

V. OS NOVOS PARADIGMAS DO ESTADO

1. O ordenamento jurídico de um dado a uma escolha:
a concorrência entre instituições 137
2. Do Estado à União: a organização pública multinível 139
3. Do procedimento à negociação 142
4. Fim da bipolaridade 144

I

Crise do Estado e governança global

1. Introdução

Desde o início do século XX discute-se sobre a “crise do Estado”. Falou-se primeiramente em crise quando surgiram organismos potentes, como sindicatos e grupos industriais, que questionaram a soberania interna do Estado. Em seguida, a expressão “crise do Estado” serviu para indicar a criação dos poderes públicos internacionais, que são instituídos pelos Estados, mas acabam por mantê-los sob controle. O terceiro e mais recente significado refere-se à inadequação dos serviços estatais em relação às expectativas dos cidadãos e da sociedade em geral. Há ainda outra acepção, mais semântica, que indica a crise da palavra “Estado”, que foi se estendendo até definir muitas entidades e acabou se tornando inútil, como todas as palavras polissêmicas. Por fim, nos últimos anos, a expressão tem sido usada para indicar a diminuição das atividades estatais, por meio de privatizações e concessão de entidades do Estado¹ a sujeitos privados.

¹ Limito-me a citar S. Romano, “*Lo Stato moderno e la sua crisi (1910)*”, atualmente em S. Romano, “*Lo Stato moderno e la sua crisi*”. Milão: Giuffrè, 1969, p. 3; A. C. Jemolo, “*La crisi dello Stato moderno*”. Bari: Laterza, 1954; S. Cassese; F. Galgano; G. Tremonti e T. Treu, “*Nazioni senza ricchezza, ricchezza senza nazione*”. Bolonha: Il Mulino, 1993; S. Cassese, “*Foturna e decadenza della nozione di Stato*”, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*. Milão: Giuffrè, 1988, p. 89 e seguintes; V. Wright e S. Cassese, “*La*

Se essa expressão tem diferentes significados, qual deles adotamos e estudamos aqui? Ou ainda a utilizamos em um sentido diferente?

Atualmente, “crise do Estado” significa perda de unidade do maior poder público no contexto interno e perda da soberania em relação ao exterior. Nesse sentido, a expressão representa a continuação da primeira e da segunda crise.

Para entender como a “crise do Estado” se apresenta hoje, é preciso partir de três casos recentes, que ilustram diferentes modalidades de construção de poderes públicos não estatais. O primeiro diz respeito à colaboração entre autoridades antitruste de diferentes Estados; o segundo, aos efeitos extraterritoriais das decisões de autoridades antitruste nacionais; o terceiro refere-se à origem de formas de governo mundial setorial. Nos três casos estabelecem-se ordenamentos supraestatais que se impõem aos Estados, embora estes tenham contribuído para sua constituição.

2. Uma divisão internacional do trabalho administrativo: O caso Amadeus

Em 1997, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos recebeu uma denúncia por parte do Sabre, sistema informatizado de reservas da *American Airlines*, a respeito de um presumido comportamento discriminatório por parte das companhias *Air France*, *SAS*, *Lufthansa* e *Continental*, que seriam favoráveis ao Amadeus o sistema informatizado de reservas de propriedade dessas companhias. A Divisão Antitruste solicitou uma investigação por parte da Comissão das Comunidades Europeias. Em março de 1999, esta apresentou à *Air France* uma notificação por abuso de posição dominante. Em julho de 2000, a Comissão concluiu o processo depois que a *Air France*, copro-

recomposition de l'Etat”. Paris: La Découverte, 1996; G. Wilson, “A Special Symposium: The End of the Big State?”, *Governance*. Nova York: John Wiley and Sons, vol. 13, nº 2, abril de 2000.

prietária do Amadeus, adotou um “código de boa conduta”, no qual garantia ao Sabre as mesmas condições concedidas ao Amadeus. Em seguida, a *Lufthansa* e a *SAS* também se comprometeram a adotar um “código de boa conduta”, assegurando igual tratamento aos dois sistemas.

Essa decisão fundamentou-se na chamada cortesia positiva, introduzida por um acordo entre o governo dos Estados Unidos, a Comissão e o Conselho das Comunidades Europeias, que foi assinado em 1991, efetivado em 1995 e ampliado em 1998 por outro acordo entre as partes.

A cortesia positiva é considerada uma evolução de um princípio do direito internacional e das relações diplomáticas – *comitas gentium* ou *comity of nations* –, segundo o qual um Estado respeita outro, como reconhecimento de sua mútua soberania.

Mas, enquanto o princípio da *comitas gentium* implica recíproca referência dos Estados, o princípio da cortesia positiva vai muito além, estabelecendo que a autoridade estatal pode dar início a um procedimento de outro Estado, abstendo-se de decidir sobre a própria questão e se submetendo à decisão deste. O acordo de 1998 prevê que uma autoridade antitruste pode solicitar que outra autoridade realize investigações e que intervenha a favor dela em caso de atividades anticompetitivas, mas levando em conta o direito da autoridade à qual a solicitação foi feita. Uma solicitação pode ser apresentada mesmo que a atividade anticompetitiva não viole o direito da concorrência do ordenamento em que atua a autoridade solicitante. Esta, por sua vez, toma iniciativas, contanto que os direitos, procedimentos e ações do outro ordenamento permitam investigações adequadas e que a outra autoridade a mantenha informada.

O que acabamos de descrever – e que foi aplicado no caso apresentado – é um complexo sistema de relações internacionais baseado em um acordo internacional entre Estados e que desenvolve um princípio característico do direito internacional. Mas os resultados vão muito além do direito internacional habitual. De fato, graças à cortesia

positiva, o direito e a administração estatais são utilizados por iniciativa e no interesse de outro Estado. Por um lado, a autoridade pública de um Estado ativa um procedimento administrativo de outro ordenamento estatal, tornando-se não apenas autor, mas também o interlocutor necessário – porque deve oferecer cooperação, enquanto a outra autoridade deve respeitar sua opinião. Por outro, uma vez iniciado o procedimento, a outra autoridade não intervém se lhe forem dadas garantias suficientes, estabelecendo-se, portanto, uma espécie de divisão internacional da atividade administrativa.

Essa divisão é baseada nos seguintes pressupostos: as práticas anticompetitivas devem se dar no território da autoridade à qual a solicitação foi dirigida; devem prejudicar importantes interesses econômicos desse ordenamento; e, por fim, violar o direito da parte à qual foi dirigida a solicitação. Estabelece-se, assim, um entrelaçamento entre direitos, interesses e procedimentos que reflete a forte interrelação entre as economias – chamada de globalização – e visa recuperar os limites dos Estados quanto a essas interrelações por causa de sua jurisdição territorial.

3. A concorrência entre reguladores: O caso General Electric - Honeywell

A *General Electric* e a *Honeywell* são duas empresas norte-americanas, fabricantes de diversos produtos, que atuam principalmente no setor aeronáutico, produzindo motores de aviões e produtos de aviação, como caixas-pretas, máquinas para evitar colisões em voo, instrumentos para o gerenciamento do voo etc. A primeira emprega 313 mil funcionários e atua em cem países diferentes, a segunda, 125 mil funcionários e opera em 95 países.

Em 22 de outubro de 2000 a *General Electric* anunciou a aquisição do capital integral da outra companhia, destinada, portanto, a se tornar uma empresa inteiramente controlada e incorporada à primeira. A decisão dependia do consenso da autoridade antitruste americana, que

havia sido notificada. Mas, levando em conta o enorme faturamento das duas empresas e o fato de que uma parte desse faturamento se dá em vários países europeus, a decisão dependia também da autorização da Comissão das Comunidades Europeias, que atua como autoridade antitruste no espaço econômico europeu – que inclui os quinze Estados da Comunidade Europeia, Noruega, Islândia e Liechtenstein.

Ambas as autoridades antitruste deram início a uma instrução da concentração. Na verdade, os princípios da cortesia positiva não se aplicavam a essa operação. Temia-se pelo impacto da concentração na concorrência, sobretudo pela forte posição da *General Electric* no mercado de motores, que se combinaria com a forte posição da *Honeywell* no mercado de produtos de aviação. Ficaram contra a transação não apenas os concorrentes – a inglesa *Rolls-Royce* e a americana *United Technologies*, que controla a *Pratt & Whitney*, e os produtores de aviação, como a americana *Rockwell Collins*, a francesa *Thales* e a *Hamilton Sunstrand*, essa última também controlada pela *United Technologies* –, mas também quinze das maiores companhias de transporte aéreo americanas e europeias, como consumidoras dos produtos.

Em 2 de maio de 2001, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça aprovou condicionalmente a concentração, considerada lícita desde que as companhias envolvidas vendessem alguns de seus ramos, entre os quais, e principalmente, o da produção de motores para helicópteros.

