

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

Sabino Cassese

A crise do Estado

Tradução

Ilse Paschoal Moreira
Fernanda Landucci Ortale

Saberes
EDITORA

O caso da parte da governança global que começa a envolver problemas políticos é diferente. Mas aqui também é difícil que se repita a experiência dos Estados nacionais, com seus dois componentes essenciais, o rousseauniano (a democracia política) e o montesquiano (a divisão dos poderes e as garantias). Se, por um lado, podemos estar certos de que a via do poder político global não é a mesma dos Estados nacionais; por outro, é difícil dizer, no estado caótico atual, que via poderá ser. Esse será um dos mais fascinantes problemas dos próximos anos.

II

Poderes independentes, Estados, relações Supraestatais

1. Crise da unidade do Estado, crise de sua soberania econômica e ordens supranacionais

Gostaria de tecer algumas reflexões sobre dois temas. O primeiro se refere à crise da unidade dos Estados e do controle governamental dos aparelhos públicos. Como consequência dessa crise, um mundo repleto de autoridades independentes vem se juntar a outro repleto de governos nacionais.

Já o segundo se refere às implicações da queda das barreiras nacionais e da abertura dos mercados sob o controle estatal dos próprios mercados. A erosão da soberania dos Estados tem como consequência a substituição de regras estatais por disciplinas bilaterais, multilaterais e supranacionais.

A crise da unidade dos Estados e a crise de sua soberania econômica convergem em um resultado único, a constituição de ordens supranacionais, organizadas em rede em vez de hierarquias.

Duas observações devem ser feitas. A primeira é que tendo em vista os estudos existentes, essas reflexões se tratam de uma exploração preliminar, apenas um início. A segunda observação é que os três fenômenos se desenvolvem tão rapidamente sob nossos olhos que poderia-

consequentemente sugere que se inspire no modelo do *notice and comment*, próprio de um ordenamento com organizações independentes e divisão de poderes.

mos citar Heráclito quando este diz que entramos e não entramos no mesmo rio.

2. A fragmentação dos ordenamentos estatais

Início com o primeiro tema, a crise da unidade do Estado. A fragmentação dos poderes públicos é um dos principais problemas dos ordenamentos modernos. Nos ordenamentos unitários, a instituição e posterior multiplicação das entidades públicas nacionais e o surgimento de figuras híbridas, constituídas de organismos semipúblicos, tiraram o sono dos cultores do Estado. Mas também nas *stateless societies*, mesmo o ponto de partida sendo diferente, a multiplicação de organismos públicos não submetidos ao governo central trouxe problemas significativos.

Portanto, podemos dizer que o policentrismo dos ordenamentos gerais traz hoje alguns problemas comuns, embora com intensidades diferentes. O primeiro deles é o das definições. Inicialmente procurou-se definir o ente público, depois, a figura deste entrou em crise, e, por fim, percebeu-se que as noções são tão numerosas quanto os entes — ou categorias de entes — existentes. Posteriormente, recorreu-se a palavras compostas em inglês, como *quango* (*quasi-auto-nomous-non governmental organisations*), para indicar institutos pertencentes a gêneros diferentes.

O segundo problema é a determinação do setor público não estatal e suas dimensões. O número e a variedade de organismos que o compõem tornaram essa tarefa particularmente difícil. A insuficiência das categorias tradicionais a ser incluídas no paraestado levou a determinar também novas terminologias como, justamente, a de “setor público”.

O terceiro não é um problema de compreensão, mas operacional ou de gestão; trata-se da subordinação ao governo — e a outros órgãos representativos — do variado mundo dos poderes públicos não estatais. O que é difícil porque estes fogem, pela própria natureza, de sua coordenação e controle.

O quarto refere-se a *accountability* — a quem esses organismos respondem? Ao eleitorado, às comunidades locais ou aos cidadãos?

As dificuldades aumentam pela pouca comparabilidade *cross-nations* do extraordinário crescimento do ordenamento paraestatal e da consequente fragmentação dos ordenamentos unitários. Basta apenas lembrar que em muitos países a disciplina da concorrência é confiada a organismos independentes, mas, nos Estados Unidos, é confiada à Divisão Antitruste, que completou sessenta anos em 1994 e, no caso da União Europeia, a uma das Comissões, ou seja, ao executivo. Isso deveria nos fazer refletir a respeito da relatividade das escolhas e das qualificações jurídicas feitas pelos diferentes ordenamentos.

3. Os poderes independentes

A introdução das autoridades independentes agravou ainda mais a situação.

Primeiramente, nunca tanto poder normativo foi “delegado” pelo Parlamento (usamos a fórmula norte-americana *delegated legislation*, ainda que seja imprópria). Pode-se dizer que, nos ordenamentos modernos, assistimos a uma dualização do poder normativo; uma parte é conservada pelo Parlamento, enquanto outra é atribuída a autoridades independentes, embora nem todas tenham poderes normativos. Trata-se de um fenômeno desconhecido. Na realidade, há uma tendência paralela a dualizar o poder administrativo, dividindo, de um lado, direção e controle, e, de outro, gestão, sendo os dois primeiros atribuídos ao governo e o outro à direção administrativa.

Em segundo lugar, o regime da designação e da nomeação (parlamentar) dos titulares das autoridades independentes, a duração dos mandatos, a falta de subordinação às instruções da autoridade governamental e o regime da incompatibilidade colocaram o governo fora do circuito de poder de decisão atribuído às autoridades independentes. A elas é confiada, de maneira exclusiva, uma tarefa, na qual os governos não podem intervir. O Parlamento, ao “delegar” o poder normativo a

corpos independentes, mantém o controle sobre eles, nomeando titulares. Estes atuam com plena independência, inclusive em relação ao Parlamento, diferentemente das agências norte-americanas. Essa dupla independência visa assegurar outra, a independência em relação aos poderes econômicos submetidos a controle.

A consequência é a mudança no ordenamento tradicional, que via a administração inserida no aparelho executivo. Dessa forma, uma parte da administração pública foge ao governo, não está ligada a uma estrutura "hierárquica". Assim, não se aplica nem mesmo o princípio da responsabilidade ministerial — um princípio do parlamentarismo inglês, do qual a Itália e outros países se apropriaram —, porque o governo está fora do jogo nas matérias confiadas às autoridades independentes.

O terceiro motivo pelo qual o surgimento de autoridades independentes complicou ainda mais a fragmentação dos poderes decorre da forma judiciária em que se desenvolve a atividade dessas autoridades. O fato de que seja atribuída a elas a tarefa de proteger setores sociais sensíveis, isto é, interesses dignos de proteção e constitucionalmente relevantes — o que não deve ser superestimado, porque nos ordenamentos modernos não existem funções que, pela própria natureza, devam ser administradas de maneira independente, assim como não há funções que, por sua natureza, devam ser atribuídas aos juízes —, exige que a atividade seja exercida nas formas próprias do processo. Daí os instrumentos complexos das autoridades independentes que agem aplicando princípios próprios do juiz, como notificação de acusações, oitiva das partes, exigência de motivação, poderes instrumentais de investigação e inspeção, poderes sancionatórios etc.

A partir das características dos poderes independentes apresentadas, compreendemos que sua instituição desafia os princípios mais reverenciados dos ordenamentos modernos.

Primeiramente, o princípio da unitariedade organizacional ou de ações dos poderes públicos. Com as autoridades independentes são estabelecidos novos procedimentos de criação do direito e, portanto, diversificados os produtores de normas. Além disso, reafirma-se o princípio

de que nem todos os órgãos públicos se reportam a uma pessoa jurídica e que a entidade subjetiva Estado, no direito interno, exprime apenas parte da organização pública. Por isso, como observou Mario Nigro algumas décadas atrás em relação ao Conselho de Estado, ao Tribunal de Contas e aos tabelães, no ordenamento jurídico, além do aparelho personificado, movem-se numerosos órgãos e conjuntos de órgãos que não estão em terra de ninguém, mas que constituem a República como organização global da Comunidade nacional.

