

SABINO CASSESE

A Crise do Estado

Estado Estado
Estado Estado
Estado Estado
Estado Estado
Estado Estado
Estado Estado
Estado Estado
Estado Estado
Estado Estado

Copyright © by Sabino Cassese
Direito desta edição Saberes Editora - 2010

Capa, projeto gráfico e editoração
Bruna Mello

Revisão
Anna Carolina Garcia de Souza

Tradução
Ilse Paschoal Moreira
Fernanda Landucci Ortale

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELO
Sistemas de Bibliotecas da UNICAMP /Diretoria de Tratamento da Informação
Bibliotecário: Helena Joana Flipsen – CRB-8ª / 5283

C272c Cassese, Sabino.
A crise do Estado / Sabino Cassese ; tradução: Ilse Paschoal Moreira e
Fernanda Landucci Ortale. – Campinas, SP : Saberes Editora, 2010.

ISBN 978-85-62844-03-4

1. Direito administrativo . 2. Direito constitucional.
3. Administração pública – Direito I. Moreira, Ilse Paschoal.
II. Ortale, Fernanda Landucci. III. Título.

CDD – 341.3
- 341.2
- 347.013

Índices para Catálogo Sistemático

1. Direito administrativo - 341.3
2. Direito constitucional - 341.2
3. Administração pública - Direito - 347.013

Saberes
EDITORA 

Av. Santa Isabel, 260 - sala 5
Campinas - SP CEP- 13084-012
Fone: 19 32880013
www.sabereseditora.com.br
saberes@saberes.com.br

Além disso, no centro está o Estado, poder público com estrutura compacta. O Estado está em posição de superioridade institucional. Em alguns casos, admite ser colocado em condição de igualdade com outros sujeitos, com os quais negocia. Mas mesmo nesses casos pode retomar sua posição de superioridade.

Em terceiro lugar, a lei assegura a extensão e a controlabilidade do poder público e, portanto, delimita exatamente suas competências.¹²¹ Assim, a ação estatal é rigidamente planejada pela lei, que estabelece fins, regras e deveres para o poder público. Esse é o modelo do poder legal-racional, previsível, mensurável, e, portanto, controlável. Do lado oposto, os sujeitos privados agem de acordo com interesses e objetivos próprios, visto que a lei define apenas o que lhes é vetado.

Enfim, as relações entre os dois pólos, público e privado, são determinadas definitivamente e permanecem estáveis – entre o organismo posto em posição superior e os outros sujeitos não há convergência, mas contraposição.

1 . O ordenamento jurídico de um dado a uma escolha: a concorrência entre instituições

Vejamos agora as transformações desses paradigmas.

Em primeiro lugar, assinala-se a passagem de uma estrutura ordenada de cima para baixo para um mecanismo que se auto-ordena. O ordenamento jurídico era um dado, torna-se uma escolha.

De fato, ao lado da “demanda de direito”, o operador pode fazer uma escolha, exprimindo, assim, um juízo sobre a “oferta de direito” e “comprando” a mais conveniente. Na “oferta” pode haver um direito diferente ou simplesmente uma administração diferente do direito. A escolha é permitida para a busca da melhor tutela, do direito menos severo ou mais conveniente.

121 C. Schmitt, “*Dottrina della Costituzione*”. Milão: Giuffrè, 1984, p. 176 e seguintes.

Os direitos e as administrações objeto da escolha são, portanto, postos em concorrência.¹²²

A réplica do mercado que assim se produz não é completa. Os direitos e as administrações sucumbentes não vão à falência. Todavia, os vencedores ampliam sua esfera de domínio, indo bem além das fronteiras nacionais, em um processo cumulativo típico de uma empresa que adquire posição dominante.

Devemos nos perguntar se o quase mercado que assim se desenvolve tem necessariamente como efeito a otimização do resultado. Por exemplo, voltando ao caso da autorização para a comercialização de fármacos, a administração do país de referência (o primeiro regulador) poderia ser escolhida procurando-se a que se acredita que faria menos observações ou uma avaliação mais apressada, prejudicando, desse modo, a saúde pública? Nessa situação, o perigo é evitado graças à oposição motivada que cada regulador pode apresentar e ao fato de que o poder final é atribuído a todos os reguladores, ainda que seja sob o controle da comunidade dos Estados (fórmula que, como dito, identifica não a União, mas o conjunto composto dos Estados e da Comunidade). Mas não se pode excluir que, em alguns casos, a busca do direito menos severo e da melhor tutela possa se resolver na prevalência do pior direito.

