*. Em primeiro lugar, códigos privados já transcenderam os limites das companhias individuais. Eles estenderam sua validade aos conglomerados corporativos que transcendem fronteiras nacionais e abrangem, em alguns casos, milhares de companhias individuais. Sob pressão do público e de organizações da sociedade civil, seu escopo foi estendido inclusive para além dos contornos de grupos corporativos. Com regulação contratual, grupos poderosos conseguem vincular seus fornecedores e suas cadeias de distribuição aos seus códigos corporativos e usar o mecanismo contratual também para introduzir monitoramento efetivo e sistemas sancionadores.⁴⁹ Em segundo lugar, podem

⁴⁷ LUHMANN apenas desenvolve a dimensão temporal do símbolo de validade Niklas Luhmann, *Die Geltung des Rechts*, 22 RECHTSTHEORIE 273, 277 (1991). Nesses termos, o símbolo de validade é de fato inadequado para destacar as particularidades do direito transnacional, especialmente de regimes funcionais; com razão nesse sentido, Marc Amstutz & Vagios Karavas, *Weltrecht: Ein Derridasches Monster*, in SOZIOLOGISCHE JURISPRUDENZ: FESTSCHRIFT FÜR GUNTHER TEUBNER ZUM 65. GEBURTSTAG 646, 650-53 (Gralf-Peter Callies, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch & Peer Zumbansen eds., 2009). Se, ao contrário, enfatiza-se a dimensão especial, pessoal, social, substancial e especialmente funcional da validade do direito, então regimes transnacionais podem claramente ser distinguidos de sistemas jurídicos nacionais.

⁴⁸ Para considerações preliminares, ver, de forma geral, Gunther Teubner, *L'ouvert s'appuie sur le fermé: Offene Fragen zur Offenheit geschlossener Systeme*, 31 SOZIALFORSCHUNG 287 (1991).

⁴⁹ Ver o instrutivo estudo de caso sobre a GAP em LARRY BACKER, nota 35 supra, p. 10-20.

emergiram entre os códigos corporativos da OIT, da OCDE, da ONU e da UE.⁵⁰

Certamente, a inter-relação dessas duas redes de código fechadas certamente não se confunde com a relação tradicional de normas constitucionais corporativas privadas e públicas. Seguidamente, portanto, intenta-se descrever a própria relação como uma única grande rede ou até como uma rede de redes, como uma metarrede entre Estado e atores privados.⁵¹ Isso não é errôneo, porém esconde diferenças relevantes. A relação pode ser descrita em maior detalhe a partir da diferença entre hiperciclo e ultraciclo.⁵² Um hiperciclo surge quando operações comunicativas dentro de uma rede fechada formam ciclos que são, por sua vez, interligados de uma forma circular. Por contraste, um ultraciclo emerge quando um ciclo de perturbações mútuas é desenvolvido entre redes fechadas. Dentro de códigos corporativos privados, interligações são de natureza hipercíclica; já que entre operações jurídicas cíclicas – que se conectam entre si no contexto de diferentes organizações formais, por exemplo, corporações transnacionais, seus fornecedores e organização de vendas – desenvolvem-se conexões diretas inter-organizacionais. Os símbolos de validade do ordenamento privado são transferidos diretamente por meio de direito intraorganizacional e de contratos interorganizacionais. Nessa rede de operações jurídicas privadas, normas privadas têm um efeito vinculante direto sobre os participantes e, no caso de infração normativa, são ordenadas sanções. Dessa maneira, um contexto fechado de ordenamento privado surge através da ligação hipercíclica de corporações transnacionais e de outros empreendimentos comerciais.

De uma forma completamente diversa, esses códigos privados mutuamente interligados estão conectados a códigos públicos. Para esse tipo de conexão, é apropriado não o modelo de hiperciclo, mas sim o de ultraciclo. Ainda que códigos públicos definam certas obrigações politicamente desejadas e estabeleçam a fronteira entre atividades permitidas e banidas, eles são apenas recomendações informais e meros apelos para uma determinada conduta. Eles são também direito válido, porém de uma forma paradoxal: são direito em vigor, mas sem sanções jurídicas.⁵³ Isso significa que códigos privados, apresentados como círculos de validade fechados autorreferenciais, não são inteiramente independentes de códigos públicos no que tange à sua validade, mas que códigos públicos não podem sequer ancorar-se normativamente a standardizações privadas. Eles não fazem parte da unidade normativa dos códigos intracorporativos. Eles podem – tão somente, a partir do lado de fora – demandar, sugerir, motivar, urgir ou até compelir, mas não podem comandar ou suspender validade. São apenas irritações externas ao ciclo de validade interna de códigos privados. Os códigos da ONU, da OIT, da OCDE e da UE são meros

⁵⁰ Ver, em detalhe, SEAN MURPHY, nota 4 supra, p. 424-31.