Além disso, questiona-se o princípio da democraticidade dos ordenamentos, já que os componentes das autoridades não são colocados sob o controle dos eleitores, mas, como no caso de sacerdotes, estudiosos, especialistas e juízes, recorremos a seus conhecimentos e valores.

Questiona-se ainda o princípio da tripartição dos poderes. De fato, as autoridades independentes dispõem tanto de poderes normativos como administrativos e jurisdicionais. Por outro lado, quem acredita na distribuição dos poderes entre aparelhos — como os críticos norte-americanos das agências na *progressive* era, que se recusavam a reconhecer a existência de um quarto poder — chega à fácil conclusão de que as autoridades independentes fazem parte do aparelho executivo, integram a administração pública. Dessa forma, comete-se o erro de atribuir as autoridades a um dos três poderes, aceitando o dogma de que tudo o que não é jurisdição e legislação é administração. Um equívoco que se encontra refletido na própria expressão, de origem francesa, "autoridades administrativas independentes".

Por fim, as autoridades independentes questionam o modelo das relações entre governo e Parlamento, próprio de sistemas parlamentares. Nestes, diferentemente dos presidenciais, o governo é, por assim dizer, filho do Parlamento, mas também o controla, cabendo frequentemente a ele a iniciativa legislativa e o poder de controlar a atividade legislativa do Parlamento por meio da maioria que o apoia etc. — por esse motivo insistiu-se, no passado, a respeito da natureza de "comitê diretor do Parlamento", própria de governo. Com a instituição das autoridades independentes, uma ou mais áreas fogem ao governo, porque

o Parlamento acaba controlando toda a matéria, da regulamentação à execução. Por isso, as autoridades independentes, na realidade, não são poderes administrativos. Fazem parte do direito constitucional e representam, historicamente, uma alternativa ao governo econômico constituído pelo planeamento (enquanto no planeamento as prescrições são finalísticas e as responsabilidades recaem sobre o governo, no modelo *regulating business by independent commissions*, as prescrições são condicionais e as responsabilidades, próprias de autoridades independentes). Portanto, as autoridades independentes se inserem entre os poderes estatais em nível constitucional, representando uma atenuação daquilo que no século XIX era definido como monstruoso conúbio de democracia e centralização. Em termos modernos, poderíamos dizer que a organização distribuída ou dividida dos poderes representa uma correção, sob o prisma organizacional, da concentração produzida pela democracia.

4 . As reações dos ordenamentos

O sistema das autoridades independentes não é desprovido de defeitos e inconvenientes; são três os principais. O primeiro é a “balcanização” do executivo e o círculo vicioso que se constitui, setor por setor, entre opinião pública, Parlamento e reguladores ou fiscalizadores, com a consequente falta de um elemento de racionalização e uniformidade intersectorial, sem as características desta ou daquela área.

O segundo é a ausência de coordenação e, particularmente, os conflitos que podem surgir entre autoridades. Visto que não atuam isoladamente nem distantes umas das outras, a solução de conflitos que possam surgir entre elas traz o seguinte dilema: ou as autoridades são capazes de resolvê-los de forma pacífica, ou então é necessário recorrer a uma autoridade superior, o governo; mas isso significa a diminuição da independência das autoridades.

O terceiro inconveniente — já mencionado — é a *accountability*. Se as autoridades são confiadas a especialistas, é necessário que estes também sejam sapientes e tenham a sabedoria de compreender os próprios

limites. Sem as três características, serão necessárias correções externas e, portanto, limitações da autonomia. Além disso, é necessário assegurar, do ponto de vista institucional, a “visibilidade” e a “legibilidade” dos poderes independentes — apenas se forem transparentes serão realmente *accountables*.

A esses inconvenientes soma-se a tendência, própria de ordenamentos públicos baseados na tradição do Estado unitário, de subordinar as autoridades independentes à categoria das administrações públicas, reduzindo um corpo novo, que não pode ser incluído em nenhum dos três poderes tradicionais, como mostramos, a apenas um deles. Essa tendência é tão forte que envolve até mesmo países incluídos entre as *stateless societies*. Nos Estados Unidos, por exemplo, onde há grande experiência por parte das autoridades independentes e a fragmentação do poder público central prevalece sobre a unidade, Scalia, juiz da Suprema Corte, defendeu a concepção unitária do poder presidencial e a *non-delegation doctrine*, que estava em declínio após o *New Deal*, foi revigorada — críticos afirmam que a unidade do executivo é um mito, porque o sistema dos *checks and balances* pressupõe não a unidade ou a uniformidade, mas a fragmentação e a difusão dos poderes.

O exemplo mais completo disso é o caso francês. Uma vez instituídas as autoridades independentes — as primeiras remontam ao período de 1941 a 1972; houve aceleração entre 1973 e 1978; outras foram instituídas a partir de 1982 —, questionou-se sobre sua natureza e as consequências do desapossamento do governo das matérias que lhes foram confiadas. A partir de 1982, o *Conseil Constitutionnel* pôde se pronunciar muitas vezes sobre o tema. Ele se preocupou com as funções de soberania atribuídas a autoridades independentes e com a supressão — que se verifica com as autoridades — do poder do governo de determinar e conduzir a política nacional. Como consequência, o órgão francês de justiça constitucional reconheceu poderes de decisão e sancionatórios às autoridades, mas à custa de atenuação de sua independência e enquadramento no sistema administrativo. Dessa forma, as autoridades independentes acabaram sendo canalizadas para a administração pú-

blica, sua independência foi minimizada, seu poder normativo reconhecido, mas não equiparado ao do legislativo, e sua atividade submetida ao controle jurisdicional. Por fim, foi negada a essas autoridades a natureza de instância constitucional.

Deduz-se, então, que o Conselho constitucional – e desde 1987 também o *Conseil d'Etat* – se tornou prisioneiro dos princípios tradicionais e acabou atrelando-se à administração e submetendo as autoridades independentes ao juiz administrativo, tornando precária e vulnerável a posição política e constitucional delas.

O exemplo mais característico dessa reação dos poderes independentes tradicionais – o juiz constitucional e administrativo – aos novos poderes independentes é o caso da impugnação dos atos da autoridade da concorrência na Corte de Apelação de Paris. A impugnação foi motivada pelo legislador com o argumento de que, na França, a autoridade judiciária ordinária julga as relações econômicas – desde Napoleão, julga também os casos relativos à propriedade, como de expropriação. Dessa forma decidiu-se que uma parte do contencioso administrativo seria confiada ao juiz ordinário. Mas o *Conseil Constitutionnel*, com a decisão nº 86-224 DC, de 23 de janeiro de 1987, declarou a lei inconstitucional, afirmando que o tema das competências não é remetido ao legislador, mas faz parte dos princípios fundamentais. Uma lei sucessiva, enfim, não impugnada pelo juiz constitucional, conferiu novamente à Corte de Apelação de Paris a jurisdição sobre as decisões da autoridade.