Ilustrou-se, assim, um paradigma, o da “mercantização” das instituições, que contradiz o paradigma tradicional, de acordo com o qual as instituições se impõem aos sujeitos privados, constituindo pré-requisito ao qual estes devem necessariamente se adaptar. Quem adora colocar vinho novo em barris velhos poderá observar que a escolha dos “consumidores” de direito e de instituições é permitida justamente por um ordenamento superior e, portanto, de cima para baixo. Retornaríamos assim ao antigo modelo. O novo será reduzido de acordo com as mar-

122 M. R. Ferrarese, “*Le istituzioni della globalizzazione: Diritto e diritti nella società transazionale.*” Bolonha: Il Mulino, 2000, p. 72, p. 92 e especialmente p. 134 e seguintes. O autor observa que o direito não é subtraído à competição no mercado global.

gens de manobra limitadas que todo ordenamento deixa sempre a seus sujeitos, como a escolha entre vários tipos de sociedade.

2. Do Estado à União: a organização pública multinível

Em segundo lugar, substitui-se o monismo estatal e sua organização compacta por um conglomerado de direitos, até mesmo incompatíveis, mas providos de normas de conflitos, ou seja, de regras que decidem que normas aplicar ao caso concreto.¹²³

No centro não está mais o Estado, mas a União, que atua, porém, segundo o modelo da *indirect rule*, do “governo” por meio de outros “governos”. A União se abstém de dispor sobre cada fato particular; entrega ou deixa essa tarefa às leis estatais, como a ordem divina deixava espaço à ordem natural, segundo a teoria escolástica das “causas segundas”.

123 Seguindo o exemplo da ordem jurídica medieval; sobre esses aspectos, A. M. Hespanha, “*Introduzione alla storia del diritto europeo.*” Bolonha: Il Mulino, 1999, p. 98 e p. 105. Há vasta literatura sobre as organizações multinível. Indicam-se apenas alguns textos, um da fase inicial da análise do problema, os outros recentes: S. Cassese, “*Theoretical Sketch of the Cooperative and Multidimensional Nature of Community Bureaucracy*”, in J. Jamar e W. Wessels, “*Community Bureaucracy at the Crossroads. Bruges*”: De Tempel, 1985, p. 39; F. W. Scharpf, “*Notes Toward a Theory of Multilevel Governing in Europe, Scandinavian Political Studies.*” Nova York: John Wiley and Sons, vol. 24, n° 1, 2001 (observa justamente a necessidade de uma abordagem múltipla da União Europeia, na qual se encontram em função ao menos quatro módulos: *mutual adjustment, intergovernmental negotiations, hierarchical direction, joint decision*); A. Maurer; J. Mittag e W. Wessels, “*Theoretical Perspectives on Administrative Interaction in the European Union*”, in T. Christiansen e E. Kirchner, *Committee Governance in the European Union*. Manchester: Manchester University Press, 2000, p. 23 e seguintes; “*De consequentibus van multi-level governance, Res publica*”. N° 1/2001 (vol. XLIII) (número dedicado a aspectos gerais, comparados e nacionais do *multi-level government*) e A. Massera, “*Oltre lo Stato: Italia ed Europa tra locale e globale*”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milão: Giuffrè, n° 1, 2001.

Entre os diversos níveis se estabelece tripla circulação – de cima para baixo, por meio do instrumento bem conhecido, o da harmonização comunitária dos direitos nacionais; de baixo para cima, graças à integração das tradições jurídicas e constitucionais no direito comunitário, e horizontalmente, por meio das escolhas entre os diversos ordenamentos permitidas pelo mútuo reconhecimento.