⁵¹ KENNETH ABBOTT & DUNCAN SNIDAL, nota 5 supra, p. 525-26.

⁵² Para as diferenças entre ambos, ver, de forma geral, Gunther Teubner, *Idiosyncratic Production Regimes: Co-evolution of Economic and Legal Institutions in the Varieties of Capitalism*, in *THE EVOLUTION OF CULTURAL ENTITIES: PROCEEDINGS OF THE BRITISH ACADEMY* 161 (John Ziman ed., 2002); idem, *Hyperspace in Law and Organization: The Relationship between Self-Observation, Self-Constitution and Autopoiesis*, in *EUROPEAN YEARBOOK IN THE SOCIOLOGY OF LAW* 43 (Alberto Febbrajo ed., 1988).

⁵³ A natureza paradoxal da *soft law* como direito formal eficaz também é enfatizada por Orly Lobel, *The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought*, 89 *MINNESOTA LAW REVIEW* 342, 389 (2004).

organizações internacionais enviam às corporações transnacionais. Se esses impulsos de fato lá coagulam, formando normas constitucionais vinculantes ou não, não é decidido pelas instituições do mundo estatal, e sim, pelos processos internos de organizações privadas.

3. Pressões de aprendizado: alterações internas resultantes de restrições externas

Se, sob certas circunstâncias, inter-relações entre os códigos emergem, então surge um ultraciclo, um ciclo de perturbação entre códigos públicos e privados. Nas descrições tradicionais de como regimes públicos e privados de *soft-law* estão inter-relacionados, está escondida a diferença fundamental que existe entre o hiperciclo de códigos privados e o ultraciclo de códigos públicos e privados. Isso não deveria, no entanto, levar à tentação de reduzir ultraciclos a meras alegorias políticas, simples ruído de estática vindo do mundo estatal, impossibilitados de afetar, em qualquer medida, os códigos intra-empresa. Ruggie enfatiza esse fato especialmente tendo em vista o *Pacto Global (da ONU para Empresas)*:

Grupos ativistas e algumas ONGs de destaque temem que o Pacto Global facilite a atuação das empresas uma vez que não é um código de conduta com *standards* de performance explícitos e monitoramento de cumprimento. Mas... o Pacto é um mecanismo que visa engajar empresas na promoção de objetivos da ONU, não regulá-las. A regulação é uma meta perfeitamente válida, mas não é a única que conta(...).⁵⁴

Mas o que realmente conta?

O que importa são pressões de aprendizado, ou seja, alterações internas induzidas por restrições externas. Ambos elementos precisam estar presentes para permitir que códigos públicos e privados ajam de maneira combinada: uma alteração interna de estruturas cognitivas e normativas e pressão externa dirigida a ela. Caso contrário, ligações ultracíclicas não emergem, e códigos públicos restam como impulsos externos sem efeitos. Aqui se torna aparente a previamente mencionada qualidade especial do fechamento mútuo que possibilita a qualidade especial da abertura mútua. “L’ouvert s’appuie sur le fermé [A abertura apoia-se em sua clausura]”. Uma transferência de validade entre ambos está fora de questão; ao invés disso, são desenvolvidos processos de aprendizado, ou seja, outros mecanismos de abertura mútua.

Nesse ponto, torna-se visível uma das mais significativas modificações na estrutura jurídica, que ocorre na transição para uma sociedade mundial. Niklas Luhmann descreveu essa mudança da seguinte maneira:

(...) no nível de consolidação da sociedade mundial, normas (na forma de valores, regulações, finalidades) não mais direcionam a pré-seleção do cognitivo; pelo contrário, o problema da adaptação por meio do aprendizado ganha primazia estrutural e as condições estruturais para a capacidade de todos os subsistemas de aprender precisam ser amparadas.⁵⁵

Isso significa que dois ordenamentos de código não se comunicam simplesmente pelo meio do direito. A validade de expectativas normativas não é transferida

⁵⁴ John Gerald Ruggie, *Taking Embedded Liberalism Global: The Corporate Connection*, NYU ILLJ WORKING PAPER No. 2, 23, nota 64 (2003).

⁵⁵ Niklas Luhmann, *Die Weltgesellschaft*, in *SOZIOLOGISCHE AUFKLÄRUNG BAND 2: AUFSÄTZE ZUR THEORIE DER GESELLSCHAFT* 51, 63 (Niklas Luhmann ed., 1975).

aprendizado de códigos jurídicos intracorporativos são acionados, com frequência até compelidos, por meios não jurídicos – por conhecimento especializado, poder político e social, persuasão normativa e ainda por incentivos monetários e sanções. Nesse contexto, primazia cognitiva não implica que códigos corporativos percam sua qualidade jurídico-normativa e apenas funcionem como mera expectativa cognitiva. São somente as relações entre as duas ordens normativas que se tornam desnormalizadas. Enquanto os próprios códigos restam como ordens normativas, as relações entre eles mudam para mecanismos cognitivos.