Além disso, o ordenamento francês é regulado pelo artigo 20 da Constituição de 1958, segundo o qual o governo dispõe da administração. Trata-se de uma norma bem mais ampla do que a contida no artigo 95 da Constituição italiana, inspirada – como demonstramos – no princípio inglês da *ministerial responsibility*. Na Itália, esse princípio foi atenuado pelos decretos legislativos nº 748, de 1972, e nº 29, de 1993. Esses decretos atribuíram à direção administrativa, como funções próprias, as tarefas de gestão. Portanto, o ministro e o Conselho de Ministros poderão ser responsáveis pela orientação e controle, mas não

pela gestão. Se acrescentarmos o fato de que, para as autoridades independentes, o governo não participa nem mesmo da escolha dos titulares e não pode fornecer diretrizes, compreendemos que na Itália as premissas institucionais são completamente diferentes.

Contudo, mesmo lá registram-se reações preocupadas com a instituição das autoridades independentes. Reações que mais uma vez têm como protagonistas as autoridades independentes da primeira geração, o Tribunal de Contas e o Conselho de Estado. Aquele porque pretende assimilar as autoridades independentes a um algum órgão administrativo e, violando normas de autonomia e independência, espera o respeito de normas que têm a dupla característica de ser de origem estatal e ditadas por órgãos que fazem parte da administração pública.

Já o juiz administrativo aplica às autoridades independentes os mesmos cânones de controle judiciário que utiliza para as administrações estatais. Não queremos abordar aqui o problema das implicações da natureza não administrativa das autoridades independentes de que trata o artigo 113 da Constituição – ponto de vista não levantado e não considerado nas decisões nº 419 e nº 435, de 1995, da Corte Constitucional. Mas não podemos deixar de reconhecer que a escolha específica dos titulares das autoridades, tanto em relação a requisitos quanto a procedimentos, em relação ao regime das incompatibilidades, às formas judiciais em que se desenvolve sua ação e à independência a elas atribuída exigiriam pelo menos um comportamento de *self-restraint* por parte do juiz administrativo. Um comportamento que assumiu, em muitas circunstâncias, em relação a outros corpos, por exemplo, limitando, no passado, o próprio exame das escolhas das comissões de concurso para a nomeação de professores universitários, com base no reconhecimento da mais alta discricionariedade que a comissão deveria usufruir. Para lembrarmos outro comportamento que os juízes também têm em outros ordenamentos, basta pensarmos que dos dez recursos impetrados contra os atos da *Monopolies and Mergers Commission* inglesa, entre 1948 e 1992, seis concluíram-se a favor da Comissão.

Para examinar esse último tema, é necessário lembrar dois aspectos, um histórico-comparativo, outro genético. O primeiro diz respeito aos Estados Unidos, onde Landis, ao defender a instituição das agências independentes, observava que suas funções não poderiam ser conferidas aos juízes *jack of all trades and masters of none*, porque não podiam garantir ações eficazes em matérias tão técnicas. A mesma consideração foi feita na fase da gênese de algumas autoridades independentes italianas, como a Autoridade fiscalizadora da concorrência e do mercado. As autoridades independentes, portanto, nasceram como alternativa à entrega dessas funções ao juiz. Como pensar que agora possam ser totalmente submetidas a ele? Por outro lado, o mesmo Conselho de Estado admitiu, de maneira significativa, que a autoridade fiscalizadora da concorrência e do mercado “é um órgão dotado de competência específica e colocado por lei numa posição de imparcialidade comparável a de um juiz” (Comissão especial, 22.6.1995, nº 51).

Às reações do Tribunal de Contas e do Conselho de Estado somam-se as de outros aparelhos administrativos, principalmente o Tesouro. Estes, valendo-se de normas gerais e regulares (por exemplo, normas de 1923, sobre a contabilidade, de 1975, sobre o paraestado, de 1979, sobre a contabilidade dos entes públicos, de 1990, sobre o procedimento, de 1993, sobre os funcionários e, de 1994, sobre o controle), que uniformizam fenômenos ou matérias anteriormente heterogêneas ou reguladas de forma heterogênea (por exemplo, relações entre órgãos de cúpula e de gestão), procuram fazer valer para as autoridades independentes regras gerais, como a separação das tarefas do colégio e da estrutura – principalmente a direção –, a determinação de cargas de trabalho, a redeterminação dos quadros de funcionários e das contratações, o bloqueio temporário destas, a aplicação direta da lei sobre o procedimento administrativo etc.

5. A cooperação internacional e supranacional

Trataremos agora concisamente do segundo tema, relativo às implicações da perda da soberania econômica dos Estados.

Os dados são conhecidos; desde 1947, o volume do comércio mundial tornou-se dez vezes maior; os investimentos externos, apenas na década de 80, cresceram quatro vezes mais rapidamente do que o produto mundial e três vezes mais do que o comércio mundial.

O diagnóstico também é sabido. A globalização e as interrelações internacionais ocasionam desterritorialização das atividades econômicas.

Os Estados, que atuam em territórios delimitados, acabam ficando desorientados.

As implicações desse fenômeno e as formas como os poderes públicos tentam revertê-lo são menos estudadas. A implicação principal é a assimetria entre economia e Estado. Como foi mostrado, de um lado temos nações sem riqueza, de outro, riqueza sem nações.

Podemos resumir em quatro as formas como os poderes públicos procuram resolver esse desequilíbrio. A primeira é a cooperação entre autoridades de diferentes nações, disposta por leis nacionais. Em seguida, há a cooperação, disposta por acordos bilaterais, entre autoridades de diferentes nações. A terceira forma é a cessão de tarefas estatais a organismos supranacionais, constituídos com base em acordos multilaterais. Por fim, há os organismos supranacionais que absorvem funções estatais, submetendo os organismos estatais às próprias decisões.

Examinemos rapidamente os diversos tipos. O primeiro consiste em obrigações de colaboração, cooperação e troca de informações. São obrigações estipuladas, geralmente, sob a condição de reciprocidade, tanto no âmbito dos ordenamentos gerais supranacionais – como a União Europeia –, como fora deles. Visam entender a operacionalidade de autoridades nacionais para fora do território nacional. São dispostos por leis nacionais, mas produzem efeitos nas relações entre órgãos

públicos de Estados diferentes. Estabelecem vínculos entre órgãos de diferentes nações, mais fortes do que os existentes entre o órgão e o Estado a que pertence; basta lembrar a norma referente à reciclagem em que o segredo de ofício, que deve ser respeitado nas relações nacionais, não se aplica nas relações supranacionais, com as autoridades de outros Estados.

Na Itália, a norma mais abrangente é a referente à Comissão Nacional para as Sociedades e a Bolsa (Consob), para a qual pelo menos quatro Leis (nº 94, de 1974, nº 77, de 1983, nº 1 e nº 157, de 1991) preveem obrigações desse tipo. Mesmo a disciplina relativa à Autoridade fiscalizadora da concorrência e do mercado prevê formas de cooperação (artigos 1, 2, 3 e 10.4 da Lei nº 287, de 1990), mas apenas do tipo incluído em ordenamentos supranacionais. Na realidade, a Autoridade nacional "mantém com os órgãos da Comunidade Europeia as relações previstas pela norma comunitária em matéria".

Esse tipo de cooperação poderia evoluir bastante se fosse aceita a proposta, em processo de discussão, de emprego coordenado das leis nacionais da concorrência. Essa utilização pressupõe o reconhecimento mútuo das leis da concorrência e exige a não aplicação da lei nacional ou a disponibilização dos próprios poderes, por parte da autoridade nacional, a favor da autoridade nacional de outro país. No primeiro caso, a lei nacional é recessiva, no segundo, dotada de ultratividade.