Por outro lado, a Comissão das Comunidades Europeias por duas vezes julgou insuficientes os “remédios” ou compromissos oferecidos pelas duas empresas, mesmo sendo maiores do que os exigidos pela autoridade antitruste americana e, em 3 de julho de 2001, julgou a concentração incompatível com o mercado comum europeu, porque instauraria ou reforçaria posições dominantes em vários mercados. Os “remédios” propostos não foram considerados suficientes para ser aprovados no teste da dominância de mercado – que serve para verificar se o mercado

permanece suficientemente competitivo, de modo que os consumidores continuem a dispor de produtos para escolher a preços competitivos².

O caso sucintamente apresentado elucida melhor do que qualquer outro o fenômeno da crise da nacionalidade da economia e do direito. Por um lado, não importa onde a empresa esteja domiciliada, e sim onde ela atua – ou seja, tanto a autoridade europeia como a norte-americana podem intervir, porque os efeitos da aquisição são sentidos tanto por consumidores europeus como por americanos. Por outro, o mercado global está em correlação com um direito que se amplia até se tornar global – a atividade de empresas sediadas em território norte-americano é impedida pela autoridade de outro lugar. Mas, uma vez que essa autoridade não é estatal, pode-se dizer que o direito de um Estado – os Estados Unidos – sofre os efeitos de uma decisão tomada não por outro Estado, mas por uma autoridade supranacional. Por isso, o direito estatal e sua força territorial são duplamente recessivos.

O segundo aspecto que chama atenção é o papel desempenhado pela Comissão das Comunidades Europeias em relação às empresas em conflito, as duas norte-americanas interessadas na concentração e as outras, contrárias, também em grande parte norte-americanas. É a autoridade supranacional europeia que julga um conflito em grande parte interno aos Estados Unidos. Se o caso for examinado pelo viés empresarial, pode-se dizer que as companhias americanas usaram o direito europeu contra outras empresas americanas. De modo geral, pode-se concluir então que onde há muitos reguladores acaba prevalecendo o que é mais rígido.

2 Para entender a dimensão do caso, basta lembrar que foi a 15ª vez, desde 1990, que a Comissão vetou uma operação de concentração, mas foi a primeira vez que a operação envolvia partes exclusivamente norte-americanas. Mas é preciso considerar também que em 2000 a autoridade antitruste norte-americana vetara a concentração de duas empresas europeias, *Air Liquide* e *Air Products*, que havia sido aprovada pela autoridade europeia.

Em terceiro lugar, a ausência de uma autoridade mundial leva as empresas que atuam em mercado global, mesmo diante de fortes interesses nacionais³, a estar sob o controle de um dos países em que atuam.

Por fim, o caso ensina que globalização da economia não significa supremacia do país mais poderoso – os Estados Unidos –, visto que a *globalization of antitrust enforcement*⁴ ocorre por meio da expansão do direito europeu.

4 . Interesses globais e mercado de direitos: O protocolo de Quioto

Em 9 de maio de 1992, foi assinada em Nova York a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima⁵. Ela instituiu um verdadeiro organismo internacional, com órgãos próprios – a Conferência das Partes, um secretariado, funcionalmente vinculado ao das Nações Unidas, um órgão subsidiário de assessoramento científico e tecnológico, um órgão subsidiário de implementação, aos quais posteriormente foram acrescentadas as entidades para controle do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo e para assegurar e facilitar o respeito à implementação –, um mecanismo financeiro e um fundo específico para países menos desenvolvidos e para países em via de desenvolvimento.

Após isso, em 16 de março de 1998, foi assinado o Protocolo de Quioto, que ainda não entrou em vigor por não ter atingido o número mínimo necessário de ratificações estatais. O protocolo estabelece li-

3 Sabe-se que no caso apresentado, os presidentes dos Estados Unidos e do Federal Reserve exerceram pressão sobre as Comunidades Europeias.

4 A expressão é usada por J. J. Parisi, "Enforcement Cooperation Among Antitrust Authorities", *European Competition Law Review*. Londres: Sweet & Maxwell, vol. 20, 3º, março de 1999.

5 Ratificada na Itália, com a Lei de 15 de janeiro de 1994, nº 65, e efetivada em 21 de março de 1994.

limites quantitativos nacionais para a emissão de gases de efeito estufa – responsáveis pelo aquecimento da temperatura do planeta – para trinta e nove países desenvolvidos. Também prevê três dos chamados mecanismos de flexibilização.

O primeiro, regulamentado pelo artigo 6, é definido como implementação conjunta, *joint implementation*. Graças a ele, cada um dos trinta e nove países pode fazer um acordo com outro país para realizar um projeto de redução da emissão de gases neste último. A redução é feita para expandir os direitos de emissão do país financiador do projeto, enquanto os direitos de emissão do país em que o projeto é realizado são reduzidos proporcionalmente. Portanto, as unidades de redução de emissão são somadas por uma parte e subtraídas por outra. Em suma, o primeiro país compra, enquanto o segundo vende unidades de redução de emissão, com o objetivo de respeitar as obrigações impostas pelo Protocolo de Quioto.

O segundo mecanismo de flexibilização, regulamentado pelo artigo 12, é definido como Mecanismo de Desenvolvimento Conjunto ou Limpo, *joint ou clean development mechanism*. Nesse caso, também está previsto um acordo, mas entre um país desenvolvido, sujeito a limites, e um país sem restrições. Projetos financiados por um país desenvolvido em um país não submetido a limites de emissão permitem àquele obter reduções de emissão certificadas, que se somam às permissões de emissão consentidas pelo Protocolo, além de contribuir com o desenvolvimento de técnicas não poluentes no outro país. Também nesse caso, o país financiador obtém créditos de redução com base em projetos de redução de emissão em outros países, o que é chamado de comércio de créditos.

O terceiro mecanismo de flexibilização – artigo 17 – refere-se à comercialização das cotas de emissão estabelecidas – comércio de emissões ou de permissões. Isso possibilita aos países que precisam de direitos adicionais de emissão adquiri-los de outras nações que tenham direitos não utilizados e que estejam dispostas a vendê-los. Da mesma forma, permite que os países que reduzem a emissão além do estabe-

lecido vendam direitos de emissão a outros países. Desse modo, o país comprador acrescenta e o vendedor sutrai a quantidade que é objeto de troca. Esse tipo de transação pode ocorrer entre os trinta e nove países sujeitos a limites⁶.

Segundo o tratado de Quioto, essas trocas devem ser suplementares⁷, pois os países obrigados a respeitar limites quantitativos devem reduzir também – e principalmente – as próprias emissões, e não podem fazer isso apenas comprando direitos ou créditos de outras nações.

6 Sobre o organismo internacional, C. P. R. Romano, “*La prima conferenza delle parti della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico: Da Rio a Kyoto via Berlino*”, *Rivista giuridica dell’ambiente*. Milão: Giufirè, 1996, p. 163 e seguintes; sobre os mecanismos de flexibilização, M. Montini, “*Le politiche climatiche dopo Kyoto: interventi a livello nazionale e ricorso ai meccanismi di flessibilità*”, *Rivista giuridica dell’ambiente*. Milão: Giufirè, 1999, p. 133 e seguintes; G. Golini, “*Cambiamenti climatici: il protocollo di Kyoto ancora nel limbo*”, *Ambiente*. n° 6, 2000, p. 553 e seguintes, bem como Commissione delle comunità europee. *Libro verde sullo scambio di diritti di emissione di gas ad effetto serra dell’Unione europea*. Bruxelas: Com (2000) 87, 2000. Além dos relatórios e propostas apresentadas na Conferência das Partes de Haia (novembro de 2000) e de Bonn (julho de 2001) e Third Assesment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2001.

7 O princípio está expressamente previsto para o primeiro e o terceiro mecanismo de flexibilização, não para o segundo. Mas deve ser entendido como obrigatório para este também.

Os mecanismos de flexibilização descritos têm precedentes nacionais⁸, internacionais e comunitários⁹, mas há interesse particular neste último porque exigem objetivos globais e cotas nacionais, pressupõem atribuições nacionais de cotas para empresas, permitem comércios de direitos e créditos entre nações – “horizontais” – e não podem dispensar mecanismos de controle e sanção “verticais”.

A proposta de tornar obrigações impostas em nível global comerciáveis entre empresas e Estados remonta aos anos 60¹⁰, quando surgiu a ideia de que o regulador mundial poderia definir um limite de emissão, atribuir a autoridades nacionais – que, por sua vez, distribuiriam entre empresas – um número de permissões de emissão, cuja soma fosse igual ao padrão estabelecido, e, enfim, permitir aos países e às empresas trocar as próprias permissões, criando um mercado no qual quem consegue emitir níveis inferiores ao que inicialmente lhe foi atribuído pode vender o *superavit*. A troca de direitos de emissão permite que uma empresa ultrapasse sua cota se houver outra companhia que tenha emitido poluentes em quantidade inferior à cota concedida e pretenda vender o que não foi utilizado. Assim, os efeitos sobre o ambiente são

8 O principal exemplo de comércio de emissões e de sistema baseado no mercado é norte-americano o *Clean Air Act* (1990). De acordo com ele, a autoridade protetora do ambiente fornece a cada estabelecimento uma permissão de emissão inferior ao que é praticado. Os estabelecimentos então podem emitir substâncias poluentes com base nessa permissão. Se desejarem emitir quantidades maiores, podem comprar *allowances* de outro estabelecimento que tenha reduzido a emissão abaixo do que foi autorizado e que, portanto pode comercializar a cota de *allowance* não utilizada. Esta pode ser comprada e vendida inclusive por mediadores.

