

**REDE DE PESQUISA**



## **DIREITOS FUNDAMENTAIS, DEMOCRACIA E GOVERNANÇA**

**Carlos Alberto Simões de Tomaz**

**Roberto Correia da Silva Gomes Caldas**

**Daniel Amin Ferraz**

**(Organizadores)**

**ISBN 978-85-434-0959-7**

**Ano 2016**

**Carlos Alberto Simões de Tomaz**  
**Roberto Correia da Silva Gomes Caldas**  
**Daniel Amin Ferraz**  
**(Organizadores)**

# **DIREITOS FUNDAMENTAIS, DEMOCRACIA E** **GOVERNANÇA**



Co-funded by Erasmus+  
Chair Jean Monnet Programme  
of European Union



**2016**  
**VirtualBooks**

**FICHA CATALOGRAFICA**

C284 TOMAZ, Carlos Alberto Simões de.

Direitos Fundamentais, Democracia e Governança. Carlos Alberto Simões de Tomaz. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas. Daniel Amin Ferraz – Pará de Minas, 2016.  
152f.

Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”  
Universidade de Itaúna

ISBN 978-85-434-0959-7

1. Direito. 2. Direito Internacional. 3. Direitos Fundamentais. 4.  
Governança.  
I. Título.

CDU: 341.1  
CDU: 341.178

## SUMÁRIO

|                                                                                                                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>LA STRATÉGIE EUROPÉENNE POUR TRAITER LA GOUVERNANCE D'ENTREPRISE DANS LES ACCORDS DE LIBRE-ÉCHANGE</b>                                                                             |     |
| Alice Rocha da Silva .....                                                                                                                                                            | 9   |
| <b>A CRISE DEMOCRÁTICA E DE COMO A CONSTITUIÇÃO PODE ATUAR MEDIATIZANDO INTERFERÊNCIAS ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICO E POLÍTICO EM DETRIMENTO DE UMA FUNÇÃO EXCLUSIVAMENTE SIMBÓLICA</b> |     |
| Carlos Alberto Simões de Tomaz .....                                                                                                                                                  | 20  |
| <b>A GLOBALIZAÇÃO E OS MECANISMOS DE GOVERNANÇA</b>                                                                                                                                   |     |
| Daniel Amin Ferraz .....                                                                                                                                                              | 39  |
| <b>O REENVIO PRÉ-JUDICIAL E AS OPINIÕES CONSULTIVAS: A ATUAÇÃO NÃO CONTENCIOSA NA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS EM BLOCOS ECONÔMICOS</b>                                                   |     |
| Jorge Fontoura e Elizabeth Accioly .....                                                                                                                                              | 66  |
| <b>DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA</b>                                                                                                               |     |
| Mariana Ribeiro Santiago.....                                                                                                                                                         | 73  |
| <b>DERECHO PRIVADO COMO HERRAMIENTA Y COMO RESULTADO DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA</b>                                                                                                    |     |
| Roberto Cippitani .....                                                                                                                                                               | 91  |
| <b>A FUNDAMENTALIDADE DA GOVERNANÇA APLICADA À FUNÇÃO PÚBLICA: O CASO DA UNIÃO EUROPEIA</b>                                                                                           |     |
| Roberto Correia da Silva Gomes Caldas.....                                                                                                                                            | 112 |
| <b>O CARÁTER PRIVADO DOS INSTITUTOS DE APOSENTADORIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS</b>                                                                                         |     |
| Sinvaldo Conceição Neves .....                                                                                                                                                        | 127 |
| <b>A GOVERNANÇA GLOBAL COMO EXPRESSÃO DA DEMOCRACIA</b>                                                                                                                               |     |
| Clarice Souza Prados e Henrique Rodrigues Lelis.....                                                                                                                                  | 137 |

## **APRESENTAÇÃO**

Este livro que ora se apresenta à comunidade jurídica é fruto direto das atividades realizadas pela Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”, cuja concretização deu-se graças ao financiamento obtido junto à Comissão Europeia no âmbito da Cátedra Jean Monnet da UFMG, Projeto (565401-EPP-1-2015-1-BREPPJMO-CHAIR). Trata-se de uma rede de pesquisa que congrega instituições de ensino e pesquisa nacionais e estrangeiras, notadamente, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Universidade de Itaúna (UIT), Universidade Nove de Julho (UNINOVE), Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) no Brasil, Universidad de Alcalá de Henares e Universidad Castilla-La Mancha na Espanha, Università degli Studi di Perugia na Itália e Universidade Europeia de Lisboa em Portugal. Os professores que atuam como coordenadores da Rede em cada instituição são: Jamile Bergamaschine Mata Diz (UFMG/MG); Anderson Vichinkeski Teixeira (UNISINOS/RS); Alice Rocha da Silva (UniCEUB/DF); Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (UNINOVE/SP); Carlos Alberto Simões de Tomáz (UIT/MG); Elizabeth Accioly Rodrigues da Costa e Eduardo Vera Cruz Pinto (UEL/Portugal); Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá/Espanha); José António Moreno Molina (UCLM/Espanha); e Roberto Cippitani (Università degli Studi di Perugia).

A rede busca aproximar professores e alunos em um profícuo e continuado intercâmbio tanto para a elaboração de projetos de pesquisa, como para a criação de disciplinas no âmbito dos programas de pós-graduação, cursos para formação profissional, seminários e publicações, além de outras atividades científicas e acadêmicas.

Os estudos realizados no âmbito da referida Rede destinam-se a discutir como os processos de integração modificaram os elementos e as estruturas internas dos Estados partícipes, na medida em que criaram um sistema institucional e jurídico próprio que reflete os valores e interesses comuns assumidos no momento da conformação deste tipo de associação interestatal, os quais são mantidos segundo uma governança estatal globalizada.

Não há dúvidas de que a integração regional deve ser vista como parte de uma nova estrutura organizacional dos Estados, na qual novas formas de relações internas e externas surgem em um marco comum – o espaço integrado –, consoante um novo modelo de gestão estatal (*New Public Management*). E, como tal, há mudanças radicais na concepção interna e externa do conceito tradicional de Estado, bem como de seus elementos, ao alcançar-se um âmbito onde as fronteiras do território comum são ampliadas (Fernandez, 1992). O que se pretende, portanto, é investigar a reordenação dos elementos do Estado, além de analisar como os processos de integração resultaram num (re)arranjo das características classicamente vinculadas a cada um destes elementos, a saber: povo, território e poder (soberania).

As novas formas integrativas de Estados demandam uma análise diferenciada daquelas já estabelecidas pelos modelos clássicos fundados na interpretação manifestamente tradicional dos elementos considerados como partes essenciais para a formação dos entes estatais. Ao analisar como os processos de integração regionais, em suas variadas concepções e finalidades, resultaram em novos paradigmas para a definição e consequente interpretação dos elementos do Estado, bem como de sua gestão (governança), pretendeu-se justamente assentar, ainda que de modo sucinto, as premissas necessárias para se compreender como estes processos afetam os elementos e, por via colateral, o próprio conceito de Estado e sua nova administração pública, sem, contudo, significar, de forma definitiva, o seu desaparecimento como ente dotado de povo, território e soberania.

A nova roupagem atribuída aos tradicionais elementos não determina, obviamente, uma concepção integralmente dissociada daqueles aspectos básicos que foram amplamente estudados pela doutrina quando do surgimento do Estado; não obstante, torna-se inquestionável a necessidade de apurar-se como as associações interestatais possibilitaram uma enriquecedora visão sobre os elementos desde a perspectiva de uma formação estatal voltada para os interesses da comunidade de Estados e não somente da “individualidade” dos participantes de um processo de integração, ainda que os centros de poder possam se tornar ainda mais latentes, especialmente quando há assimetrias entre os seus membros (desta comunidade).

Ao se estabelecer uma visão diferenciada dos elementos do Estado, propiciou-se também a cunhagem de uma renovada perspectiva de gestão pública (governança), voltada

ao respeito dos direitos fundamentais e garantias dos indivíduos, a pressupor concertação (participação popular e controle social em um processo dialógico) que assegure ao componente subjetivo estatal – o povo – um efetivo tratamento isonômico e não-discriminatório. No mesmo sentido, verificou-se que as fronteiras regionais, ainda que delimitadas internacionalmente, ou seja, definidas a partir do não pertencimento à dada região são, em maior ou menor medida, flexibilizadas e dotadas de permeabilidade. Finalmente, no que tange à soberania como manifestação do poder do Estado, seja interna ou externamente, o “compartilhar” resulta, pelo menos teoricamente, numa complementariedade decisória, já que ao exercer o poder, em e para o Estado, as instituições criadas para a consolidação do sistema político e jurídico da comunidade interestatal devem ter como finalidade primeira o desenvolvimento equitativo de todos os participantes, sempre amparada por uma base de princípios e valores comuns que possibilitarão melhor qualidade de vida para os indivíduos.

Em relação à governança, o objeto a ser investigado está em definir como ela e seus respectivos meios de implementação podem influenciar – desde uma perspectiva da criação de um sistema normativo voltado para o fortalecimento da democracia – na obtenção e manutenção da paz social no contexto dos processos de integração regional, com especial atenção para a União Europeia e o Mercosul. Tendo em vista que a governança, como elemento intrínseco hodiernamente aplicado à definição de Estado, pode resultar no fortalecimento de uma gestão pública democrática, cooperativa e concertada, entende-se que os princípios e mecanismos a ela inerentes podem auxiliar no fortalecimento da participação popular e controle social, e consequentemente dos instrumentos democráticos, no plano interno, regional e internacional, ainda que se trate de ordenamentos jurídicos distintos e de processos de integração também diferenciados.

Assim, o problema perpassa pelo questionamento de se estabelecer em que medida a governança pode contribuir para o *enforcement* da democracia, fomentando um cenário de cooperação entre os Estados partícipes de um processo de integração, ao vinculá-los normativamente ao direito fundamental de uma boa gestão pública. Com isso, poderia a governança servir como pressuposto para práticas condizentes com os regimes democráticos e, consequentemente, com a manutenção da paz social? Além disso, quais os instrumentos normativos ou iniciativas institucionais internacionais que são os mais

adequados à abordagem da questão? Quais os reflexos do sistema jurídico europeu a respeito da governança e como poderia ser adaptado e aplicado a outros processos de integração ou até mesmo a outros Estados individualmente?

Nesse contexto, faz-se necessário aprofundar a pesquisa que, pouco desenvolvida pela doutrina, ainda não foi objeto de uma investigação mais aprofundada que especifique justamente em que medida e em quais aspectos poderão ser supridas as deficiências, incertezas e insatisfações dos institutos até então utilizados pelos Estados tanto no marco de processos de integração como de modo individualizado, identificando-se o papel das organizações regionais na criação e surgimento de novas fontes, e na positivação de novos princípios e direitos (como o caso da boa administração pública), tendo como escopo a concertação e uma melhor gestão estatal que assegure a efetivação dos direitos fundamentais a implicar, de conseguinte, o fortalecimento da democracia para o estabelecimento da paz social e do bem-comum.

Itaúna, Brasília e São Paulo, dezembro de 2016.

**Carlos Alberto Simões de Tomáz**

Mestre em Direito das Relações Internacionais (UNICEUB/DF). Doutor em Direito Público (UNISINOS/RS). Pós-Doutor em Filosofia do Direito (Universidade de Coimbra). Professor e Coordenador do PPGD (Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais) da Universidade de Itaúna. Magistrado.

**Roberto Correia da Silva Gomes Caldas**

Mestre e Doutor em Direito do Estado, respectivamente em Direito Tributário e Administrativo, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor dos Cursos de Mestrado e bacharelado em Direito na UNINOVE. Advogado no Brasil e em Portugal.

**Daniel Amin Ferraz**

Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra, Portugal; doutor em Direito Internacional pela Universidad de València, Espanha; professor do Doutorado/Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília; Advogado

**LA STRATÉGIE EUROPÉENNE POUR TRAITER LA GOUVERNANCE  
D'ENTREPRISE DANS LES ACCORDS DE LIBRE-ÉCHANGE**

**Alice Rocha da Silva<sup>1</sup>**

Les accords de libre-échange (ALE) sont des instruments conventionnels conclus entre deux Etats (exemple Chili-Colombie), ou entre plusieurs Etats (exemple MERCOSUR: ALE Brésil-Paraguay-Argentine-Uruguay-Venezuela); il peuvent également être conclus entre deux régions (exemple de négociations en cours entre l'UE et le MERCOSUR) ou même d'ensembles géopolitiques plus étendus (exemple du Trans-Pacific-Partnership (TPP) entre les pays proches de l'Océan Pacifique, initié par les Etats-Unis). L'objectif de ces accords est de lever les barrières tarifaires (droits de douane) et non tarifaires (formalités) au commerce entre eux<sup>2</sup>.

Depuis les années 1990, la prolifération de ces ALE est un phénomène important du commerce international et avec eux, l'Union Européenne (UE) entend favoriser la compétitivité de l'économie européenne. Actuellement, l'UE fait partie de 37 ALE en vigueur (le plus récemment, des accords d'association ont été conclu avec la Géorgie, avec la République de Moldavie et avec l'Ukraine).

Cette étude se fonde sur une analyse inductive des ALE conclus entre l'UE et ses partenaires commerciaux et actuellement en vigueur.<sup>3</sup> POURQUOI UE : Etant que Etat membre de l'UE les engagements pris dans ces ALE sont contraignants pour la France qui doit conformer son droit national, y inclus les questions concernant la gouvernance d'entreprise. Ces ALE sont mentionnées ci-dessous

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Internacional Econômico pela Université d'Aix-Marseille III. Mestre em em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília. Graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Professora no Centro Universitário de Brasília - UniCEUB e na Faculdade Processus.

<sup>2</sup> Ces accords s'opposent aux accords commerciaux multilatéraux conclus dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), qui sont négociés pour engager l'ensemble des Membres de l'Organisation dans une base de traitement tarifaire et non tarifaire égal.

<sup>3</sup> Une liste complète ainsi que des informations supplémentaires de ces accords sont accessibles sur la base de données de l'OMC disponible en: <http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx> Consulté le 17 janv. 2016. La base de données sur les accords commerciaux régionaux de l'OMC a été choisie car elle est l'organisation internationale de référence par rapport au commerce international et étant que Membre de cette Organisation, l'UE doit notifier ces accords lorsqu'ils sont conclus.

|    | <b>Accords de libre-échange</b>                               | <b>Date de signature</b> | <b>Date d'entrée en vigueur</b>       |
|----|---------------------------------------------------------------|--------------------------|---------------------------------------|
| 1  | Traité des CE (UE)                                            | 25 mars 1957             | 01 janv. 1958                         |
| 2  | UE - Pays et Territoires d'Outre-Mer (PTOM)                   | 29 sept. 1970            | 01 janv. 1971                         |
| 3  | UE - Islande                                                  | 19 déc. 1972             | 01 avr. 1973                          |
| 4  | UE - Suisse - Liechtenstein                                   | 22 juil. 1972            | 01 jan 1973                           |
| 5  | UE - Norvège                                                  | 14 mai 1973              | 01 juil. 1973                         |
| 6  | UE - Syrie                                                    | 18 janv. 1977            | 01 juil. 1977                         |
| 7  | UE - Andorre                                                  | 28 juin 1991             | 01 juil. 1991                         |
| 8  | UE - San Marino                                               | 16 déc. 1991             | 01 avr. 2002                          |
| 9  | Espace économique européen (EEE)                              | 02 mai 1992              | 01 janv. 1994                         |
| 10 | UE - Turquie                                                  | 06 mars 1995             | 01 jan. 1996                          |
| 11 | UE - Tunisie                                                  | 07 juil. 1995            | 01 mars 1998                          |
| 12 | UE - Israël                                                   | 20 nov. 1995             | 01 juin 2000                          |
| 13 | UE - Iles Féroé                                               | 06 déc. 1996             | 01 janv. 1997                         |
| 14 | UE - Maroc                                                    | 26 févr. 1996            | 01 mars 2000                          |
| 15 | UE - Autorité Palestinienne                                   | 24 févr. 1997            | 01 juil. 1997                         |
| 16 | UE - Mexique                                                  | 08 déc. 1997             | 01 juil. 2000 (M)<br>01 oct. 2000 (S) |
| 17 | UE - Jordanie                                                 | 24 nov. 1997             | 01 mai 2002                           |
| 18 | UE - Afrique du Sud                                           | 11 oct. 1999             | 01 janv. 2000                         |
| 19 | UE - Ex-République yougoslave de Macédoine                    | 09 avr. 2001             | 01 juin 2001 (M)<br>01 avr. 2004 (S)  |
| 20 | UE - Egypte                                                   | 25 juin 2001             | 01 juin 2004                          |
| 21 | UE - Chili                                                    | 18 nov. 2002             | 01 févr. 2003                         |
| 22 | UE - Liban                                                    | 17 juin 2002             | 01 mars 2003                          |
| 23 | UE - Algérie                                                  | 22 avr. 2002             | 01 sept. 2005                         |
| 24 | UE - Albanie                                                  | 12 juin 2006             | 01 déc. 2006                          |
| 25 | UE - Monténégro                                               | 15 oct. 2007             | 01 janv. 2008 (M)<br>01 mai 2010 (S)  |
| 26 | UE - Bosnie-Herzégovine                                       | 16 juin 2008             | 01 juil. 2008                         |
| 27 | UE - Etats du CARIFORUM APE                                   | 15 oct. 2008             | 01 nov. 2008                          |
| 28 | UE - Côte d'Ivoire                                            | 26 nov. 2008             | 01 jan. 2009                          |
| 29 | UE - Serbie                                                   | 29 avr. 2008             | 01 févr. 2010 (M)<br>01 sept 2013 (S) |
| 30 | UE - Papouasie Nouvelle Guinée / Fidji                        | 30 juil. 2009            | 20 déc. 2009                          |
| 31 | UE - Etats de l'Afrique orientale et australe APE Intérimaire | 29 aout 2009             | 14 mai 2012                           |
| 32 | UE - Cameroun                                                 | 15 janv. 2009            | 04 aout 2014                          |
| 33 | UE - Corée, République de                                     | 06 oct. 2010             | 01 juil. 2011                         |
| 34 | UE - Colombie et Pérou                                        | 26 juin 2012             | 01 mars 2013                          |
| 35 | UE - Rép. de Moldavie                                         | 27 juin 2014             | 01 sept. 2014                         |

|    |              |              |               |
|----|--------------|--------------|---------------|
| 36 | UE - Ukraine | 27 juin 2014 | 01 janv. 2016 |
| 37 | UE - Géorgie | 27 juin 2014 | 01 sept. 2014 |

L'UE a conclu des ALE avec des Etats de la quasi-totalité des continents, à l'exception de l'Océanie. En substance, les ALE conclus par l'UE ont le seul aspect de négociation tarifaire (c'est-à-dire la négociation, sur une base réciproque et en tenant compte des sensibilités de chaque partenaire, de la disparition ou de la réduction substantielle des droits de douane dans les secteurs industriels et agricoles).

Les ALE dits « de nouvelle génération » actuellement négociés par l'UE, et dont le premier modèle est fourni par l'ALE UE-Corée, entré en vigueur le 1er juillet 2011, entendent en effet refléter, de façon ambitieuse, la diversité du commerce mondial et des sources de croissance, porter sur l'ensemble des champs commerciaux, et traiter les obstacles au commerce : services, investissement, marchés publics, protection des droits de propriété intellectuelle, développement durable, concurrence, normes sanitaires et phytosanitaires, questions réglementaires, etc.

Avec les pays voisins de l'Europe, l'Union européenne a engagé un processus de négociations d'ALE encore plus ambitieux, puisqu'il s'agit, non seulement d'accélérer substantiellement l'intégration commerciale de l'UE avec ses partenaires et voisins, mais également d'inclure dans les accords une importante dimension normative, en incitant ces pays à reprendre l'acquis juridique européen, dans une perspective d'intégration, à terme, de leurs économies au marché intérieur de l'UE. C'est dans ce sens que les ALE avec les pays du voisinage sont qualifiés d'ALE « complets et approfondis ».

La recherche du contenu de ces 37 ALE a été examinée à partir des mots-clés suivants : gouvernance, entreprise, Nations Unis (ONU), Organisation Internationale du Travail (OIT), Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE) et responsabilité sociale.

Il faut signaler que l'analyse a exclu les chapitres et dispositifs relatifs à l'investissement, fiscalité et comptabilité car ce sujet est déjà traité dans une autre partie de ce projet. Les problématiques fiscales sont souvent employées dans le cadre de ces accords.

4

---

<sup>4</sup> A titre illustratif, des références en matières fiscales sont identifiées dans :

La présente analyse a en revanche exclu le renvoi au «Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données (adoptées par le Conseil de l'OCDE le 23 septembre 1980)», souvent mentionnées dans les ALE mais dont le contenu est peu pertinent pour la gouvernance d'entreprise.

Si depuis 1999 il est possible de vérifier quelques dispositions portant sur la « gouvernance » au sein des ALE, sans mentionner directement le concept en tant que tel<sup>5</sup>,

---

-Accord UE-Serbie: « ART 100 La coopération est aussi axée sur le renforcement de la transparence et la lutte contre la corruption et inclura l'échange d'informations avec les États membres en vue de faciliter l'application des mesures de lutte contre la fraude ou l'évasion fiscale. La Serbie parachève également le réseau d'accords bilatéraux avec les États membres conformément à la dernière mise à jour du **modèle de convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune** ainsi que sur la base du **modèle de convention de l'OCDE sur l'échange de renseignements en matière fiscale**, dans la mesure où l'État membre demandeur y souscrit. »

-Accord UE-Corée : « **Article 7.24 Gouvernance** Chaque partie fait en sorte, dans la mesure du possible, de garantir la mise en œuvre et l'application sur son territoire de normes reconnues au plan international en matière de régulation et de surveillance du secteur des services financiers et de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales. Il s'agit notamment des «Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace» établis par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, des «Normes fondamentales pour le contrôle de l'assurance» approuvées le 3 octobre 2003 à Singapour par l'Association internationale des autorités de contrôle de l'assurance, des «Objectifs et principes de régulation des marchés des valeurs mobilières» définis par l'Organisation internationale des commissions de valeurs, de l'«**Accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale**» de l'**Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après l'«OCDE»)**, de la «Déclaration du G20 sur la transparence et l'échange d'information à des fins fiscales», ainsi que des «Quarante recommandations sur le blanchiment des capitaux» et des «Neuf recommandations spéciales sur le financement du terrorisme» du groupe d'action financière.

-Accord UE- Colombie et Pérou : « **Article 155 Réglementation efficace et transparente** 5. Les parties prennent également note des «Dix principes clés pour régir l'échange d'informations» formulés par les ministres des finances du G7 et de l'**Accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale de l'Organisation de coopération et de développement économiques (ci-après dénommée «OCDE»)**, ainsi que de la Déclaration sur la transparence et l'échange d'informations à des fins fiscales du G20.

- Accord UE-Moldavie : « **Article 243 Régulation efficace et transparente** 3. Chaque partie fait en sorte de garantir la mise en œuvre et l'application, sur son territoire, des normes reconnues sur le plan international en matière de régulation et de surveillance du secteur des services financiers, ainsi que de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales. Il s'agit notamment des «Principes fondamentaux pour un contrôle bancaire efficace» établis par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, des «Normes fondamentales pour le contrôle de l'assurance» de l'Association internationale des autorités de contrôle de l'assurance, des «Objectifs et principes de régulation des marchés des valeurs mobilières» définis par l'Organisation internationale des commissions de valeurs, de l'«**Accord sur l'échange de renseignements en matière fiscale**» de l'**Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)**, de la «Déclaration du G20 sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales», ainsi que des «Quarante recommandations sur le blanchiment des capitaux» et des «Neuf recommandations spéciales sur le financement du terrorisme» du groupe d'action financière. »

<sup>5</sup> Dans le préambule et dans l'article 86 de l'accord UE-Afrique du Sud est possible d'identifier la première mention aux règles de l'OIT dans les ALE conclus par l'UE: «...2. Les parties considèrent que le développement économique doit être accompagné de progrès sociaux. Elles reconnaissent leur responsabilité quant à la garantie de droits sociaux fondamentaux, visant notamment la liberté d'association des travailleurs, le droit à la négociation collective, l'abolition du travail forcé, la fin de la discrimination en matière d'emploi et de profession et l'abolition effective du travail des enfants. Les normes appropriées de l'OIT servent de référence au développement de ces droits.»

depuis 2002 on assiste à une véritable multiplication de références à la « gouvernance », ou à la « bonne gouvernance », ou à la gouvernance d'entreprise, ce dernier étant employé uniquement depuis 2014<sup>6</sup>. En ce sens, un dépouillement de ces accords s'avère nécessaire afin d'identifier une convergence dans la pratique de l'UE quant à la référence aux normes de gouvernance d'entreprise avec le reste du droit international.

Comme dit, l'analyse du contenu normatif des ALE montre une progression positive en relation au traitement de la gouvernance d'entreprise au sein de ces accords. L'emploi du concept de « gouvernance d'entreprise » au sein des ALE est un phénomène récent du bloc européen, qui seulement depuis 2014 a inclut des chapitres et des annexes à propos de la « gouvernance d'entreprise » dans ses accords.<sup>7</sup>

Cependant, pour la plupart des ALE conclus par l'UE, il existe depuis 1999 des chapitres relatifs à la problématique "commerce et travail" et "commerce et développement durable". Ces chapitres portent tous, de façon plus au moins directe, à la gouvernance d'entreprise. A cet effet, il est possible de vérifier soit des renvois vers des instruments internationaux émanant de l'ONU, de l'OCDE ou de l'OIT ou des dispositions semblables au contenu normatif de ces instruments internationaux

Le contenu de ces ALE peut les diviser en quatre catégories d'accords. Il faut signaler que ces catégories ont été établies à partir d'une perspective cumulative : les engagements des catégories précédentes sont repris dans la catégorie suivante avec les nouveaux engagements.

### A) Catégorie 1

La première catégorie est formée par les ALE sans aucune référence à des règles ou principes de gouvernance d'entreprise. Dans cette catégorie s'inscrivent la plupart des accords analysés – 29 sur 37 accords.

### B) Catégorie 2 : UE-Afrique du Sud, UE-Chili e UE - Etats du CARIFORUM APE

---

<sup>6</sup> La première mention au terme « gouvernance » a été faite dans l'article premier de l'accord UE-Chili : « Les parties réaffirment leur attachement au principe de la bonne **gouvernance**. ».

<sup>7</sup> Des dispositifs spécifiques sur la gouvernance d'entreprises sont seulement dans les accords signés à partir de 2014 comme UE- Rép. De Moldavie, UE-Ukraine et UE-Géorgie.

La deuxième catégorie est formée par les ALE qui font mention aux principes fondamentaux de l'OIT et à la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations unies. Ces instruments sont cités en tant que principe de l'accord ou dans des chapitres liés à la coopération sociale.

L'accord UE-Corée qui dispose dans son article premier :

« 1. Le respect tant des principes démocratiques et des droits fondamentaux de la personne humaine définis dans la déclaration universelle des droits de l'homme des Nations unies, que du principe de l'État de droit, inspire les politiques interne et internationale des parties et constitue un élément essentiel du présent accord. ».

L'accord UE-Afrique du Sud qui prévoit dans son article 86 que:

« 2. Les parties considèrent que le développement économique doit être accompagné de progrès sociaux. Elles reconnaissent leur responsabilité quant à la garantie de droits sociaux fondamentaux, visant notamment la liberté d'association des travailleurs, le droit à la négociation collective, l'abolition du travail forcé, la fin de la discrimination en matière d'emploi et de profession et l'abolition effective du travail des enfants. Les normes appropriées de l'OIT servent de référence au développement de ces droits. ».

### C) **Catégorie 3:** UE-Corée et UE-Colombie et Pérou

La troisième catégorie est constituée par des ALE qui ont des éléments prévus au sein de la catégorie 2 (mention des principes fondamentaux de l'OIT et de la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations unies ) ainsi que le renvoi à la Déclaration ministérielle de 2006 sur le plein emploi et le travail décent pour tous du Conseil économique et social de l'Organisation des Nations unies, à la responsabilité sociale des entreprises associées avec le développement durable et le renvoi à des normes relatives à la protection de l'environnement.

A titre d'exemple, l'annexe 13 l'accord UE-Corée concernant la coopération en matière de commerce et de développement durable qui a élu comme domaine de coopération

« d) échange d'informations et coopération en matière de **responsabilité sociale et civile des entreprises**, y compris la mise en œuvre effective et le suivi des lignes directrices adoptées au niveau international, le commerce équitable et éthique, les systèmes privés et publics de certification et de labellisation, y compris la labellisation des produits respectueux de l'environnement et les marchés publics verts; »

Un autre exemple est l'article 267 de l'accord UE-Colombie et Pérou qui se trouve dans le titre XI (commerce et développement durable) :

« Rappelant la **déclaration de Rio sur l'environnement et le développement** ainsi que le **programme Action 21** adopté par la conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement le 14 juin 1992, les **objectifs du millénaire pour le développement** adoptés en septembre 2000, la **déclaration de Johannesburg sur le développement durable** et son plan de mise en œuvre adoptés le 4 septembre 2002, de même que la **déclaration ministérielle sur le plein-emploi productif et le travail décent** adoptée par le Conseil économique et social des Nations unies en septembre 2006, les parties réaffirment leur engagement en faveur du développement durable, pour le bien-être des générations présentes et futures. À cet égard, les parties conviennent d'encourager le commerce international, de façon à contribuer à l'objectif de développement durable et d'œuvrer à l'intégration et à la prise en compte de cet objectif dans leurs relations commerciales. »

A partir du renvoi fait par ces accords, les parties précisent les engagements par rapport à la définition des standards minimum. Ces règles sont disposées dans les chapitres sur la coopération entre les parties, où ils sont établis comme des droits basiques qui doivent être garantis par le système juridique national des États.

#### D) **Catégorie 4** : UE-Moldavie, UE- Géorgie et UE-Ukraine

La quatrième catégorie est constituée des accords qui se réfèrent, outre l'ensemble des éléments déjà cités dans les catégories 2 et 3, à des chapitres spécifiques sur la gouvernance des entreprises et au processus de rapprochement législatif tel que prévu par l'accord.

Ces accords ont été adoptés depuis 2014 et consistent dans des des accords d'association dans l'objectif de renforcer les relations entre l'UE et les pays voisins de l'Europe. L'un des objectifs de ces accords est de faire progresser le processus de réforme et de rapprochement du système réglementaire de contreparties de celui de l'UE. Ceci dans le but de favoriser une intégration économique progressive et un approfondissement de l'association politique.

Par rapport aux accords de partenariat et de coopération, les accords d'association sont considérés comme une intégration politique et économique plus approfondie entre les parties. A partir de ces accords d'association les parties se sont engagées à coopérer et à faire converger leur politique économique, leur législation et leurs règles communes, incluant des droits des sociétés, gouvernance d'entreprise, comptabilité et audit.

Trois accords de partenariat et de coopération ont été remplacés par des accords d'association: l'accord d'association entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique et leurs États membres, d'une part, et la République de Moldavie, d'autre part (ci-dessus UE-Moldavie)<sup>8</sup>, l'accord d'association entre l'Union européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique et leurs États membres, d'une part, et la Géorgie, d'autre part (ci-dessus UE-Géorgie)<sup>9</sup> et l'accord d'association entre l'Union Européenne et ses Etats membres, d'une part, et l'Ukraine, d'autre part (ci-dessus UE-Ukraine)<sup>10</sup>. Chacun des trois accords d'association conclus en 2014 ont des chapitres dédiés au « droit des sociétés, gouvernance d'entreprise, comptabilité et audit »:

- Chapitre 3 (Titre IV coopération économique et coopération dans d'autres secteurs) de l'accord UE-Moldavie.
- Chapitre 6 (Titre VI autres politiques de coopération) de l'accord UE-Géorgie ;
- Chapitre 13 (Titre V coopération économique et sectorielle) de l'accord UE-Ukraine ;

Ces chapitres ont un contenu similaire et il peut être illustré par l'accord UE-Ukraine, le dernier à entrer en vigueur:

---

<sup>8</sup> Remplace l'accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la République de Moldavie, d'autre part (JO L 181 du 24.6.1998, p. 3).

<sup>9</sup> Remplace l'accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et la Géorgie, d'autre part (JO L 205 du 4.8.1999, p. 3)

<sup>10</sup> Remplace l'accord de partenariat et de coopération entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et l'Ukraine, d'autre part (JO L 49 du 19.2.1998, p. 3).

« CHAPITRE 13

***Droit des sociétés, gouvernance d'entreprise, comptabilité et audit***

*Article 387*

1. Reconnaissant l'importance d'un ensemble de règles et de pratiques efficaces en matière de droit des sociétés et de gouvernance d'entreprise, ainsi qu'en ce qui concerne la comptabilité et l'audit, pour la mise en place d'une économie de marché viable et l'encouragement du commerce, les parties conviennent de coopérer sur les questions suivantes:

a) la protection des actionnaires, des créanciers et d'autres acteurs intéressés conformément aux règles de l'UE en la matière, énumérées à l'annexe XXXIV du présent accord;

b) l'intégration de normes internationales pertinentes à l'échelle nationale et le rapprochement progressif du droit de l'Ukraine de celui de l'UE en matière de comptabilité et d'audit, conformément à l'annexe XXXV du présent accord;

**c) le développement de la politique relative à la gouvernance d'entreprise dans le respect des normes internationales, ainsi que le rapprochement progressif des réglementations de l'Ukraine des règles et recommandations de l'UE en la matière, conformément à l'annexe XXXVI du présent accord.**

2. Les parties s'efforcent d'échanger des informations et des compétences techniques tant sur les systèmes existants que sur les évolutions nouvelles dans ces domaines. En outre, les parties s'emploient à améliorer les échanges d'informations entre le registre national ukrainien et les registres de commerce des États membres de l'UE.

*Article 388*

Les parties **dialoguent régulièrement** sur les questions relevant du chapitre 13 du titre V (Coopération économique et sectorielle) du présent accord. »

En bref, ces chapitres mentionnent l'importance de la coopération pour le traitement des questions liées au droit des sociétés, de gouvernance d'entreprise et de la comptabilité et l'audit, à partir d'un **rapprochement progressif des réglementations de l'Ukraine des**

**règles et recommandations de l'UE.** Dans chaque accord, les parties ont établi des annexes énumérant les règles de rapprochement progressif entre les parties. Les règles de rapprochement sont très semblables dans les trois accords avec quelques différences dans l'accord UE-Ukraine.

Le plus pertinent pour notre analyse sont les règles de gouvernance d'entreprise prévues dans ces annexes. Dans les trois accords les règles mentionnées sont les mêmes, à l'exception des deux dernières recommandations qui ne sont pas prévus dans l'accord UE-Ukraine:

### **Gouvernance d'entreprise**

Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE

Recommandation de la Commission du 14 décembre 2004 encourageant la mise en œuvre d'un régime approprié de rémunération des administrateurs des sociétés cotées (2004/913/CE)

Recommandation de la Commission du 15 février 2005 concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et les comités du conseil d'administration ou de surveillance (2005/162/CE)

*Recommandation de la Commission du 30 avril 2009 sur les politiques de rémunération dans le secteur des services financiers (2009/384/CE)*

*Recommandation de la Commission du 30 avril 2009 complétant les recommandations 2004/913/CE et 2005/162/CE en ce qui concerne le régime de rémunération des administrateurs des sociétés cotées (2009/385/CE)*

Contrairement au rapprochement des règles établies pour le droit des sociétés, comptabilité et audit, les dispositions portant sur la gouvernance d'entreprise n'ont pas de date limite pour être rapprochées. Cette disposition pourrait être interprétée comme demandant à ce que ce rapprochement soit immédiat ou qu'il devienne un objectif à long terme. Étant donné le caractère récent de ces accords, on ne connaît pas encore l'interprétation de ces dispositions.