O segundo tipo de cooperação é mais conhecido, porque consiste em acordos bilaterais entre Estados, como os acordos entre Estados Unidos e Alemanha e entre Estados Unidos e Canadá, referentes à concorrência. Mas, mesmo nesse caso, podemos registrar fatos novos. Um deles é o acordo entre Estados Unidos e União Europeia sobre concorrência. Nele, uma das partes é, ao mesmo tempo, ordenamento geral que abrange vários Estados e deve, por sua vez, assegurar a integração dos direitos estatais no ordenamento da União. Outro fato novo é a multiplicação de contatos e de quase acordos bilaterais, não entre Estados, mas entre autoridades independentes. Estas, por um lado, usufruem de sua independência dos Estados e, por outro, da homogenei-

dade e unidade supranacional dos setores controlados e dos interesses protegidos, para adquirir capacidade própria e direta nas relações internacionais.

O terceiro tipo é o da cooperação multilateral, particularmente eficaz quando origina organismos supranacionais estáveis. Um exemplo recente é o da Organização Mundial do Comércio, que se desenvolveu a partir do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), cujos membros passaram de 23, em 1947, para 80, em 1971, para 85, em 1981, e para 123, em 1994.

No âmbito do GATT – e agora da Organização Mundial do Comércio –, discute-se há tempos a possibilidade de redigir uma lei mundial sobre a concorrência, baseada no respeito a níveis semiautomáticos para definir os limites da concorrência ou a possibilidade de assegurar harmonização das leis nacionais, de maneira a estabelecer, pelo menos nos aspectos essenciais, um modelo comum. Mas essas propostas encontram dificuldade; são discutidas no âmbito de um organismo que se ocupa dos Estados, não das empresas – exceto se a ação destas for determinada pelos Estados –, e que se preocupa com os instrumentos, não com os efeitos econômicos produzidos.

O quarto tipo de cooperação é ainda mais estrito. Consiste na ampliação das fronteiras, graças à instituição de organismos supranacionais. Mas, se dessa maneira os Estados, em parte, readquirem o controle que haviam perdido sobre a economia, ao mesmo tempo, cedem funções e poderes às autoridades supranacionais e se reduzem a terminais operacionais dessas últimas.

6. Reações e consequências da cooperação

A crescente cooperação, em suas diversas e variadas formas, provoca reações de vários tipos. Entre elas, duas se destacam.

A primeira reação é cultural. Arraigado na ideia de Estado, se reduz todo esse rico mundo de relações supraestatais a produto do Estado, afirmando que este é fruto de suas autolimitações. Quem pensa

desse modo, porém, não percebe que há diferença entre a fase genética e a de desenvolvimento; as mesmas relações que se estabelecem em virtude de autolimitações dos Estados se desenvolvem com força própria e acabam se impondo a eles.

A segunda é institucional. Os governos – pelo menos os que funcionam – preocupados com as tendências centrifugas, constituem, e depois multiplicam, organismos de coordenação, para se manter informados sobre uma atividade que se desenrola cada vez mais na arena internacional. Na realidade, o resultado desse emaranhado de linhas setoriais que unem partes de Estados corresponde à imagem do poder público na Inglaterra vitoriana que John Stuart Mill apresentava a um interlocutor francês, que a relatou da seguinte maneira: “Nós dividimos as funções administrativas ao infinito e as tornamos independentes umas das outras”.

As consequências dessa crescente cooperação são muito interessantes. Certamente não produzem um governo mundial, uma *kosmopolis*, mas um mundo de relações muito densas, ordenadas em rede. Do ponto de vista estrutural, este tem um baixo nível de institucionalização. Do ponto de vista funcional, é baseado principalmente em procedimentos de negociações e acordos. Prevalecem interferências, sobreposições e complementariedades. O mundo dos Estados, regidos pela hierarquia, é substituído pelo mundo das redes transestatais, regidas pela interdependência. Em relação a elas, podemos nos lembrar da citação de Alexis de Tocqueville, em 1835, sobre a organização pública inglesa: “Há linhas que se cruzam em todos os sentidos, um labirinto”.

Giraudoux certa vez observou que o direito é a melhor escola da imaginação. Eis um bom lugar onde muitos juristas podem se exercitar.

III

O fim da soberania econômica do Estado

1. Da soberania do Estado sobre a economia à soberania da economia sobre o Estado

Nos últimos 25 anos, foram registradas três modificações importantes nas relações entre Estado e economia. Antes o Estado era soberano no que se referia a economia, agora perdeu essa posição justamente a favor da economia; antes ele era principalmente pedagogo, agora é sobretudo regulador; e o governo da economia que antes era unitário, passou a ser fragmentado.

Essas três modificações serão apresentadas uma a uma. Primeiramente será mostrada a situação passada, depois a atual conjuntura e, por fim, as consequências da passagem de uma a outra.

A primeira refere-se ao domínio estatal sobre a economia, que atualmente se inverteu, passando a ser o domínio da economia sobre o Estado.

Entre os séculos XII e XIX, os Estados-Nações conquistaram soberania no campo econômico com o poder impositivo, poder de cunhar moedas, controlar importações etc. Os limites da economia, portanto, tornaram-se os limites do Estado.

A economia dominada pelo Estado era uma economia da oferta, segundo o modelo mercantilista, no qual predominava o pressuposto colbertista de que a soma da riqueza disponível era fixa, inextensível²⁴.

Nos últimos 25 anos, o comércio mundial de bens aumentou muito e, além das nacionais, se desenvolveram empresas multinacionais. Afirmou-se e se impôs, portanto, uma economia-mundo, na qual uma empresa sediada em um Estado pode ter seus estabelecimentos produtivos em outro Estado e seus clientes em uma terceira nação.

O setor econômico menos ligado ao território, a finança, se des-territorializou ainda mais, tanto que há regiões no mundo onde se concentram transações financeiras que dizem respeito a todas as outras regiões, perdendo assim a ancoragem nacional: “a cidade de Londres se apresenta como uma espécie de *offshore centre*. É separada dos acontecimentos da economia britânica. Autoreferencial, destaca-se por si mesma”²⁵. Em suma, Londres, como praça financeira, não faz mais parte apenas do Reino Unido.

A economia liberada – parcialmente – pelo Estado é uma economia da demanda²⁶, na qual a soma da riqueza disponível não é fixa, pode aumentar e diminuir.

A passagem de uma ordem das relações entre Estado e economia para outra traz consequências nada desprezíveis. Entre elas, a principal é a seguinte: se antes a economia devia levar em conta o Estado, agora é o Estado que deve levar em conta a economia. Na realidade, os Estados são julgados por sociedades que estabelecem seu *rating*, do qual depende o valor dos títulos de débito emitidos pelo Tesouro. E grande parte da política econômica dos governos nacionais passou de proativa a reativa. Se antes guiava a economia, agora é seguidora ou adaptativa dela, ou

24 P. Minardi, *La fortune du colbertisme: Etat et industrie dans la France des lumières*. Paris: Fayard, 1998, p. 16 e p. 160.

25 P. Ciocca, *La nuova finanza in Italia: Una difficile metamorfosi (1980-2000)*. Turim: Bollati-Boringhieri, 2000, p. 13.

26 P. Minardi, op. cit., p. 339.

seja, serve para corrigir as tendências da economia, cujo andamento geral foge aos governos nacionais.

Observou-se, portanto, que se o Estado continua a ter papel importante, perdeu, todavia, a soberania econômica, porque se antes era detentor de poder absoluto, agora é detentor de poder relativo, e os limites do Estado e da economia não são mais os mesmos²⁷.

2. Do Estado pedagogo ao Estado regulador

A data de nascimento do Estado pedagogo pode ser fixada em 1669, quando *Colbert* instituiu o corpo dos *inspecteurs des manufactures* para controle da indústria – têxtil, do vidro, mecânica etc. –, que atuará até sua extinção, em 1791, em nome da liberdade econômica.