9 Casos de implementação conjunta estão previstos no Protocolo de Montreal para a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio, de 1987, modificado em 1990 e 1992; e, no âmbito europeu, nas cotas de pesca previstas pela Política Comunitária de Pesca e nas cotas de leite aplicadas pela Política Agrícola Comunitária.

10 É de F. H. Dales, *Pollution, Property and Prices*. Toronto: Universidade de Toronto, 1968. Já o texto principal sobre *tradable permits* é de M. Grubb, *The Greenhouse Effect: Negotiating Targets*. Londres: Royal Institute of International Affairs, 1989.

os mesmos, mas as empresas podem reduzir os custos necessários para respeitá-los. Estabelece-se uma concorrência entre companhias pela busca do sistema de redução mais econômico. Estas, na realidade, estão interessadas em aproveitar os diferenciais dos custos marginais das iniciativas de redução da emissão. Obtém-se a redução da emissão pelo custo mais baixo para assegurar o resultado ambiental preestabelecido.

O mesmo acontece nas relações entre países. Os desenvolvidos podem recuperar, graças a acordos com países em via de desenvolvimento, a força que a decisão global lhes tirou, porque podem emitir mais que o permitido comprando a redução de emissão de países que podem realizá-la com custos mais baixos, facilitando, dessa maneira, também o desenvolvimento desses países¹¹.

O sistema apresentado ainda está em processo de definição; o Protocolo de Quioto ainda não foi efetivado. Enquanto isso, a Conferência das Partes, órgão deliberativo da organização, define aos poucos os modos de colocar em prática os compromissos e, principalmente, os mecanismos de flexibilização. Apesar disso, já é possível identificar elementos característicos do sistema.

Primeiramente, tanto o organismo como o comércio dos direitos e créditos respondem a uma exigência autenticamente global – não importa quem emite os gases de efeito estufa, o problema diz respeito a todos os habitantes do planeta; por outro lado, a redução da emissão é eficaz independentemente da região do globo em que é realizada.

Em segundo lugar, o sistema colocado em prática para resolver o problema é resultado de uma astuta combinação entre planejamento e controle globais e transações de mercado entre Estados e empresas. O direito internacional clássico criou o sistema mediante um tratado. Mas este instituiu um organismo cujo órgão deliberativo – a Conferência das Partes –, composto não por cada Estado, mas por seu conjunto, como colégio, estabeleceu o limite total ou global de emissão e a contribuição

11 M. Paterson, *Global Warming and Global Politics*. Londres: Routledge, 1996, p. 3 e p. 184.

de cada país, que, por sua vez, distribui cotas entre os poluentes. Ele controla também o respeito às quantidades atribuídas. Além disso, foi criado um mercado global, regulado e controlado, de proibições, em que estas podem ser comercializadas, isto é, compradas e vendidas de várias maneiras.

Por fim, no sistema estão presentes um organismo internacional, os Estados e as empresas. Mas a tarefa de regulador final não é atribuída aos Estados, mas ao organismo internacional. Os Estados decidem apenas a distribuição interna das cotas. É o organismo internacional que planeja e controla tanto as atribuições como o comércio.

5. Os ordenamentos públicos globais

Os ordenamentos descritos não podem ser enquadrados no âmbito do Estado, tampouco serem entendidos como sua mera extensão, porque vão além e se impõem aos Estados.

No entanto, por falta de estudos sobre o assunto, é difícil ir além dessa conclusão negativa. Uma vez dito que os ordenamentos jurídicos globais fogem ao domínio do Estado e fazem parte de um direito público não estatal, o estudo dos aspectos positivos desses novos ordenamentos se paralisou. Há quem não reconheça nenhum elemento novo e considere que os Estados continuam a dominar a cena que, entretanto, é anárquica, pela ausência de um governo superior¹². Há quem reconheça a novidade de uma ordem internacional, frequentemente definida como regime, que atribui papéis aos Estados. Mas essa ordem é posteriormente reduzida em termos funcionalistas, pois serve para resolver problemas técnicos específicos, e não para a negociação política. Ou

12 A tese possui várias interpretações, inclusive a de que os ordenamentos globais seriam apenas fruto de uma *complex sovereignty*, que, porém, não seria subtraída dos Estados: K. Jayasuriya, "Globalization, Law and the transformation of Sovereignty: The emergence of Global Regulatory Governance", *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 6, n° 2, inverno de 1999, p. 425 e seguintes.

então é estudada como Estado, tendo em vista a divisão de poderes e a democracia. De qualquer forma, entre realistas, institucionalistas e funcionalistas prevalece o ponto de vista estadocêntrico, razão pela qual o foco dos estudos é o papel dominante do Estado.

Tendo em vista essas observações, podemos tentar traçar alguns aspectos elementares dos ordenamentos públicos globais. Em primeiro lugar, eles respondem à exigência de controlar a globalização. Muitos problemas ultrapassam os limites do Estado, porque houve expansão de fenômenos sanitários, econômicos, meteorológicos etc.; expansão denominada globalização. Ela é definida de várias formas. Sinteticamente, poderia ser explicitada assim: "nas últimas décadas do século XX, o espaço do mercado parece ter atingido os limites demográficos e territoriais do mundo – razão pela qual estudiosos franceses preferem o sinônimo 'mundialização'¹³.

A globalização consiste em desenvolvimento de redes de produção internacionais, dispersão de unidades produtivas em diferentes países, fragmentação e flexibilidade do processo de produção, interpenetração de mercados, instantaneidade dos fluxos financeiros e informativos, modificação dos tipos de riqueza e trabalho e padronização universal dos meios de negociação. Os "Soberanos" da globalização são as

13 L. Gallino, "Globalizzazione e disuguaglianze". Roma-Bari: Laterza, 2000, p. 23. O termo "globalização", que entrou em uso no final da década de 1950, indica, segundo economistas, "o crescimento acelerado de atividades econômicas supranacionais" e a "intensificação [...] da movimentação de bens, serviços, capitais, trabalhadores e investimentos diretos entre países". F. R. Pizzuti, "Introduzione, Mercati e istituzioni nella neoglobalizzazione", in L. Gallino, *Globalizzazione, istituzioni e coesione sociale*. Roma: Donzelli, 1999, p. 12 (ver também os textos de Oppenheimer e De Cecco). Segundo historiadores, por outro lado, o termo indica o "processo de mundialização da economia, um fenômeno que certamente não é novo, mas é caracterizado nesses últimos anos por ritmos mais rápidos e intensos e dimensões mais amplas". P. Villani, "L'età contemporanea: XIX e XX secolo". Bolonha: Il Mulino, 1993, p. 719.

grandes multinacionais¹⁴. A governança¹⁵ e os ordenamentos públicos globais não são instrumento da globalização, mas formas de mantê-la sob controle. Por isso, globalização e governança global devem ser entendidos como fenômenos diferentes, e até mesmo opostos, ainda que caminhem na mesma direção, de subtrair uma parte do direito ao seu soberano habitual, o Estado.

O segundo aspecto característico dos ordenamentos públicos globais refere-se à sua formação histórica e pode ser elucidado por meio da comparação com a história da formação dos Estados. Estes se desenvolveram ao longo de vários séculos, mais especificamente entre três e cinco séculos, graças à expansão do poder monárquico, que se cercou de instituições centrais (conselhos, ministros e corte¹⁶), submetendo a elas poderes secundários e periféricos, devendo posteriormente sujeitar-se à soberania popular. Daí os principais problemas do Estado, o problema da supremacia do executivo, das relações centro-periferia e da representatividade.

A governança global, ao contrário, afirma-se em um período de tempo mais curto – meio século, se desconsiderarmos a fase de preparação; vale ressaltar, porém, que ainda não atingiu a fase de maturidade. Não se formou por sobreposição, mas por cooperação. Seus principais problemas não são soberania, relações centro-periferia e representatividade, e sim relacionados à decisão conjunta, à colaboração e à *rule of law*.

14 Que são dotadas de extraterritorialidade, invisibilidade e impessoalidade, segundo M. R. Ferrarese, “I sovranî paradossi della globalizzazione”, *Alternative/i*, Março de 2001, nº 1, p. 29 e seguintes, mas especialmente M. R. Ferrarese, “Le istituzioni della globalizzazione: Diritto e diritti nella società transnazionale”, Bolonha: Il Mulino, 2000.

15 Sobre os significados de governança e as respectivas discussões, R. Mayntz, “La teoria della ‘governance Sfide e prospettive”, *Rivista italiana di scienza politica*, a. XXIX. Bolonha: Il Mulino, nº 1, abril de 1999, p. 3 e seguintes.

16 A literatura sobre o tema é ampla; ver, entre as obras mais recentes, P. Molas Ribalta, “L’impact des institutions centrales”, in W. Reinhard, “Les élites du pouvoir et la construction de l’Etat en Europe”. Paris: PUF, 1996, p. 25 e seguintes.