### CONCLUSION

En bref, nous avons:

| <b>CATEGORIES<br/>DES ALE</b> | Principes<br>fondamentaux<br>de l'OIT comme<br>des normes<br>minimales de la<br>coopération au<br>travail | Principes de<br>l'ONU<br>concernant<br>le travail<br>décent | Responsabilité<br>sociale<br>d'entreprise pour<br>le<br>développement<br>durable | Chapitre sur la<br>gouvernance<br>d'entreprise et<br>rapprochement<br>progressif avec la<br>législation<br>européenne et les<br>principes de<br>l'OCDE |
|-------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>A</b>                      |                                                                                                           |                                                             |                                                                                  |                                                                                                                                                        |
| <b>B</b>                      | X                                                                                                         |                                                             |                                                                                  |                                                                                                                                                        |
| <b>C</b>                      | X                                                                                                         | X                                                           | X                                                                                |                                                                                                                                                        |
| <b>D</b>                      | X                                                                                                         | X                                                           | X                                                                                | X                                                                                                                                                      |

Ces renvois à des instruments de l'OIT, de l'OCDE et de l'ONU renforcent l'établissement de limites minimales de réglementation. Ainsi, à partir du choix de normes minimales, l'UE révèle certains objectifs et impasses politiques qui ont conduit à choisir un sujet à traiter dans ces traités. Par exemple, dans le cas de l'environnement, il existe l'affirmation de l'autonomie des États de réglementer et de définir leurs politiques dans ce domaine. Cela va permettre à la France d'adopter leurs normes législatives nationales afin de renforcer la mise en œuvre de ces ALE, en respectant les engagements minimaux fixés dans les accords tels que les Accords Environnementaux Multilatéraux et les directives de l'OIT et de l'OCDE. L'accord avec la Corée a été celui qui a lancé ce nouvel accord-cadre qui semble être établi par la politique étrangère de l'UE.

Toutefois, avec les nouveaux accords d'association de 2014, on identifie une nouvelle stratégie de l'UE dans le rapprochement des législations comme une tentative d'exporter des paramètres réglementaires. Il faut accompagner les prochains ALE conclus par l'UE pour constater si c'est une tendance ou si c'est le cas isolé des accords d'association avec les pays voisins.

Il faut aussi considérer qu'étant donné que ces principes ont déjà été négociés dans les autres organisations internationales, la mention de ces règles est beaucoup plus pour le renforcement de la mise en œuvre de ces instruments ou peut-être les parties cherchent des mécanismes les rendant effectives.

# **A CRISE DEMOCRÁTICA E DE COMO A CONSTITUIÇÃO PODE ATUAR MEDIATIZANDO INTERFERÊNCIAS ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICO E POLÍTICO EM DETRIMENTO DE UMA FUNÇÃO EXCLUSIVAMENTE SIMBÓLICA**

**Carlos Alberto Simões de Tomaz<sup>1</sup>**

## **1. Introdução**

A pragmático-sistêmica de Luhmann parte de pressuposto de que fechamento operacional do sistema jurídico pressupõe sua abertura cognitiva ao entorno o que faz com que ele se apresente ao mesmo tempo fechado e aberto, autônomo e dependente. Dependente de contribuições que a ele se integram por meio de acoplamentos estruturais a fim de engendrar suas operações por ele próprio, o que se processa através da comunicação – como operação em três passos, a saber, informação, transmissão e compreensão<sup>2</sup> – parecendo acertado, efetivamente, como divisa Teubner<sup>3</sup>, que a informação não é na realidade filtrada, mas antes selecionada a partir do próprio sistema.

Na pragmática sistêmica, a validade de uma operação pode ser discernida quando a comunicação revele que ela se apresente conforme ou não-conforme o direito, o que se percebe ao se acoplar essa operação com uma outra operação que, a seu turno, já se apresente seletivamente diferenciada, porque filtrada (selecionada) pelo código de diferença (direito/não-direito)<sup>4</sup>. A validade, então, é a aceitação dessa comunicação como filtrada pelo código. É condição de tempo. É *presente*!

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito das Relações Internacionais (UniCEUB/DF). Doutor em Direito Público (UNISINOS/RS). Pós-Doutor em Filosofia do Direito (Universidade de Coimbra). Professor e Coordenador do PPGD (Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais) da Universidade de Itaúna. Magistrado.

<sup>2</sup> CLAM, Jean. *Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade. Contingência, paradoxo, só-efetuação*. São Leopoldo (RS): Editora Unisinos, 2006, p. 250.

<sup>3</sup> TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 170.

<sup>4</sup> A comunicação nos sistemas sociais se estabelece pela adoção de um sentido e é mediatizada pelo acoplamento e seu processamento, segundo Jean Clam, na linha do pensamento luhmanniano, “é caracterizado ela compreensão do acoplamento como uma dinâmica de contribuição advinda das autopoieses dos sistemas de ordem relativamente baixa para a operação corrente das autopoieses de sistemas mais elevados, que continuamente têm necessidades dessas contribuições e as aproveitam. Isso assume a forma do ingresso de reflexões diferenciadoras mais baixas em reflexões mais elevadas, sem quebrar a unidade da efetuação especificamente atuadora. Quando material consciente (que Luhmann geralmente chama de “ideia”) ingressa na comunicação, ele o faz na condição de um material que estimula estruturalmente a reflexão diferenciadora assimétrica que perfaz os atos da comunicação. A atualidade consciente que ingressa na atualidade comunicativa não opera ao modo de um componente material, que entra na composição de um construto material mais abrangente. O consciente sempre está integral e genuinamente presente na comunicação. Quando a comunicação é atuada, o consciente e a vida são atuados concomitantemente.

Voltando à imbricação dos conceitos de constituição a guisa de melhor posicionarmos as comunicações intersistêmicas, observamos, ao enfrentar o conceito político de constituição, que seu surgimento apresentou-se como meio para ensejar a limitação do exercício do poder político. Nas palavras de Luhmann<sup>5</sup>: “un instrumento jurídico para la implantación de una disciplina política”.

Não se pode perder de vista, todavia, que o sistema político também é um sistema autopoietico. Isso significa dizer que as limitações são recíprocas. Daí porque Luhmann<sup>6</sup> registra com precisão que

A través de las Constituciones se alcanza, entonces, debido a la limitación de las zonas de contacto en ambas partes, un *inmenso incremento* de recíproca irritabilidad – mayores posibilidades por parte del sistema jurídico de registrar decisiones políticas en forma jurídica, aunque, asimismo, mayores posibilidades de parte de la política de servirse del derecho para llevar a la práctica sus objetivos.

O direito, como sistema autopoietico se reproduz a partir de seus próprios programas e critérios – e a constituição é um deles –, cuja função seria ensejar sua própria autorreferência, já que, sob uma perspectiva normativista, ela se apresenta como o fundamento último de validade, o que se compadece com o fechamento operacional.

Todavia, quando se admite que se estabeleçam comunicações recíprocas entre os sistemas jurídico e político, parte-se do pressuposto de que, não obstante fechado normativamente, o sistema jurídico abre-se

---

Aristóteles enfatizou essa relação estrutural entre atualidade mais baixa e a mais elevada. Dizendo-o com as palavras de Luhmann: embora somente comunicação comunique, a comunicação nunca está dada sem o consciente, e o consciente nunca está dado sem a vida cerebral. A diferença entre as duas instituições reside na concepção luhmaniana da absorção da atualidade subordinada na efetuação da atualidade mais específica como um processo de contribuição e estimulação. Já que a atualidade inferior não implica necessariamente a atuação da superior, já que, portanto, o consciente, por exemplo, por si só ainda não constitui comunicação, a efetuação da comunicação precisa ter seu próprio condicionante. Já que, ademais, a comunicação é um processo autopoietico, a própria conexão continuada de suas operações de um instante de seu surgimento para o próximo – e, desse modo, a formação de seqüências comunicativas mais ou menos coerentes – tem de ser de natureza comunicativa. Isso significa que cada nível de atualidade é totalmente autônomo na sua formação seqüencial e sua operação consumidora de tempo [...] Os sistemas de atualidade inferior não condicionam a continuidade operativa dos sistemas de atualidade superior – senão estes não mais seriam autopoieticos. Antes, aqueles provêm estes com o tipo de atualidade de que estes necessitam. Os sistemas receptores tomam então as comunicações trazidas como ocasiões para a geração de operações próprias que interligam essas contribuições em rede. Desse modo, se efetiva um “saltar” de um nível para um nível mais elevado. O “material” que compõe a comunicação consiste em vivências conscientes, sínteses de sentido daquele gênero específico chamado “consciente”. Essas sínteses formam o material da base da comunicação mediante seu ingresso em sínteses mais elevadas, que perfazem a especificação para o tipo mais elevado de sistemas de sentido. Não obstante, nem todas as sínteses conscientes ingressam nas sínteses comunicativas mais elevadas, porque a transformação da experiência consciente em comunicação intersubjetiva não é automática. E ainda mais: nem todas as sínteses conscientes são igualmente apropriadas para ingressar na comunicação – algumas até, em conformidade com o seu próprio sentido, estão excluídas disso, como, por exemplo, experiências conscientes indizíveis, “incomunicáveis”. A escolha dos termos “contribuições” e “estimulações” para designar as relações entre dos níveis assimetricamente condicionados da atualidade reflete essa estrutura desigual e seletiva do acoplamento sistêmico.”(CLAM, 2006, p. 248 – 249).

<sup>5</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 540.

<sup>6</sup> Idem, p. 541.

cognitivamente. A heteroreferência própria dessa abertura cognitiva coloca a solução do paradoxo por meio de mecanismos do próprio sistema<sup>7</sup>: os acoplamentos estruturais e não por meio de elementos de fora, meta-normativos, ideários, imaginários (direito natural, norma fundamental, regra de reconhecimento, etc). E é assim, através da comunicação intersistêmica, por meio da constituição como acoplamento estrutural, que se obtém “soluciones políticas para el problema da autorreferencia del derecho y soluciones jurídicas para el problema de la autorreferencia política.”<sup>8</sup> Isso acontece, sem dúvida, porque do mesmo modo que o direito, o sistema político é fechado operacionalmente e aberto cognitivamente.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Idem, p. 548.

<sup>8</sup> Idem, ibidem.

<sup>9</sup> Explicando a autopoiese da política Marcelo Neves, sempre se louvando em Luhmann, registra: “Definindo-se a política como a esfera de tomada de decisão coletivamente vinculante ou da generalização da influência (autoridade, reputação, liderança), autopoiese da política significa que as respectivas comunicações não são imediatamente determinadas por fatores externos e particularismos. O sistema político reproduz-se, primeiramente, de acordo com o código de preferência generalizado “poder superior/inferior” (convertido contemporaneamente na diferença entre governo e oposição) e os seus respectivos programas, estabelecidos por procedimentos eleitorais, parlamentares, burocráticos, etc. Nesse sentido, “poder ou não-poder” é uma disjunção que não se confunde com aquela entre “ter ou não-ter”. Em outras palavras, o código de preferência da economia não se sobrepõe ao código da política, nem vice-versa. Correspondentemente, os programas e critérios econômicos não se transportam, diretamente, de um para o outro. Em termos práticos, isso importa que no Estado de Direito os mais ricos nem sempre são os “donos do poder”, frequentemente perdem eleição. Há uma neutralização do econômico na esfera do político. Da mesma maneira, a política não fica subordinada aos códigos da relação amorosa (“amor/desamor”), da amizade (“amigo/inimigo”), da moral (“consideração/desprezo”), da ciência (“verdadeiro/falso”), da religião (“transcendente/imanente”) e da arte (“belo/feio”), assim como aos critérios relacionais e familiares. Ela enfrenta o ambiente econômico, artístico, científico, etc., comutando discursivamente as respectivas influências de acordo com os seus programas e o seu código de preferência. Disso resultam, através dos procedimentos eleitorais, parlamentares e burocráticos, as *políticas* econômica, científica, artístico-cultural, familiar, educacional, religiosa etc. Tais *políticas*, porém, não se confundem com o respectivo ambiente a que se referem: com a família, com o amor, com a economia, com a religião, com a ciência. Não são em si mesmas (i)legitimadas porque resultam em maior riqueza ou pobreza, por serem verdadeiras ou falsas, morais ou imorais. Elas legitimam-se internamente pela circulação e contra-circulação de público, “política” e “administração”, esta compreendida em sentido amplo como o subsistema encarregado de produzir decisões vinculantes, incluindo parlamento, governo e burocracia administrativa, aquela entendida em sentido estrito, como o subsistema destinado à “preparação de temas e à escolha de pessoas, ao teste das chances de consenso e à construção de poder”, devendo sua existência sobretudo à organização dos partidos políticos, cuja independência relaciona-se com a possibilidade de continuarem a existir mesmo quando não ocupam posições no governo. A circulação do poder desenvolve-se na medida em que o público escolhe programas políticos e elege dirigentes, os “políticos” condensam premissas para tomadas de decisões vinculantes, a “administração” (em sentido amplo) decide e vincula o público, que, por sua vez, reage a isso na forma de eleições políticas ou mediante outras manifestações de opinião. Essa circulação induz a uma contracirculação: “Assim, a política praticamente não pode trabalhar sem os projetos da administração. O público depende da pré-seleção de pessoas e programas no âmbito da política. A administração precisa, na medida em que se expande em campos eficáciais complexos, da colaboração voluntária do público, tendo, pois, de conceder-lhe influência.” Essa dupla circulação significa que o sistema político constitui-se como uma esfera auto-referencialmente fechada de comunicações, não se subordinando a critérios “absolutos”, jusnaturalísticos ou transcendentais. As informações do ambiente são relidas e processadas internamente, só se tornando politicamente relevantes quando envolvidas na circulação e contracirculação do poder. (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 85 – 88).

É a partir daí, que podemos teorizar as relações entre o político e o jurídico para podermos melhor enxergar e analisar os problemas da crise democrática hodierna num mundo em que o exercício do poder é corrompido pelo sistema econômico; seja criando oligarquias, cuja ingerência visa a manutenção no poder com a imunidade à responsabilização político-criminal, resumindo: manutenção do *status quo*; seja permitindo o aparecimento de líder que põe em risco possibilidades de abertura e de conhecimento em defesa da efetividade dos direitos humanos.

Tendo como pano de fundo este cenário, o artigo teoriza, a partir de uma abordagem lógico-dedutiva, as imbricações entre os sistemas jurídico e político, tendo como fio condutor a constituição como acoplamento estrutural capaz de ensejar condições e possibilidades de abertura ao conhecimento dos direitos humanos em direção à sua efetividade, o que se erigiria em detrimento de sua função simbólica na exata medida em que se constituiria limite à capacidade de aprendizagem e manipulação de direitos.

### 2. A função simbólica da constituição na crise democrática

Efetivamente, conquanto a constituição, do ponto de vista jurídico, apresente-se como uma norma fundamental, para o sistema político é um instrumento modificador de situações, na medida em que o produto da diferenciação exercitada pelo código binário primário poder/não-poder é introduzido no sistema jurídico pela diferenciação binária básica do direito (direito/não-direito), que passa, ao mesmo tempo, a atuar também como segundo critério de diferenciação da política.

Luhmann<sup>10</sup> chama a atenção para o fato de que em muitos países em desenvolvimento, ao invés de se apresentar como um instrumento modificador de situação, a constituição pode se apresentar quase que exclusivamente como um instrumento simbólico. Neste caso, conquanto mesmo assim se divise seu fechamento operacional, o sistema jurídico se expõe à influência da política e de outros sistemas sociais. Aqui, com efeito, os “fatores reais efetivos de poder” podem conduzir à aparência de comunicação intersistêmica que teria o condão de filtrar do entorno um conteúdo democrático, de fundamentabilidade dos direitos humanos, quando, na verdade, a vivência é reduzidíssima ou nulificada a par de uma redução da função normativa e consequente elevação da função simbólica.

Observe-se que o significado simbólico é outro. Ele escamoteia, oculta os verdadeiros interesses e propósitos de setores que representam fatores reais efetivos de poder, como, aliás, já fazia ver Lassalle<sup>11</sup>. Chega até mesmo a facilitar as críticas de posições contrárias ao *status quo*. Enseja, como faz ver Neves, a invasão do direito pelos outros sistemas sociais que se apresenta condicionada pela relação (subintegrados/sobreintegrados). Daí porque Neves<sup>12</sup>, enfrentando a realidade brasileira, sugere que

o problema não reside primordialmente na falta de suficiente adequação e abertura (cognitiva) do sistema jurídico ao seu ambiente social (heterorreferência).

---

<sup>10</sup> LUHMANN, 2002, p. 549.

<sup>11</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1988.

<sup>12</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 245.

Contrariamente a essa tradição jurídico-sociológica, tenho destacado que se trata de insuficiente fechamento (normativo) por força das injunções de fatores sociais diversos. Além da sobreposição destrutiva do código hipertrófico “ter/não-ter” e de particularismos relacionais difusos, a autonomia operacional do direito é atingida generalizadamente por intrusões do código político. Mas cabe aqui acrescentar que, por sua vez, a política, enquanto não está vinculada à diferença “lícito/ilícito” como seu segundo código, também sofre graves limitações no concernente à autopoiese: é sistematicamente bloqueada por pressões imediatas advindas do ambiente social do Estado, distanciando-se do modelo procedimental previsto no texto da Constituição.

Acontecimentos recentes da história política brasileira revelam o acerto da posição de mestre pernambucano. Deveras, é inegável o desenvolvimento, podemos dizer mesmo um aumento excessivo do código binário (ter/não-ter) em contraponto à autonomia operacional do direito. A canalização dos interesses econômicos encontra simbiose na diferenciação binária básica da política (poder/não-poder – ou como se queira: governo/oposição) e, como resultado disso, pode-se divisar cada vez mais pronunciada essa hipertrofia em detrimento do fechamento operacional do próprio direito. Isso ocorre porque “para el sistema político, positivización del derecho significa plantear exigencias excesivas a la política, en particular, bajo la decisión estructural por la democracia.”<sup>13</sup>

Um olhar sobre a função política da constituição desde o seu aparecimento (mecanismo de limitação de poder) revela, em maior ou menor grau, que assim ainda ela pode ser divisada porque o acoplamento estrutural aumenta e reduz possibilidades de influência entre os sistemas. Por isso que Luhmann<sup>14</sup>, do mesmo modo que Lassalle<sup>15</sup>, lembra que é preciso ter presente que:

Para la comprensión moderna del concepto, las Constituciones han sido inventadas bajo el halo protector de la permanente ilusión – medieval – de que la política puede fundamentarse como orden jurídico. En gran medida se la encuentra, además, practicada con la función de hacer invisible el hecho de que la verdadera limitación de la soberanía del sistema político se encuentra determinada por los conflictos de poder y los cálculos de éste dentro de las elites políticas.

Impende, agora, que nos ocupemos de uma especialíssima relação intersistêmica que diz respeito a uma faceta de controle da política pelo direito.

### **3. Interferências na comunicação intersistêmica: a politização do Poder Judiciário**

Hodiernamente, todavia, o processo democrático tem imprimido uma vertente que tem desviado um pouco a constituição de sua matriz histórica de se apresentar como mecanismo de limitação do poder. Com

---

<sup>13</sup> LUHMANN, 2002, p. 550.

<sup>14</sup> Idem, p. 549.

<sup>15</sup> LASSALLE, 1988, pp. 19 – 20.

efeito, Luhmann<sup>16</sup> percebe isso quando divisa uma intervenção cada vez mais acentuada do foro constitucional na política. Nas suas palavras:

Cada vez se modifican en mayor medida las concepciones sobre el sentido y la función de los derechos fundamentales en dirección hacia un programa general de valores que se deben entender como líneas directrices de la política. Los problemas de decisión no aparecen ya, por lo tanto, cuando en la política se traspasan los límites, sino en la solución de los conflictos de valor que de manera permanente y renovada se presentan. Al informar cómo han de decidirse tales conflictos, el control constitucional interviene cada vez más en la política, dictaminando, por ejemplo, gastos allí donde el ahorro sería más conveniente.

Isso significa, na verdade, que na comunicação intersistêmica as interferências não resultam harmonia entre o jurídico e o político, mas antes conflitos intersistêmicos, que se avolumam em razão da hipercomplexidade da sociedade contemporânea estando, portanto, exigir uma melhor atenção teórica.

Ressalta Luhmann que “A diferenciação e a separação institucionais entre os processos legislativos e as decisões judiciais sobre disputas fazem parte dos dispositivos auto-evidentes das sociedades modernas...”<sup>17</sup>. A questão, diz respeito, portanto, a perquirir até que ponto os juízes podem criar normas, não apenas atuando dentro de uma margem já previamente delineada – mas não precisada pelo legislador – mas também a esse se substituindo. Luhmann já asseverava que a interpretação desta diferenciação era imprecisa<sup>18</sup>.

Essa zona de tensão tem sido denominada de “judicialização da política” ou “politização do Poder Judiciário”. Muitos têm se ocupado da questão. Luhmann, Dworkin e Streck, sob perspectivas diferentes, oferecem elementos ao debate<sup>19</sup>.

Para Luhmann<sup>20</sup>, a diferenciação não pode residir na oposição da generalidade própria da lei em confronto com a norma particular criada pelo juiz. A partir do momento em que se opera a generalização das expectativas, porque congruentes – o que significa dizer que casos iguais devem ser decididos da mesma forma – a generalidade também repousaria na decisão judicial. Haveria, a partir daí, uma generalização primária que residiria na lei, e uma generalização secundária vazada na decisão judicial erigida a partir

---

<sup>16</sup> LUHMANN, 2002, p. 551

<sup>17</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 34.

<sup>18</sup> Idem, ibidem.

<sup>19</sup> Consultar Luhmann, 1985, pp. 34 – 60; em DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, pp. 3 – 152; e em STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 33 – 63.

<sup>20</sup> LUHMANN, 1985, p. 35.

da formulação de princípios jurídicos. A legislação vê-se transformada neste procedimento de estruturação congruente secundária – criação da decisão judicial – em critério de diferenciação técnica.

O problema, todavia, reside na circunstância de que ao contrário do legislador, que pode decidir (entenda-se: generalizar expectativas) sem comprometer-se com elas - é dizer, uma lei pode ser facilmente revogada por outra – o juiz, segundo Luhmann, “compromete-se com suas decisões e as premissas a elas vinculadas”<sup>21</sup> para idênticos casos futuros. Um novo direito apenas poderá ser criado quando ele tratar novos casos constituindo casos diferentes.<sup>22</sup>

Porém, o próprio Luhmann adverte para a circunstância de que “toda proclamação judicial de princípios jurídicos de vigência genérica”<sup>23</sup> é, no entanto, perigosa, pois leva a

---

<sup>21</sup> Idem, ibidem.

<sup>22</sup> Idem, p. 36.

<sup>23</sup> No sistema jurídico pátrio a introdução pela Emenda Constitucional nº 45/2004, das súmulas vinculantes revelará uma generalização congruente consolidada pela jurisprudência. Assim, esta proclamação judicial de princípios jurídicos de vigência genérica terá maiores dificuldades de modificação, não obstante se tenha admitido como legitimados para deflagrar o processo ao declarado fito os mesmos legitimados da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI (CF: art. 103-A, § 2º), pois, não se olvide, é no próprio órgão que condensou ou generalizou o entendimento que o mesmo poderá ser modificado. Atento para o problema Streck registra: “ementas e enunciados em geral, que são predominantes no “mundo jurídico”, não têm força de lei e não gozam dos “requisitos” da regra-abstratação e generalidade. *E de qualquer modo não abarcariam todas as hipóteses de aplicação*. Mas, ao serem assim utilizados, transformam-se em regras, escondendo e impedindo o aparecimento do princípio que subjaz em cada regra (e o princípio é a razão prática da discussão jurídica; é a realidade que é trazida para dentro da discussão; enfim, é o caso – concreto –, que só existe na sua singularidade, irrepetível, pois!) Ementários não podem ser aplicados, portanto, de forma irrestrita e por “mera subsunção” (sic). Dito de outro modo: precedentes não são significantes primordiais-fundantes (de carriz aristotélico-tomista), nos quais estariam contidas todas as “universalidades” de cada caso jurídico. A partir das quais o intérprete teria a simplista tarefa de “subsumir” o particular ao geral/universal. Interpretar (e aplicar) não é nunca uma subsunção do individual sob os conceitos do geral.. E exemplos de pautas gerais são comuns e recorrentes na nossa jurisprudência. Dito de outro modo, no “verbete jurisprudencial” não está contida a essencialidade (ou o *holding*) relativa ao que seja uma insignificância jurídica (como era o caso *sub judice*). Como diz Heidegger, tomar aquilo que “é” por uma presença constante e consistente, considerado em sua generalidade, é resvalar em direção à metafísica. Por tal razão é que o saber representativo (metafísico), ao invés de mostrar o ente como ele é, acaba por escondê-lo e anulá-lo, fincando o “crime como o crime” afastado, obnubilado. Cumpre destacar, nesse sentido, que vem sendo prática recorrente em *terrae brasiliis* - não há sentença ou acórdão que assim não proceda – a menção de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, deixando-se às decisões dos tribunais a tarefa de atribuição do sentido das leis, fenômeno que é retroalimentado por uma verdadeira indústria de manuais jurídicos, que colacionam ementários para servirem de “pautas gerais”. Tal menção pode confortar uma orientação ou demonstrar a viabilidade jurídica de um entendimento, *mas nunca fundamentar, de per si, a decisão*. Com efeito, como venho denunciando de há muito, os verbetes jurisprudenciais (ou enunciados) não possuem uma essência (acompanhada de um sentido em-si-mesmo) que seja comum e que se adapte (ou abarque) a todos os “casos” jurídicos. Na verdade, aplicados de forma descontextualizada, levam ao obscurecimento da singularidade do caso.” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e*

determinações rígidas, dificilmente retratáveis, o que é arriscado principalmente no contexto rapidamente mutável da sociedade moderna”<sup>24</sup>.

De fato, a experiência tem demonstrado que é mais fácil mudar uma lei do que uma generalização congruente consolidada na jurisprudência, sobretudo quando, igualmente ao que acontece na generalização primária, os juízes encontram-se, do mesmo modo que o legislador, afetos a um tratamento oportunístico dos valores.

É exatamente por isso que Dworkin assevera, ao abrir a discussão sobre a tensão, que “as decisões que os juízes tomam *devem* ser políticas em algum sentido. Em muitos casos, a decisão de um juiz será aprovada por um grupo político e reprovada por outros porque esses casos têm consequências para as controvérsias políticas.”<sup>25</sup>

Em que sentido, portanto, deve-se conceber a judicialização da política? Dworkin<sup>26</sup> toma como ponto de partida para alcançar uma resposta, a concepção de Estado de Direito que opere o magistrado. Para ele, a expressão ‘Estado de Direito’ pode ser enfrentada a partir de duas concepções: a primeira, do o ponto de vista formal a que ele denomina concepção “centrada no texto legal” e, a segunda, do ponto de vista material denominada de concepção “centrada nos direitos”.<sup>27</sup>

---

*Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 215 – 217).

<sup>24</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 35.

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.3.

<sup>26</sup> Idem, p. 6 – 7.

<sup>27</sup> A diferenciação entre Estado de Direito em sentido formal e material na linha do pensamento de Kelsen foi muito bem deduzida por PEDROSA, Maria Bernardette Neves, em *Estado de Direito e Segurança Nacional*. Tese apresentada à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em Curitiba em 1978. Naquele inédito trabalho, a autora demonstra que toda comunidade política tem forma e conteúdo. A forma se identifica com a própria ordem jurídica estatal, daí porque se vale do positivismo Kelseniano para concluir que “todo Estado é Estado de Direito”, porquanto ordem coercitiva. Todavia, se a análise for orientada para o exame dos fins e dos meios vinculados à ideia de um Estado ideal, a investigação descortinará para se verificar se a ordem é justa e aqui a conclusão será a de “Alguns Estados não são Estados de Direito”. Também sob o influxo das ideias de Kelsen, Bobbio (*Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000, p 17 -19) coloca a questão na mesma esteira percorrida por Dworkin. Confira-se: “Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio “invioláveis” (esse adjetivo se encontra no art. 2º da constituição italiana). Desse ponto de vista pode-se falar de Estado de direito em sentido forte para distingui-lo do Estado de direito em sentido fraco, que é o Estado não despótico, isto é, dirigido não pelos homens, mas pelas leis, e do Estado de direito em sentido fraquíssimo, tal como o Estado kelseniano segundo o qual, uma vez resolvido o Estado no seu ordenamento jurídico, todo Estado é Estado de direito (e a própria noção de Estado de direito perde toda força qualificadora.)”

A concepção centrada nos direitos “pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo [...] O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais...”<sup>28</sup>

A partir daí, Dworkin demonstra que a conduta dos juizes que adotam a concepção de Estado de Direito centrada no texto legal resvala para admitir que na solução dos casos “devem tentar descobrir o que está ‘realmente’ no texto jurídico” e ainda que estariam proibidos de decidir “com base em seu próprio julgamento político, pois uma decisão política não é uma decisão sobre o que está, em qualquer sentido, no texto legal, mas, antes uma decisão sobre o que deveria estar lá.”<sup>29</sup>

Por outro lado, se o juiz amolda-se à concepção de Estado de Direito centrada nos direitos terá presente que o texto jurídico não é a fonte exclusiva dos direitos<sup>30</sup>. Terá mais presente ainda que “os direitos morais que os cidadãos efetivamente possuem devem ser acessíveis a eles no tribunal. Portanto, uma decisão que leva em conta direitos de fundo será superior, do ponto de vista deste ideal, a uma decisão que, em vez disso, especula, por exemplo, sobre o que o legislador teria feito se houvesse feito alguma coisa.”<sup>31</sup> O juiz, neste último modelo, prossegue Dworkin:

tentará, num caso controverso, estruturar algum princípio que, para ele, capta, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas no caso. Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras.<sup>32</sup>

Todavia, para quem não superou a ideia de que direito é muito mais que a norma jurídica escrita, ou por outra, para quem vive sob o império da segurança sedutora da hermenêutica metodológica, o primeiro caminho alvitado por Dworkin será trilhado sem dificuldades. Ou existe norma e a incidência dessa sobre um fato permite a extração de certo efeito, ou a resposta a uma demanda é não.

---

<sup>28</sup> DWORKIN, 2001, p. 7.

<sup>29</sup> Idem, p. 10

<sup>30</sup> A ideia de não se reduzir o Direito apenas ao texto da lei é antiga: *Se a justiça vem apenas pela lei, então Cristo morreu inutilmente*, era o que propagava São Paulo: (Gal. 2: 19 – 21).

<sup>31</sup> DWORKIN, 2001, p. 15.

<sup>32</sup> Idem, ibidem.

Já do ponto de partida streckiano, a vivência do autêntico Estado de Direito repousaria hodiernamente na atuação do Poder Judiciário, já que “*Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.*”<sup>33</sup> (destaques do original)

A atuação do Judiciário como mecanismo de transformação tem sido, como já se viu, objeto de investigação. A análise de Streck aponta o caminho da hermenêutica filosófica como novo paradigma em direção àquilo que Rocha<sup>34</sup> denomina “democracia juricista”.

Streck<sup>35</sup>, não obstante proclame que o Poder Judiciário não pode assumir uma atitude passiva diante da sociedade<sup>36</sup>, alerta para a circunstância de que a juridicização da política, conquanto condição de possibilidade no Estado Democrático de Direito, “não precisa invocar o domínio dos tribunais, nem defender uma ação paternalista por parte do Poder Judiciário. A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios, e essa tarefa é de responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, de uma atuação dos tribunais, mas sobretudo do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer.”, na precisa lição de Cittadino.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 55.

<sup>34</sup> STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59, refere-se a ROCHA, Leonel Severo. *A democracia em Rui Barbosa. O projeto político liberal-nacional*. Rio de Janeiro, Liber Juris, 1995, p. 137 e 153.

<sup>35</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 179 – 196.

<sup>36</sup> Porque “as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao governo e à administração (Gilberto Bercovici), mas têm o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.” (KRELL, Andréas Joachim. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos. In: *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife*, nº 10. Recife: UFPE, 2000, pp. 41 e 55, apud STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense., 2004, p. 194)

<sup>37</sup> CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: *A democracia e os Três Poderes no Brasil*. Luiz Werneck Vianna (org.). Ed. UFMG, IUPERJ, FAPERJ, 2002, p. 39, apud STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 195.

Diferentemente de Dworkin, Streck tem a experiência de um operador do Direito em um Estado periférico onde são gritantes as deficiências do poder público na satisfação das políticas públicas estabelecidas na Constituição.<sup>38</sup>

Nos exemplos ofertados, confira-se que o magistrado ao decidir invadiu a esfera de atuação do Executivo no âmbito das políticas públicas para garantir vagas em ensino fundamental, o que pode ter ocorrido em detrimento, por exemplo, de ampliação de leitos em hospitais.

A obra de Dworkin também rica em exemplos não poderia deixar de ofertá-los ao examinar a questão. Um deles chama a atenção porque diz com os limites da atuação do Judiciário ao criar norma geral. Trata-se do caso *Charter* onde o juiz teve de estabelecer se proibir a participação de negros como sócios de uma agremiação política encontrava

---

<sup>38</sup> Confirmam-se os exemplos por ele arrolados: “No Brasil, alguns exemplos mostram a viabilidade da tese do deslocamento do centro de decisões acima especificado. Segundo a Constituição Federal (art. 205), a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, tanto é que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, segundo estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 54, I, cabendo ao município atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação fundamental infantil (art. 211, § 2º, e art. 60 das disposições transitórias da CF). Isto aliado ao fato de que a Constituição estabelece, entre os objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade justa e solidária, garantindo o desenvolvimento, erradicando a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais (art. 3º). E se faltarem vagas na rede pública? Pergunta o Juiz de Direito Urbano Ruiz. Pois na cidade de Rio Claro, o Promotor de Justiça ingressou com uma ação civil pública (instrumento do Estado Democrático de Direito) para obrigar a municipalidade a criá-las, para que no ano letivo de 98 nenhuma criança ficasse fora da escola, sob pena de multa diária, além de responsabilizar penalmente o prefeito, que poderia ser destituído do cargo e ficar inabilitado para o exercício de cargo ou função pública por cinco anos. *O juiz determinou, liminarmente, a criação das vagas.* Não houve contestação por parte da prefeitura. Esse fato, complementa Ruiz, mostrou que é possível utilizar o Judiciário para o desenvolvimento de políticas públicas, ou seja, por meio dele é possível exigir das autoridades que cumpram seus deveres, que tomem atitudes. Na mesma linha, demonstrando o novo perfil do Poder Judiciário – não mais como mero assistente e, sim, intervencionista, em face do deslocamento de tensão já delineado anteriormente – vale conferir a decisão prolatada pelo magistrado Ivo Dantas, no processo n. 1.404/88 – JCJ do Recife, tendo como pano de fundo os direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal. Segundo a sentença, “à primeira vista tem o empregador o poder potestativo de despedir, mormente se entendermos o inciso I do art. 7º de forma isolada. Contudo, a primeira lei da Hermenêutica é no sentido de nenhum artigo, inciso, parágrafo ou alínea poderão ser entendidos de forma isolada; devem, sim, ser interpretados sob a ótica sistêmica, tanto inter, quanto intra-sistematicamente. *Ademais, os princípios próprios da Interpretação Constitucional deverão estar obrigatoriamente presentes.* Assim, a despedida arbitrária, além dos ressarcimentos pecuniários previstos no art. 10, I, do ADCT, passa a ser informada pelos PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS do art. 1º, III, e IV, bem como pelo art. 193, ambos da Constituição vigente. Nos Princípios Fundamentais, vê-se, então, que o Estado Democrático de Direito Brasileiro tem por fundamento, entre outros, o trabalho, como valor social. *Ora, o valor social não pertence nem ao empregado, nem ao empregador, mas, sim, à sociedade com um todo.* Ela não poderá, dia após dia, receber em seu seio pessoas que, sem motivo e por simples fundamentação no poder de despedir, percam o emprego sem motivo justificado, como, aliás, entendem, além da Alemanha, os sistemas italiano, espanhol e português.” (STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 57 – 58).

vedação na lei que estabelece que as organizações que servem a “uma parte do público” não devem praticar discriminação.