A instituição de órgãos de controle da economia respondia a um objetivo iluminista. Os inspetores funcionavam como freio e direção da atividade de particulares, em nome do Estado e como garantia de qualidade dos produtos.

Na qualidade de informantes privilegiados do Estado, as tarefas deles eram colher dados, propagandear novas tecnologias, fazer circular informações, aconselhar as empresas, apontar modelos produtivos e controlar a aplicação de regras técnicas. Sua atividade era direcionada à produção, mas os aspectos do consumo, do trabalho e da proteção²⁸ lhe eram estranhos.

27 São conclusões de M. R. Ferrarese, “*Globalizzazione (aspetti istituzionali)*”, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, vol. di aggiornamento. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 2001; do mesmo autor, “*Le istituzioni della globalizzazione: Diritto e diritti nella società transazionale*”. Bolonha: Il Mulino, 2000.

28 P. Minardi, “*La fortune du colbertisme: Etat et industrie dans la France des lumières*.” Paris: Fayard, 1998, p. 21, p. 151 e p. 159.

A atividade dos inspetores, nos 120 anos de vida, foi exemplar e serviu para criar um modelo em torno do qual nasceu e se desenvolveu a *querelle* Estado intervencionista *laissez-faire*²⁹, que posteriormente, no século XIX, será reacesa na Inglaterra por Albert Venn Dicey.

O modelo do Estado intervencionista, ou melhor, sua variante de Estado pedagogo, terá sucesso na Itália durante o século XX devido ao persistente atraso da economia, que fará as esperanças dos Nitti, Beneduce e Vanoni* apostarem no Estado e em sua capacidade de guia.

Na primeira metade do século, destacam-se as empresas modelo locais, que serviram para instruir os poderes públicos para que estes melhor controlassem a parte restante da economia, os serviços itinerantes de divulgação de agricultura – posteriormente órgãos periféricos desse ministério –, que ensinam técnicas agrícolas a um mundo rural pouco desenvolvido, os entes públicos de Nitti e Beneduce que, em setores privilegiados – obras públicas, indústria –, servem como estímulo à parte restante da economia.

Na segunda metade do século, destacam-se, ao contrário, os planejamentos e a intervenção nos setores “de base” da economia (Vanoni), que serviram como estímulo a outros ramos econômicos, a concorrência promovida pela empresa pública – a política dos preços dos produtos petrolíferos de Mattei, por exemplo** –, a funcionalização da companhia privada no interesse público, baseada na ideia de superioridade do interesse público sobre o privado.

29 P. Minard, op. cit., p. 10.

* Francesco Saverio Nitti (1868-1953) foi um político italiano com papel decisivo durante a I Guerra Mundial e no pós-guerra; foi grande estudioso dos problemas do sul da Itália e via na industrialização desse lugar a solução para os problemas econômicos e sociais de lá. Alberto Beneduce (1877-1944) foi economista e político italiano. Atuou também como administrador de importantes empresas estatais; foi ministro e deputado. Ezio Vanoni (1903-1956) foi economista e político italiano; exerceu várias vezes o cargo de ministro da área econômica. (N. do T.)

No rastro da *querelle* Estado intervencionista *laissez-faire*, as relações Estado pedagogo-economia foram consideradas principalmente em termos de oposição bipolar. Na realidade, o mito do Estado intervencionista sempre mascarou um jogo mais sutil do que o de liberdade-controle; jogo cujos grandes princípios não conseguem justificar³⁰.

A ambivalência do chamado intervencionismo econômico está retratada na frase dita por um produtor de algodão de Bourges ao intendente do comércio, em 1786: “*laissez-nous faire, protégez nous beaucoup*”³¹. Ela simboliza as ambiguidades de uma liberdade econômica que é também proteção contra a concorrência estrangeira ou de outros setores, garantia estatal de produtores e produtos contra fraudes e regulamentação pública que reflete ou repete convenções de qualidade reconhecidas pelos produtores e poder de organização em grupos legitimados, justamente para influenciar as autoridades públicas etc.³².

Concluindo, se liberdade e proteção são simultaneamente exigidas e introduzidas, é incompleta a apresentação de uma relação binômica de oposição entre Estado e economia, porque o Estado tanto controla como protege.

Nos últimos 25 anos, passou-se desse papel duplo do Estado – bem definido na fórmula do Estado pedagogo – para um novo regime, no qual prevaleceu um diferente papel do poder público, o de regulador.

Mesmo essa nova posição do Estado não pode ser reduzida ao antagonismo liberdade privada/ingerência da administração. Aqui a relação entre Estado e economia é bem mais complexa. O Estado não

** Enrico Mattei (1906-1962) foi empresário e dirigente político italiano, responsável pela transformação da Agência Nacional de Petrólio (AGIP), criada na época fascista, em ENI (Ente Nacional de Combustíveis) no pós-guerra. (N. do T.)

30 P. Minard, op. cit., p. 364.

31 Idem, op. cit., p. 294.

32 As ambiguidades da relação liberdade privada/intervenção estatal e a consequente crítica à postura intervencionista estão em M.S. Gianini, *Diritto pubblico dell'economia*. Bolonha: Il Mulino, 1993; ver também Minard, *La fortune*, p. 283, pp. 300-12, p. 264 e pp. 13-15.

indica fins, mas estabelece regras e procedimentos e não desempenha ele mesmo a atividade de execução, mas a confia a autoridades de regulação ou adjudicação. Entre reguladores e regulados instauram-se relações não binárias, mas multilaterais. Basta o exemplo das regulações assimétricas introduzidas para facilitar a entrada de novos empresários (*new entrants*) em setores antes dominados por um monopolista de fato ou legal (*incumbent*). Nesse caso, a disciplina pública, na medida em que favorece alguns, desfavorece outros. E não é feita para durar, mas para cessar, ser substituída por um regime não desequilibrado, mas paritário, no qual as empresas concorrem com as mesmas armas.

3. Da unidade à fragmentação do controle da economia

Se o governo da economia antes era confiado apenas ao governo, agora é atribuído a corpos autônomos.

No passado, a unidade de comando era entregue à cúpula do governo e todas as decisões importantes passavam pelos ministérios econômicos. Para racionalizar o sistema, instituiu-se uma infinidade de comitês interministeriais em que políticos e burocratas de alto escalão decidiam, negociavam e mediavam. O lugar de decisões era competência da política. O método de decisão era informal, governado livremente, de acordo com o caso, pela política.

Hoje a situação mudou. Uma parte das decisões ainda é tomada pelo governo ou por instituições auxiliares ou descentralizadas. E ainda são tomadas por meio de procedimentos não formalizados nem estruturados. Outra parte, ao contrário, é atribuída a diferentes órgãos recentes, como autoridades independentes, ou antigos, como juízes. Por um lado, esses órgãos são parcialmente independentes da política; por outro, atuam — seja quando agem como reguladores, isto é, com funções próprias do Parlamento e do governo, ou como adjudicadores, isto é, com funções próprias da ordem judiciária, — com procedimentos

predeterminados, estruturados segundo princípios de transparência, de motivação das decisões etc.

Esse novo regime impressionou mais pelo aspecto organizacional — e pela instituição de autoridades independentes — do que pelo aspecto funcional; também importante, porque permite um diálogo entre reguladores e regulados que “imita” e completa a democracia política. Chamou mais atenção a instituição de novos corpos, do que a *litigation explosion* diante dos juízes, que produziu o intervencionismo econômico da ordem judiciária, o desenvolvimento de um *procès économique* e de um *juges économiste*³³.