O terceiro aspecto característico: a governança global apresenta-se como um conjunto de organizações gerais e setoriais e de acordos. Não apenas inexistente uma supremacia e um soberano, como também não há uma estrutura definida. Por esse motivo fala-se em governança global, e não em governo global; traços funcionais, regras, procedimentos e comportamentos prevalecem sobre organizações e estruturas. Elas existem, mas seu papel não é predominante como nos Estados aparelhados, e sua ordem não é hierárquica, mas reticular¹⁷.

Essa ordem reticular apresenta complexa mistura de componentes internacionais e nacionais e grande quantidade de conexões setoriais. Um exemplo da primeira é o princípio do retorno justo, aplicado em algumas organizações internacionais, como a Agência Espacial Europeia. Segundo esse princípio, o valor das encomendas feitas por uma organização aos Estados deve ser igual ao total das contribuições determinadas pelos Estados à organização. Desse modo, finalidades coletivas e meios nacionais estão engenhosamente interrelacionados.

Um exemplo das conexões entre instituições internacionais é a dita cláusula de compatibilidade ou subordinação – presente, por exemplo, no Tratado da Comunidade Europeia. Com base nessa cláusula, as relações jurídicas derivadas de acordos internacionais preexistentes são garantidas. Desse modo, permite-se, por um lado, a progressiva expansão reticular dos acordos que visam governar a globalização; por outro, assegura-se a interrelação entre os vários meios regionais ou seccionais de governo, na falta de um governo central firme – como se acredita que deveria ser a Organização das Nações Unidas.

17 Ver A. M. Slaughter, “The Real New World Order”, *Foreign Affairs*. Palm Coast: Council on Foreign Relations, vol. 76, nº 5, setembro e outubro de 1997, p. 183 e seguintes, sobre governança como resolução cooperativa de problemas por parte de um número variável de sujeitos, a *global community of law, ou regulatory web e a bipartisan globalization*.

Em quarto lugar, a governança global tem caráter composto. Nela se encontram justapostos, interdependentes ou integrados, dependendo do caso, elementos jurídicos diversos, estatais, internacionais¹⁸ e supraestatais (como a Organização das Nações Unidas, que é uma família de institutos, a Organização Mundial do Comércio, organizações nacionais, como União Europeia e Mercosul, as cúpulas do G8, centenas de outros organismos setoriais – para o correio, o tráfico aéreo, a saúde etc. – e organizações informais, com ramificações estruturais ou funcionais nos Estados ou em nível inferior). Os últimos não se sobrepõem aos primeiros, dominando-os, como havia feito o direito do Estado em relação ao direito dos poderes, locais, corporativos, intermediários e secundários preexistentes. Os precedentes são os dos poderes públicos de regime antigo, em que *ius commune* e *ius singularia* coexistiam¹⁹ e havia “articuladíssima trama de sistemas institucionais sobrepostos” baseada na “colaboração obrigatória entre príncipes e outros protagonistas da cena institucional (feudatários, entidades cidadinas ou eclesiásticas, comunidades locais, corpos profissionais ou de classe de diferentes perfis etc.)”, “conglomerado de [...] sujeitos, unidos entre si, e ao princípio soberano, por uma densa trama de laços paracontratuais (*Herrschaftsverträge*, *pacta subiectionis*, capítulos de sujeição)”²⁰. Ou ainda os poderes públicos multinacionais, como o Sacro Império Romano e os Impérios Otomano, dos Habsburgos e Inglês²¹.

18 Que desempenham, às vezes, papel também muito importante, como no caso de tratados em que é extremamente difícil a modificação. A. von Borgdandy, *Law and Politics in the WTO. Strategies to cope with deficient relationship*, Max Planck Yearbook of United Nations. Leiden: Brill Academic Publications, vol. 5, 2001.

19 Para aprofundamento sobre direito comunitário, J. Gaudemet, “*Du jus commune au droit communautaire*”, in *Clés pour le siècle*. Paris: Daloz, 2000, p. 1013.

20 L. Mannori e B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*. Roma-Bari: Laterza, 2001, pp. 11-13 e p. 18.

21 G. F. Mancini, “*Argomenti per uno Stato europeo*”, in V. Ferrari; P. Ronfani e S. Stabile, “*Conflitti e diritti nella società transnazionale*.” Milão: Franco Angeli, 2001, p. 46. Toma como exemplo os Estados não radicados em nações, como Estados Unidos, Austrália,

O quinto aspecto característico dessa governança é de ordem funcional. Enquanto os ordenamentos gerais anteriores, os Estados, declaravam-se defensores de valores religiosos e morais, os ordenamentos gerais e especiais globais visam governar valores econômicos e materiais (sanitários, meteorológicos, alimentares etc.).

Enfim, na governança global, a administração tem papel mais importante que a política²². Por isso, não tem os problemas próprios dos corpos políticos dos Estados, como problemas de cidadania, de representação e democracia, mas tem problemas de *rule of law*, *expertise*, *accountability*, *speed*, *fairness*, *due process of law* e transparência. Por conseguinte, seria inútil listar os aspectos da democracia política (direito de voto, eleições, Parlamento, maioria e oposição, referendun, partidos políticos e direito de petição) e procurá-los – sem encontrar – nos ordenamentos globais ou em suas partes²³.

Bélgica, Canadá, África do Sul e Índia.

22 Embora a jurisdição esteja agora assumindo um lugar cada vez mais importante, devido à recente multiplicação das jurisdições internacionais (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: Daloz, p. 1221), por meio das quais os direitos protegidos na esfera global penetram também na esfera nacional (D. Dyzenhaus; M. Hunt e M. Taggart, “*The Principle of Legality in Administrative Law: Internationalization as Constitutionalization*”, *Oxford University Commonwealth Law Journal*. Oxford: Oxford University Press, n° 1, junho de 2001, p. 5.

23 Muitos fizeram isso principalmente para a União Europeia. Ver P. M. Hubert, “*Democracy and Constitutional Culture of the European Union*”, in M. Wyrzykowski, *Constitutional Cultures*. Varsóvia: Institute of Public Affairs, 2000, p. 233 e seguintes. P. C. Schmitter, “*Come democratizzare l’Unione Europea e perché?*” Bolonha: Il Mulino, 2000. O artigo de Mancini, “*Argomenti per uno Stato europeo*”, p. 46, é mais equilibrado; para ele “a União Europeia de hoje pressupõe democracia [...]; mas ela própria não é democrática”. Para a conclusão apresentada, é interessante a análise de F. E. Bignami, “*The Democratic Deficit in European Community Rulemaking: A Call for Notice and Comment in Comitology*”, *Harvard International Law Journal*. Vol. 40, n° 2, inverno de 1999, p. 451 e seguintes, segundo o qual não seria preciso usar o modelo de governo parlamentar para a União Europeia, visto que é o executivo, e não o Parlamento, o sujeito principal;

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 rousseauiano (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.

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

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-

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 ordenação 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 tabeliães, 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, recorreremos 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 planejamento (enquanto no planejamento 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 conseqüente falta de um elemento de racionalização e uniformidade intersetorial, 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 pactícia, 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 sábios 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 conseqüências 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 conseqüência, 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 judiciárias 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.

① weak-states
② multinationals

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 estender a operacionalidade de autoridades nacionais para fora do território nacional. São dispostos por leis nacionais, mas produzem efeitos nas relações entre órgãos

I - comiss
II - OMC
III - Harpo
IV - UE

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 centrífugas, 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. Prevaecem 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.

Central x institucional
 Mts org de coordenação
 Inter de Estados



III

O fim da soberania econômica do Estado

| | |
|-------------------|-------------|
| Estado ↔ economia | |
| Antes | Depois |
| Do Estado | Da Economia |
| Pedagogo | Regulador |
| Unitário | Fragmentado |

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 transnazionale*”. 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 *laisser-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 *laisser-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 etc³².

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, mas ainda são tomadas por meio de procedimentos não formalizados e não 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 *juge 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 relojoeiro³⁴, 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 dirigista e a fragmentação interna do controle público da economia privada produzem desequilíbrio entre Estado e economia, que os Estados procuram remediar de várias maneiras.

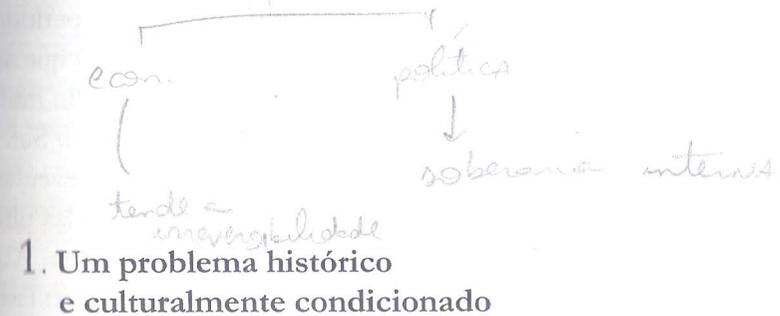
A primeira delas é o desenvolvimento, no âmbito nacional, de redes intergovernamentais de poderes públicos. Dessa maneira, leis nacionais preveem que, sob condição de reciprocidade, entes e organismos nacionais colaborem com órgãos e entes similares de outros países, colocando-os em rede. Nesses casos, 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?