Graças a essas diversas relações, ativam-se uma circulação entre os ordenamentos e uma circulação dos sujeitos entre os ordenamentos. Trata-se de fenômenos distintos, mesmo que possam ter consequências semelhantes. A primeira permite o transplante de institutos jurídicos – são estes que se movem. A segunda possibilita o deslocamento de sujeitos sob o império de instituições, que podem ou não ser harmonizadas – nesse caso, são os sujeitos que se movem, levando consigo partes de outros ordenamentos.

Esse movimento circular pode ser ativado de baixo para cima, quando um operador nacional escolhe outro ordenamento, ou ativa a intervenção comunitária, em ambos os casos, “contra” o próprio ordenamento. Ou então pode ser ativado de cima para baixo, segundo o modelo centralizado da iniciativa da Comissão.

Tanto no primeiro quanto no segundo, cada ordenamento atua como *benchmark*, como padrão de comparação em relação aos outros para evitar disparidades entre os Estados. O procedimento mais frequentemente adotado é o da comparação. A Comissão compara os ordenamentos, primeiramente para examinar se os desníveis estão criando obstáculos à livre circulação; em segundo lugar, para se assegurar de que estes atuem o direito comunitário de maneira uniforme, ou melhor, de maneira não tão disforme a ponto de produzir disparidades por causa de prazos e modos de atuação. Os sujeitos internos comparam os ordenamentos para obter o tratamento menos gravoso, como dito anteriormente, seja transportando de maneira mais eficaz o direito comunitário ao nacional, seja indo em busca de outras instituições mais eficazes, de outros ordenamentos.

A razão do desenvolvimento extraordinário do direito europeu se encontra justamente nesse mecanismo de crescimento, que permite colocar constantemente em comparação os diversos ordenamentos nacionais e o comunitário (no sentido estrito da palavra) e proceder, ao mesmo tempo ou de maneira alternada, de baixo para cima e de cima para baixo.

Esse mecanismo nunca permanece, por assim dizer, estático porque é constantemente pressionado por interesses privados. E consegue também compensar a dificuldade causada pelo limite da União, que não tem toda a panóplia de instrumentos *command and control* como os Estados, e, para não impor obrigações específicas, deve utilizar o antigo remédio da responsabilidade para impelir os Estados a estar em conformidade com o direito comunitário, transformando o legislador inadimplente em devedor.¹²⁴

Nesse novo contexto, ao mesmo tempo multinacional e comunitário (em sentido estrito), os Estados perdem o aparato monístico e se apresentam como conjunto de partes, como pluralidade de centros. Entre esses últimos se estabelecem novas relações, frequentemente, ilustradas com a metáfora da rede, expressão institucional da diversidade e do policentrismo.¹²⁵

O interesse geral ou público, de finalidade superior imposta *a priori* pela lei e colocada desse modo aos direitos e às liberdades – e posto assim como fundamento das grandes construções jurídicas do di-

124 Sobre o uso da responsabilidade como instrumento comunitário para sancionar a inobservância e, portanto, obter o cumprimento e sobre sua adequação, há rica literatura; limitamo-nos a mencionar C. Halow, “*Francovich’ and the Problem of the Disobedient State*”, *European Law Journal*. Vol. 2, n° 3, novembro de 1996, p. 199 e seguintes e M. P. Chiti, “*Diritto amministrativo europeo*”. Milão: Giuffrè, 1999, p. 358, p. 401, pp. 403-08.

125 Uma das obras mais interessantes sobre a transformação dos Estados, protótipo da hierarquia, em mercados e redes, é a obra organizada por G. Thompson; J. Frances; R. Levacic e J. Mitchell, *Hierarchies and Networks: “The Coordination of Social Life.”* Londres: Sage, 1991.

reito público e da especificidade do regime de direito público¹²⁶—, torna-se o resultado do conflito e da harmonização espontânea dos interesses individuais, segundo o modelo do utilitarismo.¹²⁷

Quando se reconhece a existência de vários interesses públicos, não ordenados hierarquicamente pelas normas, motivo pelo qual a decisão requer ponderação, admite-se que a composição dos interesses ocorre dentro do Estado. Fora deste, graças à ponderação ocorrida, fala-se sempre com uma única voz. A pluralidade se anula na decisão.