Um olhar sobre a hermenêutica clássica mandará o juiz aferir a vontade do legislador ao estabelecer na norma a expressão etimológica “uma parte do público”, e a questão se tornará semântica, até mesmo por decomposição para saber o que é público, como precisar uma parte dele, etc. Na perspectiva dessa linha, Dworkin compreende que:

diferentes juízes darão diferentes respostas a essas questões de semântica; nenhuma resposta será tão claramente correta a ponto de todos concordarem com ela. Não obstante, cada juiz estará tentando, de boa-fé, seguir o ideal do Estado de Direito segundo o livro das regras porque estará tentando, de boa-fé, descobrir o que as palavras do texto legal realmente significam.<sup>39</sup>

Já o enfrentamento sob o prisma da hermenêutica filosófica, tal como sustentado por Streck, ou mesmo sob o ponto de partida da concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, como quer Dworkin, aponta para que a decisão deverá privilegiar os direitos de fundo e o direito que o cidadão possui de a eles ter acesso através do exercício da jurisdição, cuja decisão deveria expressar a vontade geral implícita no direito positivo e nos princípios selecionados como de valor permanente (tradição).<sup>40</sup>

Essa visão *redentora* do Judiciário encontra objeções que podem ser sintetizadas nas seguintes indagações: o Poder Judiciário se encontra legitimado para essa atuação? Os juízes estão preparados para fazê-lo?

Observe-se, primeiramente, que esta visão não pretende que o Judiciário, de modo indiscriminado, e se substituindo ao Executivo, passe a ditar as políticas públicas, ou ainda, passe a criar normas gerais substituindo-se ao legislador.

Mas o primeiro argumento contrário à tese substancialista da politização da jurisdição vem exatamente da preocupação democrática com a legitimação. Se, de regra, não eleitos pelo povo, se as decisões que os juízes tomam não estão submetidas ao controle popular, então não teriam legitimação para tanto.

Na verdade, a questão tomada sob este prisma parte de um pressuposto formal para a legitimação ditado pelas regras do jogo que podem, obviamente, serem modificadas pelas

---

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 11.

<sup>40</sup> Cfe. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 15 e STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 45 – 46.

regras adremente estabelecidas. A legitimação, na hipótese, decorre do procedimento, que deve expressar uma vontade geral, satisfazendo uma expectativa congruentemente generalizada<sup>41</sup> e não a frustrando.

Assim, conquanto legitimado formalmente, o parlamento pode – e toma – decisões que frustram expectativas generalizadas. Seriam elas legítimas? Ou por outra, estariam os parlamentares legitimados substancialmente a tanto?

Se os juízes, de acordo com a estruturação clássica do Estado, não estão formalmente autorizados a tomar decisões políticas primárias, podem vir a substancialmente ter que tomá-las ante a necessidade de satisfazer os direitos do cidadão de modo a velar pela tradição dos princípios e valores eleitos pelo sistema? Aqui, a decisão judicial poderá ser tão legítima ou ilegítima quanto a lei, na medida em que revele ou não expectativas sociais congruentemente generalizadas.

O dilema da politização da decisão judicial sob o veio substancialista reside, como aponta com precisão Streck<sup>42</sup>, porque o Judiciário está preparado para “lidar com conflitos inter-individuais, próprios de um modelo liberal-individualista, não está preparado para o enfrentamento de problemas decorrentes da trans-individualidade, própria do (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição promulgada em 1988...”

Isso acontece, registra Streck citando Faria porque “Não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos”<sup>43</sup>

Ainda pode-se referir como causa, a circunstância de que os juízes, de regra, não se encontram habituados a lidar com a Constituição como um sistema estruturante dotado de

---

<sup>41</sup> LUHMANN, 1985, p. 34.

<sup>42</sup> STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 54.

<sup>43</sup> FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995, p. 14 – 15, *apud* STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 35 – 36.

sentido<sup>44</sup>, isto é, que deve revelar expectativas congruentemente generalizadas pelo procedimento social, produto da seletividade de princípios e valores de modo que a efetividade que lhe devem imprimir não pode frustrar aquelas expectativas.<sup>45</sup>

#### 4. Equacionamentos para uma conclusão: a constituição como possibilidade e limites da capacidade de aprendizagem

Se se admitir o balizamento da legitimação dentro da linha de raciocínio ora traçada, a questão volta-se, então, para questionar como os juízes devem atuar para tanto, ou por outras palavras, quais os limites que se impõem ao processo decisório jurídico, ou ainda, a partir da pragmática sistêmica, quais os limites da capacidade de aprendizagem<sup>46</sup> que interferem na comunicação intersistêmica entre o direito e a política?

Nesse passo, emerge o acerto da posição adotada por Neves<sup>47</sup> para quem “Na relação entre o jurídico e o político que caracteriza o Estado de Direito, inúmeros são os casos em que se manifestam interferências sistêmicas.” Um deles ocorre exatamente, como acabamos de verificar, quando “tribunais constitucionais enveredam por questões de conveniência política”. Atento a essa circunstância Neves<sup>48</sup> acertadamente registra:

Das informações divergentes de cada um dos sistemas interferentes decorre que não só atores diversos entram em disputa, uns argumentando pelo programa condicional normativo jurídico, outros ponderando politicamente com base em programas finalísticos; no mesmo agente concreto esse conflito sistêmico apresenta-se exigindo solução ou intermediação situativa. Aqui cabe também observar que o modelo sistêmico de Estado de Direito aponta para uma mútua

---

<sup>44</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 183.

<sup>45</sup> Dentro dessa linha, a decisão seguinte proferida pela 2ª Turma Suplementar do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, imprimiu densidade ao princípio da moralidade. Confira-se a ementa: *Apelação Cível 1999.01.00.040000-7/DF: “Constitucional. Ação Popular. Moralidade jurídica (CF/88: art. 37, caput). Nomeação de filha de presidente da República para adjunto da Secretaria-Geral da Presidência. Lesividade ao patrimônio jurídico*. I. A inserção de racionalidade moral, altamente legitimada em expectativa cognitiva social transformada em normativa e condensada no art. 37 da Carta, confere o nível conceitual da moralidade jurídica voltada para bloquear atos lesivos dos níveis de validade de correção (sinceridade, verdade e retidão), que o consenso popular brasileiro exige do agir de seus agentes públicos. II. A pressão seletiva social assim plasmada no art. 37 da Carta, presente, portanto, no Estado de Direito brasileiro, afasta a atuação de agente público ocupante do cargo de secretário-geral da Presidência da República no sentido de nomear a filha do presidente da República para o cargo de adjunto da Secretaria-Geral da Presidência, porque isso implica um agir ocultamente estratégico voltado para a satisfação de interesses pessoais e não orientado para o entendimento, o acordo, o consenso, que gerou a condensação da expectativa normativa. III. Apelações e remessa oficial não providas.” (DJ 2 de 03/03/05). A íntegra do acórdão se encontra na Revista do Tribunal Regional Federal – Primeira Região, ano 17, nº 4. Brasília: TRF/1ª Região, abril 2005, pp. 128 – 133.

<sup>46</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília – UNB, 1980. 1980, p. 91 – 101.

<sup>47</sup> NEVES, *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 93.

<sup>48</sup> Idem, pp. 93 – 94.

implicação entre programação condicional, primariamente jurídica, e programa finalística, primariamente política. Não é suficiente que a diferença lícito-ilícito atue como segundo código da política. O código binário puro é uma forma vazia e inoperante. A capacidade operativa depende da distinção entre código e programa, que “possibilita uma combinação de *fechamento e abertura no mesmo sistema*”. Na relação entre direito e política, a legislação, em princípio orientada politicamente a respeito de fins, apresenta-se como mecanismo mediante o qual se manifesta a capacidade de aprendizado do sistema jurídico. Além do mais, embora atuando sempre no âmbito de programas condicionais, o procedimento jurisdicional, em sua atividade controladora do poder, tem que se orientar também, em grau maior ou menor, de acordo com programas finalísticos. Pense-se apenas no controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. Evidentemente, o “se-então” do programa condicional referente à decisão judicial sobre a constitucionalidade só pode ser formulado e concretizado após amplas ponderações programático-finalísticas. Por seu turno, o sistema político, na elaboração e operacionalização de seus programas finalísticos, fica vinculado, em dimensões diversas, aos programas condicionais de natureza normativo-jurídica. Embora isso não fique claro no âmbito da atividade legislativa, é inegável que o legislador, além de orientar-se por programas finalísticos, inclusive constitucionalmente previstos, também se subordina a programas condicionais jurídico-constitucionais.

É no campo da escolha seletivo-legitimadora de programa condicional e finalístico que se tem divisado o fenômeno da juridicização da política, cujo equacionamento, sem dúvida, como acabamos de verificar, deve ocorrer, portanto, a partir da pragmática sistêmica.

A partir daí, concebe-se a moderna e relevante função da constituição como acoplamento estrutural: ensinar a vivência do Estado de Direito, o que o faz mediatizando as interferências entre os sistemas jurídico e político. Não se trata, lembra Neves<sup>49</sup> na linha de Luhmann, apenas de acoplamento operativo com vínculo momentâneo entre operações do sistema e do ambiente. Trata-se, isso sim, de acoplamento estrutural onde

importa que o sistema duradouramente pressupõe e conta, no plano de suas próprias estruturas, com particularidades do seu ambiente. A constituição assume a forma de acoplamento estrutural, na medida em que possibilita influências recíprocas permanentes entre direito e política, filtrando-as. Como forma de dois lados (*Zwi – Seiten – Forma*), inclui e exclui, limita e facilita simultaneamente a influência entre ambos os sistemas. Ao excluir certos “ruídos” intersistêmicos, inclui e fortifica outros.<sup>50</sup>

E assim, ou seja, mercê das influências do entorno, a constituição se enriquece, queremos dizer: o sistema jurídico se fortalece na medida em que expandem os limites de sua capacidade de aprendizado. Esses limites são fixados pela própria normatividade constitucional, que “estabelece até que ponto o sistema pode reciclar-se sem perder a sua identidade/autonomia.”<sup>51</sup> Do mesmo modo, todavia, o sistema político também experimenta um “enriquecimento”, quando a constituição reingressa (re-entry) no seu interior como mecanismo que “viabiliza a inserção do código “lícito/ilícito”, que se avulta, assim, como segundo código da

---

<sup>49</sup> NEVES, 2006, p. 97.

<sup>50</sup> Idem, pp. 97 – 98.

<sup>51</sup> Idem, p. 100.

política.”<sup>52</sup> Com isso, ela imuniza o sistema político em relação a pressões particularistas concretas, nas palavras de Neves<sup>53</sup>:

Tal imunização envolve sobretudo a institucionalização do procedimento eleitoral democrático como forma de “generalização do apoio político”, que serve de empecilho à manipulação do sistema político por interesses particularistas e encerra, indissociavelmente, a formação pluripartidária do parlamento, incompatível com o mandato imperativo. Mas também protege o sistema político, mediante a instituição da “divisão dos poderes” contra uma expansão destrutivista da própria autonomia.

Todavia, a expansão dos limites da capacidade de aprendizagem do sistema não acontece apenas em decorrência de reforma à constituição. A abertura cognitiva da constituição, obedecendo aos limites expressos e implícitos do sistema enseja, também, modificações por meio do processo de concretização<sup>54</sup> (mutação constitucional<sup>55</sup>).

Mas, seja qual for o modo (processo de normatização ou de concretização) a constituição institucionaliza a organização do poder bem como os direitos fundamentais. Como devem, portanto, os direitos fundamentais serem enfrentados numa visão sistêmica? Ou por outras palavras, como eles funcionam

---

<sup>52</sup> Idem, p. 101.

<sup>53</sup> Idem, pp. 101 – 102.

<sup>54</sup> Idem, pp. 100 – 101.

<sup>55</sup> A mutabilidade da constituição sem a atuação do poder constituinte derivado efetivamente tem sido aceita e tem ocorrido na ordem constitucional brasileira, mormente quando a Suprema Corte operacionaliza a Constituição como acoplamento estrutural entre o sistemas jurídico e político. Interessante caso de comunicação intersistêmica foi tratado pelo STF quando enfrentou qual o foro constitucional para processar e julgar prefeito quando esse pratica crime federal. Deveras, a Constituição (art. 29, X), ao assegurar a autonomia municipal, garante o julgamento do prefeito por Tribunal de Justiça. Todavia, Tribunais de Justiça não possuem competência para processar e julgar crime federal. O conceito de crime federal, de sua parte, é estabelecido pelo art. 109, IV, da Carta, que comete seu processamento e julgamento aos juízes federais. No entanto, submeter o prefeito a julgamento por juiz federal, sem dúvida é uma comunicação que o subsistema constitucional não filtra na exata medida em que não se compadece com a diferenciação binária básica (direito/não-direito). A exclusão decorre exatamente da circunstância de que em decorrência da autonomia municipal, a Constituição assegurou o julgamento de prefeito por segunda instância (Tribunal de Justiça), de modo que submete esse agente político a julgamento por juiz federal – órgão de primeira instância da Justiça Federal – implicaria em amesquinhar, reduzir, ou enfraquecer a autonomia municipal e, conseqüentemente, atingiria o núcleo material irredutível do Estado (a federação como cláusula pétrea: art. 60, IV, “a”, da Carta), um limite à capacidade de aprendizagem estabelecida pelo sistema. A Suprema entendeu que a autonomia municipal estaria assegurada se o prefeito, nessa circunstância, fosse processado e julgado pelo Tribunal Regional Federal, órgão de segunda instância da Justiça Federal, mantendo, com isso a salvo o princípio da simetria. Hoje, a matéria já se encontra definida (Súmula nº 702: “A competência do Tribunal de Justiça para julgar Prefeitos restringe-se aos crimes de competência da justiça comum estadual, nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau.”). As operações decorrentes desse novo programa (súmula) que se agrega ao sistema são possíveis porque erigidas a partir de comunicação que preserva a diferenciação funcional básica de cada sistema (jurídico e político) e se reputam, por isso, válidas. Sobre o processo de mutação constitucional consultar BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 53 e segs.

como possibilidade de irritação, de barulho (*bruit*), de comunicação intersistêmica e limite de aprendizagem? Neves<sup>56</sup>, equacionando resposta para essa indagação sugere com Luhmann que

na concepção sistêmica, a noção de direitos fundamentais não se confunde com a concepção de “direitos humanos” como “direitos eternos”; aponta antes para uma resposta do sistema jurídico à diferenciação funcional da sociedade moderna. A função dos direitos fundamentais relaciona-se com o “perigo de indiferenciação”, servindo à “manutenção de uma ordem diferenciada de comunicação”. A diferenciação funcional da sociedade reingressa por via constitucional no direito, que assegura, assim, o livre desenvolvimento da comunicação conforme diversos códigos sistêmicos autônomos. Nesse sentido, a institucionalização dos direitos fundamentais imuniza a sociedade contra uma simplificação totalitária incompatível com o caráter hipercomplexo da modernidade. Apresenta-se sobretudo como um antídoto ao perigo da “politização”, entendida aqui como sobreposição do código “poder/não-poder” aos demais códigos de preferência (“verdade/falsidade”, “ter/não-ter”, “amor/desamor”, “belo/feio”, “consideração/desprezo”. “transcendente/imanente” e principalmente “lícito/ilícito”) ou seja, prevalência imediata e absorvente dos critérios políticos em todas as esferas de comunicação: ciência, economia, amor, arte, moral, religião, direito, família, educação, etc. Essa tendência expansiva e hipertrófica de Leviatã sofre, com os direitos fundamentais, um freio ativo de Temis. Isso não significa impotência da política, mas antes se relaciona com a sua intensificação enquanto sistema diferenciado e especializado funcionalmente para a tomada de decisões vinculantes em uma sociedade supercomplexa. A limitação do poder é, ao mesmo tempo, a fortificação de sua capacidade de enfrentar politicamente problemas os mais diversos, advindos – como “perturbações” – de todas as esferas diferenciadas de comunicação constituídas no ambiente social do sistema.

Como se vê, o significado político dos direitos humanos é bem maior que o jurídico, não obstante os direitos humanos se constituírem, no mínimo, fator para a inclusão jurídica. Daí porque se pode entendê-los como expectativas normativas contrafáticas de inclusão. Tais expectativas são generalizadas sob condição de um dissenso erigido a partir da heterogeneidade de valores, interesses de pessoas ou grupos.

É exatamente isso que faz com que os direitos humanos mantenham os limites de aprendizagem abertos ao futuro. Não podem, na pragamática sistêmica, serem encarados como fundantes, eternos, naturais. Nas palavras de Luhmann<sup>57</sup>:

Los derechos humanos tienen que ver con la complejidad de las circunstancias, es decir, tienen que ver esencialmente con los efectos de la diferenciación funcional. Los derechos humanos son el correlato de la apertura estructural de la sociedad de cara al futuro. Si los individuos tienen acceso a los sistemas de funciones de manera diferenciada, y si la inclusión se regula conforme criterios internos (que deciden lo que es igual o desigual) de estos sistemas que atienden a una función – es decir: si todo esto pertenece a los imperativos estructurales de la sociedad moderna –, entonces *no se puede decidir de antemano lo que cada cual tenga que decir o lo que cada cual tenga que aportar*. Bajo estas circunstancias los supuestos acerca de la “naturaleza” del hombre y de los derechos que de manera

---

<sup>56</sup> NEVES, 2006, p. 103 – 104.

<sup>57</sup> LUHMANN, 2002, p. 172.

concluyente de allí se desprendan son, en el mejor de los casos, detalles pintorescos para justificar las decisiones. Los derechos humanos sirven, en términos de funciones sistémicas, para mantener abierto el futuro de la reproducción autopoietica de los diferentes sistemas. Ninguna clasificación, ninguna subdivisión y mucho menos ninguna clasificación política sobre los hombres debe limitar el futuro, sobre todo cuando los seres humanos pertenecen al entorno del sistema. El futuro, en cambio, resulta de la autopoiesis y del structural drift de la sociedad – siempre imposible de pronosticar desde el presente.

Conceber os direitos humanos, com essa abertura, a partir das expectativas que privilegiam a capacidade de aprendizagem, tem marcado a tônica da agenda internacional em prol da consolidação de uma sociedade mundial mais justa. Luhmann<sup>58</sup> está atento a isso, mas considera, todavia, que

es posible, en nuestros días, tener sistemas jurídicos nacionales (si bien en el contexto de una unión internacional que reconoce recíprocamente – con las reservas que impone el orden interno estatal; y con relaciones de “derecho internacional” – con las reservas de una violación del derecho). Por el contrario resulta casi imposible pensar en ciencias nacionales o en sistemas económicos nacionales. Allí donde las expectativas se señalan como sensibles al aprendizaje, resulta difícil sustraerse a las presiones internas de la sociedad y, cada vez más, también a las de aprendizaje ecológico. ¿Pero, significa esto que el derecho pierde importancia? Es poco probable que un problema planteado de forma tan general pueda tener una respuesta unitaria. Existen elementos que indican que un mecanismo conspicuo de sustento del derecho (la expectación normativa de la expectativa normativa) ha perdido importancia. Ya no se exige incondicionalmente – en el caso de que esto se haya llevado a cabo en alguna ocasión –, que alguien abogue por sus propios derechos. Por otra parte, están en boga los “derechos humanos” como una especie de programa de recuperación, y tampoco las actitudes valorativas se sustentan únicamente en la forma de una mera preferencia de valores, esto es, como un *despreferencing* los no-valores, sino que se exigen de manera extensiva y normativa. No se trata tan sólo de que uno mismo tenga valores: uno debe tenerlos y, además, esperar que otros también los tengan. La institucionalización normativa de las actitudes valorativas se extiende hasta los programas de exacción concebidos moralmente. De acuerdo con esto, uno no sólo debe extender los valores propios a los valores de los otros – a favor de los intereses de los pobres, de los desposeídos, de los hambrientos, del “Tercer Mundo” – sino que debe exigir también que los otros se solidaricen con este programa axiológico. Sin embargo, esta forma de expectación normativa de la expectativa reside, en gran medida, fuera del mundo de las formas jurídicas y se opone al derecho: derecho o no-derecho, lo que cuenta es la humanidad.

Considerar, sob tal contextura, os direitos humanos, o direito internacional e o direito interno, notadamente a constituição como acoplamento entre o sistema jurídico e político, é o que se impõe para quem quer que pretenda uma ordem internacional democrática, a partir de Estados Democráticos.

---

<sup>58</sup> Idem, p. 631 – 632.

## Referências

- BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CITTADINO, Gisele. “Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes”. In: **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Luiz Werneck Vianna (org.). Ed. UFMG, IUPERJ, FAPERJ, 2002.
- CLAM, Jean. **Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade. Contingência, paradoxo, só-efetuação**. São Leopoldo (RS): Editora Unisinos, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios, alternativas**. Conselho da Justiça Federal, 1995.
- LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília – UNB, 1980.
- \_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- \_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- \_\_\_\_\_. **El Derecho de la Sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- PEDROSA, Maria Bernardette Neves, em **Estado de Direito e Segurança Nacional**. Tese apresentada à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em Curitiba em 1978.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

### A GLOBALIZAÇÃO E OS MECANISMOS DE GOVERNANÇA

Daniel Amin Ferraz<sup>1</sup>

#### 1. Introdução: o novo ambiente econômico e social do século XXI

A atual estrutura internacional não é algo dos anos noventa do século passado, como se pode supor. Ao término da Segunda Guerra Mundial nasceram os organismos internacionais que determinariam a ordem mundial caracterizada até o final do século XX. Por esta razão, e precisamente no final dos anos 90, é quando se cumpriu o cinquentenário de organismos como as Nações Unidas em 1995, a OTAN<sup>2</sup> em 1999, e os vinte cinco anos de assinatura da Ata de Helsinki, consubstanciada hoje em dia na OSCE<sup>3</sup> (no ano 2000).

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra, Portugal; doutor em Direito Internacional pela Universidad de Valência, Espanha; professor do Doutorado/Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília; Advogado.

<sup>2</sup> A situação espanhola de cooperação em matéria de defesa apresenta interessa pelo esquema mantido com os Estados Unidos, desde o Convenio Defensivo de 26 de setembro de 1953, continuando com os convênios de 6 de agosto de 1970, 24 de janeiro de 1976, 2 de julho de 1982, e culminando no vigente *Convenio entre o Reino de Espanha e os Estados Unidos da América sobre a Cooperação para a Defesa*, feito em Madri em 1º de dezembro de 1988, e em vigor desde o 4 de maio de 1989, cuja aplicação por um ano acaba de ser prorrogada. Entretanto, frente aos instrumentos anteriores, o Convenio vigente se insere em uma estratégia mais global das alianças defensivas ocidentais. Com efeito, o Preâmbulo do Convênio se encarrega de assinalar que ambos os países são parte no Tratado do Atlântico Norte. Nesse sentido: GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I.; e, SÁENZ de SANTA MARÍA, Paz Andrés: *Curso de Derecho Internacional Público*. Editorial Civitas, Sexta Edición, Madrid, 1998, p. 561.

<sup>3</sup> No contexto da Europa dos quinze, foi desenvolvida a política comum de segurança e defesa (PECSO). Assim, o Conselho Europeu, celebrado em Colônia os dias 3 e 4 de julho de 1999, marcou o primeiro passo importante dentro da UE sobre a matéria. Isso veio determinado pela entrada em vigor do Tratado de Amsterdam e pela aprovação pelo Conselho de Viena de 1998, o qual havia acolhido a declaração franco-britânica de Saint Malo. Estas circunstâncias levaram os sócios a declarar que a UE deveria ter capacidade de ação autônoma, respaldada por recursos (incluídos os militares) dignos de crédito, meios para lhes empregar e disposição para fazê-lo, de forma que pudesse responder às crises internacionais de forma autônoma. No Conselho Europeu de Helsinki, celebrado nos dias 10 e 11 de dezembro de 1999, determinou-se o objetivo geral: a UE deveria ser capaz de manter no terreno entre 50.000 e 60.000 soldados para a realização de operações de ajuda humanitária e resgate de nacionais, tarefas de manutenção da paz, etc., sempre com a participação voluntária dos Estados membros. No Conselho de Santa Maria de Feira, celebrado nos dias 19 e 20 de junho de 2000, avançou um primeiro desenho de relações com a OTAN e com terceiros Estados. Finalmente, o Conselho Europeu de Niza, celebrado nos dias 7, 8 e 9 de dezembro de 2000, fixou as competências definitivas dos órgãos que conduziriam o processo da PECSO, assim como o esquema das futuras relações entre a UE e a Aliança. Para o aprofundamento da política comunitária de segurança e defesa veja, entre outros: BENEYTO, J.M.: La PESO ante la presidencia española, em: *Política Exterior*. Madrid, Vol. XVI, Enero/Febrero 2002, Núm. 85, p. 69 e ss. Para um entendimento da PECSO no contexto da

Estes organismos tiveram o mérito de sobreviver à turbulenta *Guerra Fria*, e não desapareceram no início do século XXI, quando chegou o momento de prestar contas à comunidade internacional. O aniversário das Nações Unidas veio acompanhado de um profundo debate sobre a necessidade de mudanças na organização internacional, que em sua existência somente foi capaz de manter a paz mundial de forma ininterrupta por pouco tempo; ou sobre o seu Conselho de Segurança, que já não representa a repartição de poder no mundo. Por outro lado, o Conselho de Washington, que comemorou o nascimento da Aliança Atlântica, se desdobrou com uma revisão do Novo Conceito Estratégico, que pretende ultrapassar, inclusive, os limites da ONU<sup>4</sup>, dada a sua demonstrada incapacidade para cumprir os fins para os quais foi criada.

O mundo está em constantes mudanças, ademais, no tempo da internacionalização da tecnologia, dos meios de comunicação de massa, da internet. O homem vive uma nova era e o início do século atual nos demonstrou que passará por períodos de incertezas. A globalização traz a reflexão acerca dos desequilíbrios existentes em um mundo não mais dividido em ideologias de produção, mas sim diferenciado pelas discrepâncias entre Ocidente e Oriente, Norte e Sul, pobres e ricos.

É necessário definir a nova agenda de desenvolvimento, buscando equilíbrio entre o mercado livre e o interesse público, entendidas as políticas públicas como toda forma de ação organizada na esteira de objetivos de interesses comuns, não somente as ações estatais.

A nova agenda de desenvolvimento deve estar fundamentada nos seguintes pontos:

---

política exterior e segurança comum (PESC) veja, entre outros: SERRA, Narcís: El progreso de la política de defensa europea, em: *Política Exterior*. Madrid, Vol. XV, septiembre/Octubre de 2001, Núm. 83, p. 95 e ss.

<sup>4</sup> Reunidos em São Francisco (EUA), cinquenta países aprovaram a Carta das Nações Unidas, em 25 de junho de 1945. A vitória sobre o Eixo era iminente, já que a Alemanha havia capitulado em 8 de maio de 1945. Tornava-se imprescindível institucionalizar as relações internacionais. Além da forte presença do Novo Mundo (vinte dois Estados), a Conferência de São Francisco contou com representantes europeus, alguns asiáticos e poucos africanos, já que somente África do Sul, Egito, Etiópia e Libéria eram países independentes. Aclamada por unanimidade e saudada como advento de um novo tempo para as relações internacionais, a Carta de São Francisco, criando a Organização das Nações Unidas, foi firmada de forma solene em 26 de junho de 1945. Nesse sentido: SEITENFUS, Ricardo, e VENTURA, Deisy: *Introdução ao Direito Internacional Público*. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999, p. 101 e ss. A ONU tem seis órgãos fundamentais: Conselho de Segurança; Assembleia Geral; Conselho Econômico e Social; Conselho de Tutela; Secretariado e Corte Internacional de Justiça. Nesse sentido: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque: *Curso de Direito Internacional Público*. 10ª edición, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1994, p. 543 e ss.

a) uma globalização mais equilibrada, com respeito pela diversidade. A existência de uma rede de instituições regionais, com maior grau de autonomia, constituindo-se na melhor opção de construir-se uma institucionalidade internacional mais sólida e equilibrada;

b) é fundamental ter-se uma visão ampla da estabilidade econômica e do papel que desempenham as políticas anticíclicas – claro está que a instabilidade tem um custo muito elevado e que, ademais, o custo do déficit do setor privado é tão alto como os dos desequilíbrios do setor público;

c) não basta com políticas macroeconômicas. A solução parece estar em saber definir as corretas estratégias de desenvolvimento que apontam a induzir inovações e a construir complementariedades produtivas;

d) é preciso melhorar os vínculos sociais – o progresso social pode conceber-se como produto de três fatores básicos: 1) uma política social de longo prazo que incremente a equidade e garanta a inclusão dos excluídos; 2) um crescimento econômico que gere volume adequado de emprego de qualidade; e 3) uma redução da heterogeneidade estrutural dos setores produtivos;

e) o sistema econômico deve estar subordinado, também, a objetivos sociais – neste sentido, é importante fomentar os laços de solidariedade que foram se perdendo.

A liberalização econômica foi apresentada ao mundo em desenvolvimento como a resposta às estratégias ineficientes associadas à proteção comercial e aos altos níveis de intervenção estatal. Foi apresentada também como uma forma de aproveitar plenamente as oportunidades que oferecia a globalização. Esta visão representou mudança significativa frente à ideia que serviu de base às estratégias de desenvolvimento durante várias décadas, segundo a qual a industrialização tardia exigia uma ampla intervenção do Estado. Assim, o Consenso de Washington<sup>5</sup> foi um dos melhores resumos desta agenda das reformas.

---

<sup>5</sup> Originariamente, o Consenso de Washington tratava dez áreas específicas, quais sejam: a) matéria fiscal; b) controle dos gastos públicos; c) reforma tributária; d) liberalização financeira; e) regime de câmbio; f) liberalização mercantil; g) investimento estrangeiro; h) privatizações; i) desregulação; j) propriedade intelectual. O documento, atualizado por seus gestores em 1993, acrescenta o controle no sistema bancário, bem como qualifica a educação como base do desenvolvimento. Nesse sentido: SILVA, César Augusto Silva da: *O Direito Econômico na Perspectiva da Globalização*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 115.

Nos últimos anos se produziu um intenso questionamento desta visão. É provável que a crise asiática tenha sido seu pior revés (até a crise mundial de 2008 em diante), ao fazer patente que a liberalização financeira pode ser fonte de uma profunda instabilidade econômica quando não esteja acompanhada de marco institucional apropriado. A forte reação da sociedade civil global a partir de Seattle<sup>6</sup> revela que a globalização foi questionada, o que reflete o descontentamento existente no mundo desenvolvido. Nos países em vias de desenvolvimento, a desilusão com as reformas é crescente, mas suas manifestações políticas são menos organizadas e sua agenda está, todavia, por definir.

Em termos gerais, a insatisfação como consequência dos resultados das reformas é cada vez maior. O comércio e o investimento estrangeiro direto cresceram notavelmente<sup>7</sup>, mas a promessa de altas taxas de crescimento não se concretizou. Na

---

<sup>6</sup> Para o final de 1999 estava prevista uma nova rodada de negociações da OMC, que ocorreu em Seattle – EUA. A insatisfação, principalmente por parte dos países em vias de desenvolvimento, era crescente. Os mesmos entendiam que as reformas estruturais e a liberalização mercantil não havia gerado uma melhora na qualidade de vida e crescimento econômico, ao menos no curto prazo. Por outra parte, o acúmulo de tensão entre os principais atores do comércio internacional (EUA, união Europeia e Japão) demonstrava como as normas, ainda que específicas, não eliminavam a adoção de mecanismos protecionistas pelos Estados, os quais refletiam a pressão dos produtos nacionais contra a liberalização comercial. Como se sabe, a Conferência de Seattle não alcançou seu objetivo principal que foi a estipulação de uma pauta de negociações. As razões apontadas, entre outras, são: 1. Atuação das organizações não governamentais (ONGs), as quais se posicionaram contra o aprofundamento da OMC; 2. Definição tardia do Diretor Geral da conferência, decorrente da ausência do consenso entre os Estados-Membros; 3. Não havia um texto definitivo para ser debatido pelos negociadores (o documento indicado estava composto de 32 páginas e com mais de 400 anotações entre aspas, o que foi entendido como um indicativo da discordância das partes quanto ao texto apresentado) e; 4. Finalmente, nenhuma outra rodada do antigo GATT envolveu tantos Estados partes (o que nasceu, em 1947, como um reduzido grupo de 23 países, agora contava com 135 Estados, em uma nova estrutura – OMC – sendo 80 países em desenvolvimento e várias economias em transição, com interesses diversos, temas variados, etc) Nesse sentido: BARRAL, Welter: *O Brasil e a OMC*. Ed. Diploma Legal, Florianópolis, 2000, p. 28 e ss.

<sup>7</sup> O forte aumento dos fluxos mundiais de investimento estrangeiro direto (IED) é um dos aspectos centrais do fenômeno da globalização. Se bem os países em vias de desenvolvimento (PVDs) incrementaram sua participação como receptores de IED (de 19 para 30% entre os períodos de 1994 e 1999), somente um punhado desses absorveu a maior parte desses fluxos. De fato, quatro países explicam quase os 50% de todo o IED recebido pelos PVDs no período, sendo os mesmos Argentina, Brasil, China e México. No MERCOSUL, o ingresso de IED foi fundamental para o êxito dos programas de reforma estrutural, adotados nos anos 1990. O mesmo ocorreu tanto por sua capacidade de favorecer a modernização tecnológica, como por gerar melhoria da competitividade das economias da região. De fato, os grupos transnacionais se converteram em agentes mais dinâmicos das economias domésticas. Finalmente, cumpre sublinhar que a região já está habituada ao recebimento de IED como fator determinante de seu desenvolvimento. Assim, durante décadas anteriores aos noventa, os grupos transnacionais foram protagonistas decisivos na industrialização, substitutiva das importações. Todavia, o contexto no qual se dá o incremento das IED agora é diferente. Assim, os Estados da região operam profundas reformas estruturais em suas economias nacionais, ao estilo do Consenso de Washington, incluindo liberalização comercial, desregulação de mercados e privatização das empresas públicas.

América Latina, região onde mais se avançou no processo de reformas nos anos 90 do século passado, o crescimento econômico médio foi, tão somente, de 3,2% anual, ritmo significativamente inferior às cifras registradas durante as três décadas de industrialização lideradas pelo Estado, entre os anos cinquenta e setenta (5,5% ao ano).

A necessidade de civilizar a economia global<sup>8</sup>, ou de conseguir que a mundialização se converta em força positiva para todos os habitantes do planeta<sup>9</sup> é, sem dúvida, o tema mais importante. Ainda que a globalização responda a processos tecnológicos e econômicos dinâmicos, não cabe dúvida de que possa ser moldada. De fato, a forma que foi adotada foi determinada, em grande medida, por decisões políticas<sup>10</sup>.

A característica mais preocupante é o caráter incompleto, e também desequilibrado, do atual processo de globalização, e da agenda internacional de políticas que o acompanham, que reproduz antigas assimetrias da economia internacional e acrescenta outras, tais como a questão trabalhista internacional<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> HELLEINER, G.K.: *Markets, politics and globalisation: can the global economy be civilized?*. UNCTAD, Geneva, December de 2000, p. 15.

<sup>9</sup> Naciones Unidas, Declaración del Milenio, Cumbre del Milenio 2000, Nueva York, 6 a 8 de septiembre, 2000, p. 03.