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 super-estatal, outros de nível interno³⁵.

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

Convidados a, após uma década, revisitarem 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 problemas, 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.

crise do estado
1980-1985
(Holl)

crise do estado
(1980-1985)
(Korander)

36 Sobre dúvidas 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 exércitos. 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 descontextu-

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, nº 3, julho de 2000, p. 303.

tualizam. “Os limites dos Estados não assinalam mais os limites dos mercados⁴³.”

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 istituzione 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, nº 2, 1999, p. 321. Sobre os ordenamentos supranacionais 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.

delo Drummond⁴⁶, como o “Clube de Paris”⁴⁶. 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)¹ e de regiões maiores (federalismo externo)². 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. Sbraggia, “*Governance, the State, and the Market: What is Going on?*”, *Governance*. Nova York: John Wiley and Sons, vol. 13, n° 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 jus 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 retornar 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 passeaporte 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.

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 recomposition de l'Etat en Europe.*” Paris: La Découverte, 1996.

V

Os Estados na rede internacional dos poderes públicos

1. Introdução: além do Estado

Uma ^{OTAN} 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?

c) como interagem os três tipos de poderes públicos: internacionais, supranacionais e estatais? Qual a ordem geral que se estabelece entre eles?

2. Os poderes públicos internacionais

O modelo estadocêntrico passa a ser questionado primeiramente pelo surgimento de poderes públicos internacionais.

Estes apareceram na cena mundial no início do século XX, com ordenamentos setoriais – para os correios, por exemplo – e gerais – como a Sociedade das Nações –, mas sempre abertos a todos os Estados – e, portanto, gerais no sentido subjetivo. Seu ordenamento, porém, fez com que fossem, em princípio, instrumento essencialmente pactual, ainda que multilateral. Na realidade, eles têm tarefas que são próprias dos Estados e o órgão de decisão composto por representantes de Estados.

Por influência inicial do modelo burocrático inglês na Sociedade das Nações, eles são dotados de secretariado, que constitui um órgão executivo e de promoção. Os secretariados representam a primeira forma de uma burocracia e de um direito administrativo internacionais, porque desde o início se descartou a ideia de que deveriam representar as burocracias nacionais – a importância dessa iniciativa pode ser medida ao considerarmos que ainda hoje poderes públicos mais desenvolvidos, como os supranacionais, têm executivos compostos de representantes nacionais; é o caso do Grupo Mercado Comum do Mercosul.

Na segunda metade do século XX, ocorreram duas mudanças, uma quantitativa, outra qualitativa. A primeira refere-se ao crescimento do número de poderes públicos internacionais, que quadruplicou na década de 70 e continuou aumentando ainda em ritmo intenso. E aumentaram também os Estados que aderiram às organizações governamentais internacionais.

A segunda mudança está relacionada às tarefas e poderes dos poderes públicos internacionais. Aos organismos que conservam o caráter pactual do direito internacional dominado pelos Estados e que são, portanto, fórum de debate, negociação e acordo, juntaram-se organismos com tarefas e poderes de regulação próprios. Como a Organização Mundial do Comércio, que tem um poder regulador em relação a direitos aduaneiros, restrições quantitativas e subvenções para agricultura, indústria, serviços, propriedade intelectual e contratos da administração pública. Esse poder regulador tem caráter secundário e é desempenhado no exercício das funções de controle da execução dos acordos sobre o comércio. Na realidade, uma das principais tarefas da Organização é assegurar que os acordos sejam cumpridos e adotar decisões interpretativas das normas estatutárias, além de decidir sobre as controvérsias aplicativas.

A essas mudanças junta-se outra, produzida não pelos poderes internacionais, mas pelo mercado. Trata-se do esvaziamento dos Estados, que cedem seus poderes ao mercado, reduzindo o âmbito de sua atuação e recuando – é assim, por exemplo, para garantia do valor da moeda, correção dos ciclos econômicos, tutela das fronteiras etc⁶².

62 Para breve apresentação da rede internacional dos poderes públicos, S. Cassese, "Relations Between International Organisations and National Administrations", IISA, Proceedings, XIX Congresso Internacional de Ciências administrativas, Berlim, 1983. Sobre organismos internacionais e supranacionais, "Organisations internationales à vocation universelle". Paris: La Documentation Française, 1993; "Organisations internationales à vocation régionale". Paris: La Documentation Française, 1995; "Organismes économiques internationaux, documents rassemblés et présentés par" L. Sabourin avec la participation de l'Agence de coopération culturelle et technique, col. Retour aux textes; J. Kraus, "Les négociations du GATT: Comprendre les résultats de l'Uruguay Round". Chambre de Commerce Internationale. Sobre a Organização Mundial do Comércio, P.A. Messerlin, "La nouvelle organisation mondiale du commerce". Paris: IFRI-Dunod, 1995; M. Rainelli, "L'Organisation mondiale du commerce". Paris: La Découverte, 1996. Sobre o efeito direto das disposições do GATT, P. Eeckhout, "The Domestic Legal Status of the WTO Agreement: Interconnecting Legal Systems?", Common Market Law Review. 1997, p. 11 e seguintes.

3. Os poderes públicos supranacionais

Na segunda metade do século XX, colocaram-se ao lado dos poderes públicos internacionais os poderes públicos denominados regionais, porque incluem Estados vizinhos de determinadas regiões – Comunidade, posteriormente União Europeia (1957), Mercado Comum Centro-americano (1960), Pacto Andino (1960), Associação dos Países do Sudeste Asiático (1967), Comunidade Econômica dos Países Caribenhos (1973), Maghreb (1989), Mercosul (1991), NAFTA (1994).

Esses e outros organismos têm desenvolvimento diferente, alguns possuem estruturas elementares, porque são pouco mais do que zonas de livre comércio e uniões aduaneiras, outros têm estruturas muito complexas e ramificadas. Todos, porém, são organismos, pelo menos em princípio, de caráter econômico.

Considerando o grande número de diferenças, é pertinente tomar apenas um exemplo – o mais desenvolvido –, a União Europeia, também oriunda de uma união aduaneira (que ainda a embasa) e de um mercado comum (ainda parte preponderante).

A União Europeia é um conjunto de organismos – do qual faz parte a Comunidade Europeia –, caracterizado por vários elementos. Em primeiro lugar, tem tarefas próprias, em geral, não exclusivas. Isso quer dizer que ela as reparte com os Estados, assim como, para exemplificar, os Estados centrais têm competências concorrentes com as regiões.

A segunda característica é que o direito da União é um *higher law*, pois conquistou prevalência em relação aos direitos nacionais, que devem se adequar a ele. Os princípios do efeito direto do direito comunitário nos ordenamentos nacionais e da supremacia do direito comunitário tiraram o direito europeu do controle de parlamentos, governos e cortes constitucionais nacionais. Graças a essa supremacia do direito comunitário, a União impôs respeito a regras comuns de concorrência, a tipologias padrões de negociação da administração pública, a princípios

fundamentais da finança pública e privada etc., assegurando a padronização dos mercados, indispensável para eliminar barreiras impostas pelos Estados. Por conseguinte, os ordenamentos dos quinze Estados que fazem parte da União adquirem, por um lado, uma parte comum; por outro, se aproximam e, portanto, assistem à aceleração dos processos de convergência recíproca.

A prova da força do primeiro fenômeno está no desdobramento do chamado direito comunitário em duas partes. A primeira é constituída pelo direito comunitário geral, agora limitado ao direito constitucional comunitário, que é autônomo. A segunda é composta pelo direito comunitário especial, produzido pelo direito derivado, que se une aos vários ramos do direito aos quais se liga, constituindo sua base.

Ainda mais discutida é a convergência que assim se produz. Com relação a isso, há quem negue a existência de convergência; quem a admite, mas afirma que não é facilitada pelo direito comunitário; os que a reconhecem, mas consideram que se limita a institutos específicos – estes, posteriormente, se entranham em diferentes contextos e por isso adquirem diferentes vieses. Há, enfim, quem afirme que são justamente os contextos que assumem características comuns, por esse motivo os institutos específicos são diferentes, os ordenamentos, em sua totalidade, se aproximam.

Já a terceira característica do ordenamento europeu é a Comissão; organismo guardião dos interesses comunitários, nascida para “mandar fazer”, não para “fazer”, segundo a famosa expressão de Jean Monnet, transformou-se em organismo de disciplina (emana normas minuciosas sobre uma quantidade de assuntos como cintos de segurança dos automóveis, padrões de limpeza dos matadouros, requisitos dos cosméticos, duração dos períodos de licença paternidade etc.), de controle de segundo grau sobre o funcionamento dos controles nacionais e de gestão – esse é um dos pontos ressaltados pelo Comitê dos Sábios, cujo relatório provocou a crise da Comissão Santer. Posteriormente, a Comissão criou uma rede própria de agências, que desenvolvem tarefas especializadas, muitas das quais não estão em Bruxelas. Além disso, para

poder adquirir informações e garantir o cumprimento das burocracias nacionais, a Comissão estabeleceu, por meio de centenas de comissões, relações estreitas com as administrações nacionais, com as quais, portanto, existe agora relação recíproca de colonização.