Portanto, a unidade do governo da economia foi substituída por uma fragmentação dos corpos públicos que intervêm, afetando a economia. A ação de cima para baixo é integrada por mecanismos e procedimentos que evidenciam os interesses, organizam seu “jogo” e obrigam os poderes públicos a evidenciar as razões das escolhas. Ao lado do Estado organizador do progresso econômico coloca-se o Estado relajeiro³⁴, que controla se os diferentes organismos marcam o tempo, atuando segundo mecanismos predeterminados.

4. Incompletude e correções do novo regime

Se a história caminhasse por linhas retas, a análise das novas tendências teria terminado. Mas, por um lado, o que é novo se coloca ao lado do que já existe; por outro, as novas tendências provocam reações e correções que agravam o quadro.

O regime descrito não é inteiramente novo, porque se coloca ao lado dos ordenamentos do regime anterior, que em parte sobrevivem. A disciplina sobre a concorrência do Código Civil resiste mesmo após a

33 Ver os artigos reunidos em “*Le juge administratif et le contentieux économique*”, *Actualité juridique-droit administratif*. Paris: Editions Dalloz, n° 9, 20 de setembro de 2000, p. 679 e seguintes.

34 Minard, op. cit., p. 367 e p. 318.

Lei de 1990 sobre concorrência e mercado, por exemplo; a liberalização do mercado de gás convive com a reserva da produção e da estocagem do gás.

A interação entre resíduos do velho regime e a afirmação do novo produz resultados inesperados. Enquanto no âmbito nacional, por exemplo, liberalização e privatização seguem no mesmo ritmo, no âmbito local a liberalização dos serviços públicos produz uma expansão da esfera do comando público, ou seja, o contrário da privatização.

Além disso, a perda da soberania do Estado no campo econômico, o enfraquecimento de seu papel dirigente e a fragmentação interna do controle público da economia privada produzem desequilíbrio entre Estado e economia, que os Estados procuram remediar de várias maneiras.

A primeira delas é o desenvolvimento, no âmbito nacional, de redes intergovernamentais de poderes públicos. Dessa maneira, leis nacionais preveem que, sob condição de reciprocidade, entes e organismos nacionais colaborem com órgãos e entes similares de outros países, colocando-os em rede. Nesses casos, a iniciativa é nacional. O resultado são fórmulas supranacionais de cooperação, consulta, negociação etc.

Já a segunda maneira é mais estável e organizada; consiste na instituição de entidades supranacionais para remediar as insuficiências estatais. O Estado, que não consegue intervir de maneira eficaz, faz com que outros intervenham. A integração se realiza de cima para baixo, mediante proibições de discriminação, harmonização e controle do país de origem; e de baixo para cima, mediante abertura à denúncia ao órgão administrativo supranacional.

Essas correções complicam ainda mais as relações entre Estado e economia, que acabam sendo regidas por três diferentes tipos de regime: o antigo, o novo e o novíssimo, produzido pelas reações dos governos nacionais ao enfraquecimento causado pelo novo regime.

IV

A erosão do Estado: Um fato irreversível?

1. Um problema histórico e culturalmente condicionado

Os ordenamentos gerais contemporâneos têm ainda as organizações estatais como organizações regentes, mas diferem dos ordenamentos do período do Estado burguês por dois aspectos: 1) o Estado-ente não é mais governado apenas pela classe burguesa, mas por todas as classes; 2) o Estado-ente não é mais apenas o poder público, dominante sobre uma série de entes menores dirigidos e controlados, mas é um dos poderes públicos existentes, condicionado – por enquanto usamos um termo genérico – por outros poderes públicos, alguns de nível superestat, outros de nível interno³⁵.

Foi assim que, em 1991, Massimo Severo Giannini resumiu a evolução do Estado moderno.

Convidados a, após uma década, revisitar o tema sob o título evocativo da passagem do Estado monoclasa à globalização, é apropriado pontuar algumas observações.

35 “*Amministrazione pubblica*”, in *Enciclopedia delle scienze sociali*. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1991, vol. 1, p. 193; de Giannini, ver também “*Il potere pubblico: Stato e amministrazione pubbliche*”. Bolonha: Il Mulino, 1986.

Primeiramente, Estado pluriclasse e globalização indicam problemáticas, não institutos ou conceitos definidos. Por um lado, não se pode, de fato, mais falar em classes³⁶; por outro, não existe economia global, mas acentuação da velocidade de transmissão³⁷, em que eventos locais são influenciados por eventos distantes.

Em segundo lugar, sendo a erosão do Estado um processo não linear e historicamente condicionado, é preciso indicar o período de referência e a área geográfica de observação ao analisá-la. O que aconteceu na Europa nos últimos 25 anos faz parte de um episódio mundial que se desenrola, porém, de maneira diferente na América do Sul. Nas primeiras décadas do século XX, também se falou e se escreveu sobre a crise estatal, mas isso não significa que a crise do Estado das últimas décadas do referido século seja regulada pelo mesmo sistema. Aquela não apenas era outra crise, como também dizia respeito a outro Estado.

Por fim, uma vez que toda sociedade é dotada de redes de significados implícitos, por meio dos quais interpreta e aplica os eventos institucionais, ao lado de fatos e instituições existem duplos imaginários, que devem ser considerados separadamente³⁸.

Essas observações indicam que devemos considerar todas as ambiguidades relacionadas ao tema e, ao mesmo tempo, as tensões produzidas por elas.

36 Sobre dividas relacionadas à "classe" e "pluriclasse", Giannini e S. Cassese, "Lo stato pluriclasse in Massimo Severo Giannini", in S. Cassese; G. Carcaterra; M. D'Alberti e A. Bixio, "L'unità del diritto. Bolonha": Il Mulino, 1994, p. 11.

37 A. Giddens, "Le conseguenze della modernità. Bolonha": Il Mulino, 1994, p. 71. Ver também síntese da vasta literatura sobre o tema em Y. Meny e Y. Surel, "Par le peuple, pour le peuple. Paris": Fayard, 2000, p. 134 e seguintes.

38 A questão foi, por último, enfatizada por L. Mannori, "Droit administratif" e "Administrative law": "Rivisitando un'antica dicotomia", Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. Milão: Giuffrè, n° 26, 1997, p. 606.

2. O recuo da soberania

O Estado soberano controla a força, domina a tecnologia e a economia, reconhece apenas instituições iguais – ou seja, outros Estados. Mas hoje tudo isso é apenas parcialmente verdade.

Em primeiro lugar, os Estados modernos e suas extraordinárias transformações ao longo do século XIX são fruto das guerras. O Banco da Inglaterra originou-se das exigências bélicas da Inglaterra em luta com a França. As primeiras tributações das rendas foram impostas pelas guerras. A *levée en masse* foi introduzida pela Revolução Francesa, em um estado de tensão com todas as potências europeias³⁹. Se, em 1876, o *Home Office* inglês tinha 36 funcionários, na década seguinte, 80% do orçamento estatal inglês era absorvido por gastos militares⁴⁰.

Tudo isso mudou na segunda metade do século XX⁴¹. O percentual de gastos militares, em relação aos gastos públicos totais, foi diminuindo progressivamente, com exceção dos Estados Unidos. O serviço militar obrigatório foi abolido primeiramente no Japão, depois no Reino Unido (1960), Estados Unidos (1973), Bélgica (1994), França (1996) e Itália (1999). Os Estados, portanto, reduzem o uso da força e dos exercícios. Além disso, a defesa tende a se transformar – como demonstrou a guerra de Kosovo – de função nacional em tarefa supranacional (de *national public good* a *club good*, como dizem os ingleses), confiada à OTAN ou à ONU.

Além disso, a tecnologia, antes instrumento do Estado, foge a eles. Imprensa, estradas, ferrovias e telecomunicações eram instrumentos do Estado. Agora o transcendem e o submetem às suas regras. O

39 M. van Creveld, "The Rise and Decline of the State". Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 336 e seguintes.