<sup>10</sup> O movimento da globalização está composto de uma vertente pública e outra privada. Em sua vertente privada é desenvolvido por estratégias empresariais de expansão no mercado, por meio da adoção dos instrumentos de concentração empresarial. Em seu vértice pública a mundialização está consubstanciada na formação dos blocos regionais e nas políticas de desenvolvimento.

<sup>11</sup> Encontramo-nos ante a realidade indiscutível de uma economia cada vez mais global, caracterizada por crescente fragmentação e descentralização internacional do processo produtivo, assim como alto grau de interdependência entre os Estados. Isso não impede que na atualidade o mercado de trabalho internacional se encontre fragmentado – desde uma perspectiva jurídica – principalmente nos Estados. Isto é, atualmente e desde uma ótica estritamente legal, tão somente os Estados conformam um mercado de trabalho verdadeiramente integrado. Apesar disso, o fato é que a atividade econômica se desenvolve de forma cada vez mais intensa na escala mundial, superando amplamente as fronteiras econômicas estatais. Não obstante, foi precisamente desde esta limitação territorial e a realidade de um cenário internacional normativo fragmentado, que o legislador estatal teve que enfrentar sozinho os fenômenos de alcance global. Alguns dos quais incidem diretamente na fisionomia deste mercado de alcance mundial. Nesse sentido: PALAO MORENO, Guillermo: La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Un nuevo paso hacia la consolidación de un mercado de trabajo integrado en Europa, em: *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. nº 208, Julio/Agosto de 2000, Madrid, p. 43 e ss.

## 2. A nova ordem internacional

O atormentado final do século passado e início do atual consolidaram a crise do Estado moderno: por um lado, o Estado-Nação ameaçado em sua soberania; por outro lado, o Estado-Social, questionado pelo neoliberalismo.

Ambos sofrem com a crise política, com a supremacia da guerra sobre a negociação, com o escapismo das Nações Unidas e a virtual perda da influência das relações internacionais.

De fato, ao lado da mundialização<sup>12</sup>, o final do século passado e início do atual determinou a vigência de uma nova ordem internacional, caracterizada pela unipolaridade política, econômica, militar, tecnológica e cultural, entendida a sociedade atual como a sociedade de consumo. Além disso, não poder-se-ia falar da inexistência das ideologias nesta sociedade, mas, tão somente, da existência de uma ideologia única, a ideologia do consumo.

O primeiro objetivo do pensamento único foi, segundo seus críticos, construir o marco intelectual que justificaria as políticas neoliberais contra o Estado do bem-estar<sup>13</sup>.

Assim, a existência do Estado-Nação e de sua soberania nos moldes clássicos, é uma consequência da transição do mundo do polipoder (com a bipolaridade da guerra fria) a unipolaridade. A marca dessa nova ordem mundial é a autonomia da OTAN frente a ONU,

---

<sup>12</sup> FERRAZ, Daniel Amin: *Joint Venture e Contratos Internacionais*. Editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2001, p. 163 e ss.

<sup>13</sup> GARCÍA SEGURA, Caterina: La globalización en la sociedad internacional contemporánea: dimensiones y problemas desde la perspectiva de las relaciones internacionales, em *Cursos de Derecho Internacional Vitoria Gasteiz*. Editorial Tecnos – Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Madrid, 1999, p. 342.

autoproclamando-se e atuando no cenário mundial como força *erga*-Estado, *erga*-Direito<sup>14/</sup>  
15.

O dismantelamento do bloco soviético, passando a ordem internacional à unipolaridade, levou à multiplicação de pequenos entes políticos, sem capacidade de autonomia econômica e segurança militar, os quais viviam sob o manto protetor da unidade ideológica-econômica pro-soviética<sup>16</sup>. Somada ao desaparecimento dessa estrutura social e do poder político, aperfeiçoada durante os anos da bipolaridade (guerra fria)<sup>17</sup>, renascem as reivindicações das nacionalidades, com seus conflitos territoriais, religiosos e étnicos de difícil controle<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Como fase do polipoder denomina-se os anos que intermediam as grandes guerras mundiais, construindo vários polos de poder econômico, político e militar, tanto na Europa (Alemanha, Itália, França, Inglaterra, União Soviética) quanto a Ásia e a América (EUA). A bipolaridade e o período que segue a derrota do nazi-fascismo, gera reflexos, tais como: a) controle político-militar sobre a Alemanha dividida; b) desmilitarização do Japão sob o controle dos EUA; c) Construção do império soviético; d) liderança ideológica, cultural e militar do sistema ocidental pelos EUA; e) finalmente, a guerra fria. O dismantelamento da União Soviética, com o extermínio do bloco soviético, leva a unipolaridade. Assim, têm-se hoje os EUA como a única potência econômica, militar e política. Tal unipolaridade gera o monopólio da intervenção nos negócios e interesses de outras soberanias, constituindo a nova geopolítica na repetição dos interesses imediatos dos EUA. No momento atual passa-se pelo início de uma eventual nova fase, com a possibilidade de nascimento da China como potência global. Contudo, este movimento é, ainda, incipiente.

<sup>15</sup> Foi depois da Segunda Guerra Mundial quando se planejou, no âmbito jurídico internacional, a necessidade de se estabelecer as bases que deveriam reger a economia mundial, tanto com relação à produção, como ao comércio internacional. É quando, também pela primeira vez, se percebe a dimensão internacional dos problemas econômicos. Esta apreensão econômica, como um fenômeno de alcance mundial, encontra sua expressão jurídica na Conferência Econômica e Financeira da ONU, celebradas em 1994, com a criação do Banco Mundial (BIRD) e do Fundo Monetário Internacional (FMI) e a adoção posterior, em 1947, do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (G.A.T.T.); assim como a própria carta da Organização das Nações Unidas. Nesse sentido: DIEZ de VELASCO, Manuel: *Instituciones de derecho internacional público*. Duodécima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 588.

<sup>16</sup> Importante sublinhar que a integração econômica não tem como origem as economias de mercado. Assim, as economias planificadas da Europa Ocidental também concluíram acordos de integração. A integração *socialista* se opera sob os auspícios do CAME (Conselho para ajuda Mutua Econômica). O CAME foi criado em 1949 e incluiu a URSS, Bulgária, Tchecoslováquia, República Democrática da Alemanha, Hungria, Polônia, Romênia, Cuba e Mongólia. Seus objetivos eram o de acelerar o desenvolvimento econômico e estabelecer uma divisão racional do trabalho entre os países membros. Nesse sentido: ROBSON, Peter: *The Economics of International Integration*. Second Edition, George Allen & Unwin, London, 1984, p. 21 e ss.

<sup>17</sup> O final da Guerra Fria, com o desaparecimento do mundo comunista, constitui marco significativo de ruptura e transição em termos de civilização. O mundo atravessa profunda crise de identidade, que se viu agravada desde o final da guerra fria. Nesse sentido L. DA CUNHA, Guilherme: *Reflexiones sobre el Derecho Humanitario y la práctica actual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*. Editorial Tecnos – Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Madrid, 1995, p. 89.

<sup>18</sup> O desaparecimento da URSS originou 15 novos Estados, com graus variáveis de soberania efetiva, mas dotados de representação internacional própria, forças militares e sistemas de leis particulares. A criação da CEI (Comunidades de Estados Independentes) não foi capaz de evitar a deflagração de guerras nas repúblicas, derivadas dos conflitos nacionalistas latentes. Assim, etnias e nacionalidades, que formavam o amálgama que constituía o Estado Soviético, degeneraram em conflitos militares, instalando uma instabilidade estrutural na

Por outro lado, a crise do Estado poderia ser entendida como a crise da soberania, já que não é somente impossível a manutenção do Estado carente de soberania, assim como inconcebível a manutenção da soberania no regime da unipotência. Para a manutenção desse *status quo*, todavia é fundamental a atuação dos meios de comunicação de massa.

Uma das ferramentas decisivas desta mudança planetária, de sua dinamicidade e universalidade, é a comunicação instantânea. As tentativas globalizadoras já existiram em outras épocas. Outrora, os grandes impérios se propuseram a ser hegemônicos. Contudo, agora se vislumbra, pela primeira vez, como tecnicamente possível a construção da vontade única.

Seus efeitos colaterais, caracterizados pelas desigualdades, crises ecológicas, são graves. Contudo, no vértice desse rolo homogeneizador de culturas, línguas, pautas de comportamento, hábitos e tradições artísticas, o resultado mais imediato e massacrante tem sido a construção de cidadãos tíbios, repetitivos, sem pulso, adaptados à obediência instantânea das instruções de uso comum e planetário, com um profundo desinteresse pela participação política e cidadã.

A unipolaridade gera, ainda, a ideologia única (de consumo), o discurso único, a economia única, o mercado (globalizado) como religião, despolitizado<sup>19</sup>.

Portanto, o fundamento desta ordem internacional é a liberdade dos indivíduos. Desta forma, o reinado do mercado gera o reinado do consumidor, substituto comercial (despolitizado) do cidadão: o bem público é o bem privado<sup>20</sup>.

Ponto importante é o dos fluxos de empresas e capitais na nova ordem internacional. Desta forma, se impõe de fora do país a produção do mesmo, a circulação e a distribuição das mercadorias, anarquizando a divisão interna do trabalho e determinado, por meio da esfera internacional, a produção do Estado, o emprego e suas políticas contra o

---

região. Nesse sentido: MAGNOLI, Demetrio: *Questões internacionais contemporâneas*, Fundação Alexandre Gusmão, Brasília, 1995, p. 84.

<sup>19</sup> FERRAZ, Daniel Amin: *A nova ordem mundial e os conflitos armados*, FERRAZ, Daniel Amin e HAUSER, Denise (coordenadores). Editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2002, p. 23.

<sup>20</sup> BURDIEU, Pierre: *Contre-feux. Propos pour servir à la résistance contre l'invasion néo-libérale*. Liber-Raisons d'Agir. Paris, 1998, p. 8.

desemprego, em suma, a flexibilização do poderio econômico e político do Estado soberano<sup>21</sup>.

### 3. América Latina no contexto da economia mundial

A articulação do Sul como grupo de pressão a escala global, seja no meio político (movimento dos não alinhados), como no econômico (grupo dos 77) sofreu as consequências do fim da confrontação entre o Leste e o Oeste.

Agora a questão assenta-se, sobretudo, no entendimento de que o Sul (ou parte dele) se projeta ou é percebido como ameaça para a segurança do Norte. Assim, primeiro, porque alguns de seus mais graves problemas – miséria, altas taxas de natalidade – se transformaram em mundiais, e foram plasmados nos fluxos migratórios para os países “ricos”. Segundo, porque outros temas, v.g. a conservação do meio ambiente, são por si só de natureza planetária. Terceiro, porque há problemas compartilhados (e até problemas do Norte com um cenário do Sul), como o narcotráfico, que aproveita a debilidade estrutural de muitos países de Terceiro Mundo para o cultivo e tráfico de drogas, ademais de aproveitar a ânsia de consumo dos países do Primeiro Mundo. Quarto, porque a posse de recursos estratégicos (energia, reservas biológicas) afeta interesses que o Norte considera vitais. E quinto, porque a consciência da confrontação de alguns países dos Sul, ao recusar o papel servil que lhes oferece o Norte, se traduz em políticas armamentistas e terroristas que não fazem, senão, aumentar a ansiedade dos países desenvolvidos, dispostos a passar das políticas de não- proliferação às de contra-proliferação<sup>22</sup>.

Em toda a região, se fez presente a crise econômica, provocando um crescimento desfavorável da economia. A respeito, no ano de 1998 se informaram os seguintes dados: O PIB da América Latina sofreu uma diminuição de 0,5%; Argentina sofreu uma diminuição de 3%; Equador sofreu uma diminuição de 5%; Chile sofreu uma

---

<sup>21</sup> SANTOS, Milton: *Guerras dos lugares*. FSP, 1999, São Paulo, p. 13.

<sup>22</sup> REMIRO BROTONS, Antonio: *Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional*, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gastéiz*. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Madrid, 1995, p. 73.

diminuição de 2,3%; Uruguai sofreu uma diminuição de 0,5%; Venezuela sofreu uma diminuição de 6% e o Brasil teve um crescimento de 1,8%<sup>23</sup>.

Contudo, podem-se dar novas soluções que permitam lograr uma modificação dessa situação de penúria pela qual passa a América Latina. O Brasil é, hoje em dia, e apesar da crise atual, relevante economia mundial em produção, seja de bens primários ou manufaturados, e nada impediria que o país pudesse buscar agenda própria, consolidando sua liderança no Continente, ocupando na África o espaço que pode ter e aprofundando as relações comerciais com novos sócios internacionais, tais como a Índia, China ou Rússia<sup>24</sup>. Enfim, necessita ocupar espaço próprio, adequado a sua importância territorial, a sua economia, a sua história, fundamental para o desenvolvimento regional, e para uma vida com mais justiça social.

Para alcançar tais objetivos de mudança da estrutura atual, será necessária a integração da América Latina, de seus povos e de seus interesses, bem como sua associação a outros continentes e povos. Com vistas a essa integração, o MERCOSUL<sup>25</sup>, seria o primeiro passo para a aglutinação dos interesses no Cone Sul.

---

<sup>23</sup> AMARAL, Roberto: *Civilização e barbarie*, em *Revista de Informação Legislativa*. Ano 36, n.º 142, abr./jun. de 1999, Brasília (DF), 1999, p. 366.

<sup>24</sup> Os grandes países do mundo – China, Rússia, Índia, Brasil e Indonésia – disfrutam de uma condição especial como contextos para o desenvolvimento de uma nova alternativa progressista. São os mesmos menos dependentes do comércio exterior e menos vulneráveis em desfavor dos mercados internacionais de capital e das organizações de Bretton Woods. Vantagens espirituais acompanham essa independência prática: cada um desses países se pode imaginar como algo semelhante a um mundo em si, e não como um satélite de algum outro sistema. Em três destes cinco (China, Rússia e Índia) a Nação política já está acostumada a olhar para si mesma, por ressentir das restrições impostas pelo mundo externo. Em dois desses (China e Índia), a auto referência está apoiada na história de uma grande civilização, antiga e peculiar, que tem ideais espirituais capazes de sobreviver tanto a conquista estrangeira como a revolta interna. Finalmente, para que a alternativa progressista tenha uma oportunidade, necessita encontrar uma base pelo menos em alguns desses países. Sua rebelião contra a ortodoxia da convergência pode intensificar o esforço e desviar as organizações internacionais de seu serviço único a essa mesma ortodoxia. As mais importantes dessas organizações são as agências de Bretton Woods: o Fundo Monetário Internacional e sua criação mais recente, a Organização Mundial do Comércio (OMC). As mesmas buscam atualmente a promoção do neoliberalismo. Assim, para o avanço de uma proposta alternativa ao desenvolvimento com paz social nos países da periferia é necessário romper os laços com esta ortodoxia. Nesse sentido: UNGER, Roberto Mangabeira: *Democracia Realizada*. Boitempo Editorial, São Paulo, 1998, p. 73. Veja, ainda: ESTY, Daniel C.: *The World Trade Organization's legitimacy crisis*, em: *World Trade Review: Economics, Law and International Institutions*. Volume 1, Number 1, March, World Trade Organization, Cambridge University Press, Cambridge – Geneva, 2002, p. 7 e ss.

<sup>25</sup> Um dos temas mais importantes do MERCOSUL são suas fontes. O Tratado de Assunção (26/03/1991 – constitui o mercado comum do sul entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) não enumerou as fontes de direito do MERCOSUL, bem como não estabeleceu a hierarquia entre as diversas normas que integram seu ordenamento jurídico. Todavia, desde a entrada em vigor do tratado, começou-se a trabalhar em sua classificação do Direito do MERCOSUL, nos seguintes termos: a) *direito originário ou primário* (constante

Sua atual fragilidade é reflexo das limitações dos países que o constituem. Contudo, tais dificuldades não podem converter-se em impedimento para a continuidade dos investimentos, tanto econômicos como políticos para seu desenvolvimento. Simples acordo de mercado ou aduaneiro, o MERCOSUL pode transformar-se em relevante instrumento de integração econômica, cultural e política, fortalecendo os países que o compõem para, inclusive, permitir melhor diálogo com a União Europeia <sup>26</sup>, com o NAFTA <sup>27</sup> e permitir posição diferenciada para eventual retomada de negociações com vistas à futura implantação da ALCA <sup>28</sup> (Acordo de Livre Comércio das Américas).

---

do Tratado de Assunção e seus anexos) e; b) *direito derivado ou secundário* (decorrente das decisões do Conselho do Mercado Comum – arts. 10, 13 e 13 do Tratado de Assunção). O Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias enumerou as fontes que devem ser observados pelo Tribunal Arbitral, quando seja chamado a solucionar controvérsia, estando as mesmas em conformidade com o art. 19 do tratado. Finalmente, o protocolo de Ouro Preto, 1994, consagrou seu capítulo V as Fontes Jurídicas do MERCOSUL. O art. 41 determina as seguintes fontes: 1. O Tratado de Assunção, seus protocolos e seus instrumentos adicionais ou complementários; 2. Os acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção e seus protocolos; 3. As decisões do Conselho do Comércio do MERCOSUL, adotadas desde a entrada em vigor do Tratado. Para maior aprofundamento na matéria, vide: BASSO, Maristela: *A Pirâmide Jurídica do Mercosul*, em *Processos de Integração Regional – O Político, o Econômico e o Jurídico nas Relações Internacionais* (Organizadores – DANTAS, Ivo; MEDEIROS, Marcelo de Almeida; LIMA, Marcos Costa). Ed. Juruá, Curitiba, 2000, p.196 e ss.; LAFER, Celso: *O cenário mundial e o relacionamento União Europeia/Mercosul*, em *Política Externa*. Vol. 9, núm. 1, Junho/Julho/Agosto de 2000, São Paulo, 2000, p. 88 e ss.; SOARES, Mário Lúcio Quintão: *Mercosul – Direitos Humanos, Globalização e Soberania*. Ed. Inédita, Belo Horizonte, 1997, p. 71 e ss.; PORTO, Manuel Carlos Lopes: *O Mercosul e a União Europeia*. Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994, p. 17 e ss.

<sup>26</sup> Para uma aproximação dos temas de direito comunitário, veja-se, entre muitos: MANGAS MARTÍN, Araceli e LIÑAN NOGUERAS, Diego J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Segunda Edición, McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 19 e ss.; CAMPOS, João Mota de: *Direito Comunitário*. 8ª edição, I Vol., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, p. 21 e ss.

<sup>27</sup> O nascimento do NAFTA – *North American Free Trade Agreement* ou TLCAN (Tratado de Livre Comércio de América do Norte) foi precedido de uma união bilateral entre os EUA e Canadá, por meio do Acordo de Livre Comércio, firmado em 1987, implementado em 2 de janeiro de 1988. Em tal tratado estava previsto a eliminação de todas as barreiras de tarifação entre os países, em prazo de dez anos. Depois da aproximação entre o Canadá e os EUA, foi o México o próximo a se unir aos outros países, firmando em 8 de outubro de 1992, no Texas, o TLCAN. Todavia, esse Tratado somente entrou em vigor em 1 de janeiro de 1994, em razão da preocupação ocasionada pelo ingresso do México, onde o custo trabalhista era infinitamente menor que os outros Estados partes, bem como menores eram as exigências da legislação ambiental para as atividades produtivas. Finalmente, depois de todo o referido, em 1 de janeiro de 1994, entra em vigor o NAFTA, o qual se propõe a eliminar as tarifas e outras barreiras ao livre comércio de produtos e serviços e investimentos entre as partes. Nesse sentido: ACCIOLY, Elizabeth: *O NAFTA sob a perspectiva do MERCOSUL*, em: *Processos de Integração Regional – O Político, o Econômico e o Jurídico nas Relações Internacionais* (Organizadores – DANTAS, Ivo; MEDEIROS, Marcelo de Almeida; LIMA, Marcos Costa). Ed. Juruá, Curitiba, 2000, p. 13 e ss.

<sup>28</sup> A ideia da ALCA nasceu em 1994, na primeira Cúpula Presidencial das Américas, celebrada em Miami (dezembro). Tem como objetivo fazer a integração das Américas em um único mercado, desde o Yukon até a Patagônia. Para tal se pretende a quebra das barreiras tarifárias, com a devida liberdade de circulação dos produtos no mercado. As maiores dificuldades para a implementação da ALCA são o aprofundamento das diferenças entre os futuros Estados partes e a postura do Brasil em assumir uma posição diferenciada de liderança sub-regional (Cone-Sul). Para aprofundamento do tema, veja-se: GUILHON ALBUQUERQUE,

Contudo, as dificuldades dos países em vias de desenvolvimento (PVDs) já vêm de muito tempo.

#### **4. A periferia capitalista e a nova ordem mundial**

O processo de industrialização na periferia capitalista ocorreu de forma tardia. Quando começa este movimento de industrialização na periferia, as economias centrais já haviam alcançado estruturas de oligopólio em vários setores.

Assim, nos países da periferia, em um primeiro momento se implantam indústrias tecnicamente competitivas, valendo-se do capital local. Entretanto, nesse período, o investimento nos setores mais complexos era inalcançável. O mesmo ocorreu em virtude de uma baixa capacidade local tecnológica e financeira.

Todavia, com o avanço e a diversificação da industrialização, é necessária a implantação do oligopólio, na tentativa de evitar o estrangulamento do crescimento econômico, fator determinante da concorrência internacional<sup>29</sup>. Os países periféricos não terão a possibilidade de promover a implantação gradual destes setores, com a transformação das pequenas e médias empresas em grandes corporações, como ocorreu nos países centrais.

Desta forma, seria quase impossível que as empresas possuidoras da tecnologia avançada, assim como da economia de escala, surgissem na periferia em função do crescimento e diversificação das empresas locais.

O Estado, então, teria três alternativas de atuação como agente central desta implantação:

A) Possibilitar a implantação de empresas locais, por meio de financiamentos subsidiados, reserva de mercados e outros incentivos.

Mostrou-se como uma estratégia muito utilizada pelos Estados periféricos, ainda que apresentasse profundos problemas de execução. Havia uma forte variante política quando existia a decisão de implantar uma esfera produtiva, predominando interesses

---

José Augusto: El ALCA en la política exterior brasileña, em: *Política Exterior*. Vol. XVI, Enero/Febrero de 2002, Núm. 85, Madrid, 2002, p. 174 e ss.

<sup>29</sup> O mesmo decorre do próprio processo de globalização, com a necessidade da atuação das empresas no mercado internacional e, para tal, a busca da integração de capital e atuação em novos mercados.

regionais e individuais em detrimento dos interesses coletivos. A reserva de mercado (prática comum) também se mostrou desastrosa, já que provocou a obsolescência dos parques industriais e o atraso tecnológico.

### B) Estimular a implantação das multinacionais

Como fator prejudicial, ocorreu o desinteresse destas empresas pelas questões sociais dos países nos quais se instalaram. O capital estrangeiro deve ser bem vindo, mas não pode ser a única estratégia de atuação do Estado para a promoção do desenvolvimento.

### C) Promoção, pelo Estado, diretamente de implantação das esferas produtivas por meio da criação de empresas estatais

Finalmente, a técnica da promoção pelo Estado da implantação das esferas produtivas foi largamente utilizada nos PVDs. Hoje em dia, entretanto, se encontra pouco presente já que o Estado mostrou-se como péssimo gestor. Uma vez mais se observa a forte atuação de interesses políticos individuais em detrimento dos interesses sociais. Desta forma, se aceita que o Estado tenha uma atuação fiscalizadora na economia de mercado, exercendo papel de gestão direta somente em setores estratégico, de elevado interesse social, tais como a educação, a saúde, a segurança pública, etc<sup>30</sup>.

A insuficiência das possibilidades de atuação do Estado nos países periféricos, incapazes de gerar desenvolvimento econômico estável e sustentável, criou dependência ainda mais profunda dos países centrais. O passo seguinte foi a adoção do sistema neoliberal para a solução dos problemas econômicos e sociais existentes<sup>31</sup>.

Ademais dos problemas sociais existentes nesses países periféricos como consequência dos distintos fatores históricos internos e externos, esta adoção do modelo neoliberal gerou, para os países da periferia, uma total dependência tecnológica dos países desenvolvidos. Com o objeto de que esta dependência não se produza é fundamental que exista uma participação efetiva do investidor na vida da empresa que nasce. A tais efeitos,

---

<sup>30</sup> FERRAZ, Daniel Amin: *Joint Venture e Contratos Internacionais*, op. cit., p. 185 e ss.

<sup>31</sup> Assim, o neoliberalismo é o programa comprometido com a estabilização macroeconômica ortodoxa, especialmente por meio da adoção das seguintes políticas públicas: a) equilíbrio fiscal, obtido mais por contenção do gasto público do que por aumento da arrecadação dos tributos; b) pela liberalização econômica, sob a forma de integração com o sistema de comércio mundial e suas regras pré-estabelecidas; c) pela privatização, entendida de forma mais estrita como a retirada do Estado da produção e de forma mais ampla, com a adoção dos padrões ocidentais internacionais; e d) pelo desdobramento das políticas sociais compensatórias criadas para minimizar os efeitos da desigualdade social gerada. Nesse sentido: UNGER, Roberto Mangabeira. *Op. Cit.*, p. 49.

deverá constituir-se um negócio jurídico associativo (grupo de sociedades), onde também se produzirá a transferência de tecnologia. Assim, poderia haver maior desenvolvimento econômico, com mais lucro e maior justiça social.

É momento de analisar como ocorre este fenômeno no plano dos fatos.

## **5. A concentração empresarial e a economia global**

A empresa moderna, que goza de uma tendência expansionista natural, acabou por transformar o universo atomístico e concorrencial, onde cada empresa atuava por separado, em um marco concentracionista acentuado, passando os agentes a atuar no mercado por meio dos grupos econômicos<sup>32</sup>.

O resultado desse processo foi a emergência da concentração empresarial como fenômeno chave da ordem econômica-jurídica dos dias atuais. Nesse contexto, a concentração toma a forma característica da organização econômica moderna. Tal processo foi facilitado por movimentos da esfera pública.

As transformações políticas, sociais e econômicas<sup>33</sup> vêm colaborando para a edificação de um mercado sem fronteiras, provocando grandes alterações nos cenários nacionais e internacional, constituindo o atual fenômeno da mundialização.

O Direito Internacional Econômico prevê o marco jurídico dentro do qual os Estados, os governos, os agentes privados e as organizações internacionais de vocação econômica amalgamam suas relações, criam vínculos, assumem compromissos, efetuam reivindicações, planejam conflitos<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Importa referir que a expressão grupo econômico é um gênero, do qual se tem várias espécies jurídicas contratuais, classificadas como de natureza societária. Assim, os instrumentos jurídicos de constituição dos grupos econômicos são inúmeros, e, dentre outros, seriam a fusão, a incorporação, a holding, os grupos de sociedades, as corporated joint ventures, etc.

<sup>33</sup> O processo das privatizações das empresas públicas, o desmantelamento dos monopólios, a constituição das zonas de livre comércio, o alargamento da ideia de economia de mercado para os países do leste europeu, a harmonização do sistema financeiro internacional, a eliminação de barreiras ao comércio internacional, entre outros, são fatores que vem contribuindo para uma maior integração entre as nações, passando as mesmas a adotar semelhantes estilos de vida, tendo os mesmos gostos, os mesmos costumes, etc. Nesse sentido: ANTUNES, José Augusto Q. L. Engracia: *Os Grupos de Sociedades*. Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p.10.

<sup>34</sup> DI GIOVANNI, Ileana: *Derecho internacional económico*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 63.

O avanço econômico e histórico leva não somente a constituição das sociedades mercantis, senão à formação de *sociedades de sociedades*, pretendendo as mesmas uma atuação mais ampla no mercado.

Essa integração política, econômica, cultural e social, tanto nos setores privados, como nos setores públicos<sup>35</sup>, acabou por gerar a constituição de um mercado global, sendo este um campo ideal para a adoção de estratégias de expansão no mercado por parte das empresas e o consequente desenvolvimento econômico e social dos receptores dos investimentos.

Por sua vez, as empresas passaram a atuar nesse novo mercado, com uma consequente atuação global. Esse fenômeno ficou patente nos anos 70 do século passado, quando a crescente interpenetração das economias nacionais e a pressão da concorrência contribuíram para a mudança dos rumos da política econômica de muitos dos países, sobretudo os países desenvolvidos<sup>36</sup>.

A industrialização segue sendo uma das preocupações dominantes da maioria dos Estados quando da opção de suas estratégias de desenvolvimento. O mesmo ocorre em virtude de sua relação com o crescimento econômico, já que é o meio de incrementar a produtividade e, *a priori*, seria importante mecanismo de acumulação de capital e de crescimento econômico ulterior. Assim, nos PVDs entendeu-se que a industrialização seria o melhor e mais rápido caminho para alcançar-se uma situação próxima à dos países avançados, pois estes eram economias industriais<sup>37</sup>.

As reformas liberais e a nova cooperação regional, agora regulamentada, cujo exemplo máximo é a UE, caracterizaram as décadas dos 80 e 90 do século passado nos países desenvolvidos. Por seu turno, até o início dos anos 90 os países da periferia não começaram um movimento no sentido da liberalização.

É precisamente neste momento quando deparam com uma indústria defasada internacionalmente, pouco competitiva e com dificuldades tecnológicas. Esta é a razão pela

---

<sup>35</sup> Internacionalização privada, entendida como a mobilidade das empresas no mercado, e a internacionalização pública, entendida como a constituição dos blocos regionais FELGUEIRAS, Maria da Glória: *Os factores determinantes na instalação de empresas brasileiras em Portugal*. Faculdade de Economia, Coimbra, 1994, p.21 e ss.

<sup>36</sup> SHIRM, Stefan A.: *Mercados Globais e Margem de Ação do Estado*. Centro de Estudos Papers, nº 36, Rio de Janeiro, 1999, p.22.

<sup>37</sup> ALONSO PÉREZ, Matilde: *Desarrollo y cooperación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p.89.

qual os países da periferia introduzem uma mudança em suas estratégias de atuação internacional, promovendo a redução das barreiras tarifárias e uma nova inserção internacional. Este movimento de mudança é mais efetivo, no Cone Sul, depois da adoção do MERCOSUL.

Esse novo panorama está consolidado. Ainda que esta inserção seja de forma diferenciada, fruto das desigualdades econômicas e sociais, quase todos os países ocidentais estão vinculados a esta nova realidade, participando ativamente como o fazem nos países desenvolvidos ou sentindo os reflexos e imposições do mercado internacional, como no caso dos PVDs.

Finalmente, a liberalização dos investimentos nos PVDs, com a liberdade dos fluxos de capitais, é um passo que tem que ser dado, mas com muito cuidado, já que pode gerar maior desequilíbrio econômico e social. A convivência de liberalizar ou não a conta de capital depende da consistência das variáveis macroeconômicas do país em questão, da solidez de seu mercado, de seu sistema financeiro, da flexibilidade e competitividade de seu mercado laboral, da estrutura de seu sistema fiscal, etc. As circunstâncias necessárias para uma abertura equilibrada ocorrem nos países desenvolvidos e em alguns países em transição, ainda que com matizes diferentes<sup>38</sup>.

## **6. Fatores causadores da inserção das empresas no mercado global**

A adesão das empresas à mundialização é inevitável. Assim, as estratégias e os instrumentos jurídicos de concentração empresarial permitem o expansionismo geográfico das empresas, passando os grandes grupos empresariais a figurar como os novos protagonistas do sistema econômico mundial.

a) Em princípio, a motivação para a inserção internacional estava na possibilidade de obter matérias primas. Possivelmente, as primeiras multinacionais buscaram outros mercados com o objetivo de exploração de reservas minerais, extração de borracha ou para ter acesso às fontes de mão de obra mais baratas.

---

<sup>38</sup> HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel: *La regulación de los movimientos internacionales de capital desde una perspectiva europea*. McGraw-Hill, Madrid, 1997, p.36.

b) A segunda etapa da internacionalização das empresas se deu com o objetivo de penetrar em outras fronteiras, desenvolvendo seus produtos e estratégias de controle do mercado mundial.

c) A terceira etapa se caracteriza como a era da informação. Assim, a internacionalização tem como medida a exposição das companhias à informação e ao conhecimento produzido, sendo vitais para a concorrência na economia globalizada. A exposição ao mercado global provoca a aquisição de experiência para competir no ambiente internacional e assegura a absorção de tais experiências para todos os membros do grupo econômico<sup>39</sup>.

É importante sublinhar que a tecnologia adquire papel destacado nesse novo cenário, já que é uma vantagem comparativa, permitindo às empresas sobreviver no ambiente econômico internacional, gerando seus efeitos na vida dos povos e dos Estados.

Ademais, os grandes fatores de êxito das empresas são de dois níveis: 1) a criação de uma rede suficiente para a ocupação do mercado e; 2) a criação de uma estrutura gerencial hierarquizada. Claro que este tipo de organização somente pode existir em uma grande empresa. A macroempresa é, portanto, a única unidade adequada para a ocupação dos grandes espaços geográficos e econômicos, tanto nos mercados nacionais como no internacional<sup>40</sup>.

A concentração empresarial se apresenta como a estrutura jurídica capaz de permitir a adequação das empresas a esse novo contexto econômico, possibilitando o expansionismo geográfico e a organização hierarquizada dos centros produção. Mais ainda, será excelente mecanismo de transferência de tecnologia no mercado global.

Do ponto de vista econômico, a concentração empresarial gera eficiência, já que a economia de escala leva à criação de produtos básicos (standardizados) e a produção com o menor custo unitário. A maior acumulação de capital nas grandes empresas possibilitará o investimento em tecnologia, elevando, por conseguinte, o grau de obsolescência dos

---

<sup>39</sup> BARTLETT, Christopher: A concorrência internacional e os grupos de sociedades, *Revista Brasileira de Comércio Exterior (RBCE)*. Ano XI, nº 45, out/nov/dez de 1995, Rio de Janeiro, 1995, p. 58 e ss.

<sup>40</sup> COMPARATO, Fabio Konder: Estado, Estrutura e Função Social, em *Revista dos Tribunais*. nº 732, ano 85, outubro de 1996, São Paulo, 1996, p. 38 e ss.

produtos<sup>41</sup>, gerando a necessidade de constante substituição dos mesmos. Tal situação gerará, em seu momento, o fluxo de capitais para investimento em novas tecnologias, em produtos de maior qualidade e de menor custo.

Todos os fatores já citados fazem com que o mercado se dilate e que os meios de transporte se modernizem e que as técnicas de serviços se atualizem. Ponto importante para ter em conta é o da ampliação da clientela, com a busca de produtos de melhor qualidade e menores preços, além da inovação.

Essa confirmação da atividade econômica (com a adoção de grupos econômicos no mercado global) terá reflexos sociais, demográficos e técnicos, surgindo novos padrões de vida na sociedade<sup>42</sup>. Assim, as diferenças nas formas de vida entre os povos são mais básicas, fazendo com que existam usos e costumes generalizados, gostos uniformes, ideologias harmonizadas, etc.

Quanto ao processo de concentração econômica, observe-se que é o mesmo comum às nações industrializadas e àquelas em vias de desenvolvimento. Entretanto, é evidente que diferenças existem entre os dois grupos de países, de acordo com as características do meio receptor dos investimentos (se um país industrializado ou se um país em vias de desenvolvimento).

Enquanto que nos países periféricos<sup>43</sup> se dará de forma irregular, descontinuada, dada a lenta inserção de suas empresas no mercado externo, ademais do peso das empresas de capital estrangeiro nesse processo; nos países desenvolvidos a concentração de capital é constante, continuada. O grande movimento de concentração ocorreu nos países desenvolvidos durante os anos 70 (século XX) e nos países periféricos teve um maior fluxo a partir dos anos 90 (século XX), até os dias atuais.