Enfim, os outros órgãos motores da União são o Tribunal de Primeira Instância e a Corte de Justiça, aos quais podem se dirigir os juízes nacionais (talvez esse seja o principal aspecto distintivo entre União Europeia e Mercosul, que tem apenas um Tribunal Arbitral). Dessa forma estabeleceu-se, antes mesmo de uma Europa política, uma Europa judiciária. Os juízes comunitários criaram progressivamente princípios para assegurar a supremacia do direito comunitário sobre os direitos nacionais e princípios para controlar os aparelhos comunitários. Em os últimos, um dos mais interessantes é o da proporcionalidade, importado do direito alemão, onde foi criado, para o direito comunitário, o princípio de proporcionalidade e de onde se propagou para outros direitos nacionais, como o inglês e o italiano (trata-se de um belo exemplo de migração de instituições jurídicas).

Para ilustrar como a União atua e como amplia progressivamente sua esfera de ação, podemos recorrer a um exemplo. A União introduziu novos princípios, inspirados na concorrência, no setor dos serviços públicos, antes dominado pelos monopólios. Os governos nacionais são obrigados a aplicar as normas comunitárias, permitindo, portanto, que novas empresas entrem em setores como telecomunicações, energia elétrica, gás, transporte ferroviário, correio etc. Se uma empresa de um dos países membros da União constata que continuam existindo barreiras ao acesso, pode apontá-las à União Europeia. Esta, por sua vez, realizará uma instrução, notificará o governo nacional sobre a ineficiência e, caso persista o inadimplemento, poderá recorrer ao juiz comunitário, capaz de condenar o Estado ao pagamento de uma soma em dinheiro (utilização da responsabilidade como deterrente).

Esse exemplo, que sempre se repete, tem cinco aspectos característicos. O primeiro deles é que a força da União se funda no princípio da não discriminação; um operador, nacional ou estrangeiro, não po-

ser tratado de maneira diferente de outro. Por sua dimensão, esse princípio confere à União possibilidade muito ampla de ação.

O segundo aspecto é que a Comissão, para poder desenvolver esse papel de guardião da atuação do direito comunitário, não podendo dispor de inspetores próprios, deve se servir da colaboração de sujeitos privados, interessados em fazer valer os próprios interesses perante os governos nacionais. Para alcançar esse objetivo, a Comissão, mesmo sendo em seu funcionamento interno um órgão burocrático e lento, atua externamente com elevado grau de informalidade e abertura, permitindo, portanto, fácil acesso. Essas condições, por sua vez, facilitam o desenvolvimento de organismos privados de representação ou defesa de interesses; uma das características mais frequentemente apontadas da União é o crescimento de grupos de interesse e lobbies, que representam os mais diferentes tipos de interesses nacionais em Bruxelas. Esses organismos, cuidando do próprio interesse, permitem, ao mesmo tempo, que se alcance um fim comunitário. E a Comissão tem todo o interesse em que eles atuem como “delatores”, em função do fim comunitário da não discriminação.

O terceiro aspecto característico é a constituição de uma relação trilateral entre sujeito privado, administração nacional e administração comunitária, em que a segunda é contraposta à terceira em virtude da iniciativa do primeiro. Trata-se de uma modificação radical quanto à relação bilateral tradicional entre cidadão e administração pública.

O quarto aspecto é que a Comissão intervém em âmbito nacional para assegurar a atuação do direito comunitário, mas agindo principalmente com base em situações que se criaram em outros países comunitários. Na realidade, a Comissão considera, em primeiro lugar, a exigência de equiparação dos ordenamentos e, portanto, não pode permitir que haja atuação desequilibrada das normas comunitárias.

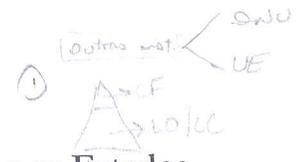
A situação da maior parte dos países, portanto, constitui o padrão para a ação da Comissão.

O quinto e último aspecto é a irrelevância da distinção entre legislação e administração nesse processo de atuação. Na realidade, não apenas inexistem critérios precisos para distingui-las no direito comunitário, como não há nem mesmo necessidade de diferenciá-las no direito interno, contando apenas o efeito útil.

Realiza-se, assim, uma forma especial de competição reguladora, não no sentido de competição entre Estados para influenciar conteúdos e formas da regulamentação europeia, a fim de minimizar os próprios custos de adaptação, nem no sentido de que sejam obrigados à “corrida à baixa” para atrair ou manter móveis os fatores de produção, e sim no sentido de que a comparação entre diferentes níveis nacionais de atuação permite formar um *benchmark* para controle da atuação por parte de cada Estado.

É possível concluir então que a União Europeia, em um curto período – quarenta anos – e com um processo que sofreu acelerações e desacelerações, tornou-se um poder público eficaz, porque tem sido capaz de se impor aos Estados, mesmo desafiando os princípios mais consolidados dos poderes públicos, já que não se embasa em um povo, não é soberana e não tem seu próprio poder de tributação embora tenha entradas diretas. Por esses motivos, um dos maiores erros é considerar a União um Estado⁶³.

63 Sobre os organismos supranacionais, C. Chapuis, “Die Übertragung von Hoheitsrechten auf supranationale Organisationen”. Basileia e Frankfurt: Helbing & Lichtenhahn, 1993; C. D. Classen, “Die Europäisierung des Verwaltungsrechts”, in K. F. Kreuzer; D. H. Scheuing e U. Sieber, “Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union”. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschafts, 1997, vol. 1. Sobre a teoria “unitária” da União. A. von Bogdandy; M. Nettesheim, Ex Pluribus Unum: Fusion of the European Communities into the European Union, European Law Journal. Nova York: John Wiley and Sons, 1996, p. 267 e seguintes. Sobre as modificações do Estado, S. Strange, “The Defective State, “Daedalus”. Vol. 124, nº 2, primavera de 1995, p. 55 e seguintes; V. Cable, “The Diminished Nation-State: a Study in the Loss of Economic Power, “Daedalus”, vol. 124, no 2, primavera de 1995, p. 23 e seguintes (número sobre “What



4. Os poderes públicos supranacionais e os Estados

Examinados os novos poderes públicos gerais, passaremos agora ao segundo ponto, que se refere à sua influência sobre os Estados.

A primeira consequência do desenvolvimento da rede dos poderes supraestatais é os Estados serem condicionados, no exercício da soberania, por instituições superiores. Na realidade, qualquer decisão interna relativa ao setor postal, ao transporte aéreo, ao uso da plataforma marítima ou ao setor ambiental está condicionada ao respeito a padrões e critérios estabelecidos no âmbito internacional ou supranacional. O resultado é que os ordenamentos internos devem respeitar não apenas o direito estabelecido pelo Estado, mas também o direito estabelecido fora dele.

A segunda consequência está vinculada à primeira, ou seja, os Estados perdem a exclusividade de suas funções, devendo partilhá-las com outros organismos. O fato de que isso ocorre com a colaboração dos próprios Estados, como resultado de sua autolimitação, não diminui a importância da perda.

Outra consequência é o fato de que os aparelhos executivos estatais, antes órgãos de execução de decisões estatais, tornam-se agora também órgãos de execução de decisões de outros organismos. Estes se valem dos órgãos estatais com a técnica da utilização dos serviços de outro ente para executar as próprias decisões. E, da mesma maneira, os serviços estatais utilizados se tornam objeto de dupla pertinência, dependendo – estrutural e funcionalmente – dos Estados e também – apenas funcionalmente – dos organismos supranacionais. O exemplo mais evidente são os organismos estatais de intervenção no setor agrícola nos países europeus, que também são, concomitantemente, instrumentos da política agrícola comunitária.

future for the State?); S. Cassese; F. Galgano; G. Tremonti e T. Treu, “Nazioni senza ricchezza, ricchezza senza nazioni.” Bolonha: Il Mulino, 1993.

Além disso, há outro efeito, que está relacionado às ordens judiciárias nacionais, que se ajustam de várias maneiras à existência de ordens judiciárias superiores e se tornam, assim, potentes veículos da atuação do direito supranacional dentro dos Estados.

Por último, verifica-se na área europeia tentativa de estabelecer ações corretivas para a invasão da União no âmbito estatal, entre as quais a principal é o princípio de subsidiariedade, segundo o qual a União não deve assumir tarefas que podem ser mais bem executadas em nível inferior.

O três princípios sobre os quais se sustentam os Estados modernos são, dessa maneira, questionados. O primeiro, segundo o qual a esfera da publicidade depende do Estado, porque esta agora também está ligada à intervenção de organismos supraestatais. O segundo, do Estado como centro, porque agora a União assume posição central. O terceiro, do Estado como unidade, porque suas partes – alguns setores do executivo e o judiciário – atuam também em função de interesses supraestatais.

5. A nova ordem dos poderes públicos

As observações anteriores permitem traçar as principais linhas da nova ordem dos poderes públicos. Antes, porém, é necessário observar que a nova ordem não atinge do mesmo modo as diferentes áreas geográficas do mundo, algumas estão mais à frente, outras, mais atrás.