40 Mannori, op. cit., p. 595.

41 Isso pelo menos em países desenvolvidos. Ver C. S. Maier, "Il ventesimo secolo è stato peggiore degli altri? Un bilancio storico alla fine del Novecento". Bolonha: Il Mulino, 1999, no° 6, p. 995 e seguintes.

transporte aéreo é regulado mais pelas associações setoriais, entre as quais a IATA, do que pelos Estados. A União Telegráfica Internacional, posteriormente União Internacional das Telecomunicações, a União Postal Internacional, o Escritório Internacional de Pesos e Medidas, instituídos entre 1870 e 1880, determinam hoje os padrões impostos pelos Estados. E se antes os Estados governavam e controlavam as comunicações interestatais entre os indivíduos, atualmente estes podem estabelecer, por meio de rede eletrônica, relações diretas entre si, constituir redes, associações e grupos internacionais, sem que os poderes públicos gerais tenham possibilidade de interferir⁴².

Os Estados, ainda, pelo menos os desenvolvidos, governavam a economia. Na realidade, os mercados são produto de institutos dos Estados, regidos por leis estatais – os códigos, primeiramente. Muitas vezes, isso ainda é verdade, mas nem sempre. Existem aspectos econômicos que se desvinculam dos Estados e outros que acabam se impondo a eles. No primeiro caso, podemos citar muitas transações financeiras e sociedades multinacionais. Estas têm – é verdade – sua base em um Estado, mas atuam em vários; encontram-se, pois, sob a jurisdição de vários Estados. Portanto, suas estruturas operacionais representam uma ameaça para cada Estado, porque o transcendem.

No segundo caso, um exemplo é a *rating* dos Estados – os débitos públicos são avaliados pelos mercados financeiros e a solidez financeira dos Estados é submetida a julgamento igual ao que se aplica a uma empresa. Há aqui uma “funcionalidade invertida entre Estado e mercados: cada vez mais os Estados tendem a se tornar funcionais aos mercados”, por isso estes se desvinculam do poder estatal e, assim, se descontext-

tualizam. “Os limites dos Estados não assinalam mais os limites dos mercados”⁴³.

Outro aspecto é que os Estados são capturados na rede dos poderes públicos supraestatais, por eles próprios constituída. O fenômeno mais evidente e estudado é o desenvolvimento das organizações intergovernamentais, gerais e especiais, mundiais e regionais. Eram 123, em 1951, 280, em 1972 e 395, em 1984. Ocupam-se das matérias mais diversas, como transporte aéreo, conservação da fauna, polícia, aduanas e materiais perigosos⁴⁴. Sobre elas há rica literatura geral e específica, que, porém, transpõe para o nível internacional conceitos e características do direito interno e, especialmente, a ideia de que a organização pública é composta de mecanismos pontuais (figuras jurídicas subjetivas personificadas).

Mas a governança global vai muito além dos organismos intergovernamentais, que se desenvolveram lentamente na primeira metade do século XX e mais rapidamente na segunda metade, atingindo agora uma massa crítica pelo efeito cumulativo e se encontram, às vezes, em concorrência com os Estados; outras vezes, os refreiam em uma rede muito compacta. Há poderes públicos *in nuce*, segundo o modelo definido como *hanging together*, constituído pelas cúpulas semestrais dos chefes de Estado ou de governo dos sete ou oito países mais industrializados⁴⁵. Há organizações internacionais que não correspondem ao mo-

43 M. R. Ferrarese, “Le istituzioni della globalizzazione: Diritto e diritti nella società transnazionale”. Bolonha: Il Mulino, 2000, p. 14, p. 23, p. 41, p. 53 e p. 59; ver também S. Cassese, “*Oltre lo Stato: i limiti dei governi nazionali nel controllo dell'economia*”, in F. Galgano; S. Cassese; G. Tremonti e T. Treu, “*Nazioni senza ricchezza, ricchezza senza nazione*”. Bolonha: Il Mulino, 1993, p. 35.

44 S. Cassese, “*Gli Stati nella rete internazionale dei poteri pubblici*”, Rivista trimestrale di diritto pubblico. Milão: Giuffrè, n° 2, 1999, p. 321. Sobre os ordenamentos supra-nacionais gerais e regionais, van Creveld, *The Rise*, p. 388.

45 R. Putnam, N. Bayne, “*Hanging Together: The Seven-Power Summits*”. Londres: Heinemann Educational Books, 1984.

42 Sobre as estruturas e a política em rede, ver C. Ansell, “*The Network Polity: Regional Development in Western Europe*”, Governance. Nova York: John Wiley and Sons, vol. 13, n° 3, julho de 2000, p. 303.

delo Drummond⁴⁶, como o "Clube de Paris"⁴⁷. Há Cortes internacionais cada vez mais numerosas: jurisdições penais (*ad hoc*, como as instituídas em 1993 e 1994, ou gerais, como a Corte Penal Internacional), o órgão de solução das controvérsias da Organização Mundial do Comércio e o Tribunal sobre Direito do Mar⁴⁷. Existem as redes constituídas "de baixo para cima", mediante acordos e remissões recíprocas a regulamentos entre autoridades da concorrência, monetárias e bancárias, de controle dos mercados financeiros etc. — nesses casos, são acordos que cada um realiza na própria nação, mas, dessa maneira, acabam por constituir um direito superior e dependência recíproca para a atuação⁴⁸. Há, enfim, as organizações internacionais não governamentais.

Esse mundo supraestatal apresenta diversas características interessantes. Ele atua de maneira diferente dos Estados, porque não é monopolista — não há apenas um sujeito, nem apenas um governo global, ainda que haja uma governança global⁴⁹. Provoca um aumento do número dos produtores de direito. Propaga *soft law*, pois este é sempre negociado e não se impõe por meio de fórmulas rígidas. Como resultado, temos perda de completude, sistematicidade e unidade dos ordenamentos jurídicos, a favor da informalidade e do desenvolvimento de zonas cinzentas. Desagrega os Estados⁵⁰, pois os órgãos internos especializados estabelecem relações com os órgãos internos similares de outros Estados, superando e rompendo o paradigma *the State-as-a-unit*.

46 S. Cassese, "Relations between International Organisations and National Administrations", IISA, Proceedings. XIX Congresso Internacional de Ciências Administrativas, Berlim, 1983.

47 P. M. Dupuy, "La multiplication des juridictions internationales menace-t-elle le maintien de l'unité de l'ordre juridique international?", in Clés pour le siècle. Paris: Dalloz, 2000, p. 1221.

48 A. M. Slaughter, "The Real New World Order", Foreign Affairs. Palm Coast: Council on Foreign Relations, vol. 76, n° 5, setembro e outubro de 1997, p. 183.

49 W. Reinicke, "Global Public Policy: Governing without Government?" Washington: Brookings Institution Press, 1998.

50 Ferrarese, op. cit., principalmente p. 61 e seguintes, p. 71 e seguintes e p. 94 e seguintes, e Cassese, op. cit.

Por fim, ao lado dessas ameaças externas, os Estados registram modificações internas. Há, primeiramente, corrosão⁵¹ da identidade estatal e pública — se, em Hegel e Weber, o público estava em primeiro plano, agora público indica organismos ineficientes, tanto que se procura diminuir sua área mediante privatizações e externalizações de serviços públicos.

Em segundo lugar, há um declínio de muitas instituições características do Estado: empresas públicas, que tendem a desaparecer, institutos de proteção social, que têm sua importância universal redimensionada e as fronteiras, que se tornam permeáveis.