---

<sup>41</sup> FONSECA, José Julio Borges da: *Direito Antitruste e Regime das Concentrações Empresariais*. Editora Atlas, São Paulo, 1997, p. 67 e ss.

<sup>42</sup> BRAILLARD, Philippe: *Théorie des Relations Internationales*. Presses Universitaires de France, Paris, 1977, p. 190 e ss.

<sup>43</sup> Países da periferia entendidos como aqueles que produzem, em sua essência, bens primários. Nesse sentido: BALASSA, Bela: *El desarrollo económico y la integración*. Centro de estudios monetarios latinoamericanos, Ciudad de México, 1965, p.43.

Finalmente, conclui-se este ponto afirmando que deverão ser estimulados os investimentos, já que o progresso alcançado até agora não é suficiente para a construção de um equilíbrio econômico e social nos países da periferia<sup>44</sup>.

### 7. Concentração empresarial: atuação no mercado e suas consequências

A concentração empresarial tem como objetivo fundamental o fortalecimento de suas atividades empresariais, maximizando os lucros, garantindo a maior solidez e redução às incertezas do mercado (previsibilidade).

Gera, por seu turno, um verdadeiro poder econômico privado<sup>45</sup>, o qual pode levar a uma dependência econômica maior dos países da periferia com relação aos países industrializados.

Não se pode esquecer de assinalar o papel das corporações transnacionais, com seu incremento e a perda progressiva da soberania das nações. De fato, muitos Estados não tem mais poder de decisão sobre seus próprios assuntos internos, devido às decisões tomadas fora de seus territórios (por exemplo, o estabelecimento de preços de matérias primas), ou a consequência de políticas econômicas impostas pelos grandes organismos financeiros internacionais (como o Fundo Monetário Internacional ou o Banco Mundial)<sup>46</sup>.

Ademais, com a atuação dos grupos econômicos, o crescimento interno e a criação da riqueza líquida dos países se reduzem de forma acentuada, já que os benefícios são quase sempre destinados ao mercado externo, não sendo repartidos com o Estado receptor dos investimentos, muito menos com seus cidadãos<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando y FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R.: *El desarrollo y la cooperación internacional*. Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial el Estado, Madrid, 1997, p.99.

<sup>45</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da: *Lei e proteção da concorrência*. Forense editora, Rio de Janeiro, 1995, p. 10.

<sup>46</sup> BONI ARISTIZÁBAL, Alejandra y FERRERO DE LOMA-OSORIO, Gabriel: *Introducción a la cooperación para el desarrollo*. Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 1997, p. 51.

<sup>47</sup> É possível que um dado país, mediante maior especialização na produção de bens para a exportação, se situe em posição inferior em termos de bem estar global da sociedade. Este resultado perverso geralmente deriva de uma melhora da produtividade no setor exportador, bem como da acumulação de fatores produtivos destinados à exportação, inclusive com a eliminação de barreiras ao comércio. Neste sentido, veja-se: LINDERT, Peter H.: *Economía Internacional*. Ariel Economía, Barcelona, 1994, p. 68.

Contudo, a concentração empresarial não gera somente efeitos negativos. Dessa forma, o incremento das atividades de produção, os investimentos em investigação (sobretudo em áreas sociais como a medicina), o desenvolvimento tecnológico em alguns setores da atividade econômica (tais como transporte público, os meios de comunicação de massa, internet, etc) são fatores que corroboram a melhoria da qualidade da vida das populações dos países acolhedores de investimento.

Com relação aos PVDs esse crescimento da atividade econômica também pode se fazer sentir. Assim, a industrialização de tais países está estritamente vinculada à expansão dos grupos econômicos transnacionais, os quais pretendem, cada vez mais, sua atuação à escala global.

A formação de tais grupos não constitui, *per se*, um fenômeno patológico. Ao contrário, revela uma realidade da nova ordem econômica internacional. Deve-se, portanto, reconhecer a existência de tais concentrações, fruto da liberdade e de livre iniciativa, impedindo tão somente a atuação reconhecida como antissocial<sup>48</sup>.

Desta forma, é necessária a preocupação pelo controle da atuação de ditos grupos no mercado, para que os mesmos não gerem danos, entre outros, à livre concorrência.

Assim, a fixação dos preços sem que exista concorrência, a subordinação de distribuição exclusiva, o impedimento do acesso ao mercado são algumas das práticas contrárias à livre concorrência<sup>49</sup>.

Tais práticas permitem o surgimento de uma ordem privada paralela à ordem pública, que passa a disputar com o Estado o monopólio de controle da ordem econômica local. Ademais, impõe uma coação ao consumidor, limitando seu poder de escolha do produto que irá adquirir, já que não permite tal opção, com a imposição de produtos estandardizados globalmente.

Ponto importante a sublinhar é o da forte influência do poder econômico sobre a atividade normativa do Estado, sobretudo em matéria de regulamentação econômica. Assim, muitas vezes, por meio de *lobbys* internacionais, se procura a aprovação de

---

<sup>48</sup> SILVA, José Afonso da: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Malheiros, São Paulo, 1999, p. 727.

<sup>49</sup> SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo V. da: *Defesa da Concorrência no MERCOSUR*. Editora Ltr, São Paulo, 1998, p. 57.

regulamentos que permitam a constituição de verdadeiros oligopólios institucionalizados<sup>50</sup>.

Ainda mais, os grupos buscam não somente controlar e influir no poder normativo do Estado, senão também promover a normalização dos comportamentos dos cidadãos e das ideologias. A normalização dos comportamentos do consumidor se canaliza por intermédio dos meios de comunicação de massa, os quais conseguem impor formas de comportamento que atendam os interesses dos grupos econômicos. A normalização da ideologia se alcança pela imposição de formas de pensar, mediante o bloqueio de formas contestárias, não permitindo o surgimento do pluralismo ideológico.

A mundialização se expressa também pela homogeneização de processos produtivos e hábitos de consumo nos distintos países. Permite uma aplicação inusitada da escala de produção e facilita a mundialização dos processos produtivos<sup>51</sup>.

Finalmente, deve-se ressaltar que não se pretende sugerir que esse é um processo irreversível, no qual o Estado é impotente frente à inserção das empresas no mercado global. Não se pode, de forma alguma, produzir uma mudança de valores, passando o interesse privado a determinar a vida do cidadão em sociedade. É de competência do Estado promover tanto a constante busca do controle da economia, como a manutenção da concorrência. A tais efeitos, se deverá realizar o efetivo controle da ordem interna por meio de políticas públicas de desenvolvimento, aplicáveis à atividade econômica como um todo, seja ela nacional ou internacional.

### **8. A título de conclusão: o papel do Estado ante a nova realidade do mercado mundial**

O Estado deveria ser o principal agente da promoção de políticas públicas de desenvolvimento econômico e social.

---

<sup>50</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto: *Direito Concorrencial (As estruturas)*. Editora Malheiros, São Paulo, 1998, p. 47.

<sup>51</sup> VIDAL VILLA, José María: Mundialización e integración económica, en *Integración Eurolatinoamericana* (Coordinador, MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco). Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p.141.

Promover o bem-estar dos povos, o crescimento econômico foi tradicionalmente tarefa própria dos governos de cada Estado, e sua consecução se estabeleceu como objetivo em um primeiro plano da política estatal. Aliás, a ideologia do desenvolvimento é, talvez, em nossa época, uma das mais fomentadas no âmbito interno dos Estados<sup>52</sup>.

Entretanto, percebe-se que o Estado passa por uma crise de legitimidade. Uma das principais causas dessa crise é a adoção da estratégia de globalização das empresas, que reduz a autonomia dos Estados em seus aspectos jurídico, econômico, político e militar, afetando sua soberania<sup>53</sup>.

Assim, o Estado estaria limitado em suas políticas fiscais e intervencionistas<sup>54</sup>, já que ocorriam os seguintes fatores:

- a) Coação da ordem econômica mundial para seu não intervencionismo;
- b) Internacionalização Pública (com a participação dos Estados em mais organismos internacionais – ONU, CEE, MERCOSUR, FMI, etc.), obrigando-os à coordenação de suas políticas e à submissão de seus problemas (como são o meio ambiente, taxas de juros, valor de conversibilidade das moedas, liberalização financeira<sup>55</sup>, etc.) a uma gestão global;
- c) Desenvolvimento do Direito Internacional como princípio normativo superior, ordenando as atividades internas de cada país.

Por sua vez, a adoção de políticas liberais promoveu a maior inserção dos Estados no cenário político e econômico internacional. Por outro lado, as grandes dificuldades de aplicação de programas estatais, desregulamentação e imposições legislativas mais flexíveis, geraram maior desequilíbrio no cenário econômico e social mundial.

As ideias de autocontrole do poder privado, da irreversibilidade da crise estatal e do afastamento de sua atuação do mercado não podem prosperar, necessitando recorrer-se à busca de mecanismos mais modernos da atuação estatal, que permitam cumprir e resguardar os princípios e garantias de uma maior paz social.

---

<sup>52</sup> DIEZ DE VELASCO, Manuel: *Instituciones de derecho internacional público*. Duodécima edición, editorial tecnos, Madrid, 1999, p. 589.

<sup>53</sup> FARIA, José Eduardo: *Direito e Globalização Econômica*. Editora Malheiros, São Paulo, 1996, p.19.

<sup>54</sup> LAROCHE, Josepha: *Politique Internationale*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1998, p. 148.

<sup>55</sup> A integração internacional exige a revisão da liberalização financeira, já que foi um dos principais fatores da instabilidade e crise nos países da América Latina. Nesse sentido: PANNUNZIO, Antonio Carlos; SATO, Eiiti; ALMEIDA, Paulo Roberto de; GONÇALVES, Reinaldo; e, LOHBAUER, Christian: *O Brasil no Cenário Internacional*. Fundação Konrad Adenauer, Cadernos Adenauer, nº 2, São Paulo, 2000, p.73.

Nesse sentido, o Estado deve apresentar-se como fator de restauração do equilíbrio social, sem chegar a condenar, *a priori*, a concentração empresarial, mas preservando a concorrência no mercado.

A proteção da livre concorrência teria como objetivo a defesa dos princípios da liberdade de comércio, indústria e liberdade contratual. O direito da concorrência constituiria o suporte jurídico do Estado, permitindo regulamentar o mercado e preservar seus interesses e os interesses coletivos<sup>56</sup>.

A legislação anti-trust<sup>57</sup> tem como objetivo proteger e intensificar a concorrência, sendo importante mecanismo para alcançar a inovação tecnológica e a eficiência produtiva, assim como a distribuição de riquezas. Sendo assim, as ações produtivas, distributivas e tecnológicas são os aspectos a serem estimulados, prioritariamente, pelo Estado, visando a consecução de sua política pública de desenvolvimento econômico e social<sup>58</sup>.

Pode-se assinalar os perfis básicos da participação das empresas, especialmente das pequenas e médias (PYMEs), na cooperação ao desenvolvimento. Por uma parte, as empresas do Norte, poderiam promover no Sul a criação de emprego, melhoria da formação profissional, transferência de tecnologia e *know-how*, investimentos de capital, aumento da competitividade empresarial e estímulo ao crescimento econômico. Deste modo gerariam riquezas e se contribuiriam à inserção dos países em vias de desenvolvimento na economia internacional.

Não obstante, a atividade empresarial, que tem indubitáveis efeitos positivos, pode também ter efeitos negativos. O mesmo ocorreria quando buscada, exclusivamente, a rentabilidade imediata, não revertendo parte dos benefícios no país em desenvolvimento, não respeitando seu meio ambiente, não transferindo tecnologia, nem *Know-how*, etc.<sup>59</sup>.

Assim, caberá ao Estado, neste caso, promover o controle da atuação de tais grupos, ademais de buscar melhoria das condições de mercado para que eles promovam

---

<sup>56</sup> FERRAZ, Daniel Amin: *Joint Venture e Contratos Internacionais*. Op. cit., p. 195 e ss.

<sup>57</sup> Para uma leitura sobre o *trust*, veja-se: CHECA MARTÍNEZ, Miguel: *El Trust angloamericano en el Derecho español*. Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 8 e ss.

<sup>58</sup> NASCIMENTO, Cynthia Araujo: A política de concorrência no Brasil e o novo paradigma regulatório, *Revista do BNDES*. Nº 5, Vol. 3, junho de 1996, Rio de Janeiro, 1996, p. 161 e ss.

<sup>59</sup> GÓMEZ GALÁN, Manuel; e, SANAHUJA, José Antonio: *El sistema internacional de cooperación al desarrollo*. 2ª edición, Cideal, Madrid, 1999, p. 257.

reinvestimento de capital nestas áreas, assegurando-se o crescimento intra-grupo, o qual gerará crescimento econômico regional.

Finalmente, a participação das pequenas e médias empresas (PYMEs) é fundamental para o desenvolvimento sustentável dos PVDs. Assim, deve o Estado pretender a adoção de instrumentos de cooperação destas unidades com atividades externas desenvolvidas.

## **Bibliografia**

**ACCIOLY**, Elizabeth: O NAFTA sob a perspectiva do MERCOSUL, em *Processos de Integração Regional – O Político, o Econômico e o Jurídico nas Relações Internacionais* (Organizadores – DANTAS, Ivo; MEDEIROS, Marcelo de Almeida; LIMA, Marcos Costa). Ed. Juruá, Curitiba, 2000.

**ALONSO PÉREZ**, Matilde: *Desarrollo y cooperación*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

**AMARAL**, Roberto: Civilização e barbarie, em *Revista de Informação Legislativa*. Ano 36, n° 142, abr./jun. de 1999, Brasília (DF), 1999.

**ANTUNES**, José Augusto Q. L. Engracia: *Os Grupos de Sociedades*. Livraria Almedina, Coimbra, 1993.

**BALASSA**, Bela: *El desarrollo económico y la integración*. Centro de estudios monetarios latinoamericanos, Ciudad de México, 1965.

**BARRAL**, Welter: *O Brasil e a OMC*. Ed. Diploma Legal, Florianópolis, 2000.

**BARTLETT**, Christopher: A concorrência internacional e os grupos de sociedades, *Revista Brasileira de Comércio Exterior (RBCE)*. Ano XI, n° 45, out/nov/dez de 1995, Rio de Janeiro, 1995.

**BASSO**, Maristela: A Pirâmide Jurídica do Mercosul, em *Processos de Integração Regional – O Político, o Econômico e o Jurídico nas Relações Internacionais* (Organizadores – DANTAS, Ivo; MEDEIROS, Marcelo de Almeida; LIMA, Marcos Costa). Ed. Juruá, Curitiba, 2000.

**BENEYTO**, J.M.: La PESCD ante la presidencia española, en: *Política Exterior*. Madrid, Vol. XVI, Enero/Febrero 2002, Núm. 85.

**BONI ARISTIZÁBAL**, Alejandra y **FERRERO DE LOMA-OSORIO**, Gabriel: *Introducción a la cooperación para el desarrollo*. Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 1997.

**BRAILLARD**, Philippe: *Théorie des Relations Internationales*. Presses Universitaires de France, Paris, 1977.

**BURDIEU**, Pierre: *Contre-feux. Propos pour servir à la résistance contre l'invasion néo-libérale*. Liber-Raisons d'Agir. Paris, 1998.

**CAMPOS**, João Mota de: *Direito Comunitário*. 8ª edição, I Vol., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.

**CHECA MARTÍNEZ**, Miguel: *El Trust angloamericano en el Derecho español*. Mc Graw Hill, Madrid, 1998.

**COLOMER VIADEL**, Antonio: La globalización y el nuevo orden jurídico. La soberanía de los Estados y las nuevas relaciones internacionales, en *El nuevo orden jurídico internacional y la solución de conflictos*. Instituto Intercultural para la Autogestión y la Acción Comunal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

**COMPARATO**, Fabio Konder: Estado, Estrutura e Função Social, en *Revista dos Tribunais*. nº 732, ano 85, outubro de 1996, São Paulo, 1996.

**DI GIOVANNI**, Ileana: *Derecho internacional económico*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

**DIEZ de VELASCO**, Manuel: *Instituciones de derecho internacional público*. Duodécima edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.

**ESTY**, Daniel C.: The World Trade Organization's legitimacy crisis, en: *World Trade Review: Economics, Law and International Institutions*. Volume 1, Number 1, March, World Trade Organization, Cambridge University Press, Cambridge – Geneva, 2002.

**FARIA**, José Eduardo: *Direito e Globalização Econômica*. Editora Malheiros, São Paulo, 1996.

**FELGUEIRAS**, Maria da Gloria: *Os factores determinantes na instalação de empresas brasileiras em Portugal*. Faculdade de Economia, Coimbra, 1994.

**FERRAZ**, Daniel Amin: A nova ordem internacional, en: *A nova ordem mundial e os conflitos armados*, FERRAZ, Daniel Amin e HAUSER, Denise (coordinadores). Editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2002.

**FERRAZ**, Daniel Amin: *Joint Venture e Contratos Internacionais*. Editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2001.

**FONSECA**, João Bosco Leopoldino da: *Lei e proteção da concorrência*. Forense editora, Rio de Janeiro, 1995.

**FONSECA**, José Julio Borges da: *Direito Antitruste e Regime das Concentrações Empresariais*. Editora Atlas, São Paulo, 1997.

**GARCÍA SEGURA**, Caterina: La globalización en la sociedad internacional contemporánea: dimensiones y problemas desde la perspectiva de las relaciones internacionales, en *Cursos de Derecho Internacional Vitoria Gasteiz*. Editorial Tecnos – Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Madrid, 1999, p. 342.

**GÓMEZ GALÁN**, Manuel; y, **SANAHUJA**, José Antonio: *El sistema internacional de cooperación al desarrollo*. 2ª edición, Cideal, Madrid, 1999.

**GONZÁLEZ CAMPOS**, Julio D.; **SÁNCHEZ RODRÍGUEZ**, Luis I.; y, **SÁENZ de SANTA MARÍA**, Paz Andrés: *Curso de Derecho Internacional Público*. Editorial Civitas, Sexta Edición, Madrid, 1998.

**GUILHON ALBUQUERQUE**, José Augusto: El ALCA en la política exterior brasileña, en *Política Exterior*. Vol. XVI, Enero/Febrero de 2002, Núm. 85, Madrid, 2002.

**HELLEINER**, G.K.: *Markets, politics and globalisation: can the global economy be civilized?*. UNCTAD, Geneva, December de 2000.

**HINOJOSA MARTÍNEZ**, Luis Miguel: *La regulación de los movimientos internacionales de capital desde una perspectiva europea*. McGraw-Hill, Madrid, 1997.

**L. DA CUNHA**, Guilherme: Reflexiones sobre el Derecho Humanitario y la práctica actual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*. Editorial Tecnos – Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Madrid, 1995.

**LAFER**, Celso: O cenário mundial e o relacionamento União Européia/Mercosul, en *Política Externa*. Vol. 9, núm. 1, Junho/Julho/Agosto de 2000, São Paulo, 2000.

**LAROCHE**, Josepha: *Politique Internationale*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1998.

**LINDERT**, Peter H.: *Economía Internacional*. Ariel Economía, Barcelona, 1994.

**MAGNOLI**, Demetrio: *Questões internacionais contemporâneas*, Fundação Alexandre Gusmão, Brasília, 1995.

**MANGAS MARTÍN**, Araceli y **LIÑAN NOGUERAS**, Diego J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Segunda Edición, Mc GraW Hill, Madrid, 1999.

**MARIÑO MENÉNDEZ**, Fernando y **FERNÁNDEZ LIESA**, Carlos R.: *El desarrollo y la cooperación internacional*. Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial el Estado, Madrid, 1997.

**MELLO**, Celso Duvivier de Albuquerque: *Curso de Direito Internacional Público*. 10ª edición, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1994.

**Naciones Unidas**, Declaración del Milenio, Cumbre del Milenio 2000, Nueva York, 6 a 8 de septiembre, 2000.

**NASCIMENTO**, Cynthia Araujo: A política de concorrência no Brasil e o novo paradigma regulatório, *Revista do BNDES*. Nº 5, Vol. 3, junho de 1996, Rio e Janeiro, 1996.

**PALAO MORENO**, Guillermo: La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Un nuevo paso hacia la consolidación de un mercado de trabajo integrado en Europa, en: *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*. nº 208, Julio/Agosto de 2000, Madrid.

**PANNUNZIO**, Antonio Carlos; **SATO**, Eiiti; **ALMEIDA**, Paulo Roberto de; **GONÇALVES**, Reinaldo; y, **LOHBAUER**, Christian: *O Brasil no Cenário Internacional*. Fundação Konrad Adenauer, Cadernos Adenauer, nº 2, São Paulo, 2000.

**PORTO**, Manuel Carlos Lopes: *O Mercosul e a União Europeia*. Ed. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1994.

**REMIRO BROTONS**, Antonio: Civilizados, bárbaros y salvajes en el nuevo orden internacional, en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gastéiz*. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Madrid, 1995.

**ROBSON**, Peter: *The Economics of International Integration*. Second Edition, George Allen & Unwin, London, 1984.

**SALOMÃO FILHO**, Calixto: *Direito Concorrencial (As estruturas)*. Editora Malheiros, São Paulo, 1998.

**SANTOS**, Milton: *Guerras dos lugares*. FSP, 1999, São Paulo.

**SEITENFUS**, Ricardo, e **VENTURA**, Deisy: *Introdução ao Direito Internacional Público*. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999.

**SERRA**, Narcís: El progreso de la política de defensa europea, en: *Política Exterior*. Madrid, Vol. XV, septiembre/Octubre de 2001, Núm. 83.

**SHIRM**, Stefan A.: *Mercados Globais e Margem de Ação do Estado*. Centro de Estudos Papers, nº 36, Rio de Janeiro, 1999.

**SILVA**, César Augusto Silva da: *O Direito Econômico na Perspectiva da Globalização*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000.

**SILVA**, José Afonso da: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Malheiros, São Paulo, 1999.

**SILVEIRA**, Paulo Antônio Caliendo V. da: *Defesa da Concorrência no MERCOSUR*. Editora Ltr, São Paulo, 1998.

**SOARES**, Mário Lúcio Quintão: *Mercosul – Direitos Humanos, Globalização e Soberania*. Ed. Inédita, Belo Horizonte, 1997.

**UNGER**, Roberto Mangabeira: *Democracia Realizada*. Boitempo Editorial, São Paulo, 1998.

**VIDAL VILLA**, José María: Mundialización e integración económica, en *Integración Eurolatinoamericana* (Coordinador, MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco). Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

## O REENVIO PRÉ-JUDICIAL E AS OPINIÕES CONSULTIVAS: A ATUAÇÃO NÃO CONTENCIOSA NA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS EM BLOCOS ECONÔMICOS

Jorge Fontoura<sup>1</sup>

Elizabeth Accioly<sup>2</sup>

Fomentada, por certo, pela expectativa imediatista do dever-fazer impositivo de *Municipal Law*, a atuação consultiva de tribunais internacionais conquista espaços e se consolida em latitudes e em longitudes, a superar críticas de tratar-se de fórmula retórica e ineficaz, como se fora inócuo placebo jurídico.

É compreensível que o *instinto litis* que permeia a ordinária formação jurídica não se acomode sem algum sacrifício à correta percepção da abrangência e do significado da atuação de composição de conflitos não litigiosa. De fato, estuda-se Direito e depois Direito Internacional, e não ao contrário. Sem embargo, a *pragma* de busca de solução alternativa de conflitos de interesses, em sociedades cada vez mais conflituosas e ciosas de direitos, para além da cogência estrita das jurisdições, vem matizando clássicos monopólios estatais, com a profusão da cultura conciliadora e do direito arbitral. Parece convicção que ganha o espírito do tempo a certeza de que prever e evitar processos significa, na sociedade em que vivemos, salvar as instituições formais dos Poderes Judiciários e de seus tribunais.

Daí voltarmos nosso olhar para uma das experiências mais emblemáticas que vieram no bojo das inovações trazidas pelo então designado Direito Comunitário Europeu, nos albores da disciplina, desde os anos heróicos da implantação da Europa de instituições comuns. Trata-se do reenvio prejudicial, previsto no artigo 177 do Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, hoje artigo 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de 13 de dezembro de 2007.

---

<sup>1</sup> Professor do Instituto Rio Branco.

<sup>2</sup> Professora da Universidade Europeia de Lisboa.

Convém registrar que, em Portugal, a denominação “reenvio prejudicial” poderia dar ensejo a críticas procedentes, mercê das imprecisões semânticas que a palavra comporta. Abstraída a etimologia da palavra, *pre judicare*, e tomando em conta apenas o senso comum em linguagem corrente, a ideia de “prejudicar”, enquanto tal, não se coaduna com a realidade do ideado instituto. Em verdade, há em seu fundamento, implicações de temporalidade, no sentido de *timing* processual, como se fora atuação curial antes do julgamento em sentido estrito. É possível que em outras línguas comunitárias, por razões de significantes e de significados, a possibilidade de um *misunderstanding* seja mais atenuada.

Tal mecanismo, de grande importância jurídico-política do TJUE, fundamental à consolidação e ao aprofundamento da integração do Velho Continente desde suas origens, permite que tribunais nacionais consultem - quanto à aplicação ou validade das normas do Direito da União - os juízes do Luxemburgo para, depois, decidir o caso concreto. Por isso reenvio, pois há suspensão de instância do processo principal, perante o juiz nacional, para encaminhamento ao TJUE; esse, após esclarecer as questões colocadas, reencaminha o processo ao juiz nacional, com as devidas respostas em tese elaboradas, em forma de acórdão, em *decisio* a ser proferida pelo magistrado nacional.

Nunca é demais ressaltar que o acórdão do TJUE é vinculante no que concerne a última instância, que de toda maneira restringe a decisão do tribunal nacional, mas foi esta a única – e certa – solução encontrada para haver uniformidade de interpretação do Direito da União. Vale por isso propor reflexão acerca da natureza de atuação do TJUE, tida como uma relação de cooperação e não de subordinação, em particular quando interage em relação a tribunais nacionais, cujas decisões não são mais passíveis de recurso. A redação do artigo 177 do Tratado de Roma, que se mantém inalterada após a revisão do Tratado de Lisboa, é primor de construção legal de prudência político-diplomática para, em último efeito, sem o dizer, deixar patente que os tribunais nacionais de última instância já não mais o são em relação a matérias de Direito Europeu:

*“O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:*

*a) Sobre a **interpretação** dos Tratados;*

*b) Sobre a **validade e a interpretação** dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.*

*Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, **esse órgão pode**, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.*

*Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, **esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal**” (grifos nossos)*

E mais se diga: os esclarecimentos prestados pelo TJUE, pese embora darem-se em forma de acórdãos, não decidem a causa propriamente dita, tendo em vista ter sido esse modelo inspirado no Direito Anglo-saxão, que firma jurisprudência para ser aplicada genericamente, incentivando a figura do precedente, para os muitos casos semelhantes que possam vir a ser interpretados da mesma maneira. Eduard D. Re, ao explicar a figura do precedente, como tal aplicadas na fórmula utilizada pelos Juízes do TJUE, assevera:

*“É preciso compreender que o caso decidido, isto é, o precedente, é quase universalmente tratado como apenas um ponto de partida. Diz-se que o caso decidido estabelece um princípio, e ele é na verdade um principium, um começo, na verdadeira acepção etimológica da palavra. Um princípio é uma suposição que não põe obstáculo a maiores indagações. Como ponto de partida, o juiz no sistema do common law afirma a pertinência de um princípio extraído do precedente considerado pertinente. Ele, depois, trata de aplicá-lo moldando e adaptando aquele princípio de forma a alcançar a realidade da decisão do caso concreto que tem diante de si.”<sup>3</sup>*

Conclui-se então que esta cooperação entre tribunais nacionais e Tribunal da UE, materializada na figura do reenvio pré-judicial, a bem dizer, optou por tal sistema, cabendo ao juiz nacional aplicar a decisão proferida, adaptando-a ao caso concreto, após ter sido aquela reenviada pelo Tribunal do Luxemburgo. Muitos dos princípios que estudamos no Direito da União são de natureza jurisprudencial, como o princípio do primado e o

---

<sup>3</sup> RE, Edward D. Stare decisis. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Revista Forense, v. 327, 1990.

princípio do efeito direto<sup>4</sup>. E, para reafirmar a opção do TJUE pelo modelo *common law*, adite-se, ademais, que seus acórdãos são conhecidos pelos nomes das partes e não por números, como na nomenclatura ordinária em direito continental. Veja-se, por exemplo, o caso do Sr. Flaminio Costa, que veio reclamar tributo cobrado por empresa de energia eléctrica italiana - ENEL, nos anos de 1960, consagrando-se no acórdão Costa e ENEL o princípio do primado do Direito Comunitário sobre o Direito nacional, como de resto ocorreu no caso Van Geend en Loos, nome de empresa de transportes, procedente da Holanda. Ou ainda o caso do cidadão belga Jean-Marc Bosman, tornado célebre pelo acórdão do TJUE, de 1995, muito mais do que pelos possíveis méritos de sua atuação profissional. Aliás, a Lei Bosman é referência hoje na Europa, ao abolir as restrições sobre a utilização e transferências de jogadores comunitários, vendo-se a UEFA (Union of European Football Associations) obrigada a alterar algumas de suas normas quanto a essa matéria.

Não é a nossa pretensão dissecar o modelo do reenvio, já tão estudado pela doutrina e inserido no dia-a-dia dos europeus, o que só por tal razão mereceria todos os encômios. A partir dessa possibilidade de reclamação nas jurisdições nacionais, aquando do desrespeito dos seus direitos, enquanto cidadãos da União, consagra-se a proteção jurídica efetiva dos particulares, na sua função subjetiva, como esclarece Fausto de Quadros:

*“As questões prejudiciais têm uma função objectiva: a de servirem de instrumento de interpretação e da aplicação uniformes do Direito da União, em consonância com a própria natureza deste. Era com essa função objectiva que Pescatore estudava o método da interpretação das questões prejudiciais, quando via nelas um processo ‘de juiz a juiz’ e de ‘cooperação direta’ entre um e outro. E é nessa função que a generalidade da doutrina, ainda hoje, esgota a importância das questões prejudiciais.*

*Mas é preciso ir mais longe e ver nas questões prejudiciais uma função também subjetiva: a de fornecer aos particulares uma garantia jurídica para os direitos que para eles resultam do sistema jurídico da União, mesmo não podendo eles suscitar diretamente essas questões perante os Tribunais da União. Ou seja, as*

---

<sup>4</sup> Vide Fontoura, Jorge. “A construção jurisprudencial do Direito Comunitário Europeu”. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, a a. 35 n. 140 out./dez. 1998, p. 163-170

*questões prejudiciais têm de ser vistas também como a concretização de um direito à garantia judicial efectiva reconhecido aos particulares pelo Direito da União, através da qual estes têm direito à aplicação plena e eficaz do Direito da União também pelos tribunais nacionais.*<sup>5</sup>”

Surgem, no entanto, modelos alternativos, como por exemplo as *opiniões consultivas* do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, sem o cariz vinculante, por certo, sem ainda a devida convicção e difusão no bojo das sociedades nacionais. Instrumento portanto pouco utilizado, até pela sua recente vigência plena, de toda forma é ferramenta potencialmente importante à maior segurança jurídica por todos colimada, considerada “*la piedra angular de la Comunidad Europea*”<sup>6</sup>, como já assinalava, há mais de trinta anos, Robert Lecourt, histórico Presidente do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (hoje TJUE), no período de 1967 a 1976.

Vale sempre a lição de que nos processos de integração regional não há como abstrair a História e a Geografia. Não é pela mera *mimesis* que se alcança o êxito, a transplantar modelos ao arrepio das peculiaridades e circunstâncias de cada processo. A criatividade moldada pelas necessidades locais é quintessencial e pode trazer resultados eficientes, a medida que se acomodem à realidade de cada um dos Estados que se propõem pacticiamente a estar inseridos em contextos político-jurídicos de integração.

Assim sendo, quer pela natureza intergovernamental do MERCOSUL, onde não há supranacionalidade, quer pela intelecção literal dos seus tratados institutivos, resta pacífico que opiniões consultivas não são mandamentais, distanciando-se do modelo da União Europeia: “*Las opiniones consultivas emitidas por el TPR no serán vinculantes ni obligatorias*”, conforme reza o art. 11 do Regulamento do Protocolo de Olivos. Há que se verificar, no entanto, que tais manifestações constituem *prius* lógico elaborado por juristas plurinacionais, indicados pelo livre querer das partes, de especial relevância em matérias carentes de interpretação ou de harmonização hermenêutica.

Logo, a ausência de *imperium*, ou de obrigatoriedade formal, não desabilitam tais manifestações colegiadas, erigidas com *autoritas*, a constituir valiosa ferramenta de

---

<sup>5</sup> Quadros, Fausto de. *Direito da União Europeia*. 3ª edição. Coimbra: Ed. Almedina, 2013, p. 583-584.

<sup>6</sup> García, Ricardo Alonso. La cuestión prejudicial, piedra angular de la integración europea, in *La Cuestión Prejudicial Europea*. Coordinadores: Ricardo Alonso García e Juan Ignacio Ugarte Mendia Eceizabarrena, *European inkings*-(EUi , nº 4) 2014, p. 10.

cooperação judiciária na aplicação do Direito. Como em todo o meio arbitral, no entanto, eventual decisão mal elaborada decorrerá, exclusivamente, de escolha inapropriada de árbitros. A arbitragem não é boa ou má em si, o que pode haver é má escolha de árbitros, pelo que as partes serão sempre as únicas e definitivas responsáveis.

Portanto, com vistas a fazer evoluir seu sistema de solução de controvérsias, originalmente concebido no Protocolo de Brasília, de 17 de dezembro de 1991, com singelos 36 artigos, os Estados-membros decidiram criar o Tribunal Permanente de Revisão-TPR, por tratado, em 2002, como instância internacional permanente, com sede em Assunção, Paraguai. Nesse arcabouço legal incluem-se os tratados institutivos e as normas criadas interpartes, como as Decisões, as Resoluções e as Diretrizes, nos termos dos artigos 9º, 15 e 20 do Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994. Além de competência contenciosa, tanto na qualidade de instância revisora de arbitragens *ad hoc*, como em eventual instância arbitral única, por indicação das partes, o TPR também dispõe de competência consultiva. Trata-se de poder formular, a pedido das mais altas instâncias judiciais dos Estados-membros, de seus governos ou de instituições comuns do bloco, opiniões consultivas sobre questões específicas decorrentes de casos concretos.

Com efeito, assim define o art. 2º do Regulamento do Protocolo de Olivos:

*“Poderão solicitar opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão todos os Estados Partes do MERCOSUL, atuando conjuntamente, os seus órgãos com capacidade decisória e os Tribunais Superiores dos Estados Partes com jurisdição nacional, nas condições que se estabeleçam para cada caso”.*

É importante ressaltar que não houve definição exaustiva em letra de tratado de quais seriam as tais *mais altas instituições judiciais dos países membros*, o que acabou sendo resolvido pelas instâncias internas. Esse mecanismo de atuação consultiva é merecedor de elogios, em certa medida, por valorizar o diálogo e o entendimento político entre os Presidentes e suas diplomacias, mesmo diante de questões cruciais de violações de normas comezinhas de comércio intrabloco. Porém, é fórmula que poderá durar por algum tempo, mas, certamente, não por todo o tempo, haja vista as salutares alternâncias de poder que eleições determinam, com mudanças de governos, de suas percepções de política externa, de relações internacionais, e, principalmente, de comércio internacional.

A República do Uruguai foi o primeiro país a regulamentar as opiniões consultivas do TPR, em 2007, seguido de Argentina e Paraguai,

## **DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA**

**Mariana Ribeiro Santiago<sup>1</sup>**

### **INTRODUÇÃO**

O liberalismo individualista, instaurado pela Revolução Francesa como reação ao Estado limitador e absolutista, que dominou a Idade Média, ao limitar ao máximo a interferência estatal, consolidou o Estado liberal e o século XIX se tornou o momento histórico ideal para cristalizar essa ideologia.