Em que consiste o primeiro elemento das pressões de aprendizado (aprendizado cognitivo)? Os códigos públicos somente fornecem aos códigos privados “padrões”, modelos comportamentais, princípios, indicações de conduta, recomendações. A ligação ultracíclica de ambos os códigos ocasiona processos de aprendizado que não se realizam como transferência de validade de regras dentro de uma ordem jurídica, mas que perpassam as divisas de ordens mutuamente fechadas. Sua particularidade está em que não formam um amálgama das ordens envolvidas criando um ordenamento jurídico unitário com operações legais comuns, mas sim são reconstruídos por meio de processos cognitivos complexos.⁵⁶ É exatamente essa separação que torna possível um valor adicionado cognitivo, gerado quando as faíscas de perturbações pulam sobre as fronteiras entre os códigos envolvidos. Isso pode até levar à inovação normativa. O ultraciclo não acaba com a autonomia desses, senão que usa essa autonomia para produzir novas normas, tanto de cunho *hard law* nos códigos intracorporativos quanto *soft law* nos códigos do mundo estatal.

O que torna especial o efeito de aprendizado? Corporações podem usar os códigos públicos para aferir as expectativas sociais que enfrentam, sem ter de cumpri-los à risca. Dessa maneira, códigos públicos contrabalançam a visão bitolada desenvolvida por códigos privados e provocam sua re-orientação no sentido de uma política pública transnacional. Códigos públicos fornecem estímulos constitucionais para aprendizado semelhante às demandas normativas impostas às empresas por movimentos de protesto e organizações da sociedade civil.

Em que consiste o segundo elemento – pressão? Nesse processo de aprendizado, sanções legais não desempenham um papel proeminente. Ao contrário, mecanismos extrajurídicos são responsáveis pelo fato de que corporações tomam códigos públicos como compulsão para aprender e desenvolvem seus próprios códigos para suas circunstâncias particulares. Esses mecanismos extraleais não são de forma alguma inferiores a sanções jurídicas. Acima de tudo, são processos de poder inter-organizacionais – pressão unilateral e intercâmbio político – que forcem empreendimentos comerciais a desenvolverem códigos corporativos. Nunca é demais enfatizar que essa

⁵⁶ Para um relato convincente dos processos de aprendizado aqui envolvidos, ilustrado pelo exemplo de iniciativas europeias sobre responsabilidade corporativa, ver MARC AMSTUTZ & VAIOS KARAVAS, nota 43 supra, p. 655-57; similarmente, sobre o exemplo de regimes transnacionais, ver, de forma geral, Poul F. Kjaer, *The Metamorphosis of the Functional Synthesis: A Continental European Perspective on Governance, Law and the Political in the Transnational Space*, WISCONSIN LAW REVIEW 101 (2010, forthcoming). Para as diversas inter-relações entre *hard* e *soft law*, GREGORY SHAFFER & MARC POLLACK, nota 36 supra.

⁵⁷ SEAN MURPHY, nota 4 supra, p. 422-24.

pressão externa é uma condição indispensável para que códigos corporativos exerçam qualquer efeito.⁵⁸

Essas normas são “voluntárias” no sentido de que não são legalmente necessárias; no entanto, empresas freqüentemente aderem em razão de pressão por parte de ONGs, requisições de consumidores, regras de associações de indústria e outras forças que as tornam, na prática, obrigatórias.

De acordo com a experiência existente até aqui, os Estados nacionais e as organizações internacionais do mundo estatal geraram os recursos de poder necessários, mas apenas em determinada medida. As pressões de poder de movimentos de protesto, ONGs, sindicatos, organizações sem fins lucrativos e opinião pública mostram-se cruciais. Sanções econômicas freqüentemente fazem a balança pender. A sensibilidade de consumidores, de cujo comportamento de compra as corporações são dependentes, e de certos grupos de investidores, que exercem pressão econômica sobre empreendimentos comerciais, é decisiva.⁵⁹ Resta ver se o mundo estatal desempenhará um papel de liderança no exercício de pressões externas mais fortes sobre corporações após a crise financeira. Nesse contexto, as últimas notícias na verdade alimentam ceticismo. De qualquer forma, ainda que mudassem o equilíbrio entre regulação interna e externa, não fariam desaparecer a diferença entre hiperciclo e ultraciclo.