Com a “mercantização” do direito e do Estado, quando se substitui a ponderação pela concorrência, quando são consentidas a comparação, a escolha e as arbitragens, ou então alianças entre o operador de um Estado e outros Estados, ou ainda entre este e a Comissão contra o próprio direito ou o próprio Estado, o policentrismo e os consequentes conflitos saem do Estado, manifestam-se exteriormente, em uma arena pública mais ampla.

3 . Do procedimento à negociação

Em terceiro lugar, onde tradicionalmente o modo de decidir era determinado na forma sequencial (o procedimento) e da ponderação (a discricionarietà), nos casos examinados, as coisas ocorrem de maneira diferente.

126 Conseil D’etat, “*Reflexions sur l’intérêt général*”, Rapport public 1999 (Etudes et documents, n° 50). Paris: La Documentation française, 1999, p. 272 e 290.

127 Segundo o amplamente conhecido modelo smithiano, de acordo com qual, o indivíduo “não pretende, em geral, perseguir o interesse público, nem está consciente da medida em que o persegue [...]; visa apenas seu próprio lucro e é conduzido por uma mão invisível [...] para perseguir um fim que não faz parte de suas intenções”: A. Smith, “*An inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations.*” Oxford: Oxford University Press, 2008.

Não é o procedimento que modula a negociação, mas a negociação que plasma o procedimento. A série ou sequência se adapta à necessidade do acordo. A liberdade das formas próprias do direito privado penetra no direito público.

Depois, na Conferência de Serviços – e em todos os outros módulos de reunião de diversos órgãos de poderes públicos – não se faz em conjunto o que poderia ser feito separadamente. A reunião e a colegialidade estão em função de um objetivo diferente da mera ponderação dos interesses, que poderia ocorrer na sequência procedimental. Servem para fazer concessões recíprocas, outras ofertas e negociações. Servem para ampliar ou reduzir o próprio objeto do procedimento, em função das negociações necessárias para agilizar o acordo. Concluem-se com acordo, e não com decisão por maioria, porque essa última reduz, em via administrativa, o policentrismo disposto em via legislativa.¹²⁸

Encontram-se, em primeiro plano, a negociação no lugar do procedimento, a liberdade das formas no lugar da tipicidade, a negociação no lugar da ponderação. Derivam daí práticas jurídicas mais eficazes, mas também mais flexíveis, que não seriam aceitáveis se não valesse para elas o postulado que diz que a decisão, segundo o direito, não é menos discricionária ou policêntrica do que outras decisões públicas, salvo quando é controlada por critérios ou princípios de segundo grau, como a consulta recíproca, o consenso das partes, a motivação etc.¹²⁹

128 F. G. Scoca evidencia, de maneira intensa, que a ação coordenada e colaborativa e a avaliação contextual e global modificam o caráter tradicional da discricionariedade, “*La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milão: Giuffrè, n° 4, 2000, pp. 1053-54.

129 Nesse sentido, é correta a crítica que se faz a Max Weber: “o problema é que os burocratas não se comportam sempre como se esperaria que o fizessem. Estes revelam uma compreensível disposição humana para procurar aumentar o próprio poder e para fazer valer os próprios interesses privados: em vez de agir como servidores fiéis do Estado, procuram se tornar donos da própria casa”, como observado por F. Parkin, Max Weber. Bolonha: Il Mulino, 1984, p. 104. Entretanto, a burocracia é novamente submetida a “meta-regras”, que deve respeitar.

Daí surge a superação da clara separação entre negócio privado, entendido como fato de criação jurídica, ligado à autonomia privada e à licitude, e discricionariedade, considerada como escolha ordenada a um interesse pré-determinado pela norma e, portanto, a uma regra heteronômica. Em relação a essa separação, devida a Giannini¹³⁰, Mortati já havia observado que:

Se a ponderação comparativa de vários interesses com a finalidade de encontrar a composição mais oportuna foge a qualquer pré-determinação, visto que o politicismo que os dirige impede que tenham qualquer equivalência no tempo e no lugar, é preciso concluir que deveria haver espaço para manifestações voluntárias de negociação. Se, ao contrário, deseja-se excluir isso, será preciso também determinar os critérios objetivos de medida da ação administrativa não regulada pela lei.¹³¹

4 . Fim da bipolaridade

Por fim, notou-se um modo diferente de estabelecer as relações entre público e privado. Estas não são bipolares. São também multipolares. Por exemplo, um operador nacional pode se movimentar em conjunto com uma administração supranacional e em oposição à própria administração nacional e a outro operador do próprio país. Os interesses do primeiro e da segunda são coincidentes e são conflitantes com os interesses da terceira e do quarto.