De acordo com Laski (1973, p. 117), a França setecentista era uma sociedade em fermentação, na qual a pressão das novas idéias era inexaurível, e, em nome desse ideário, desafiava-se o *ancien régime*, e todos os gênios desse período estavam do lado das novidades. A ideologia individualista tornou-se a pedra angular da consolidação do regime capitalista de produção.

Ocorre que, ao longo do Século XX, a sociedade brasileira, assim como todo o mundo, experimentou incontáveis transformações, sendo estas históricas, culturais, sociais, políticas, econômicas, jurídicas etc., as quais expuseram todas as mazelas do pensamento liberalista e, conseqüentemente, a insuficiência desta ideologia para regência da “nova sociedade”.

O Estado social moderno surgiu, exatamente, em decorrência da constatação da falsidade das premissas do Estado liberal: liberdade e igualdade entre os homens. Essa compreensão da desigualdade de fato, que existe entre os homens, levou à formulação do princípio da especialidade, contido no princípio da isonomia, prevendo o tratamento desigual dos desiguais, para que se possa obter, dessa forma, uma igualdade substancial.

---

<sup>1</sup> Graduada em direito pela Universidade Federal da Bahia, mestra e doutora em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professora do Programa de Mestrado e Doutorado em direito da Universidade de Marília, editora-chefe da Revista Argumentum e da Revista Thesis Juris, advogada.

No Brasil, o Estado social foi inaugurado com a Constituição de 1934 e está bem delineado na Constituição de 1988, compreendendo-se essas constituições como constituições sociais, uma vez que regulam a ordem econômica e social para além do que pretendia o Estado liberal.

A Constituição Federal de 1988 materializa a noção de limitação da iniciativa privada e da propriedade, o que também foi incorporado pelo atual Código Civil, ao tratar, expressamente, da função social da propriedade e dos contratos, o que, numa interpretação sistemática, estende-se também à empresa.

Problemática que sobrevém é a análise do papel da empresa no contexto da pós-modernidade, com todas as suas peculiaridades e urgências, enquanto fenômeno social, que demanda abordagem interdisciplinar, com imediata repercussão na questão da responsabilidade social, o que vai além do cumprimento da função social.

O panorama ora noticiado justifica o estudo aprofundado, com o objetivo de oferecer subsídios para se balizar a atividade empresarial, verificando opções de negócios mais equilibradas e responsáveis, em sintonia com as exigências da pós-modernidade.

Para a obtenção dos resultados almejados pelo trabalho, utilizamos a pesquisa bibliográfica. O método de abordagem seguido foi o dialético jurídico, abrangendo o fenômeno, fato concreto e a teoria, de forma simultânea, buscando o resultado com o confronto entre os dois.

## **1. A EMPRESA SOB O SIGNO DA PÓS-MODERNIDADE**

Compreender a empresa e o direito empresarial na atualidade exige um exercício de contextualização interdisciplinar, que implica considerar a influência de fenômenos como *Internet* e globalização nas relações sociais, ocasionando efeitos como velocidade, informalidade, fluidez e transitoriedade jamais experimentadas na história da humanidade, num movimento frequentemente qualificado como pós-modernidade.

Numa crítica à ideia de pós-modernidade, Boaventura Souza Santos (2013, pp. 99-100) ensina:

O paradigma cultural da modernidade constituiu-se antes de o modo de produção capitalista se ter tornado dominante e extinguir-se-á antes de este último deixar de ser dominante. A sua extinção é complexa porque é em parte um processo de

superação e em parte um processo de obsolescência. É superação na medida em que a modernidade cumpriu algumas das suas promessas e, de resto, cumpriu-as em excesso. É obsolescência na medida em que a modernidade está irremediavelmente incapacitada de cumprir outras das suas promessas. Tanto o excesso no cumprimento de algumas das promessas como o déficit no cumprimento de outras são responsáveis pela situação presente que se apresenta superficialmente como de vazio ou de crise, mas que é, a nível mais profundo, uma situação de transição. Como todas as transições são simultaneamente semi-cegas e semi-invisíveis, não é possível nomear adequadamente a presente situação. Por esta razão lhe tem sido dado o nome inadequado de pós-modernidade. Mas, à falta de melhor, é um nome autêntico na sua inadequação.

O espanto sobre a pós-modernidade pode ser atribuído a sua total aceitação do efêmero, do fragmentário, do descontínuo e do caótico, ao que responde de uma maneira bem particular, sem tentar transcender ou se opor a esta condição, sem sequer definir elementos supostamente eternos e imutáveis, nadando exatamente nas fragmentárias e caóticas correntes da mudança. Há quem acredite ser possível, contudo, considerar que o pós-modernidade possa ser uma versão do modernismo, se considerado que tais ideias se encontravam anteriormente latentes e dominadas, para se tornam explícitas e dominantes no período subsequente (HARVEY, 2014, p. 49).

Na sua obra *Humano-pós-humano*, Alexandre Quaresma (2014, pp. 208-209), traduzindo o que chama de transe da pós-modernidade, afirma que

Poderíamos postular – para concluir nossa prospecção epistemológica – que vivemos um extraordinário transe tecnocientífico, de benesses, gozos e confortos, e por isso mesmo também somos incapazes de perceber este fato em toda a sua significação enquanto o vivenciamos, pois estamos anestesiados por essas mesmas benesses, gozos e confortos. Não conseguimos enxergar com clareza a transformação que propiciamos, pois estamos imersos nela, forjando-a na prática, o que impossibilita a nossa visão clara de nós mesmos (...). O fato é que este transe pode ser encarado e até compreendido como algo inerente à própria cultura e à própria natureza humana, mas também como um a circunstância que pode modificar radicalmente nossa própria condição enquanto espécie.

Característica da pós-modernidade é o fenômeno que se convencionou chamar de consumismo. O *homo consumericus*, na expressão de Gilles Lipovetsky (2007, p. 128), enfrenta, do ponto de vista individual e psicológico, problemas crescentes, a exemplo da exploração do mais forte pelo mais fraco, patologia característica nas contratações de massa, onde se prima pela despersonalização do contratante e padronização das cláusulas contratuais, limitando-se ao extremo a autonomia privada do hipossuficiente técnico-econômico.

A sensação que se tem sobre o consumidor é a de que não necessariamente as pessoas que compram e mantêm mais bens materiais estão mais satisfeitas com as suas vidas, ou mais felizes. Pelo contrário. Problemas como depressão, ansiedade, insônia, obesidade e doenças cardíacas se mostram em crescimento alarmante, desde a década de 80 (BOTSMAN e ROGERS, 2011, p. 14).

Todavia, como ressalta Bauman (2007, p. 109), mostra-se profundamente ineficiente e equivocado examinar-se a lógica do consumo como uma atividade individual e solitária no intuito de se compreender o panorama do consumo atual, fazendo-se necessário focar na verdadeira novidade, qual seja, a sua natureza basicamente social, no ambiente da sociedade de consumidores, e apenas secundariamente na seara psicológica ou comportamental.

Nas palavras de Jean Baudrillard (2010, p. 264),

O consumo constitui um mito. Isto é, revela-se como palavra da sociedade contemporânea sobre si mesma; é a maneira como a nossa sociedade se fala. De certa maneira, a única realidade objetiva do consumo é a ideia do consumo, a configuração reflexiva e discursiva, indefinidamente retomada pelo discurso cotidiano e pelo discurso intelectual.

A sociedade de consumo está calcada na ideia de satisfação dos desejos humanos. Tal promessa, contudo, mostra-se sedutora apenas enquanto o desejo permanece irrealizado e o que se torna permanente é, de fato, a insatisfação (BAUMAN, 2007, p. 106).

Na lição de Bauman (2007, p. 108),

Para que a busca de realização possa continuar e novas promessas possam mostrar-se atraentes e cativantes, as promessas já feitas precisam ser quebradas, e as esperanças de realiza-las, frustradas. Um mar de hipocrisia se estendendo das crenças populares às realidades da vida dos consumidores é condição *sine qua non* para que uma sociedade de consumidores funcione apropriadamente. Toda promessa deve ser enganosa, ou pelo menos exagerada, para que a busca continue.

A partir do momento em que não os bens, mas a imagem desses bens se torna acessível a toda a sociedade, restam caracterizados os indícios da cultura de consumo. Todo um contexto de imagens e símbolos passam a ser criados e recriados acerca dos bens, o que reflete em novas formas de comportamento, no modo de sentir e pensar de grande parcela da sociedade ocidental (TASCHNER, 2009, p. 52).

A expressão “cultura de consumo” enfatiza a importância do mundo das mercadorias e seus princípios de estruturação para a compreensão da sociedade

contemporânea, dentro de um foco duplo, que verifica a dimensão cultural da economia, pela utilização de bens materiais como símbolos comunicadores, e a economia dos bens culturais, de acordo com os princípios de mercado (oferta, demanda, acumulação de capital, competição e monopolização), operando na esfera dos estilos de vida (FEATHERSTONE, 1995, p. 121).

Nesse contexto, a cultura de consumo estimula o jogo das diferenças, pregando que estas precisam ser reconhecidas e legitimadas socialmente. Como consequência, a alteridade total e a individualidade total tendem a ser irreconhecíveis (FEATHERSTONE, 1995, p. 124).

Pode-se afirmar, nessa linha, que a era do consumo, calcada na produtividade acelerada sob o signo do capital, representa igualmente a era da alienação radical. A lógica da mercadoria predomina, ao regular a cultura inteira, desde os processos de trabalho à questão da sexualidade. Passa-se a crer que tudo pode ser espetacularizado, orquestrado em imagens, consumível (BAUDRILLARD, 2010, p. 261).

A sociedade de consumidores transforma-se, assim, em algo maior do que a soma total dos indivíduos consumidores. É uma sociedade que, perigosamente, julga e avalia seus membros principalmente por suas capacidades consumeristas, sua conduta de consumo (BAUMAN, 2007, p. 109).

“Necessitando” consumir para definir o seu papel na sociedade, para alcançar o padrão pregado pela cultura de consumo, os indivíduos se lançam em aquisições impensadas, consequência de uma avaliação deturpada das suas possibilidades e má administração das suas finanças, o que já produz efeitos na economia do país e na questão da sustentabilidade.

A abundância dos bens de consumo, símbolo do capitalismo moderno, já é objeto de críticas que alçam o consumismo como um dos principais problemas da sociedade moderna, repercutindo fortemente na crise ambiental. Tratar do consumismo passou a significar também uma contribuição para a construção de uma sociedade mais sustentável (PORTILHO, 2010, p. 67).

Toda essa discussão demonstra que a organização individualista do consumo desconecta os membros da sociedade enquanto cidadãos, repercutindo na questão da solidariedade. Tornam-se cada vez mais necessária a criação de redes de intercâmbio de

informação e aprendizagem com foco nas práticas de consumo enquanto ferramenta para o exercício da cidadania (PORTILHO, 2010, p. 218).

De fato, a busca de alternativas para o consumismo tem repercussão na questão ambiental. Todavia, não se pode olvidar que as matérias da sustentabilidade e da solidariedade extrapolam tal viés, com claro impacto em questões como desenvolvimento social e economia.

Segundo pesquisas realizadas pelo Instituto Akatu, a terra precisaria ter 50% (cinquenta por cento) mais recursos para sustentar o padrão de consumo atual<sup>2</sup>. Já a Organização das Nações Unidas para a Agricultura e alimentação (FAO) constatou e alertou que, ao final de 2009, o número de vítimas da fome ultrapassaria a marca de um bilhão de pessoas. Tais dados, confrontados, demonstram um padrão de consumo acima das necessidades, a par de uma ausência assustadora de itens básicos de sobrevivência, como alimento, situação a gerar, fora de dúvida, um contexto de desenvolvimento social preocupante (SOARES-BAPTISTA, 2010, p. 363).

Por outro lado, o superendividamento se mostra, cada vez mais, uma realidade na sociedade brasileira. Segundo Cláudia Lima Marques (2006, p. 256), trata-se uma “impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas suas dívidas atuais e futuras de consumo”.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE divulgou, que, em 2012, 14,1% das famílias brasileiras estavam superendividadas. Já o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA informou que 92,9% dessas famílias não planejam tomar crédito e 31,6% das contas estão em atraso. Dados alarmantes como estes fazem com que os economistas afirmem que distorções no sistema de intermediação colocam em risco a oferta saudável de crédito, gerando, conseqüentemente, atraso no crescimento nacional<sup>3</sup>.

Todavia, embora já seja possível enxergar que a desordem do hiperconsumismo foi impulsionada por uma crença de que o dinheiro é o grande gerador da felicidade, existem

---

<sup>2</sup> Informação obtida em 25 de agosto de 2013, no site: <http://www.akatu.org.br/Temas/Sustentabilidade/Posts/Terra-precisaria-ter-50-mais-recursos-para-sustentar-padrao-de-consumo-atual>.

<sup>3</sup> Informação obtida em 25 de agosto de 2013, no site: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=14604](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=14604).

experiências concretas atualmente que nos permitem concluir que este distúrbio pode ser consertado (BOTSMAN e ROGERS, 2011, p. 33).

O reconhecimento desse novo paradigma permite afirmar que o consumismo pode florescer em versões diferentes, de maneira “não tradicional”, com um novo papel. Segundo Anthony Giddens (GIDDENS, 2007, pp. 54-55),

É inteiramente racional reconhecer que as tradições são necessárias numa sociedade. (...) As tradições são necessárias e persistirão sempre, porque dão continuidade e forma à vida. (...) A tradição pode muito bem ser defendida de uma maneira não tradicional – e este deveria ser o seu futuro. Ritual, cerimonial e repetição têm um importante papel social, algo compreendido e posto em prática pela maioria das organizações, inclusive os governos. As tradições vão continuar a ser apoiadas enquanto puderem ser efetivamente justificadas – não em termos de seus próprios rituais internos, mas mediante a comparação delas com outras tradições ou maneiras de fazer as coisas.

O sistema de consumismo não é um fato fixo da vida moderna, como aparentemente se mostra. Assim, mostra-se firmemente defensável que, da mesma forma que este sistema foi produzido, é possível remodelá-lo, visando à criação um modelo mais saudável e sustentável (BOTSMAN e ROGERS, 2011, p. 33), sendo imprescindível a análise do papel da empresa em todo esse contexto, conforme será exposto a seguir.

## **2. O PANORAMA ATUAL DA EMPRESA E OS DESAFIOS DA SUSTENTABILIDADE**

Conforme aludido em sede de introdução, a função social da empresa pode ser atrelada às conquistas do Estado Social, o qual pode ser definido, do ponto de vista do direito, como aquele que acrescentou à dimensão política do Estado liberal a perspectiva econômica e social, limitando e controlando o poder econômico e tutelando os hipossuficientes (LÔBO, 2003, pp. 12-13).

De fato, o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social quando confere os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, em suma, expande sua influência a quase todos os domínios tradicionalmente pertencentes à iniciativa individual. Caracteriza-se pelo intervencionismo, patronagem ou paternalismo (BONAVIDES, 1972, p. 208).

Nesse sentido, podemos citar a lei da usura (impedindo a cobrança de juros extorsivos), a lei do inquilinato (protegendo o inquilino, considerado parte mais fraca no contrato de locação), a lei de luvas (visando proteger o locatário especificamente nas locações comerciais), o Código de Defesa do Consumidor (dispensando proteção especial ao consumidor) etc.

A Constituição Federal de 1988 expressa a noção de limitação da iniciativa privada e da propriedade, bem como o ideal da socialidade, , 5º, XXIII e 170, III, quando trata da dignidade da pessoa (art. 1º, III), dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), da solidariedade social (art. 3º, I), a função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, e 170, III),

Assim, o primeiro confronto entre o pensamento liberal e a tendência socializante da época atual ocorreu em detrimento da propriedade, sendo pacífica, atualmente, a concepção de que a propriedade é um direito limitado. Desse entendimento por si só já seria possível deduzir a função social do contrato e da empresa, uma vez que se trata de institutos ligados à circulação da propriedade.

Tendo em vista que a empresa é instrumento legal para o exercício de iniciativas econômicas, nada mais coerente do que reconhecer a função social da empresa, já que a própria Constituição de 1988 estabelece que a livre iniciativa deve ter um valor social<sup>4</sup>.

Se a livre iniciativa é a possibilidade de agir antes de qualquer outro, sem influência externa, como uma expressão da liberdade, o valor social, no caso, significa que essa atividade deve ser socialmente útil e que se procurará a realização da justiça social, do bem-estar social (CRETELLA JR.,1992, pp. 140-141).

A previsão expressa, no atual Código Civil, do princípio da função social da propriedade e do contrato vem arrematar esse entendimento, aplicando, especifica e expressamente, os preceitos da justiça social, consolidando entre nós, definitivamente, a visão da autonomia privada limitada.

Nesse sentido, dispõe o Código Civil, em seu art. 421: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”; e no seu art. 1.228, §1º: “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna e as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

O princípio da socialidade é um dos três princípios basilares do novo Código Civil, sendo os outros dois o princípio da eticidade e o princípio da operatividade. Isso é assim, exatamente, em consequência da mudança de visão que condenou o individualismo exacerbado à morte.

---

<sup>4</sup> Vale ressaltar, ainda, que a função social da empresa já podia ser deduzida dos arts. 116, parágrafo único, e 154, da Lei das Sociedades por Ações (6.404/76), embora se trate de legislação específica apenas sobre uma espécie societária.

A socialidade veio substituir o individualismo à medida que o indivíduo voltou a estar encadeado à sua comunidade, confundindo-se com o meio social, o que é próprio da natureza humana, uma vez que o homem é um ser social, para o qual é impossível viver sozinho. A socialidade é uma tendência natural do homem, que vive sempre em grupo e tem o instinto de viver associado a outras pessoas, um verdadeiro impulso comunitário ou grupalista (FERREIRA, 1977, p. 424).

Uma vez constatado que o princípio da função social da empresa já se encontrava implícito no nosso ordenamento jurídico desde a Constituição Federal de 1988, pois é decorrência automática da função social da propriedade e do valor social da livre iniciativa, que são imposições da socialidade característica do Estado social, independentemente de não ter sido nomeado no Código Civil, resta agora nos direcionarmos na tentativa de esclarecer o seu conteúdo e contextualizá-lo na sociedade de consumo.

A empresa, em síntese, no sentido econômico, pode ser definida como uma organização de fatores de produção. Está inserida na ordem econômica como agente organizador da atividade produtiva e gestora de propriedades privadas (REQUIÃO, 1978, p. 32).

A esse respeito, vale lembrar a lição de Jaime Santos Briz (1966, p. 26), para quem “la libertad de industria en sentido amplio (como libertad de creación de empresas y libertad de economía) encierra la libertad de competencia, la libertad de contratación, la de producción y la de consumo.”

Dessa forma, pode-se afirmar que limitar a empresa através de sua sociabilidade ou função social significa a democratização e moralização do governo da empresa e a realização de uma conduta que atenda aos superiores interesses do país e da sociedade (WALD, 2003, p. 854).

Maria Helena Diniz (1998, p. 613) define a função social da empresa como “o exercício pelo administrador da sociedade por ações das atribuições legais e estatutárias para a consecução dos fins e do interesse da companhia, usando do seu poder de modo a atingir a satisfação das exigências do bem comum.”

No mesmo sentido, Eduardo Tomasevicius Filho (2003, p. 40) afirma que a função social da empresa constitui um poder-dever por parte do empresário e dos administradores da empresa de harmonizarem as atividades desta com o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres positivos e negativos.

Pode-se concluir, em resumo, a partir da doutrina mencionada, que a função social da empresa limita a vontade e o interesse dos detentores do capital, substituindo o poder arbitrário do dono da empresa pelo equilíbrio que deve passar a existir entre as forças que cooperam para o desenvolvimento das finalidades empresariais. Trata-se, assim como no caso da função social do contrato, de submeter o interesse particular ao interesse social.

Como instrumento da função social da empresa, costuma-se citar os poderes conferidos à Comissão de Valores Mobiliários – CVM – para intervir assegurando o equilíbrio entre os participantes do mercado, impondo obrigações às empresas que têm títulos negociados no mercado de capitais e restringindo a autonomia privada dessas sociedades mercantis, a fim de que não haja prejuízo do acionista minoritário ou do investidor (LAUAND, 2001, pp. 236-237).

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM, autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, foi criada pela Lei 6.385/76, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários. O art. 4º, dessa lei, confere a CVM poder disciplinar, poder de polícia e poder normativo. Inclusive, entre as suas atribuições consta a de assegurar a observância de práticas comerciais equitativas no mercado de valores mobiliários (art. 4º, VII). Anteriormente a essa lei, o Banco central era responsável pela fiscalização do mercado de capitais. Esse dirigismo estatal, vale ressaltar, dá segurança ao investidor e ao mercado de capitais.

O fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade também é comumente apontado como um reflexo da visão de que o interesse dos sócios da empresa deve ser limitado pelo interesse social, do ponto de vista que a empresa não pode lesar terceiros sob a proteção do escudo de que a personalidade e o patrimônio da pessoa jurídica não se confundem com a personalidade e o patrimônio dos sócios (JUSTEN FILHO, 2000, pp. 55-56).

O Código Civil de 2002 estabelece expressamente essa possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica no seu artigo 50<sup>5</sup>, sendo que tal ideia já estava materializada anteriormente no Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 28<sup>6</sup>.

De fato, se o conceito de pessoa jurídica for empregado para fraudar credores, para se furtar de uma obrigação existente, constituir monopólios, entre outras condutas em desvio à aplicação da lei, é possível, no bojo de um processo judicial, prescindir-se da personalidade jurídica, considerando a sociedade como um conjunto de homens que participam ativamente de tais atos, para fins de fazer justiça entre pessoas reais (REQUIÃO, 2002, p. 753).

A proibição à publicidade<sup>7</sup> enganosa e abusiva, contida nos artigos 6º, IV<sup>8</sup>, e 37<sup>9</sup>, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), também pode ser apontada como uma limitação à atividade da

---

<sup>5</sup> “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

<sup>6</sup> “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada se houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

<sup>7</sup> A publicidade, conforme a definição adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, consiste em toda a informação ou comunicação difundida para, direta ou indiretamente, promover junto aos consumidores a aquisição de produtos ou serviços, independentemente do local ou meio de comunicação utilizado, excluindo-se, dessa forma, a propaganda política, regulada em lei eleitoral, e a publicidade governamental, atreladas à difusão de ideias (MARQUES, 2002, p.673).

<sup>8</sup> “A proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.

<sup>9</sup> “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2º É

empresa, primando pela sua função social. Tais dispositivos coíbem a captação de consumidores através da utilização publicitária de informações falsas ou que induzam a erro acerca da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços, bem como condenam a publicidade discriminatória, que incite à violência, explore o medo ou a superstição, use inexperiência da criança, desrespeite valores ambientais ou induza o comportamento prejudicial ou perigoso à saúde ou segurança do consumidor.

É possível identificar, todavia, alguns dos embates principais para o desenvolvimento do tema da função social da empresa: a dificuldade de compatibilização entre a função social da empresa e o seu objeto, que é uma organização produtora de lucros; bem como o problema de se exigir que as empresas multinacionais e transnacionais tenham, diante da globalização presente, afinidade com os interesses locais, regionais ou nacionais preconizados pela função social da empresa (BITELI, 2000, p. 239).

Esses argumentos, contudo, não são suficientes para se negar a função social da empresa, pois tratam de dificuldades que podem ser observadas no caso dos contratos, que também são usados como instrumento para obtenção de lucro e se inserem por vezes em conflitos culturais, nos casos de contratos internacionais, sem que essas dificuldades diminuam a força do princípio, intimamente relacionado à função social da empresa.

Passada essa síntese geral acerca da função social da empresa, a questão que sobrevém, de extrema importância para análise de tal instituto, dentro do quadro da pós-modernidade, é a necessidade de se observar o viés social, ou seja, analisar a empresa no ambiente da sociedade de consumidores e suas especificidades, onde as ações empresariais podem significar perdas em grande escala, para além de um grupo determinado de sócios, contratantes ou consumidores.

No contexto da sociedade de consumo, as empresas estimulam o jogo das diferenças, pregando que estas precisam ser reconhecidas e legitimadas socialmente, operando, assim, na esfera dos estilos de vida, potencializando o fenômeno do consumismo (FEATHERSTONE, 1995, p. 124).

Se a lógica da mercadoria predomina, ao regular a cultura inteira, desde os processos de trabalho à questão da sexualidade, isso requer uma atividade socialmente muito mais responsável por parte da empresa. Pode-se afirmar, nessa linha, que a atividade empresarial que não é socialmente responsável, no contexto da sociedade de consumo, pode induzir ou contribuir para que se instaure uma era da alienação radical, o que muito além de significar um desvio de função social, ofende o princípio da solidariedade social.

Tais questões de sustentabilidade social, assim como os casos de sustentabilidade econômica e ambiental, estão ligadas à empresa, mas não tecnicamente sob o viés da função social, esta correlata aos direitos fundamentais de segunda dimensão. Na realidade, trata-se de matéria referente ao princípio da

---

abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”.

solidariedade social, de magnitude constitucional, por abarcar o aspecto do interesse das gerações futuras e aspectos transnacionais, mais amplos, conexos aos direitos fundamentais de terceira dimensão.

A solidariedade social ingressa no sistema jurídico materializada no art. 3º, I, da Constituição Federal, como marca do Estado democrático de direito, estimulando em cada indivíduo consciência perceptiva do ambiente social, pelo que pode ser considerada como um novo paradigma para o direito, no qual Estado e indivíduo assumem uma aliança, de caráter absolutamente democrático, visando incrementar direitos básicos destes, promoção de políticas de erradicação da pobreza e de redução das desigualdades (CARDOSO, 2010, pp. 109, 116, 122 e 151).

Comentando o art. 3º, I, da Constituição brasileira, José Afonso da Silva (2009, pp. 46-47) assevera:

O que a Constituição quer, com esse objetivo fundamental, é que a República Federativa do Brasil construa uma ordem de homens livres, em que a justiça distributiva e retributiva seja um fator de dignificação da pessoa e em que o sentimento de responsabilidade e apoio recíprocos solidifique a ideia de comunidade fundada no bem comum. Surge aí o signo do Estado democrático de direito, voltado à realização da justiça social, tanto quanto a fórmula liberdade igualdade e fraternidade o fora no Estado liberal proveniente da Revolução Francesa.

Ao tentar precisar o alcance da palavra solidariedade, Paulo Luiz Netto Lôbo (2009, p. 81) afirma que esta,

como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e auto-determinado que impõe a cada pessoa deveres de cooperação, assistência, amparo, ajuda e cuidado em relação às outras. A solidariedade cresce de importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social.

A solidariedade social realiza-se, então, como um ato complexo, no qual concorrem o Poder Público e a própria sociedade, apontando a Constituição Federal as diretrizes ideológicas, políticas e jurídicas para sua otimização e implementação, ao acolher os princípios da dignidade humana e do pluralismo social e político (DINIZ, 2007, p. 173).

De fato, o limite entre os deveres de justiça e os de caridade não é tão evidente. Esta, fora de dúvida, marca a superioridade moral duma sociedade, mas basta sancioná-la, de acordo com a linguagem do direito, para que se torne um dever de justiça, confundindo-se os campos de atuação de cada uma (RIPERT, 2002, p. 268).

Não se trata, neste ponto, de propugnar um resgate secular da caridade ou do altruísmo, não exigíveis pelo direito, mas construir uma base jurídica da solidariedade, de onde se desprendem direitos e deveres juridicamente exigíveis, o que implica atuações positivas dos poderes públicos, das quais o Estado não se pode omitir (ALARCÓN, 2009, p. 6.286).

A solidariedade ingressa no sistema jurídico como uma forma de atribuir significado ao próximo, despertando no indivíduo o reconhecimento da existência do outro, porque estimula em cada um a consciência perceptiva do ambiente social. Torna-se, assim, um novo paradigma para o direito, que, visando melhorar o Estado, a sociedade e a qualidade de vida dos cidadãos, implica um sistema jurídico que valoriza a dignidade plena do ser humano e a responsabilidade social de todos, no qual não se encaixam a indiferença social e o egoísmo individual exacerbado (CARDOSO, 2010, pp. 109,116,122 ).

O discurso da solidariedade, dentro de um quadro democrático, implica, assim, admitir direitos e deveres nas relações interindividuais, como cooperação e respeito, exigindo uma postura não só do Estado, mas também de cada cidadão em relação a todos os demais, o que vai muito além dos limites impostos às empresas pelo instrumento da função social.

A função social obriga os contratantes a não se afastarem das “expectativas sociais” referentes a um dado negócio, não se desviando para propósitos inúteis ou contrários à coletividade, sob pena de se observar a interferência estatal na readequação do negócio. Impõe, assim, às partes, uma postura negativa de não desrespeitar a sociedade.

A seu turno, o princípio da solidariedade, que sustenta a função solidária da empresa, possui uma conotação diversa, pois agrega uma ideia de que se deve também colaborar, por meio do negócio, para o desenvolvimento da sociedade, numa perspectiva de auxílio às pessoas, de uma forma positiva, inclusive sob o ângulo das gerações futuras. A função solidária da empresa é aquela que traz uma contribuição valorosa para o desenvolvimento social.

O processo generalizado de consumo, transmutado em espetáculo, atinge a imagem e a própria alma do homem. O ser individual e suas reflexões restam abolidos em face da emissão e da recepção de signos, e a empresa tende a se aproveitar desse processo,

contrariando o princípio da solidariedade social, para alavancar os lucros, sendo a publicidade o hino fundamental para tal fim (BAUDRILLARD, 2010, pp. 261-262, 264).

Assim, não basta, no contexto da sociedade de consumo, que a publicidade não seja enganosa ou abusiva. Nessa linha, a publicidade deve ser também socialmente responsável, sem contribuir com o consumismo e com o processo de alienação.

Nesse ponto, também muito perigosa se mostra a técnica do *merchandising* clandestino, ou seja, inserido num contexto veiculado em programas de televisão ou cinema de forma a não ser percebido como publicidade, criando associações entre produtos ou serviços e personagens ou artistas de destaque, restringindo a capacidade crítica do consumidor (NUNES, 2013, pp. 544-546).

Essa publicidade deturpada pela sanha empresarial de obtenção de lucros estratosféricos, que não desrespeita os ditames do Código de Defesa do Consumidor, mas manipula os indivíduos no sentido do hiperconsumismo se completa, perfeitamente, com outro fenômeno, que se convencionou chamar de obsolescência programada, o qual representa, simultaneamente, um atentado à boa-fé objetiva, à função social e à função solidária da empresa.

Por outro lado, durante o Século XX, a expectativa de vida de um norte-americano, por exemplo, aumentou em 30 (trinta) anos, ao passo que, nos últimos 50 (cinquenta) anos, o tempo de vida dos bens duráveis, como geladeiras, torradeiras e máquinas de lavar louças, diminuiu entre 3 (três) e 7 (sete) anos. O alto desenvolvimento da tecnologia em todo esse período torna contraditória a “involução” de tais produtos, a menos que se perceba que se trata de uma medida proposital e pensada no intuito de incrementar o aumento das suas vendas, como se, em verdade, já nascessem projetados para o lixo (BOTSMAN e ROGERS, 2011, p. 31). Essa é a dinâmica da obsolescência programada.

A obsolescência programada tornou a sociedade moderna em viciada em produtos novos, o que a sociologia denomina de “neofilia”, ao contrário das sociedades pré-modernas, que desconfiavam do novo. A “moda” no período medieval, por exemplo, pouco mudou ao longo de mil anos, sendo o vestuário considerado apenas uma questão de necessidade. Em conclusão, pode-se afirmar que a obsolescência foi desenvolvida não apenas para o produto, mas também para as nossas mentes, no intuito de intencionalmente nos manter constantemente insatisfeitos (BOTSMAN e ROGERS, 2011, pp. 28-30).

O documentário “Comprar, tirar, comprar”, da diretora Cosima Dannoritzer, disponível gratuitamente na *Internet*, é comumente citado quando se trata da matéria da

obsolescência programada, para ilustrar como a indústria tem trabalhado, nos últimos 100 (cem) anos, para, de forma planejada, induzir o consumo através da oferta de produtos de durabilidade menor.

Tais práticas, que apenas exemplificam, mas não esgotam a problemática em tela, no contexto da sociedade de consumo, mostram-se extremamente preocupantes e merecem a atenção do direito, no intuito de se buscar alternativas para além do que está previsto no Código de Defesa do Consumidor, com lastro no princípio da solidariedade social, a qual deve estar presente nos negócios, mas sem o caráter de manipulação consumista.

### CONCLUSÃO

Pode-se constatar, a partir do presente estudo, que é preciso, ainda, além da limitação derivada da função social, que se imponha às empresas uma atividade socialmente mais responsável, impedindo-as, através de maiores limitações à publicidade, de estimularem o jogo das diferenças entre os indivíduos, o que opera na esfera dos estilos de vida, contribuindo para o crescimento do consumismo e da alienação radical.

A base legal para tal iniciativa já se encontra materializada na Constituição Federal, art. 3º, I, sede do princípio da solidariedade social, pelo que não cabe apenas ao Estado, mas também a cada indivíduo e, inclusive, às empresas as iniciativas para alcançarmos uma sociedade mais equilibrada e saudável, a qual não se realiza sem uma ação conjunta de Estado, Mercado e Sociedade Civil no combate às mazelas da pós-modernidade.

Reconhecendo-se a necessidade de se estudar as questões ambientais, econômicas e sociais pelo viés da sustentabilidade, considerando-se a responsabilidade de todos em relação às gerações futuras, não se pode conceber o direito empresarial sem a implementação da função solidária da empresa.

### REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Direitos humanos e direito dos refugiados: os princípios da dignidade humana, a universalidade dos direitos humanos e a solidariedade como fundamentos para superar a discricionariedade estatal na concessão do refúgio. *Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI*. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e Centro Universitário de Maringá (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. pp. 6.267-6.294.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. S/L: Edições 70, 2010.

BAUMAN, Zygmund. *Vida Líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BITELI, Marcos. Da função social para a responsabilidade da empresa. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo e NERY, Rosa Maria de Andrade (orgs.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 229-276, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 3 ed. Rio de Janeiro: FGV, 1972.

BOTSMAN, Rachel e ROGERS, Roo. *O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo*. Trad. Rodrigo Sardenberg. Porto Alegre: Bookman, 2011.

BRAGA, Júlia. Obsolescência programada: o consume exacerbado e o esgotamento de fontes naturais. Disponível em:

<http://www.goethe.de/ins/br/lp/kul/dub/umw/pt10282568.htm>. Acesso em: 14.09.2014.

BRIZ, Jaime Santos. *La contratación privada: sus problemas en el tráfico moderno*. Madri: Montecorvo, 1966.

CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

CRETELLA JR.. *Comentários à Constituição de 1988*. 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1992.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e o princípio da solidariedade. *Nomos: Revista do Curso de Mestrado em direito da UFC*. Fortaleza, v. 26, pp. 171-185, janeiro-junho de 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, vs. 2-4, 1998.

FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de consumo e pós-modernismo*. Trad. Julio Assis Simões. São Paulo: Studio Nobel, 1995.

FERREIRA, Pinto. Sociabilidade. in: FRANÇA, R. Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva de direito*. Saraiva, São Paulo, v. 69, pp. 424-425, 1977.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2007.