Por trás da metáfora de “códigos voluntários”, portanto, há qualquer coisa menos voluntariedade. Corporações transnacionais não promulgam seus códigos nem com base em seu entendimento acerca dos requisitos para o bem comum, nem por motivos de ética corporativa. Elas os cumprem somente “voluntariamente” quando maciças pressões de aprendizado são exercidas sobre elas a partir do exterior. O processo de aprendizagem não se dá dentro do sistema jurídico de código a código por meio da transferência de validade de regras, mas sim em um longo desvio através de outros sistemas sociais e outros meios de comunicação. Não é suficiente descrever esse fenômeno como se sanções legais simplesmente fossem substituídas por sanções sociais. Tal atitude acobertaria os efeitos drásticos dessas pressões caóticas de aprendizagem. Nos “processos de tradução” ultracíclicos descritos, fronteiras sistêmicas são, na realidade, transcendidas; um ciclo de perturbação emerge entre atos jurídicos, pressões de poder político e social, operações cognitivas de comunidades epistêmicas, persuasão normativa e sanções econômicas, que então re-entra como atos jurídicos no outro código. O conteúdo original das recomendações públicas é dramaticamente modificado quando elas sofrem um processo complicado de tradução para diferentes reinos de sentido. Quando a *soft law* dos códigos públicos é “traduzida” para a linguagem do conhecimento técnico, que desenvolve modelos e organiza o monitoramento, cria efeitos especiais. Resultados diferentes ocorrem quando ela é traduzida para o poder interorganizacional de negociações políticas entre organizações internacionais, ONGs e corporações transnacionais; e diferentes ainda, quando ela é reconstruída nos mecanismos de reputação das pessoas ou em incentivos e sanções monetárias. Outras modificações ocorrem quando finalmente a *soft law* é “retraduzida” para a linguagem jurídica da *hard law* dos

⁵⁸ KENNETH ABBOTT & DUNCAN SNIDAL, nota 5 supra, p. 506.

⁵⁹ Para uma análise detalhada da conexão entre pressão externa e estrutura intracorporativa, ver, de forma geral, Jennifer Howard-Grenville, Jennifer Nash & Cary Coglianese, *Constructing the License to Operate: Internal Factors and Their Influence on Corporate Environmental Decisions*, 30 LAW AND POLICY 73 (2008).

códigos multcorporativos. Essas conexões um tanto quanto indiretas entre ambos os códigos destacam que a autoconstitucionalização das corporações de fato manifesta-se não em razão de motivos intrínsecos de voluntariedade ou tampouco por força dos mecanismos de sanção do direito estatal, mas devido a um processo caótico de tradução influenciado por diferentes pressões de aprendizado.

— 7 —

Capacidade de lidar com o futuro e responsabilidade por inovações – para o trato social com a temporalidade complexa¹

ALFONS BORA²

Sumário: 1. Introdução; 2. A temporalidade complexa da regulação de inovações; 3. Responsabilidade sobre inovações e suas consequências; 4. Possibilidades de futuro e aprendizado enquanto equivalentes funcionais para a atribuição de responsabilidade; 5. Responsabilidade por inovações enquanto forma de produção de capacidade de lidar com o futuro?; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em uma primeira vista, o tema responsabilidade por inovações se situa um pouco à parte do interesse sociológico, porque, enquanto ciência experimental, a sociologia não contribui diretamente com debates normativos sobre responsabilidade, seja no direito, seja na ética. Antes, a sociologia pesquisa, primeiro, as condições, possibilidades e limites de programas normativos de fato. Em seguida, é que se pergunta pelas normas concretas situadas por trás de problemas de referência sociais e por variantes para sua solução. Em ambos os casos, o debate normativo pode prosperar, portanto, de forma indireta. No caso da responsabilidade por inovações, a oferta específica da sociologia consiste na análise de mecanismos que eventualmente assumem funções semelhantes à figura da responsabilidade no mencionado contexto normativo. A partir deste tipo de comparação com equivalentes funcionais resultam, conforme a ideia central deste texto, possibilidades de avaliar o desempenho social do conceito de responsabilidade por inovações.

Minha reflexão tem como ponto de partida uma sociologia do conhecimento orientada pela dimensão temporal da responsabilidade, bem como de conceitos semelhantes. Se se volta para o tema da responsabilidade por inovações, ressalta-se que inovação e responsabilidade possuem um aspecto em comum (em todo o caso, cunhado em um aspecto específico), notadamente: estrutura temporal. A partir daí, defendendo uma perspectiva de pesquisa que põe em questão a relação social com a inovação, portanto, geral e particularmente, questiono a regulação jurídica sobre inovações em sua relação com a sua mencionada estrutura temporal.

¹ Tradução de Mcs. Henrique Carvalho, do original em alemão, sob a supervisão do autor.

² Agradeço ao meu colega Michael Huber (cf. Huber, 2008) e aos membros do grupo de pesquisa doutoral “Possibilidade de Futuro”, bem como aos participantes do seminário “construção científica do Futuro” no semestre de inverno 2007/2008, que a partir de suas contribuições o presente artigo prosperou em grande medida.