A linha de distinção não passa pela divisão público/privado. Interesses privados coincidentes com os públicos comunitários estão em conflito com outros interesses públicos, dessa vez nacionais. Não há distinção ou oposição entre público e privado, assim como não há superioridade do público sobre o privado.

130 M. S. Giannini, "Lezioni di diritto amministrativo." Milão: Giuffrè, 1950, p. 292.

131 C. Mortati, "Recensione a M.S. Giannini: Lezioni di diritto amministrativo", Rivista trimestrale di diritto pubblico. Milão: Giuffrè, n° 1, 1951, p. 150.

Em conclusão, Estado e mercado, público e privado, que antes eram considerados mundos separados e em oposição, apresentam-se como entidades que se interpenetram. O Estado, universo fechado de sujeitos, como mercado, universo aberto. O Estado como conjunto de sujeitos com posições atribuídas segundo uma ordem tendencialmente hierárquica, enquanto no mercado os operadores assumem posições variáveis, em uma ordem tendencialmente paritária. O Estado, sistema no qual prevalecem relações de tipo *command and control*, enquanto no mercado dominam relações de negociação. O Estado assume e cuida de interesses gerais pré-ordenados, enquanto no mercado atuam interesses particulares, do conflito-concorrência deriva o ótimo resultado. Os dois modelos aparecem menos distantes. Empréstam-se partes reciprocamente.

Os novos paradigmas do Estado colocam em discussão todas as noções, temas e problemas clássicos do direito público – a natureza do poder público e de seu agir legal-racional, movido de cima para baixo (pela lei), o lugar reservado à lei e a suas implicações (legalidade e tipicidade) e relações público-privado. E requerem também mudança de comportamento científico em relação ao direito, porque a “doutrina” jurídica não pode manter imutáveis os próprios códigos de referência com uma mudança tão radical de seu objeto.¹³²

A expressão escolhida para resumir em um único termo esses novos paradigmas (arena pública), talvez inadequada, apresenta bem, entretanto, o alargamento das fronteiras do poder público e a transformação de sua morfologia e, aq mesmo tempo, permite entender sua incompletude.¹³³

132 Para uma reflexão sobre estes aspectos, B. A. Ackerman, “*The Marketplace of Ideas*”, em *Yale Law Journal*. Vol. 90, nº 5, abril de 1981, p. 1131, e também outros textos no mesmo número, no qual foi publicado o symposium sobre “*Legal Scholarship: its nature and purposes.*”

133 No sentido das entidades organizacionais incompletas às quais se referem N. Brunsson e K. Sahlin-Andersson, “*Constructing Organizations: the Example of Public Sector Reform*”, *Organization Studies*. Nº 21/4, 2000, p. 721 e seguintes.

Algumas pessoas dirão que esses novos paradigmas são reduzíveis aos velhos modelos. Ou os refutarão, em nome de um direito menos flexível. Se não é possível concordar com os *laudatori temporis acti*, que acreditam poder resolver todos os problemas do mundo, e se, por outro lado, é possível supor que os novos paradigmas podem se prestar a abusos, permitindo fácil manipulação de institutos jurídicos disponíveis e “porosos”, sob pressão dos interesses, deve-se, porém, aceitar o convite da nova realidade para enfrentá-la, talvez com forças maiores e instrumentos de análise mais sofisticados do que os utilizados aqui. “Os debates sobre as organizações se tornaram[...] discussão sobre política e sociedade [...]. A vida nas organizações é muito importante para ser deixada apenas aos técnicos da organização.”¹³⁴

134 W. J. Mackenzie, “*La politica e le scienze sociali.*” Bari: Laterza, 1969, p. 280.

Notas sobre as fontes

Os textos aqui reunidos foram escritos entre 1996 e 2001. O primeiro é inédito. Por isso, agradeço aos doutores Corrado Clini e Francesco Fonderico, ao professor Giulio Napolitano, à doutora Nicoletta Rangone e ao doutor Mario Savino pelas informações, material e comentários fornecidos. Todos os outros textos foram publicados.

Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali é o artigo do Conferência Internacional sobre Concorrência “Francesco Saja”, realizada em Roma, no dia 21 de novembro de 1995. Foi publicado em *Foro Italiano*, 1996, V, c. 7, com agradecimento ao professor Claudio Franchini pelos comentários à primeira versão.

La fine della sovranità economica dello Stato é o artigo do congresso em homenagem a M. S. Giannini *I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, organizado em 27 de novembro de 2000 pela Faculdade de Economia da Universidade de Roma Tor Vergata. Foi publicado com o título *I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, no *Giornale di diritto amministrativo*, em 2001. A seguinte observação foi incluída: “Ao concluir a introdução romana, em 2 de março de 1959, Massimo Severo Giannini alertava para as tentações de escrever uma teoria a respeito da intervenção estatal na economia (*Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, em *Rivista del diritto commerciale*. Milão: Dottor Francesco Vallardi, nº 9-10, 1959, I, p. 237). Há observação análoga, relativa ao direito público da economia em 1977 (em *Diritto pubblico*

dell'economia. Bolonha: Il Mulino 1977). No entanto, Giannini escreveu um manual de direito público da economia. Isso se explica com a solicitação da cultura internacional e, em particular, do Centro de Pesquisa em Direito Econômico da Universidade de Limoges, que, em 1970, lhe pediu para participar de uma pesquisa comparativa – posteriormente publicada em *L'intervention des pouvoirs publiques dans la vie économique* – e da Universidade de Caracas, que lhe convidou, em agosto de 1974, para ministrar um curso de Direito Público da Economia – cujo texto datilografado foi conservado em *Carte Giannini*. Os escritos orgânicos de Giannini sobre as relações entre Estado e economia são, portanto, de meados dos anos 1970. Neste texto, para lembrar essas contribuições, tento fazer um balanço das principais mudanças ocorridas na matéria nos últimos 25 anos.

O texto *L'erosione dello Stato: una vicenda irreversibile?* foi escrito para a Jornada de Estudos Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione, promovida pela ISLE e pela Sessão parlamentar, para homenagear M. S. Giannini, no dia 2 de outubro de 2000, em Roma. Foi publicado em *Rassegna parlamentare*, 2000, fasc. 1, p. 11.

Gli Stati nella rete internazionale dei poteri pubblici é o artigo de abertura do II Congresso Internacional da Associação de Direito Público do Mercosul, realizado em Buenos Aires, de 14 a 16 de abril de 1999. Foi publicado na *Rivista trimestrale di diritto pubblico* em 1999 (edição nº 2, p. 321), com agradecimento ao dr. Edoardo Chiti pela leitura da primeira versão.

L'Unione europea come organizzazione pubblica composita é a aula ministrada na Faculdade de Direito da Universidade de Lecce, em 18 de outubro de 2000. Foi publicada na *Rivista di diritto pubblico comunitario*, em 2000 (edição nº 5, p. 987).

L'arena pubblica: Nuovi paradigmi per lo Stato foi publicado na *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, em 2001 (edição nº 3, p. 601), trazendo os seguintes agradecimentos:

Uma parte dos problemas analisados neste texto foi objeto do curso ministrado por mim na Faculdade de Direito da Universidade de Roma "La Sapienza" entre 1999 e 2000. Os doutores Edoardo Chiti, Francesco Fonderico e Nicoletta Rangone me ajudaram inicialmente a recolher uma parte do material documental. Para os casos examinados, foi preciosa a colaboração da dra. Donatella Lucia e do engenheiro Andrea Salemmme, da TAV; da dra. Bianca Maria Martinelli, da Omnitel Pronto Italia; do advogado Stefano Marino, da Sigma Tau, e do dr. Piero Rijli, da Menarini; do professor Guido Cammarano e do dr. Massimo Desiderio, da Assogestioni. A todos, um vivo agradecimento.