HARVEY, David Harvey. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Trad. Adail Ubirajata Sobral e Maria Stela Gonçalves. 25 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- LASKI, Harold J. *O liberalismo europeu (The rise of european liberalism)*. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1973.
- LAUAND, Rodrigo Porto. A autonomia privada, o mercado de capitais e os poderes da Comissão de Valores Mobiliários In: LOTUFO, Renan (coord.). *Cadernos de Direito Civil Constitucional*. Curitiba, Juruá, n. 2, pp. 227-263, 2001.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Trad. Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto e LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (coord.). *A teoria do contrato e o novo Código Civil*. Recife: Nossa Livraria, pp. 9-23, 2003.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI; Rosângela Lunardelli (Coord). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NUNES, Rizatto. *Curso de direito do consumidor*. 8 ed. rev. e atual..São Paulo: Saraiva, 2013.
- PORTILHO, Fatima. *Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania*. 2ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- QUARESMA, Alexandre. *Humano-pós-humano: bioética, conflitos e dilemas da pós-modernidade*. Madri: Common Ground Publishing, 2014.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 2002, v. 803, pp. 751-764, set. 2002.
- REQUIÃO, Rubens. *A co-gestão: a função social da empresa e o Estado de direito*. Revista Forense, São Paulo, a. 74, v. 262, pp. 31-39, abr.-jun./1978.
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 14 ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SILVA, Alexandre Couto. *Desconsideração da personalidade jurídica: limites para a sua aplicação*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, vol. 780, ano 89, dezembro/2000.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES-BAPTISTA, Rozália Del Gáudio. Sociedade do consumo e gestão de desejos: marcas e publicidade face à sustentabilidade. In: PIMENTA, Solange Maria *et al.* (coord.). *Sociedade e consumo: múltiplas dimensões na contemporaneidade*. Curitiba: Juruá, 2010

TASCHNER, Gisela. *Cultura, consumo e cidadania*. Bauru, SP: EDUSC, 2009.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a. 92, v. 810, pp. 33-50, abr. 2003.

WALD, Arnoldo. O empresário, a empresa e o Código Civil. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos e al. (coord.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTR, pp. 838-855, 2003.

**DERECHO PRIVADO COMO HERRAMIENTA Y COMO RESULTADO  
DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA**

**Roberto Cippitani<sup>1</sup>**

**1. Crisis del Derecho privado tradicional**

El derecho privado tradicional, como se representa en los códigos civiles europeos, está construido alrededor de una idea patrimonial e individualista. Los elementos del patrimonio, obligaciones y derechos reales, están reglados con respecto a su circulación entre los sujetos jurídicos. Incluso relaciones jurídicas, como las familiares, que hoy día tienen como objetivo la protección de las personas físicas (y sobre todo el cuidado de los niños) (Cippitani, 1998, 71 sigs.), en el pasado tenían un enfoque antes que todo de carácter patrimonial.

Son los contratos el principal medio de circulación de los elementos del patrimonio como queda claro en la disciplina de los códigos (véase principalmente el artículo 1321 del *Codice Civile* italiano; el artículo 1101 del *Code Civil* y el artículo 1254 del Código Civil español). El *Code Civil* y los demás códigos civiles europeos expresan los valores de la revolución social burguesa del Siglo XIX, en particular, la seguridad jurídica y la igualdad formal de los sujetos frente a la ley. En esa época, el derecho privado proporcionaba el marco legal para el ejercicio de la autonomía de los particulares en la regulación de sus propios intereses. Además, los códigos han sido el símbolo de la afirmación de los Estados nacionales y de sus poderes soberanos.

De hecho, el Estado intentó monopolizar la interpretación jurídica, especialmente a través de la reducción de las cláusulas generales y de los conceptos abiertos en la ley (véase el Artículo 4 del *Code Civil*), así que se redujera el poder discrecional del juez. En la

---

<sup>1</sup> Investigador de Derecho privado, Catedrático Jean Monnet, Coordinator Académico del Centro de Excelencia Jean Monnet «Rights and Science», Università degli Studi di Perugia.

segunda mitad del siglo XX, ese modelo de derecho privado, su contexto, los valores de referencia, su función, cambiaron de manera profunda, en consecuencia, de fenómenos que se pusieron en marcha, por lo menos en Europa, después de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial.

En primer lugar, la entrada en vigor de las Constituciones pone en el centro del ordenamiento jurídico los derechos fundamentales de la persona. El Estado se convierte en el «Estado de derecho» (Sepúlveda Iguíniz, 2013), que tiene la obligación de proteger los derechos políticos, civiles y sociales de los particulares, en una perspectiva de solidaridad y con la afirmación de la igualdad no sólo formal, sino sustancial (Cippitani, 2013a; Id., 2010). El ejercicio y la protección de estos derechos es, de hecho, la primera prioridad del Estado (Pérez Luño, 1991, 19) y la nueva justificación del poder político (Rawls, 1980, 4-7).

El sistema legal conformado por las Constituciones es «de-patrimonializado» (Perlingeri, 1983). Los derechos reconocidos a los particulares ya no son sólo los patrimoniales, sino sobre todo derechos personales (Perlingeri, 1991; Rodotà, 2007). Incluso la propiedad y los demás derechos patrimoniales en las Cartas constitucionales desempeñan una función social (véase por ejemplo el artículo 42 Constitución italiana). Sin embargo, otro fenómeno ha cambiado el destino del continente europeo (Pampillo Baliño, 2013a), y también del Derecho privado.

En los años 50 del siglo pasado se inició el proceso de la integración europea, que se tradujo en una profunda crisis de la manera de pensar los sistemas jurídicos nacionales. El proceso de integración europea desde el principio ha establecido un «mercado» comunitario, es decir un espacio sin frontera, en el cual se garantice la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales.

El mercado comunitario no es un mero contexto económico, sino un ordenamiento jurídico, como ha reconocido el Tribunal de Justicia ya desde las sentencias Van Gend en Loos<sup>2</sup> y Costa contra Enel<sup>3</sup>. En efecto, la construcción comunitaria se basa en «una compenetración no sólo económica, sino también jurídica, entre los Estados Miembros»<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Tribunal de Justicia, 5 de febrero de 1963, 26-62, *Van Gend en Loos / Administratie der Belastingen*, Rec., 1963, p. 3.

<sup>3</sup> Tribunal de Justicia, 15 de julio 1964, 6/64, *Flaminio Costa / E.N.E.L.*, Rec. 1964, p. 1141.

<sup>4</sup> Tribunal de Justicia, 18 de mayo de 1982, 155/79, *AM&S Limited/ Comisión*, Rec. 1982, p. 1575 (punto 18).

Por tanto, la creación del mercado interior también incluye la adopción de medidas en los ámbitos de la cooperación judicial especialmente en materia de Derecho civil que tengan implicaciones transfronterizas (véanse los artículos 81 y 82 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y el artículo 114 y sigs. del mismo Tratado).

### **2. Los derechos y los estatus de origen comunitario**

En el nuevo Derecho privado, marcado por las Constituciones y por la integración europea, se producen importantes fenómenos jurídicos. Como primer fenómeno, se observa la creación de situaciones jurídicas subjetivas, las cuales ya no derivan del derecho nacional sino del ordenamiento supranacional, constituyendo un verdadero status comunitario (Colcelli, 2013).

El ordenamiento comunitario no sólo es directamente aplicable a los Estados miembros: de hecho, como se afirma en la sentencia Van Gend en Loos, el orden jurídico de la Unión Europea reconoce como «sujetos no (...) solamente los Estados miembros, sino también sus nacionales». El derecho supranacional también establece derechos y deberes para las personas y otros sujetos y es directamente aplicable a sus relaciones jurídicas.

El Tribunal de Justicia declara que esos derechos pueden ser protegidos directamente por los particulares no sólo ante a los jueces de la Unión Europea, sino también ante a los nacionales. De hecho, el juez comunitario y los jueces nacionales integran una estructura formal de protección de los derechos al nivel regional.

La persona puede reclamar sus derechos no sólo en las relaciones verticales, es decir con respecto a los Estados. En virtud de la integración jurídica comunitaria, los derechos se ejercen normalmente dentro de todas las relaciones, incluso las « horizontales », es decir, las relaciones entre los sujetos jurídicos con respecto a todo tipo de asuntos, tan públicos que privados.

Los derechos reconocidos por el ordenamiento comunitario no son sólo de naturaleza económica, como se puede observar en la evolución de las normas comunitarias. Con el fin de alcanzar el objetivo de la construcción del mercado comunitario, los Tratados han reconocidos las «libertades», consideradas inmediatamente por el Tribunal de Justicia como derechos accionables por los sujetos jurídicos.

En coherencia con el contexto jurídico-económico del mercado, la libre circulación de las personas estaba reconocida exclusivamente a los sujetos que desempeñaban una actividad económica<sup>5</sup>: los trabajadores asalariados y no asalariados, y los sujetos diferentes de las personas físicas que llevaban a cabo una actividad económica.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha aplicado las disposiciones que se refieren a las libertades de circulación y de establecimiento para que tuvieran un impacto más allá de las relaciones económicas. Esta situación se produjo al aplicarse las libertades comunitarias de manera muy extendida, es decir, a una suma de sujetos cada vez más amplia<sup>6</sup>.

Según el juez europeo, la noción de «trabajador asalariado», comprendía cada persona física que desarrollaba actividades «reales y efectivas» a favor y bajo la dirección de otra persona, recibiendo un pago<sup>7</sup>. La definición jurisprudencial se refiere no sólo a las relaciones de trabajo dependiente en sentido estricto, sino también al trabajo autónomo para-subordinado y a otras relaciones de trabajo «atípicos». Se considera trabajador también a quien efectúa una pasantía<sup>8</sup>; a quien trabaja como voluntario en un instituto con finalidades sociales y asistenciales<sup>9</sup>; al titular de una pensión<sup>10</sup>, etc.

Además, las libertades fundamentales han sido extendidas progresivamente a sujetos diferentes de los trabajadores. Esto se ha concretizado con referencia a los familiares del trabajador (también jubilado o fallecido<sup>11</sup>), aunque ellos no tengan la ciudadanía de uno de los Estados Miembros<sup>12</sup>. Las libertades y los derechos previstos en los Tratados han sido atribuidos además a otras tipologías de personas físicas, por efecto de disposiciones de los Tratados que (implícitamente o explícitamente) prevén la libertad de circulación de las personas físicas. De esta manera ha sido afirmada la libertad de

---

<sup>5</sup> Véase Tribunal de Justicia, sentencia del 8 de abril de 1976, 48/75, *Royer*, Rec. 1976, p. 497.

<sup>6</sup> Véase Tribunal de Justicia sentencia del 23 de marzo de 1982, 53/81, *Levin*, Rec., 1985, p. 1035.

<sup>7</sup> Entre otras, Tribunal de Justicia, sentencia del 3 de julio de 1986, 66/85, *Lawrie-Blum*, Rec. 1986, p. 2121, apartados 16 y 17; Id. 26 de febrero de 1992, C-3/90, *Bernini*, Rec. 1992, I-1071; Id., sent. 7 de septiembre de 2004, C-456/02, *Trojani*, Rec. 2004, p.I-7573, 15.

<sup>8</sup> Véase las sentencias citadas *Lawrie-Blum*, 19 y *Bernini*, 15; también Tribunal de Justicia, 17 de marzo de 2005, C-109/04, *Kranemann*, Rec. 2005, p.I-2421, 15 e 16.

<sup>9</sup> Véase la sentencia *Trojani*, cit., apartados 20 sigs.

<sup>10</sup> Véase Tribunal de Justicia, sent. 15 de marzo de 2001, C-165/98, *Mazzoleni y ISA*, Rec., 2001, I-2189.

<sup>11</sup> Tribunal de Justicia, sent. 9 de enero de 2003, 257/2000, *Nani Givane y otrs. i/Secretary of State for the Home Department*, C-Rec. 2003, p.I-345.

<sup>12</sup> Tribunal de Justicia, sent. 17 de septiembre de 2002, C-413/99, *Baumbast y R/ Secretary of State for the Home Department*, Rec. 2002, p.I-7091

circulación, incluso para los destinatarios de los servicios (como los turistas<sup>13</sup>) o para los estudiantes<sup>14</sup>.

Cabe destacar, que las libertades de circulación y de establecimiento de los particulares incluyen implícitamente la capacidad legal para ser parte de cualquier tipo de relación jurídica: comprar o alquilar una casa, concluir cualquier otro tipo de contrato, casarse, reconocer a un niño, aceptar una herencia, etc. Sobre todo, como afirmado por el Tribunal de Justicia a partir de la sentencia Stauder del 1969<sup>15</sup>, las libertades comunitarias comprenden incluso los derechos humanos, aunque no eran expresados de manera explícita en los Tratados originarios.

Al inicio de los años 90 del siglo pasado el Tratado de Maastricht introdujo la noción jurídica de «ciudadanía de la Unión europea», hoy en día reglada principalmente en la Carta de los derechos fundamentales (en particular véase artículo 39 y siguientes) y en el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (véase en particular el artículo 20). Toda persona, por el sólo hecho de ser «ciudadano» de la Unión disfruta de uno estatus comunitario<sup>16</sup>, independientemente de la calificación de «trabajador» o de la aplicación de las disposiciones que se refieren a categorías específicas de sujetos<sup>17</sup>.

Por tanto, la evolución del Derecho de la Unión Europea ha convertido las libertades económicas en «derechos políticos» con el apoyo fundamental del Tribunal de Luxemburgo (Paiars Maduro, 1998, 166).

### 3. La tendencia expansiva de las situaciones jurídicas

Las situaciones jurídicas comunitarias impactan en el derecho nacional mucho más allá de los límites de competencia previstos por los Tratados, como queda claro en la

---

<sup>13</sup> Véase Tribunal de Justicia, sent. 19 de enero de 1999, C-348/96, *Calfa*, Rec. 1999, I-p. 11; Id., sent. 2 de febrero de 1989, 186/87, *Cowan*, Racc. 1989, p. 195, apartado 15.

<sup>14</sup> Tribunal de Justicia, sent. 13 de febrero de 1985, 293/83, *Gravier / Ville de Liège*, Rec. 1985, p. 593; Id., sent. 2 de febrero de 1988, 24/86, *Blaizot / Université de Liège* y otr., Rec. 1988, p. 379.

<sup>15</sup> Tribunal de Justicia, sent. de 12 de noviembre de 1969, 29/69, *Stauder / Stadt Ulm*, Rec., 1969, p. 419.

<sup>16</sup> Tribunal de Justicia, sent. 2 de octubre de 2003, C-148/02, *García Avello*, Rec. 2003 p. I-11613, apartado 23; y también entre otras, Tribunal de Justicia, sent. 20 de septiembre de 2001, C-184/99, *Grzelczyk*, Rec. p. I-6193, apartado 31; Id., sent. 11 de julio de 2002, C-224/98, *D'Hoop*, Rec. 2002 p. I-6191, apartado 28.

<sup>17</sup> Véase la sentencia del Tribunal de Justicia *Troiani*, C-456/02, cit..

evolución interpretativa de antemano mencionada. Otro interesante ejemplo está representado por el derecho de familia.

La disciplina de las relaciones familiares se considera una prerrogativa de la legislación nacional, siendo el campo del derecho privado más sensibles a las tradiciones y a la cultura de un País.

De hecho, en la Unión Europea, sólo en el Tratado de Lisboa (entrado en vigor en el 2009) el Derecho de familia se ha considerado explícitamente como parte de la política de cooperación judicial en materia civil (véase el artículo 81 TFUE). Pero eso se ha realizado sólo con respecto a las implicancias transfronterizas de las relaciones familiares y con la previsión de un procedimiento legislativo especial, que requiere excepcionalmente la unanimidad en el Consejo y sólo una función consultiva del Parlamento europeo (artículo 81, ap. 3, TFUE).

En aplicación concreta de los principios generales establecidos por el Consejo Europeo de Tampere de los días 15 y 16 de octubre de 1999, incluso en materia familiar, se han aprobado normas comunes, como especialmente el Reglamento no. 2201/2003 de 27 de noviembre 2003 (denominado Bruselas II bis) que regula la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de (artículo 1): a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial; b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

Además, el Reglamento (CE) no. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, establece la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

Asimismo, en Europa el sistema del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (sucesivamente «CEDH») se refiere a la familia sólo en el artículo 8 (que se intitula a la protección de la vida privada y familiar) y en el artículo 12 (Derecho a contraer matrimonio).

Disposiciones similares se han incluido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en los artículos 7 y 9, que añade la garantía de la protección jurídica, económica y social de la familia (artículo 33) y de la maternidad (artículo 34).

Sin embargo, esas pocas disposiciones europeas sobre la familia, impactan de manera determinante en la regulación jurídica de las relaciones jurídicas a nivel nacional.

En primer lugar, porque las fuentes europeas se ocupan de muchas otras materias que tienen una conexión directa o indirecta con el tema de la familia, como la relación de trabajo, la alimentación, la educación, las normas penales, la justicia (Sanz Caballero, 2006, 29).

En segundo lugar, porque, como se ha mencionado, el Derecho de la Unión no sólo se limita a establecer normas uniformes o armonizadas, sino también establece situaciones jurídicas subjetivas nuevas.

Aunque, en principio, la disciplina de los status familiares es una competencia nacional, la legislación interna no puede ser invocada para desaplicar disposiciones comunitarias o principios como lo de no discriminación<sup>18</sup>.

Como afirma el Tribunal de Justicia, el Derecho comunitario garantiza el respeto a la vida familiar de los ciudadanos comunitarios, con el fin de eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales reconocidos por los Tratados<sup>19</sup>. La posibilidad de mantener las relaciones familiares se considera un requisito previo para el goce efectivo de la libertad de circulación de las personas<sup>20</sup>.

Desde este punto de vista, los derechos y los estatus válidamente formados en uno de los Estados miembros no pueden ser desconocidos o debilitados en otro país de la Unión, ya que ello constituiría un obstáculo a la libertad de movimiento, y por lo tanto un obstáculo para el ejercicio efectivo de la ciudadanía comunitaria.

Las normas comunitarias sobre la libre circulación y la reagrupación familiar se refieren en primer lugar a las calificaciones previstas en las leyes nacionales (descendente, ascendente, cónyuge, pareja, pareja de hecho, otros miembros de la familia), que operan en los Estados miembros con respecto a los que surgieron.

En la noción de «unión registrada» de la Directiva 2004/38/CE se pueden incluir sea las uniones de las parejas heterosexuales, sea las uniones entre personas del mismo sexo, si la ley nacional lo prevé, como ocurre en el caso de España, por ejemplo, o de Portugal, de Bélgica y de Holanda.

---

<sup>18</sup> Cfr. las observaciones del Abogado general Niilo Jääskinen de 15 de julio de 2010, en el asunto C- 147/08, Jürgen Römer/Freie und Hansestadt Hamburg, apartado 69 sigs.

<sup>19</sup> Tribunal de Justicia, sent. 14 de abril de 2005, C-157/03, *Comisión/España*, Rec. 2005, p. I-2911, apartado 26.

<sup>20</sup> Cfr. Tribunal de Justicia, sent. 3 de julio de 1974, 9/74, *Casagrande / Landeshauptstadt München* Rec. 1974, p. 773.

Los Estados no pueden oponer obstáculos a la aplicación del estatus establecido por otro ordenamiento comunitario, como invocando la reciprocidad (véase el artículo 16 «disposiciones preliminares» al Codice Civile italiano) o el «orden público» (véase siempre en Italia el artículo 16 de la Ley 218/1995 que se refiere a la Reforma del sistema italiano de derecho internacional privado) .

O más bien, el Derecho comunitario reconoce la posibilidad de que un Estado miembro pueda oponer limitaciones de «orden publico» a la libre circulación de la personas (artículo 27, párr. 2, Directiva 2004/38/CE ) y por lo tanto también de su estatus subjetivos.

Pero la referencia a dichos límites del orden público « requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad »<sup>21</sup>.

La jurisprudencia comunitaria no considera como justificaciones validas para limitar la libre circulación de las personas las que se refieren a una disciplina nacional concerniente la formación del apellido de un hijo<sup>22</sup>, aunque se considera como una cuestión relativa al estatuto personal y por lo tanto de competencia nacional<sup>23</sup> .

#### 4. Sustancia y forma

Sin embargo, el derecho que deriva de la integración europea presenta algunos aspectos particulares en comparación con el derecho interno, especialmente por lo que concierne las relaciones entre los sujetos jurídicos. A tal propósito, es interesante observar la interpretación substancial de las calificaciones subjetivas previstas en el derecho del mercado comunitario europeo.

---

<sup>21</sup> Tribunal de Justicia 4, sent. de octubre de 2012, C-249/11, *Hristo Byankov/ Glaven sekretar na Ministerstvo na vatrešnite raboti*, apartado 40, todavía no publicada; cfr. también Tribunal de Justicia, sent. 10 de julio de 2008, C-33/07, *Jipa*, Rec. 2008 p. I-5157, apartado 23; Id., sent. 17 de noviembre de 2011, C-430/10, *Gaydarov*, apartado 33, todavía no publicada.

<sup>22</sup> Tribunal de Justicia, sent. 14 de octubre de 2008, C-353/06, *Grunkin y Paul*, Rec. 2008, p. I-7639, p. 38. En Tribunal de Justicia, sent. 22 de diciembre de 2010, C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien*, Rec. 2010 p. I-13693, se considera justificada por razones de orden publico el desconocimiento de un título aristocrático de otro Estado miembro (apartados 93 y 95).

<sup>23</sup> El apellido se refiere a el status de las personas, según el Abogado general Eleanor Sharpston en las observaciones del 24 de abril de 2008, en el asunto C-353/06, *Grunkin y Paul*, apartado 93.

Anteriormente se ha mencionado como la noción de trabajador ha sido interpretada independientemente de la presencia de una formal relación laboral. Otro ejemplo es lo del concepto de «empresa»<sup>24</sup>.

En ordenamientos como el italiano, la calificación de empresa (véase el artículo 2082 código civil) se atribuye a los sujetos que profesionalmente desarrollan una actividad económica, como los emprendedores individuales y las sociedades comerciales.

En cambio, en la jurisprudencia comunitaria se considera empresa «cada tipo de entidad que ejercita una actividad económica, prescindiendo de su estado jurídico»<sup>25</sup> (v. también la recomendación de la Comisión del 6 de mayo de 2003, no. 1422). Dicha noción se puede aplicar incluso a sujetos que en muchos ordenamientos no se consideran empresarios como: las cooperativas<sup>26</sup>, las asociaciones<sup>27</sup>, las empresas públicas<sup>28</sup> y los profesionales (véase por ejemplo los médicos<sup>29</sup> o los abogados<sup>30</sup>).

De la calificación de empresa derivan muchas consecuencias desde el punto de vista del Derecho comunitario: la aplicación de la normativa sobre las libertades fundamentales; la disciplina de la competencia; la protección de los consumidores.

Otro caso de interpretación substancial está representado por la noción de ente público, que el derecho comunitario es importante para la aplicación de disciplinas supranacionales como la competencia y los contratos públicos.

---

<sup>24</sup>La jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de empresa es muy amplia. Entre las sentencias más reciente: se vea por ejemplo, vease la siguientes sentencias Tribunal de Justicia, 16 marzo 2004, *AOK-Bundesverband y otros*, en las causas juntas C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-355/01), Rec. 2004, p. I-2493; Id. 22 de mayo de 2003, C-355/00, *Freskot*, Rec. 2003, p. I-5263; Id. 24 octubre 2002, *Aéroports de Paris/Comisión*, C-82/01, Rec. 2002, p. I-9297; Id. 19 febrero 2002, *Wouters e altri*, C-309/99, Rec. 2002, p. I-1577; Id. 22 enero 2002, *Cisal*, C-218/00, Rec. 2002, p. I-691. Para la doctrina véase Di Via L., *L'impresa*, en Lipari N. (coord.), *Trattato di diritto privato europeo*, Cedam, Padova, 2003, II, p. 54 ss.

<sup>25</sup> Tribunal de Justicia, sent. 23 de abril de 1991, C-41/90, *Höfner et Elser / Macrotron*, Rec. 1991, p. I-1979.

<sup>26</sup> Tribunal de Justicia, sent. 25 de marzo de 1981, 61/80, *Cooperative Stremmel-en Kleuselfabriek/Comisión*, Rec. 1981, I-3851.

<sup>27</sup> Decisión de la Comisión, 92/521/CEE de 27 de octubre 1992, *Distribuzione dei pacchetti turistici Cappa Mondiali* 1990 en Diario Oficial L 326, 31.

<sup>28</sup> Tribunal General, sent. 12 de diciembre de 2000, T-128/98, *Aéroports de Paris/Comisión*, Rec. 2000, II-3929, apartados 106-130.

<sup>29</sup> Tribunal de Justicia, sent. 12 de septiembre de 2000, causas reunidas de C-180/98 a C-184/98, *Pavel Pavlov e altri/ Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, Rec. 2000, p. I-6451, apartado 77.

<sup>30</sup> Para lo que se refiere a los abogados, recientemente el Tribunal de Justicia mismo ha afirmado que ellos desarrollan una actividad económica constituyendo empresa porque ofrecen servicios de atención legal bajo retribución. Además enfrentan riesgos financieros porque en caso de desequilibrio entre gastos y rentas, el abogado tiene que sostener directamente el peso de la pasividad. V. el Tribunal de Justicia, asunto *Wouters y otr.*, apartado 48.

Los criterios utilizados para identificar a los organismos públicos en el derecho nacional pueden ser varios, pero normalmente los entes públicos son los sujetos reglados por disciplinas legales especiales (véase por ejemplo el artículo 11 Código civil italiano).

Mientras el derecho nacional recurre a criterios formales, el Derecho comunitario se refiere a las actividades efectivamente realizadas. Es significativo a este respecto la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 1998, *Gebroeders Beentjes BV*<sup>31</sup>, que ha establecido una noción de «poder adjudicador» por medio de una interpretación funcional.

En base a ese enfoque, se considera como público un organismo que, aunque formalmente no constituya una parte integrante del Estado, pero desempeña funciones públicas y depende de los poderes públicos por la designación de sus miembros y por la financiación<sup>32</sup>. Además que la jurisprudencia, de la misma manera la legislación de la Unión en materia de contratos públicos adopta una definición substancial y no formal (véase la definición de «poderes adjudicadores» proporcionada por el artículo 1, pár. 9 de la Directiva 2004/18/CE)

## 5. Relativización

Otra estrategia, puesta en marcha para garantizar la aplicación del derecho comunitario en la relación entre sujetos, es la «relativización».

Especialmente la finalidad de construir un mercado comunitario como espacio económico y jurídico lleva a considerar los sujetos del mercado de manera relativa entre ellos.

Como ejemplos de este enfoque se pueden citar las nociones comunitarias de pequeña y media empresa (PME)<sup>33</sup> y la de grupo de empresas<sup>34</sup>. Estos conceptos,

---

<sup>31</sup> Tribunal de Justicia., sent. 20 de septiembre de 1988, C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV/Estado de los Países Bajos*, Rec., 1988,p. 4635.

<sup>32</sup> Véase Tribunal de Justicia, sent. 17 de diciembre de 1998, C 306/07, *Connemara Machine Turf*, Rec. 1998,p.I-8761; Id. 17 de diciembre 1998, C-353/96, *Comisión/Irlanda*, Rec. 1998,p.I-8565.

<sup>33</sup> Tribunal de Justicia, sent. 24 abril 2004, C-91/2001, *Italia /Comisión*, Rec. 2004,p.I-4355. V. También las conclusiones del Abogado general Jacobs del 18 de septiembre de 2003.

<sup>34</sup> V. Tribunal de Justicia, sent. 25 de noviembre de 1971, *Béguelin*, 22/71, Rec. 1971,p. 949; Id., sent. 14 de julio de 1972, *ICI/ Comisión*, 48/69, Rec. 1972, p.619. V. las observaciones del Abogado general Philippe Léger de 23 de septiembre de 1999 en el asunto C-176/98, *Holst Italia SpA/Comune di Cagliari, Ruhrwasser*

anteriormente casi desconocidos en muchos derechos nacionales, tienen en cuenta el tamaño de la empresa o la relación de una empresa con las otras que forman el mismo sujeto económico.

El enfoque relativista del derecho del mercado comunitario comporta que los sujetos no se consideran puestos en el mismo plan. De hecho, algunos sujetos jurídicos se califican como más débiles o, por lo menos, dignos de una tutela mayor con respecto a los demás. Más allá del concepto de PME, la atención a la diferencia entre sujetos se observa en la disciplina comunitaria de los consumidores.

El concepto de consumidor, utilizado por muchas disposiciones de los Tratados, se precisa por la jurisprudencia, que lo interpreta como persona física<sup>35</sup>, que compra bienes y servicios para finalidades no relacionadas a una actividad profesional. Siendo un sujeto débil, el consumidor se tutela en las relaciones con las empresas, sea desde el punto de vista de su salud y de otros intereses no patrimoniales (Sassi, 2006), sea con respecto a los derechos patrimoniales.

### 6. Aplicación directa de las cláusulas generales y de los derechos fundamentales

Según la tradición iuspositivista la interpretación jurídica debería enfocarse en las disposiciones que reglan el caso específico, sin buscar normas generales o que se ubican lejos de la disciplina particular. En la base de ese pensamiento, después la entrada en vigor de las Constituciones de la segunda mitad del siglo XX, la doctrina jurídica y la jurisprudencia han tratado de reducir el alcance de las disposiciones constitucionales, sosteniendo que las Cartas fundamentales no establecen directamente derechos para los particulares, sino programas que deben ser puestos en marcha por el legislador (Crisafulli, 1952, 135).

La legislación y especialmente la jurisprudencia de la Unión Europea constituyen una fractura respecto al enfoque tradicional. En primer lugar, porque los jueces

---

AG, *International Water Management SpA*. El Abogado general cita la jurisprudencia de las sentencias *Ballast Nedam Groep* del 14 de abril de 1994 (C-389/92, Rec. p. I-1289 y la del 18 de diciembre de 1997 (asunto C-5/97, Rec. p. I-7549).

<sup>35</sup> Tribunal de Justicia, sent. 22 de noviembre de 2001, *Cape snc/Idealservice Srl e Idealservice MN RE Sas/OMAI srl*, causas reunidas C-541/99, C-542/99, Rec. 2001,p.I-9049), con referencia al artículo 2, let. b), directiva 93/13.

transnacionales aplican directamente las normas constitucionales como las que se refieren a las libertades comunitarias (artículos 20 y 21 TFUE), así como los derechos previstos en la Carta de los Derechos Fundamentales y los establecidos por el Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

Un ejemplo de la aplicación directa de los principios constitucionales está representado por la atribución de la libre circulación a un conjunto amplio de personas partiendo de la noción de trabajador asalariado.

Otro caso es el impacto de los derechos humanos en la materia contractual. En la Comunicación que acompaña la Carta de los derechos fundamentales se establece que todas las propuestas legislativas y de cualquier otra propuesta sea adoptada por la Comisión deben, como parte del proceso ordinario de la decisión, ser evaluadas en función de su compatibilidad con la Carta, incluso las normas que se refieren a los contratos (Rodotà, 2005).

El cambio de perspectiva es particularmente evidente en el *Draft of Common Frame of Reference* (en adelante «DCFR») (Cherednychenko, 2010). De hecho, el artículo I.-1: 102 prevé que las normas contenidas en el DCFR deben ser interpretadas y aplicadas a la luz de los derechos fundamentales y de las libertades fundamentales (véase también los libros II y III, y en algunas de las disposiciones del Libro VI sobre responsabilidad extracontractual)<sup>36</sup>.

El DCFR establece que con respecto a los contratos los derechos fundamentales tengan una «*overriding nature*» (DCFR 2009, N ° 5, 14) y prevé la implementación en las relaciones entre los particulares de los principios como la solidaridad y la promoción de la responsabilidad social, la preservación de la diversidad cultural y lingüística, la protección y la promoción del bienestar (DCFR 2009, No. 5, 14-17).

Por otra parte, el Derecho comunitario hace un amplio uso de conceptos abiertos, aplicándolos a las relaciones horizontales y verticales.

---

<sup>36</sup> Por ejemplo, el artículo VI.-2:203 establece que «*loss caused to a natural person as a result of infringement of his or her right to respect for his or her dignity, such as the rights to liberty and privacy, and the injury as such are legally relevant damage*».

Un ejemplo es el concepto de «buena fe», que, por impulso del derecho supranacional, penetra incluso en los ordenamientos europeos que, anteriormente de la incorporación de las reglas comunitarias, no utilizaban ese concepto <sup>37</sup>.

En la jurisprudencia comunitaria el principio de buena fe tiene un alcance más amplio de lo que sucede en el derecho nacional<sup>38</sup>, donde sirve únicamente como parámetro para verificar el cumplimiento de las obligaciones (véase el artículo 1175 *Codice Civile*), la lealtad de las negociaciones (cfr. artículo 1337 *Codice Civile*), la ejecución del contrato (véase el artículo 1375 *Codice Civile*).

En cambio, en el Derecho de la Unión, la buena fe es el estándar por el cual se determina el contenido de todas las obligaciones comunitarias y, especialmente, de las que están en una posición de ventaja, como las administraciones públicas (véase la disciplina de los contratos públicos) y de los profesionales en sus relaciones con los consumidores (véase las normas sobre cláusulas abusivas)<sup>39</sup>. La buena fe exige que el ejercicio de una posición de ventaja debe tener el carácter de transparencia, con el fin de evitar el abuso del derecho y tener en cuenta las legítimas expectativas (*confiance légitime*)<sup>40</sup> de otros sujetos, la necesidad de seguridad del derecho (*sécurité juridique*), así como el respeto de la legalidad y de la igualdad de trato<sup>41</sup>.

Otro concepto de gran importancia en el Derecho comunitario es el principio de «equidad», que se utiliza mucho en la legislación comunitaria (véase, por ejemplo, el artículo 8 de la Directiva 87/102 relativa a los créditos al consumo; el artículo 6 de la

---

<sup>37</sup> Véase la decisión de la *House of Lords*, Director General of Fair Trading vs. First National Bank de 2001, que se refiere a la aplicación de la Directiva 93/13/CEE en el ordenamiento inglés.

<sup>38</sup> Cfr. Tribunal General, 22 de enero de 1997, T-115/94, *Opel Austria/Consejo*, Rec. 1997,p. II-39. El juez comunitario a menudo construye el principio de buena fe, con referencia al derecho internacional. Véase la jurisprudencia de Corte internacional de justicia: véase la sentencia del 25 de mayo de 1926, *Intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, CPJI, serie A, n. 7, pp. 30, 39 sucesivamente incluido en la Convención de Viena sobre los tratados internacionales de 1969.

<sup>39</sup> Véase el 16º «considerando» de la Directiva 93/13/CEE (sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), según la cual «la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; que los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta ».

<sup>40</sup> Véase Tribunal de Justicia, sent. 3 de mayo de 1978, 112/77, *Töpfer/Comisión*, Rec., 1978, p. 1019, punto 19.

<sup>41</sup> Tribunal General, sent. 24 de abril de 1996, T-551/93, T-231/94, T-232/94, T-233/94 y T-234/94, *Industrias Pesqueras Campos et al. /Comisión*, Rec. 1996,p. II-247.

Directiva 86/653 sobre los agentes comerciales; el artículo 3, párr. 3 de la Directiva sobre la morosidad (Directiva 2000/35/CE).

El principio de equidad es ampliamente utilizado por el juez comunitario<sup>42</sup>. Este principio, en la jurisprudencia comunitaria, lleva a cabo su función típica que se remonta a las cortes medievales para adaptar la norma general al caso concreto (*aequitas singularis*) (Sassi, 2005).

## **8. Características del Derecho privado de la Unión Europea.**

Como se ha intentado demostrar en los párrafos anteriores, el Derecho privado comunitario se construye de una perspectiva distinta de la idea tradicional.

El punto de partida no es la protección del patrimonio, ni tampoco exclusivamente la disciplina de las relaciones patrimoniales entre particulares.

En cambio, el Derecho privado de la Unión Europea es un derecho abierto, contextualizado, no patrimonial.