O primeiro aspecto do ordenamento em vários níveis dos poderes públicos refere-se à concentração dos direitos nos Estados. Como se sabe, uma das características da formação dos Estados, do século XV ao XIX, foi a progressiva concentração dos direitos nos Estados, com a respectiva redução da possibilidade de que fossem geridos por outras autoridades. Agora esse processo de absorção no Estado terminou e teve início o processo oposto, de dispersão dos direitos para outras entidades. Isso implica, por um lado, menores poderes para o Estado; por outro, para os cidadãos, há a multiplicação de referências supraestatais,

nas quais pode fazer valer os próprios direitos. Na Europa, por exemplo, o desrespeito ao direito de acesso de uma empresa, em um setor da economia, pode ser reivindicado junto à União Europeia, e a demora dos juízes no processo, junto ao Conselho da Europa.

O segundo aspecto da nova ordem está relacionado à organização em vários níveis e em rede. Em outras palavras, não houve uma hierarquização correspondente à multiplicação dos poderes públicos, por isso papéis, tarefas e posições estão apenas parcialmente definidos, não há limites claros para áreas ou matérias, mas interdependência estrutural e funcional; os procedimentos não são sequências articuladas ao longo de nítidas linhas de autoridades, mas ações realizadas com apoio recíproco.

Esse mundo menos racional – porém, ainda mais dominado pelo direito do que eram os Estados – tende, lentamente, a substituir o modelo Westfalia, segundo o qual sujeitos de direito internacional são apenas os Estados, e os princípios da soberania dos Estados e de sua igualdade jurídica são absolutos. Esse modelo reduziu o número dos poderes públicos – basta pensar que na Europa, no século XVI, havia quinhentos poderes públicos independentes, e 25 no início do século XX –, enquanto o modelo que tende agora a prevalecer acarreta seu aumento.

O terceiro aspecto refere-se à fluidez e incompletude da nova ordem. Os poderes públicos, nos diferentes níveis, se sobrepõem e se entrelaçam, mas os conflitos são evitados graças à incompletude e à fluidez, por isso, como no ordenamento da Europa medieval, nenhuma instituição é totalizante e prevalece a *indirect rule*.

A história dos poderes públicos, a partir da Idade Média, assistiu a um movimento pendular de dispersão e concentração, mas não em torno dos mesmos poderes. A fase atual assiste à prevalência da dispersão e da fragmentação.

Ainda não foi criada uma expressão satisfatória para indicar o novo regime internacional, no qual se formam princípios, normas, regras e procedimentos – implícitos ou explícitos – de decisão que fixam esquemas de responsabilidade para os quais convergem expectativas dos

diferentes poderes públicos, com fenômenos de agregação autorreguladora, mesmo na ausência de autoridade central dotada de supremacia. Foi proposta a expressão “governança sem governo”, que deu título a um livro. Mas esta, em parte, trai a realidade que deseja compreender e sintetizar, seja porque na realidade estão presentes poderes públicos ainda mais numerosos do que no passado, seja porque a expressão subentende a busca de um centro mundial de governo que não existe e não pode existir em um ordenamento em rede⁶⁴.

As dificuldades de uma expressão que sintetize o conceito decorre, por um lado, dos limites disciplinares dos estudiosos de ciências políticas e relações internacionais; por outro, dos juristas. Os primeiros dão atenção apenas às macrodecisões, deixando de lado a parte da realidade da integração mundial que vai da padronização das estatísticas econômicas e financeiras até a normatização dos requisitos de segurança das instalações elétricas civis. Os outros, mais atentos a essas pequenas decisões comuns, são, porém, influenciados pela cultura estatalista e, portanto, estão em busca de uma hierarquia em que, ao contrário, há sobreposição e entrelaçamento; de uma ordem estável em que, ao contrário, há fluidez; de um centro, em que há apenas vazio.

64 Sobre o modelo medieval, ver M. Ascheri, “*Istituzioni medievali: Una introduzione.*” Bolonha: Il Mulino, 1994; P. Grossi, “*L’ordine giuridico medievale.*” Roma-Bari: Laterza, 1995. Sobre o governo mundial, ver D. Zolo, Cosmopolis: “*La prospettiva del governo mondiale.*” Milão: Feltrinelli, 1995. Sobre as relações entre Estado e economia mundial, ver S. Strange, “*The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy.*” Cambridge: Cambridge University Press, 1996. Sobre direito administrativo internacional, U. Borsi, “*Carattere ed oggetto del diritto amministrativo internazionale.*”, *Rivista di diritto internazionale.* Milão: Giuffrè, vol. I, ano VI, fasc. I; K. Vogel, “*Administrative Law, International Aspects.*”, in *Encyclopedia of Public International Law.* 1986. Sobre a influência do direito comunitário sobre os direitos administrativos nacionais, G. Marcou, “*Les mutations du droit de l’administrations en Europe.*” Paris: L’Harmattan, 1995. Sobre vantagens e limites das integrações negativa e positiva, F. W. Scharpf, “*Governare l’Europa: Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell’Unione Europea.*” Bolonha: Il Mulino, 1999.

Portanto, para que haja evolução dos estudos nesse campo é necessário que não se continue a examinar apenas parte da realidade da integração e que não se parta dos antigos modelos, procurando confirmação em um mundo que não pode oferecer isso⁶⁵.

65 Uma prova da incompletude da abordagem jurídica e da abordagem da ciência política dos fenômenos da integração encontra-se na tese do dualismo entre caráter supranacional do direito europeu e caráter intergovernamental da política europeia, tese que parte do pressuposto de que política e direito podem ser separados. Ver J. W. Weiler, “*The Community System: The Dual Character of Supranationalism.*”, *Yearbook of European Law.* Oxford: Oxford University Press, 1982, n° 1, p. 257 e seguintes.

VI

A União Europeia como organização pública composta

1 . Introdução e esquema

No passaporte italiano, assim como no dos outros países da União Europeia, está escrito “Comunidade Europeia”, além do nome do Estado ao qual o indivíduo pertence. Isso indica o duplo pertencimento de cada cidadão à própria nacionalidade e à Comunidade mais ampla.

Trata-se de um reflexo subjetivo de um fenômeno objetivo, de natureza organizacional, que repete uma experiência vivida em diferentes épocas pelos Sacro Império Romano, Império Otomano, Império-Habsburgo e Império Inglês, em um período que durou entre dois e nove séculos. É uma experiência resumida pelo jusnaturalista alemão Samuel Pufendorf (1632-1694) por meio da expressão *Res publica composita*.

Visto que a União Europeia, como poder público composto, se desenvolveu com base nas organizações estatais, nos Estados-nações, mostraremos primeiramente as características dos ordenamentos gerais estatais, em seguida, seus pontos de crise, e depois passaremos à análise do desenvolvimento dos ordenamentos compostos em geral e aos

relacionados à União Europeia. Finalizaremos com as consequências e implicações do ordenamento da União como poder composto. A exposição seguirá, portanto, um andamento circular dos acontecimentos históricos, procurando compreender suas características principais e diferenciais⁶⁶.

2 . Os ordenamentos gerais estatais e sua crise

Os ordenamentos gerais estatais afirmaram-se entre os séculos XV e XIX, expropriando os antigos detentores de poderes (cidades, principados, parlamentos provinciais, magistraturas de diferentes tipos etc.) e assumindo diretamente tarefas que, posteriormente, foram delegadas, conferidas ou transferidas a outros sujeitos, cujos poderes derivavam sempre do Estado.

Dessa maneira, os ordenamentos gerais foram dotados do monopólio do emprego legítimo da força física e concentraram todos os meios políticos em uma única cúpula. Dessa cúpula, denominada governo, deriva uma organização executiva piramidal de estrutura compacta. Os outros poderes e especialmente o judiciário constituem uma pequena parte em relação ao executivo.

A essa expropriação dos titulares de poderes e à concentração dos poderes em uma cúpula executiva, juntou-se a submissão dos sujeitos, dos quais se exigiam lealdade, fidelidade e, principalmente, pertencimento exclusivo.

66 A literatura sobre o tema é vasta. Sugere-se, para a perspectiva histórico-comparada, a leitura de P. Flora, “*State Formation, Nation-Building and Mass Politics in Europe*.” Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 209 e seguintes (contém estudos de S. Rokkan). Para a passagem aos ordenamentos compostos, ver F. Ost e M. de Kerchove, “*De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?*” *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*. Bruxelas: Faculté Universitaire Saint-Louis, n° 44, 2000, p. 24. Sobre o ordenamento europeu e o relativo debate, E. Cannizzaro, “*Democrazia e sovranità nei rapporti fra Stati membri e Unione europea*”, “*Il diritto dell’Unione europea*”. Milão: Giuffrè, n° 2, 2000, p. 241 e seguintes.

As características dos ordenamentos gerais se completaram com a produção de um único direito, assumido como exclusivo e aplicado uniformemente para impedir a aplicação de outros direitos, consentida quando, ao lado dos *iura propria* havia um *ius commune* e quando os juízes podiam aplicar a *lex alius loci*.