Atenua-se ainda o componente autoritário dos Estados — eles recorrem menos à autotutela, e a área dos atos subtraídos ao controle dos juízes é reduzida até se anular.

Enfim, é redefinida a própria organização do Estado, que renuncia às suas funções em favor de regiões menores (federalismo interno) e de regiões maiores (federalismo externo). Por isso, perde-se também o vínculo político unitário do cidadão com o Estado, em favor de uma balcanização dos pertencimentos e das identidades⁵².

3. As reações do Estado

Se os Estados recuam — segundo a abusada fórmula inglesa —, e a governança global foge aos Estados, isso significa que os Estados estão destinados, a longo prazo, a sucumbir? Já falamos no início da ambiguidade do fenômeno e das tensões que ela produz. Consideraremos agora, mais de perto, ambiguidades e tensões.

51 É um termo usado por Giannini, em Amministrazione pubblica, p. 189.

52 J. Chevallier, L'Etat. Paris: Dalloz, 1999. Ver também F. Tamassia, "Nazione, Stato, Europa", in Democrazia, Nazione e Crisi delle Ideologie. Milão: Luni, vol. IX, 1997, p. 57, col. Annali della Fondazione Ugo Spirito.

Primeiramente, os funcionários públicos passaram, na segunda metade do século XX, de cerca de 10% a aproximadamente um quarto da força de trabalho nos países ocidentais. E o gasto público, em relação ao produto interno bruto, no mesmo período e na mesma área geográfica, passou de cerca de 30% para cerca de 40%.⁵³ Se houve recuo, portanto, foi de alguns setores – principalmente, gestão pública e bem-estar –, não do Estado em sua totalidade, que, ao contrário, aumentou em suas dimensões.

Depois, os Estados descobriram novas tarefas, entre as quais a principal é o *market builders* – por um lado, existem setores da economia que devem seu desenvolvimento ao Estado (tecnologia avançada, espaço e defesa, biomedicina); por outro, são instituídos novos organismos, em geral independentes, para regular setores nos quais antes a presença estatal era ocasional ou mal organizada (telecomunicações, bolsa, mercados financeiros⁵⁴). Os aspectos característicos desses setores são três: caráter “não majoritário” dos organismos de regulação, no sentido de que a eles não se aplica o princípio da *ministerial responsibility*; o papel dominante do Estado na construção dos mercados nos diversos setores, mas não na gestão de empresas nesses mercados; o modo em que reguladores e regulados “jogam” com as regras, em contínua comparação com outros países – basta pensar na licitação para a UMTS* e no gravame fiscal no setor das telecomunicações.

Por fim, os Estados tentam manter sob controle os níveis superiores de governo – a governança global foge aos Estados, mas eles tentam renacionalizá-la. Dessa maneira, desenvolve-se, tanto fora das constituições nacionais como das constituições supranacionais, o *infra nationalism*⁵⁵, cujo exemplo mais importante é o dos comitês da União

53 Van Creveld, op. cit., p. 361 e seguintes.

54 A.M. Shraggia, “*Governance, the State, and the Market: What is Going on?*”, Governance, Nova York: John Wiley and Sons, vol. 13, nº 2, abril de 2000, p. 243.

* UMTS: Universal Mobile Telecommunication System. (N. do T.)

55 O termo é de J. H. H. Weiler, “*The Constitution of Europe*”. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 96 e seguintes.

Europeia, que respondem à exigência dos Estados de manter a União sob controle por meio de *middle range officials* que estabelecem a *meso-level of governance*.

As tensões que se desenvolvem por causa dessas ambiguidades e contradições exigem adaptações recíprocas que são obtidas por meio de formas de convivência entre os diferentes direitos, nacional e supranacionais e internacionais, sobrepostos entre si. Dessa maneira, repetem-se experiências do passado, como a do *jus commune* da área europeia do período que vai até o século XIX, quando *jus commune* e *iura propria* coexistiam⁵⁶, e a da *indirect rule* do colonialismo inglês, principalmente do século XIX, em que conviviam direito constitucional inglês e direitos locais civil e administrativo⁵⁷. Ou ainda a a experiência dos Estados compostos (*Res publica composita*, segundo expressão de Pufendorf), como o *Kaisertum Österreich* ou o Império Otomano, constituídos por Estados multinacionais com vários componentes – Áustria, reinos da Boêmia e Hungria, Silésia, Carniola, Galícia, Transilvânia, Eslavônia, Croácia, Tirol, Lombardia, Vêneto, Morávia, Estíria e Caríntia, no primeiro caso; Turquia, Sérvia, Grécia, Bulgária, Argélia, Tunísia, Líbia, Iraque, Egito e Síria, no segundo – e poucos órgãos e funções comuns, ordenados em estruturas em vários níveis, com equilíbrios precários e continuamente negociados⁵⁸.

56 Em relação a esse fenômeno, sobre o qual existe vasta literatura, mais recentemente, com relação ao direito comunitário, pode-se consultar J. Gaudemet, “*Du ius commune au droit communautaire*”, in *Clés pour le siècle*. Paris: Daloz, p. 1011.

57 Sobre esse fenômeno, pouco pesquisado, há um estudo fundamental do antropólogo B. Malinowski, “*The Dynamics of Cultural Change*”. New Haven: Yale University Press, 1961.

58 Ao lado do aspecto composto dessas entidades, é interessante notar o fato de que elas dominavam grandes espaços, mas poucas pessoas, pelo menos segundo critérios contemporâneos, o primeiro com cerca de cinquenta milhões de habitantes, o segundo, com quarenta milhões.

Esses direitos sobrepostos e a busca contínua por adaptação tornam precário o equilíbrio dos sistemas nacionais binários⁵⁹ e aumentam sua complexidade⁶⁰. Isso não impediu que os Impérios Habsburgo e Otomano durassem entre seis e nove séculos.

Mas o Estado, erodido e subjugado por outro direito, parece re-tornar ao centro, em um evento que não tem resultados irreversíveis⁶¹.

Concluimos então que fala-se muito hoje em globalização, mas para passar de uma nação a outra, fora da Europa, é necessário passe- -porte e muito dinheiro local. Phileas Fogg, ao contrário, deu sua volta ao mundo em oitenta dias – na história de Verne – com moedas de ouro e sem passaporte.

V

Os Estados na rede internacional dos poderes públicos

1. Introdução: além do Estado

Uma organização militar multinacional intervém em um conflito étnico dentro de um Estado. Um tribunal das Nações Unidas julga e condena pessoas responsáveis por crimes de guerra e contra a humanidade, cometidos dentro de seus países. Um tribunal inglês considera que o ex-chefe de um Estado estrangeiro pode ser extraditado e submetido ao julgamento de uma corte espanhola por crimes contra a humanidade cometidos em seu próprio país. Uma empresa francesa dirige-se à União Europeia para garantir que autoridades italianas lhe concedam uma licença de telecomunicações. Esses e outros exemplos demonstram que o mundo, repleto de Estados até o século XIX, agora está pleno de ordenamentos supraestatais e que os Estados perderam a exclusividade que antes lhes era própria, não apresentando mais barreiras intransponíveis.

Nessa situação, é interessante responder a três perguntas:

- a) que características apresentam os dois tipos de ordenamentos supraestatais (internacionais e supranacionais)?
- b) que efeitos sua criação produz nos Estados?

59 D. Truchet, "La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire?", in *Clés pour le siècle*. Paris: Daloz, p. 443.

60 F. Burdeau, "La complexité n'est-elle pas inhérent au droit administratif?", in *Clés pour le siècle*. Paris: Daloz, p. 417.

61 V. Wright e S. Cassese, "La reconstitution de l'Etat en Europe." Paris: La Découverte, 1996.