O Estado atingiu seu apogeu na primeira metade do século XX, graças aos nacionalismos, e começou a declinar a partir de então. O Estado havia sofrido outras crises, em especial, na segunda década do século XX, por causa do desenvolvimento de partidos e sindicatos. Mas a crise da segunda metade do século XX foi mais forte, porque atingiu tanto o poder interno quanto o externo.

Internamente, os Estados se fragmentaram em regiões e organismos nacionais que cercavam o governo e, às vezes, se sobrepunham a este. E assistiram ao desenvolvimento de um poder judiciário voltado inicialmente apenas aos cidadãos, depois também ao executivo. Por exemplo, apenas nos quinze países da União Europeia há mais de cem entidades regionais, e a agressividade das ordens judiciárias em relação aos executivos nacionais aumenta progressivamente.

Externamente, os Estados cedem sua soberania a organizações internacionais gerais e especializadas, a institutos de cooperação e organismos supranacionais. Alguns desses organismos são ordenamentos completos, dotados de plurisubjetividade, organização e normatização; outros são ordenamentos incompletos. Mas todos dão sinal da fraqueza dos Estados e da sua perda de soberania.

3. As formas de integração regional e o desenvolvimento das organizações compostas

As organizações compostas começaram a se desenvolver quando, por um lado, se passou do bilateralismo (relações bilaterais entre Estados) ao multilateralismo; por outro, quando os ordenamentos internacionais se colocaram ao lado dos regionais; no sentido de englobar regiões geográficas inteiras como Europa e América do Sul.

Até hoje são conhecidos seis diferentes tipos de integrações regionais. O primeiro são as associações de Estados, como fórum de cooperação. Estas asseguram cooperação nas políticas econômicas e comerciais, investimentos e políticas da concorrência. São formas de regionalismo aberto. Não são fundadas em acordos comerciais. Alguns exemplos são a OCSE⁶⁷, que engloba também os países europeus, a APEC (*Asia-Pacific Economic Cooperation*), para países asiáticos do Pacífico, e a ASEM (*Asia-Europe Meeting*), para União Europeia e países asiáticos.

A segunda forma de integração regional é constituída pelos acordos de preferência não recíproca, que consistem em concessões unilaterais de vantagens a alguns países exportadores, sem que os importadores tenham vantagens equivalentes. Esse tratamento é dado pela União Europeia aos países do Mediterrâneo e Europa Central.

A terceira forma de integração é constituída pelas zonas de livre comércio, fundadas na reciprocidade da redução de barreiras aduaneiras, quase sempre progressiva e limitada a alguns produtos e apenas a barreiras tarifárias. Um exemplo é a ASEAN (*Association of South-East Asian Nations*), para países do sudeste asiático.

A quarta consiste nas uniões aduaneiras, zonas de livre comércio que incluem aspectos da política comercial, têm tarifa externa comum para importações e repartem as entradas aduaneiras de acordo com critérios preestabelecidos. Por exemplo, o Grupo Andino (Bolívia, Colômbia, Equador, Perú e Venezuela) e a SADC (*South African Development Community*).

Já a quinta forma refere-se ao mercado comum; união aduaneira que inclui, além de mercadorias, fatores da produção – capital e trabalho.

⁶⁷ Trata-se da sigla italiana para OECD, em inglês, “*Organisation for Economic Cooperation and Development*.” (N. do T.)

A última forma de integração regional é a união, que implica também integração das políticas econômica e monetária, como no caso da União Europeia.

Essas formas de cooperação foram se multiplicando e aprofundando. Todas comportam um mínimo de organização. Mas apenas algumas dão origem a organizações compostas. Um exemplo seria o NAFTA (*North Atlantic Free Trade Agreement*), que une Estados Unidos, Canadá e México. O acordo institutivo, assinado em 1992, entrou em vigor em 1994. Prevê a eliminação das barreiras ao comércio, no prazo de dez a quinze anos, e dita normas comuns para serviços, investimentos, ambiente, problemas sociais.

Outro exemplo seria o Mercosul, que une Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, (tendo Chile e Bolívia como associados.) O acordo foi firmado em 1991 e instituiu, a partir de 1995, um mercado comum, com livre circulação de bens, serviços, capitais e trabalho, abolição das tarifas internas e tarifa externa única e coordenação das políticas em alguns setores. A organização responde a uma lógica confederativa e possui estrutura intergovernamental – conselho de ministros, secretariado, comitês, mas sem órgão de justiça próprio.

Porém, a organização composta mais desenvolvida é a União Europeia – instituída em 1957 – constituída por quinze Estados, fundada na livre circulação de bens, serviços, trabalho e capitais, em normas comunitárias sobre concorrência e políticas comuns que incluem também defesa, negócios externos, justiça e ordem pública, e organizada em Parlamento, Conselho, Comissão e Corte de Justiça.

4. A União Europeia como organização composta: morfologia e implicações

Após analisarmos o lento e progressivo modo de organização dos Estados em forma de governo regionais, examinaremos agora as características da União Europeia como organização composta.

A primeira característica está ligada à formação dos Estados e à absorção dos poderes por eles exercidos. A União é um novo detentor de poderes, de nível superior, no comando de um conjunto de Estados nacionais, que cederam tarefas a esse novo ordenamento.

Isso dá origem a uma segunda característica, a concorrência, no uso dos poderes públicos, entre níveis nacional e supranacional, cujos âmbitos de competência não são precisamente determinados em cada campo.

Assim como a especificação – parcial – das tarefas, a organização é em parte dividida, em parte mista. A União tem órgãos próprios, mas atua também mediante órgãos dos Estados.

Além disso, os sujeitos têm duplo pertencimento, seja à União, seja ao próprio Estado. E é possível, portanto, que se estabeleçam relações triangulares entre sujeitos privados, Estados e União.

Enfim, há vários direitos, o comunitário e os nacionais. O primeiro se concretiza nos ordenamentos nacionais e, portanto, soma-se a eles. Os nacionais também não permanecem no âmbito nacional, porque vão se integrar ao direito comunitário, como partes das tradições jurídicas e constitucionais comuns, às quais o direito comunitário faz referência. Há, pois, uma troca entre os diferentes direitos.

A morfologia das relações, descritas em seus aspectos essenciais, permite perceber que a União não é – apenas – um plano superior da construção jurídica, que se sobrepõe aos Estados. Esta os condiciona, interferindo em todos os níveis e, portanto, transformando profundamente as ordens jurídicas nacionais.

Mas isso ocorre – e este é um elemento característico – sem que a União substitua os Estados, segundo o modelo da *indirect rule* do Império Britânico, experimentado também no século XVI pelo Império Otomano em suas relações com os países submetidos, como Egito, Moldávia, Armênia, Curdistão e Transilvânia.

As implicações de uma nova ordem desse tipo, que constitui a maior modificação do mundo do direito nos últimos séculos, são muitas. Mas, entre elas, duas são particularmente interessantes. A primeira

é a transformação do Estado em um dos poderes públicos, nem único, nem exclusivo. A segunda implicação é a concorrência, na disciplina dos Estados, de normas constitucionais de duas ordens, as nacionais e as comunitárias – o artigo 49.1 da Carta Europeia dos Direitos estabelece que ela se aplica a órgãos da União e a Estados membros, ainda que “exclusivamente na atuação do direito da União”, que já é parte considerável do direito dos Estados.

A complexidade que advém da composição de ordenamentos de diversos níveis (*multi-level constitutionalism*) faz com que se considerem ingênuas as propostas de simplesmente traduzir o ordenamento europeu em um sistema de Estado federal do qual a Comissão se tornaria governo e Conselho, a segunda Câmara. Essa ideia é fruto de insuficiente reflexão, tanto sobre a origem do federalismo – que nos Estados Unidos, na época em que foram constituídos, foi resultado de compromisso entre unitários e confederados –, quanto sobre a história da União Europeia e de seus Estados, que não conseguirá convergir em uma forma única e simplificada.

VII

A arena pública: Novos paradigmas para o Estado

I. O TRADICIONAL BINÔMIO ESTADO-CIDADÃO E SUA CRISE

Os sujeitos, no campo do direito administrativo, podem ser de diferentes espécies e podem ser classificados [...] a partir de diversos pontos de vista. Mas a distinção que nos parece fundamental, e à qual é necessário subordinar as outras, é entre sujeitos ativos e passivos do poder administrativo. É preciso, portanto, contrapor, por um lado, os sujeitos que administram e que, em seu conjunto, constituem [...] a administração pública, e, por outro, os administrados.⁶⁸

Essas palavras do principal estudioso de direito administrativo da primeira metade do século XX foram reforçadas, em 1950, pelo estudioso que se destacou durante toda a segunda metade do referido século:

Nas comunidades estatais atuais (Estado comunidade) há, por um lado, as autoridades públicas, que se exprimem no Estado organização; por outro, as pessoas, sujeitos privados, cidadãos [...] que possuem alguns direitos fundamentais.

68 S. Romano, “*Corso di diritto amministrativo.*” Pádua: CEDAM, 1930, p. 83.