Se trata de un derecho abierto, porque la necesidad de garantizar las libertades comunitarias tiene como efecto que no se puedan aplicar las lógicas tradicionales como las del «Derecho internacional privado», es decir, un conjunto de criterios para la solución de posibles conflictos en la aplicación de las normas entre ordenamientos distintos. Como se ha mencionado, en el ámbito del Derecho comunitario no se pueden reconocer las situaciones jurídicas en base a la regla de «reciprocidad» o limitaciones basadas en la definición nacional de «orden público». En caso contrario se afectarían las libertades comunitarias<sup>43</sup>.

Por otra parte, el Derecho privado comunitario es contextualizado, en cuanto no se refiere exclusivamente a las relaciones entre particulares.

---

<sup>42</sup> Entre otras, v. Tribunal de Justicia, sent. 18 de enero de 1996, C-446/93, *SEIM*, Rec., 1996, p. I-73, apartado 41; Id., sent. 26 de marzo de 1987, C-58/86, *Coopérative agricole d'approvisionnement des Avirons*, Rec. 1987, p. 1525, punto 22; Id., sent. 15 de diciembre de 1983, C-283/82, *Schoellershammer/Comisión*, Rec. 1983, p. 4219, apartado 7; Tribunal General, sent. 4 de julio 2002, T-239/00, *SCI UK/ Comisión*, Rec. 2002, p. II-2957, apartados 44 y 50.

<sup>43</sup> V. per es. Tribunal de Justicia, sent. 22 de junio de 1972, 1/72, *Rita Frilli/Belgio*, Rec. 1972, p. 457; Id., sent. 14 de febrero de 1984, *Carmela Castelli/Office national des pensions pour travailleurs salariés (ONPTS)*, 325/82, Rec. 1984, p. 777; Id., sent. 28 de enero de 1986, 270/83, *Comisión/ República francesa*, Rec. 1986, p. 273; Id., 2 de febrero de 1989, 186/87, *Ian William Cowan/ Trésor public*, Rec. 1989, p. 195; Id., sent. 1 de julio de 1993, C-20/92, *Anthony Hubbard/ Peter Hamburger*, Rec. 1993, p. I-03777.

La perspectiva de observación del Derecho privado de la Unión es siempre global: el mercado interno y luego un ordenamiento jurídico.

Toda relación jurídica entre particular no se regula por sí misma, como en el Derecho privado tradicional, sino en el contexto del ordenamiento jurídico comunitario.

Ese enfoque se observa a través de la perspectiva substancial y relativa, mediante las cuales se aplican las situaciones jurídicas subjetivas y las disciplinas comunitaria como la de la competencia.

Finalmente, el Derecho privado comunitario tiene un interés particular en asuntos no patrimoniales, como se ha dicho hablando del impacto directo de los principios constitucionales en la aplicación en las relaciones entre particulares .

Además, el enfoque no exclusivamente patrimonial se expresa a través de la grande relevancia que en el ordenamiento supranacional tienen la disciplina jurídica de los bienes inmateriales o de los aspectos éticos de los bienes.

De hecho, al contrario de los códigos civiles nacionales, que se refieren casi exclusivamente a bienes materiales, el ordenamiento de la Unión regla de manera uniforme los bienes inmateriales tradicionales (como las patentes), junto con bienes nuevos como las invenciones biotecnológicas<sup>44</sup>, el software<sup>45</sup> y las bases de datos<sup>46</sup>, las informaciones.

Además, esos bienes no representan sólo productos objetos de los derechos patrimoniales. El caso del concepto de «información» es bastante claro.

La legislación de la Unión Europea considera la información como un bien, pero al mismo tiempo es un derecho de las partes en las relaciones económicas (por lo que se refiere a los consumidores, trabajadores, accionistas, etc.) o sea un derecho fundamental de las personas (véase el artículo 11 Carta de la Unión Europea). El poder de recoger información (personal, genética, economía) puede perjudicar los demás de los derechos fundamentales, como surge de la ley relativa a la privacidad o de los principios bioéticos.

Entonces, el Derecho privado en los tiempos de la integración europea está cambiando su estructura.

---

<sup>44</sup> Directiva 98/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.

<sup>45</sup> Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador.

<sup>46</sup> Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

Además, se trata de un Derecho privado que va cambiando su función, que ya no es sólo una disciplina de relaciones entre sujetos, sino el motor mismo del proceso de integración.

En particular, el reconocimiento de los derechos de origen supranacional y de los recursos procesales relacionados, ha sido el principal instrumento para implementar y fortalecer la «primacía » comunitaria (Ruffert, 1997, 308). Por lo tanto, los particulares, a través sus derechos comunitarios, se convierten en «guardianes principales» de la aplicación sistemática del Derecho de la Unión Europea (Weiler, 2003).

## 9. Perspectivas

El nuevo Derecho privado comunitario no ha surgido de una específica estrategia político-jurídico. En cambio, el Derecho civil europeo se está construyendo desde una perspectiva sectorial y fragmentaria, como destacan las mismas Instituciones comunitarias<sup>47</sup>.

De hecho, hace unos años que se pone la cuestión de dar una visión coherente al enorme desarrollo de las fuentes jurídicas en este asunto.

Algunos autores sostienen que, frente la fragmentariedad, para solucionar el problema sea necesario dotar a Europa de un código contractual europeo (Ioratti Ferrari, 2006; Bussani, Mattei, 1997-1998).

En realidad, la hipótesis de codificar el derecho privado en Europa no representa necesariamente la herramienta más adecuada para avanzar en la integración.

Es evidente que el debate actual en Europa no puede limitarse a establecer la conveniencia de la codificación, sino tiene que dirigirse a la búsqueda e implementación de los instrumentos necesarios para la construcción del derecho contractual supranacional (de Witte, 1996).

---

<sup>47</sup> Véase los siguientes documentos de la Comisión: Comunicación de 11 de julio de 2001 sobre el Derecho contractual europeo, cit. ; Comunicación, Mayor coherencia en el Derecho contractual europeo: un plan de acción, cit.; Comunicación de 11 de octubre de 2004: «Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro» [COM(2004) 651 final; el Libro verde «sobre la transformación en instrumento comunitario de la Convención de Roma de 1980 aplicable a las obligaciones contractuales y la renovación de la misma» (COM (2002) 654 de 14 de enero de 2003); Informe de la Comisión de 25 de julio de 2007: «Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia» [COM(2007) 447].

Eso no puede negarse incluso por aquellos que consideran críticamente la hipótesis de una codificación. El mismo Savigny, no obstante consideraba que el derecho es el resultado de un *Volkgeist* que es posible cristalizarse en un código, por otra parte él desarrolló un sistema coherente de normas que se basaban en la tradición romano-germánica (Castronovo, 2001).

La solución al problema de la complejidad de la materia contractual europea es probablemente la combinación del acercamiento legislativo y de las acciones no legislativas<sup>48</sup>.

Aunque la opción legislativa sea la preferible, no puede ser la única, dado el carácter plural y complejo del ordenamiento jurídico comunitario.

Por lo tanto, el Derecho contractual europeo utiliza ya sea las normas legislativas adoptadas por las instituciones, sea los principios elaborados por la doctrina y la jurisprudencia.

Estos últimos sirven para dar coherencia al conjunto fragmentario de la disciplina comunitaria y para permitir una mejor integración del derecho nacional y de lo comunitario, consolidando un *ius commune* europeo.

Muy interesante es el trabajo de construcción elaborado por los juristas y por los jueces que buscan no sólo el común denominador de los sistemas jurídicos europeos, sino también la lógica y la coherencia profunda de todo el derecho europeo.

Sin embargo, más que un *Restatement* de lo que ya existe, los principios están provocando un circuito virtuoso que llega a la construcción de un nuevo y original derecho privado y especialmente del derecho contractual.

En los documentos comunitarios es evidente la necesidad de crear un marco común de referencia que establezca principios y terminología comunes, para garantizar una mayor coherencia y por lo tanto mejorar el *Acquis* comunitario presente y futuro<sup>49</sup>.

Los principios, aunque no sean obligatorios, se utilizan en la legislación nacional y comunitaria.

---

<sup>48</sup> Comunicación de la Comisión Europea, Mayor coherencia en el Derecho contractual europeo: un plan de acción, COM (2003) 68 del 12 de febrero del 2003, punto 77.

<sup>49</sup> Comisión europea, Simplificar y mejorar el marco regulador, COM (2001) 726.

Para ilustrar esto, La *Corte di Cassazione* italiana, en una decisión de 2010, opinó que la obligación de indemnización por incumplimiento de la buena fe es coherente con los «principios reconocidos en el contexto europeo», así haciendo referencia al artículo 2.301, párr. 2, Principles of the European Contract Law («PECL»)<sup>50</sup>.

Lo mismo ha ocurrido en otros ordenamientos nacionales: los PECL influyeron en la reforma de la ley alemana de obligaciones en 2002 y del código civil de los Países Bajos.

Aquellos principios de derecho contractual son ya utilizados por el Tribunal de Justicia en sus sentencias y son la referencia para el desarrollo del sistema legal<sup>51</sup>.

Los principios, sin duda, van ejercitando una fuerte influencia en la producción de las normas legislativas, en conjunto con la jurisprudencia (Zimmermann, 2009, 482; Vendrell Cervantes, 2008; Bush, 2008).

Por otro lado, esos principios, surgen incluso de la jurisprudencia comunitaria. La « Comisión Lando », por ejemplo, se ha inspirado a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para la elaboración de los principios relativos a los contratos en materia de responsabilidad civil o de fuerza mayor (Lando, 1999).

La respuesta a la actual complejidad del derecho contractual europeo, a parte todo discurso sobre el tema de la codificación, no puede ser representada que por instrumentos no convencionales y por un conjunto de soluciones distintas.

Esas respuestas necesitan incluso de un enfoque adecuado por parte de la ciencia jurídica, que debe buscar un «nuevo paradigma de integración flexible y amistosa» del derecho (Tito Añamuro, 2012, 15).

Como se ha correctamente observado con específica referencia a la producción del derecho contractual europeo, como laboratorio de integración jurídica: « Este nuevo derecho común, además de haber reivindicado un nuevo espacio para la ciencia jurídica, está contribuyendo a brindarle un poderoso soporte epistemológico al derecho europeo, sirviendo igualmente de orientación y contrapeso a la actividad jurídica de las instituciones

---

<sup>50</sup> *Corte di Cassazione*, 11 de junio de 2010, n. 14056, en [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

<sup>51</sup> Como ejemplos de referencia a los principios de la Comisión, v. Tribunal General, 27 septiembre 2007, casos T-9/95 y T-8/95, *Pelle y Konrad/ Consjeo y Comisión*, Rep. 2007, p. II-4117; por las referencias a el *Common Frame of Reference*, v. las conclusiones del Abogado General Verica Trstenjak del 7 de mayo 2009, en la causa C- 227/08, *Eva Martín Martín/EDP Editores, S.L.*

comunitarias, devolviéndole a su vez a la sociedad el origen de la juridicidad que le fuera expropiado por los estados.» (Pampillo Baliño, 2013b, 237)

### Bibliografía

- Atiyah P. (1989), *An Introduction to the Law of Contract*, 4ª ed., Oxford University Press, Oxford
- Bussani M., Mattei U. (1997-1998), *The Common core approach to European private Law*, en *Columbia Journal of European Law*, 1997-1998, p. 339 sigs.
- Busch D. (2008), *The Principles of European Contract Law before the Supreme Court of the Netherlands – On the Influence of the PECL on Dutch Legal Practice*, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, p. 549 y sigs.
- Castronovo C. (2001), *Savigny e la codificazione europea*, En *Europa e diritto privato*, p. 219 y sigs.
- Cherednychenko O. (2010), *Fundamental Rights, Policy Issues and the Draft Common Frame of Reference for European Private Law*, en *European Review of Contract Law*, 1/2010, pp. 39-65
- Cippitani R. (1998), *La ricerca giuridica e il diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè
- \_\_\_\_\_. (2010) *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Roma-Perugia, ISEG
- \_\_\_\_\_. (2013a) *Solidaridad*, en Álvarez Ledesma M.I., Cippitani (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración juridical*, Roma-Perugia-México, ISEG, pp. 642-648;
- \_\_\_\_\_. (2013b) *Interpretación de las Cortes regionales*, en Álvarez Ledesma M.I., Cippitani (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración juridical*, Roma-Perugia-México, ISEG, pp. 312-324.
- Colcelli V. (2013), *Situaciones legales subjetivas otorgadas por la Unión Europea*, en Álvarez Ledesma M. I., Cippitani, R. (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, Roma-Perugia-México, ISEG, p. 617 sigs.

- Crisafulli V. (1952), *Costituzione e protezione sociale*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè
- de Witte B. (1996), *The Convergence Debate*, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, p. 105 sigs.
- Ioratti Ferrari E. (2006), *Codice civile europeo*, Padova, Cedam
- Lando O. (1999), *The rules of European contract law*, en Comisión Europea (coord.) *Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code*, Bruselas, 1999, p. 13 sigs.
- Pampillo Baliño J.P., (2013a), *Integración regional y derecho comunitario*, en Álvarez Ledesma M.I., Cippitani (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración juridical*, Roma-Perugia-México, ISEG, pp. 305-312
- \_\_\_\_\_. (2013b) *Dogmática jurídica global*, en Álvarez Ledesma M.I., Cippitani (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración juridical*, Roma-Perugia-México, ISEG, pp. 231-243
- Pérez Luño A.E. (1991), *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos
- Perlingeri P. (1983), *Depatrimonializzazione e diritto civile*, en *Rassegna diritto civile*, 1983, p. 1 sigs.
- \_\_\_\_\_, (1991), *Il diritto civile nella sua legalità costituzionale*, Napoli, ESI
- Pizzolo C. (2013), *Libre circulación de personas: alcance y límites*, en Álvarez Ledesma M.I., Cippitani R. (coordin.), *Derechos Individuales e Integración regional (Antología)*, Perugia-Roma-México, ISEG, pp. 205-252.
- Poiares Maduro M. (1998), *We The Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Portland, Hart and Publishing
- Rawls J. (1980), *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University.
- Rodotà S. (2005), *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, en *Rivista Critica di Diritto privato*, 2005, p. 21 sigs.
- \_\_\_\_\_, (2007), *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Napoli, ESI
- Sanz Caballero S. (2006), *La familia en perspectiva internacional y europea*, Valencia, Tirant lo Blanch

- Sassi A. (2005), *Equità e buona fede oggettiva nel diritto interno ed "europeo"*, en Sediari T. (ed), *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, Giappichelli
- \_\_\_\_\_, (2006) *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, ISEG
- Savigny F.K. (1886), *Il sistema del diritto romano attuale*, trad. ital. de Scialoja V., vol. I, Torino
- Sepúlveda Iguíniz R. (2013), *Estado de Derechos*, en Álvarez Ledesma M.I., Cippitani (coord.), *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración juridical*, Roma-Perugia-México, ISEG, p. 239 sigs.
- Ruffert M. (1997), *Rights and remedies en European community aw: a comparative view*, en *Common Market Law Review*
- Tito Añamuro J.A. (2012), *Modernización e integración del derecho conractual latinoamericano. Un análisis del método*, Baranquilla-Bogotá, Universidad del Norte-Grupo Editorial Ibañez-Grijley
- Vendrell Cervantes C. (2008), *The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts*, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, p. 534 sigs.
- Weiler J.H.H. (2003), *La costituzione dell'Europa*, trad. ital., Bologna, Il Mulino
- Zimmermann R. (2009), *The Present State of European Private Law*, en *American Journal of Comparative Law (AJCL)*, Vol. 57, No. 2, pp. 479-512

# **A FUNDAMENTALIDADE DA GOVERNANÇA APLICADA À FUNÇÃO PÚBLICA: O CASO DA UNIÃO EUROPEIA**

**Roberto Correia da Silva Gomes Caldas<sup>1</sup>**

## **1. Introdução**

Os movimentos de aproximação e tensão ínsitos aos processos de integração, tal qual verificados desde sua gênese no período pós Segunda Grande Guerra Mundial (principalmente a partir da década de 50), podem ser havidos, em maior ou menor medida, como consequência das iterações advindas de negociações entre os Estados que se inserem neste tipo de processo, tendo como seu exemplo mais expressivo a União Europeia.

Por essa razão, há a necessidade de serem criados instrumentos capazes de regular as relações entre os Estados em processo de integração, inclusive para viabilizar a participação e controle por parte dos cidadãos e da população em geral, porquanto destinatários finais de tal aproximação estatal, de sorte a se ter sua colaboração legitimadora das decisões tomadas de forma consensual pelos Estados (concertação), de maneira efetiva, eficaz, eficiente e transparente, gradativamente dando lugar a um contexto de governança (regulatória) claramente fortalecedor da democracia.

De conseguinte, o objetivo do presente trabalho será analisar justamente a correlação entre governança e função pública, especialmente na União Europeia (UE), de modo a verificar em que medida as políticas e instituições voltadas para o aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos e institucionais estão presentes atualmente na União Europeia, inclusive a facilitar e viabilizar sua uma implementação mais coerente e sintonizada a critérios de boa administração pública (como, *e. g.*, transparência e *accountability*).

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito do Estado, respectivamente em Direito Tributário e Administrativo, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor dos Cursos de Mestrado e bacharelado em Direito na UNINOVE. Professor do curso de Direito da Faculdade Paulista de Direito da PUC-SP, São Paulo/SP, Brasil (1995-2014). Diretor do Instituto dos Advogados de São Paulo (2013- 2015). Advogado no Brasil e em Portugal.

A metodologia de trabalho deverá centrar-se nos aspectos principais estabelecidos para uma pesquisa baseada na interdisciplinaridade do tema ao envolver a discussão da função pública num espaço que ultrapassa as fronteiras nacionais e, como tal, demanda a adoção de métodos que possibilitem uma análise cujos objetos referem-se a distintas áreas jurídicas.

Neste sentido, devem-se utilizar métodos que permitam avaliar como e em que medida há, do ponto de vista da fundamentalidade jurídica, uma gestão voltada para métodos de governança inerentes à formação de uma integração entre Estados, bem como enfocar a aplicação do princípio e direito fundamental da boa administração pública, enquanto norma de governança reconhecida no Artigo 41º, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Dessa forma, o método histórico possibilitará analisar como se deu a evolução do estatuto dos funcionários e agentes comunitários, por um lado, bem como, por outro, por intermédio do método indutivo, se permitirá enfocar como a governança aplicada ao tema da função pública deve ser compreendida num espaço integrado de entes estatais, cujas bases normativas possuem certa identidade.

Finalmente, se, num primeiro momento, a concepção de governança pode entender-se a partir de um sentido “elástico” e plurissignificativo, não se deve menosprezar uma análise voltada para a determinação das premissas necessárias para que o regime adotado pelos Estados, principalmente no plano regional, possa ser considerado ou não amplamente participativo e, por via colateral, democrático.

Obviamente que tal concepção volta-se para novos paradigmas que, apesar de não alterarem obrigatoriamente a estrutura fundamental do Estado, supõe, pelo menos, uma nova roupagem e interpretação da própria democracia, ao aplicar-se num espaço multidimensional.

### **2. Estatuto dos funcionários e demais agentes comunitários: a consolidação de um Direito Administrativo europeu relativo à função pública**

No que tange à consolidação de um Direito Administrativo europeu relacionado à função pública e seu respectivo exercício, tal circunstância apenas se verifica mediante a

formulação prévia de um direito fundamental à boa administração pública<sup>2</sup>, enquanto norma de governança regulatória, a pressupor uma administração europeia aberta, eficaz e independente (Artigo 298, do TFUE), com o Parlamento Europeu e o Conselho estabelecendo as respectivas disposições, mediante regulamentos adotados sob procedimento legislativo ordinário. Nesse sentido, assevera Fuentetaja Pastor (2014, p. 20)

A formulação de um «direito a uma boa administração» no artigo 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia está a aproximar-se da administração europeia a partir da perspectiva de um direito que as pessoas podem fazer valer frente às instituições, órgãos e organismos da União Europeia a exigir seu funcionamento correto ou adequado ("boa" administração). Para este fim, a Carta exemplifica o conteúdo e o significado deste direito dividindo-o, a sua vez, em outros direitos instrumentais que o articulam, mas que não o esgotam, o que, em última análise, envolve o reconhecimento de que o que os cidadãos podem exigir da administração europeia não se limita à interpretação literal do direito a uma boa administração. É neste ponto que é necessário para trazer à colação a outra transcendental menção da "administração europeia" para fazer Tratados: a saber, art. 298.º do TFUE, que estabelece que "no cumprimento de suas funções, as instituições, órgãos e organismos da União se apoiam em uma administração europeia aberta, eficaz e independente", observando que o Parlamento Europeu e Conselho estabelecerão as disposições a tal efeito, por meio de regulamentos adotados no âmbito do processo legislativo ordinário.<sup>3</sup>

E em passagem seguinte, Fuentetaja Pastor (2014, p. 20) esclarece que o exercício das funções executivas por parte da Administração europeia deve observar não apenas o direito fundamental à boa administração pública, mas também às disposições que o Legislador aprove para que sua atuação se verifique aberta, eficaz e independente

Portanto, no exercício de suas funções executivas e administrativas, a administração europeia deverá observar não só o direito à boa administração do Artigo 41º da Carta, senão também as "disposições" que o Legislador deverá aprovar para obter que dita Administração seja aberta, eficaz e independente. Trata-se de dois preceitos de Direito primário que, apesar de sua localização

---

<sup>2</sup> Vide a respeito do princípio da boa administração pública, enquanto um direito fundamental, KRISTJÁNSDÓTTIR, 2013.

<sup>3</sup> No original: (...) La formulación de un «derecho a la buena administración» en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea supone la aproximación a la Administración europea desde la perspectiva de un derecho que las personas pueden hacer valer frente a las Instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea para exigir su funcionamiento correcto o adecuado («buena» administración). A tales efectos, la Carta ejemplifica el contenido y el significado de este derecho desglosándolo, a su vez, en otros derechos instrumentales que lo articulan pero que no lo agotan, lo que en última instancia implica el reconocimiento de que lo que los ciudadanos pueden exigir de la Administración europea no se circunscribe a la literalidad del derecho a la buena administración. Es en este punto donde es necesario traer a colación la otra transcendental mención a la «administración europea» que hacen los Tratados: a saber, el art. 298 del TFUE, cuando establece que «en el cumplimiento de sus funciones, las instituciones, órganos y organismos de la Unión se apoyarán en una administración europea abierta, eficaz e independiente», señalando que el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán las disposiciones a tal efecto, mediante reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario.

diferente, são complementares, porque enquanto o recolhido, com caráter estrutural, no Tratado de Funcionamento da União Europeia constitui a base jurídica para que o Legislador atue dotando a Administração europeia de um regime jurídico singular e próprio para a realização dos objetivos que lhe são confiados, o direito a uma boa administração informa materialmente aquele regime jurídico.<sup>4</sup>

Com efeito, a respeito do exercício da função pública no âmbito da União Europeia, é de ter presente que o Estatuto dos Funcionários da União Europeia – Regulamento n° 31 (CEE), n° 11 (CEEA) –, bem como as disposições relativas aos outros agentes da comunidade, encontram-se postos pelos regulamentos adotados no âmbito do processo legislativo ordinário, após consulta feita às instituições comunitárias.

Os funcionários são contratados por ato unilateral da autoridade competente e estão sujeitos ao Direito europeu, na forma legal estipulada pelo próprio Estatuto (Issac, 2002).<sup>5</sup> O regime aplicável a outros agentes são fixados conforme os diferentes contratos assinados pelas instituições e se referem aos funcionários temporários, auxiliares, conselheiros especiais etc.

Como indica o Artigo 336.º, do TFUE (Molina del Pozo, 2011a), as instituições interessadas<sup>6</sup> devem ser consultadas previamente, *maxime* porque pode-se definir estatutos específicos para determinadas funções, sendo o caso, por exemplo, dos funcionários do TJUE que possuem regulamentação própria.

A inclusão do procedimento legislativo ordinário envolve a participação do Parlamento Europeu em conjunto com o Conselho Europeu, em reconhecimento ao papel de co-legislador da instituição parlamentar, com a generalização do processo de co-decisão,

---

<sup>4</sup> No original: (...) Por tanto, en el ejercicio de sus funciones ejecutivas y administrativas, la Administración europea deberá observar no sólo el derecho a la buena administración del art. 41 de la Carta sino también las «disposiciones» que el Legislador deberá aprobar para conseguir que dicha Administración sea abierta, eficaz e independiente. Se trata de dos preceptos del Derecho originario que, pese a su diferente ubicación, son complementarios, pues mientras el recogido, con carácter estructural, en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea constituye la base jurídica para que el Legislador actúe dotando a la Administración europea de un régimen jurídico singular y propio para la consecución de los fines que se le encomiendan, el derecho a la buena administración informa materialmente aquel régimen jurídico.

<sup>5</sup> Vide também POLET (1999) e HASSENTEUFEL (2003), especialmente pp. 57-78.

<sup>6</sup> Um ponto digno de nota refere-se ao fato de que no projeto de Constituição Europeia, apresentado pela Convenção em Julho de 2003, o texto do art. III-427 referia-se às instituições em causa. No texto final aprovado pelo Conselho Europeu em Bruxelas, em Novembro de 2004, a palavra em questão foi substituída por "afectada", que se destinava a limitar consultas apenas para instituições realmente ligadas a futuras disposições sobre o estatuto dos funcionários e outros agentes.

consagrando-se, em última análise, o trabalho de representação democrática dos cidadãos europeus (Molina del Pozo, 2011).

Vale notar que tanto no Projeto de Tratado Constitucional, assim como nos tratados fundacionais anteriores (especificamente Maastricht e Amesterdam), a ausência do Parlamento Europeu na formulação da legislação que se aplicaria aos funcionários tinha sido objeto de algumas alterações feitas pelos participantes da Convenção Intergovernamental<sup>7</sup> que, não obstante, deixaram de ser aprovadas por ocasião da votação do Tratado Constitucional, o que foi considerado como um aprofundamento do déficit democrático da União Europeia.

Com efeito, o Parlamento Europeu, que representa os cidadãos da União Europeia, não poderia estar ausente do processo legislativo relativo a funcionários e agentes comunitários, vez que, em grande parte, são estes, em verdade, cidadãos provenientes de diferentes Estados-Membros.

A criação de um Estatuto renovado previsto no TFUE, em si, atribuiu à Comissão poderes para realizar uma reforma abrangente que se pretende implementar ao longo do tempo – medidas gerais para alterar as regras administrativas a serem observadas pelos funcionários e agentes públicos – gerando um sistema de recursos humanos próprio da União Europeia.

De fato, as principais características das novas propostas por parte da Comissão incluem medidas para recompensar a capacidade de gestão com base em critérios objetivos de mérito, uma revisão completa e transparente dos processos de recrutamento e seleção, um plano de carreira com uma nova estrutura, uma avaliação precisa do desempenho, medidas de capacitação e aprendizagem ao longo da vida funcional, condições para conciliar a vida profissional e familiar, compromisso com a igualdade de oportunidades e um novo quadro para a aposentadoria antecipada.

---

<sup>7</sup> Vale ressaltar que houve algumas propostas de alteração que previam a participação do Parlamento Europeu sobre este assunto, em co-decisão, e que não foram finalmente aprovadas (como exemplo, tem-se a proposta de alteração feita pelos deputados GM de Vries e TJAM de Bruijn, ou a proposta, feita pelo ministro francês D. de Villepin, de consulta prévia do Parlamento Europeu). Pelo contrário, rejeitaram-se as propostas que implicassem o Parlamento Europeu, justificando-se, entre outros motivos, pela demora excessiva que a co-decisão causaria à reforma estatutária. Todavia, não se pode entender o envolvimento do Parlamento Europeu como um elemento de atraso ou demora, sendo pior ainda a ausência da Câmara Europeia, a salientar o *deficit* democrático que ainda persiste no sistema comunitário. Felizmente, com a entrada em vigor da decisão do processo ordinário, que conta com a participação efetiva do Parlamento, o problema foi resolvido.

Algumas mudanças estão sendo introduzidas de forma relativamente rápida, como um sistema de avaliação melhorado, ações de treinamento mais adequado e algumas alterações nas condições de trabalho. Outros, como a nova estrutura de carreira, irão tardar mais tempo, pois exigem uma reforma do Estatuto, cuja mudança é um processo lento, mas que deve realizar-se sem maiores atrasos, já que o Estatuto aplicado atualmente não consegue acompanhar os avanços e transformações vividos pela União Europeia.

### **3. As modificações introduzidas no Estatuto dos Funcionários comunitários e demais agentes e a reforma da Comissão: aplicação da boa gestão administrativa**

Na proposta de regulamento apresentada pela Comissão relativa ao regime aplicável aos agentes da União Europeia, podem-se encontrar os princípios que devem conduzir a reforma da política de recursos humanos aplicada no espaço europeu<sup>8</sup>:

- A imparcialidade, considerada como um princípio fundamental do serviço público, é reconhecida pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Contudo, ainda deve-se definir melhor as obrigações dos funcionários e as situações que podem levar a um conflito de interesses;
- Experiência em cargos públicos ou de gestão pode ser útil tanto para o funcionário como para a instituição, mas regras claras devem ser definidas para os funcionários e demais agentes que são candidatos para tais cargos;
- Outro princípio essencial para o bom funcionamento e reputação das instituições da União Europeia é a confidencialidade, já que as obrigações e limitações que daí decorrem deveriam ser melhor definidas;
- As instituições estão obrigadas a respeitar o princípio da transparência da função pública europeia e devem envidar todos os esforços para a consolidação de uma política de abertura ao público, definindo, inclusive, os limites da retro referida confidencialidade;

---

<sup>8</sup> Proposta de regulamento do Conselho que altera o Estatuto dos Funcionários das Comunidades Europeias e o Regime aplicável aos outros agentes destas Comunidades [COM(2002) 213 final — 2002/0100(CNS)] 24.2.2002, especialmente pp. 2-3.

- A liberdade de expressão é um direito fundamental de cada funcionário ou agente. O Estatuto deve definir regras claras sobre a autorização prévia para publicações relacionadas com as políticas comunitárias.

As alterações contidas na proposta da Comissão têm por objetivo garantir a independência, a imparcialidade e o sigilo profissional que afeta toda a estrutura de pessoal das instituições comunitárias, por meio de medidas que assegurem aos funcionários da União Europeia melhores condições de trabalho.

Além disso, a alteração dos Estatutos contém propostas que visam modernizar o sistema para adaptar adequadamente as normas comunitárias com a livre circulação de trabalhadores, buscando corrigir certas incoerências e introduzir maior flexibilidade no local da prestação do serviço. Todavia, o cumprimento das mudanças na regulamentação dependerá, em grande parte, das ações relativas ao funcionamento interno de cada instituição, considerando-se as características únicas que cada uma delas detém.

Há que se ponderar, ainda, que, devido à aplicação de normas comuns, o Estatuto garante a unicidade da função pública europeia. Devem-se incluir no espectro do Estatuto – conforme análise feita pela Comissão – as agências com a finalidade de reforçar a cooperação entre instituições e relativas à política de pessoal, sempre em benefício do bom funcionamento da União Europeia e da utilização eficaz dos recursos humanos.

Deve-se mencionar, outrossim, a influência para o tema do Livro Branco da Comissão<sup>9</sup>, publicado em abril de 2000, em que a União Europeia propõe uma estratégia de governança para a reforma da instituição com base em três pontos inter-relacionados, tais sejam:

- a) A reforma do sistema de prioridades políticas e alocação de recursos. Os novos mecanismos de tomada de decisões baseadas em políticas comuns devem assegurar que as atividades da Comissão sejam realizadas com recursos humanos, administrativos, tecnológicos e financeiros suficientes. A avaliação dos resultados deve-se tornar parte da rotina de atividades de gestão;
- b) Devem ser realizadas mudanças importantes na política de recursos humanos, dando prioridade à formação continuada, gestão da qualidade e melhoria dos processos de recrutamento e desenvolvimento profissional. Essas mudanças também devem enfatizar a

---

<sup>9</sup> Reforma da Comissão - Livro Branco - Parte II - Plano de ação, COM (2000) 200 final, 3.3.2000.

necessidade de melhorar o "ambiente de trabalho" e o sistema de avaliação individual de funcionários, demais agentes e gestores, bem como aumentar a igualdade de oportunidades, permitindo que questões disciplinares ou casos de mau desempenho sejam tratados adequadamente;

c) Uma reforma radical da gestão financeira, o que permite que cada departamento possa estabelecer seu próprio sistema de controle interno de acordo com as respectivas necessidades. Neste processo, os vários órgãos e instituições podem utilizar-se dos serviços de consultoria e assessoramento de técnicos da Comissão. A definição precisa das responsabilidades de cada um dos atores, bem como as verificações regulares sobre a qualidade e confiabilidade de cada um dos sistemas de controle interno pelo novo Serviço de Auditoria Interna, a sua vez, fornece uma base essencial para o sucesso da reforma.

Segundo González (2011, p. 17), a governança pode ser entendida, adentrando-se no âmbito da integração regional da União Europeia, conforme estipulado no Livro Branco da Comissão Europeia (2001), como

A capacidade das sociedades de se equipar com sistemas de representação, instituições, processos e corpos sociais como um instrumento de controle democrático, de participação na tomada de decisão e responsabilidade coletiva<sup>10</sup>

Conforme ressalta Parejo Alfonso (2004, p. 31)

(...) A iniciativa de "governança" está inscrita no cerne da preocupação da Comissão Europeia sobre a sua própria posição no sistema em análise, a compreensão inevitável sobre a renovação do método comunitário e para sustentar a concepção como um reflexo específico da união de Estados e povos forjadas pelo processo de integração supranacional, o que, por si só, combina i) a negociação entre os Estados, ii) a expressão da vontade popular e iii) operação de instituições fortes e permanentes.<sup>11</sup>

Posteriormente, as alterações feitas pela Comissão relativas ao seu pessoal e ao funcionamento interno da instituição pode servir como um parâmetro para as outras instituições, até porque, na exposição de motivos da proposta de regulamento dos

---

<sup>10</sup> No original: (...) La capacidad de las sociedades para dotarse de sistemas de representación, de instituciones, de procesos y de cuerpos sociales, como instrumento de control democrático, de participación en las decisiones y de responsabilidad colectiva.

<sup>11</sup> No original: (...) la iniciativa de la «governanza» se inscribe, sobre el trasfondo de la preocupación de la Comisión Europea sobre su propia posición en el sistema sujeto a reconsideración, en la comprensión inevitable por ésta de la renovación del método comunitario y para sostener la concepción de éste como reflejo específico de la unión de Estados y pueblos fraguada por el proceso de integración supranacional, que, por ello mismo, combina i) la negociación entre los Estados, ii) la expresión de la voluntad popular y iii) el funcionamiento de instituciones fuertes y permanentes.

funcionários da União Europeia, os pontos que foram salientados (pela Comissão), em algumas das orientações contidas no Livro Branco, exige alteração no Estatuto e, conseqüentemente, nas regras aplicáveis aos agentes e funcionários.

No entanto, apesar da importância do documento preparado pela Comissão, não devem ser as reformas vinculadas somente ao proposto no Livro Branco, como se fosse uma agenda estabelecida sobre alguns assuntos, pois limita-se, em alguns casos, somente a estabelecer uma reorganização superficial dos Comitês ou Direções-gerais (DG's)<sup>12</sup>.

O conjunto de alterações proposto pela Comissão não fornece uma base razoável para uma estratégia de reforma que possa garantir, a longo prazo, a eficiência administrativa da União Europeia.

A velocidade das mudanças no sistema da União Europeia faz pensar-se que muitas dessas transformações estão acontecendo no domínio do processo de integração europeia, afetando a todas as instituições e órgãos, com muito pouco tendo sido feito para solucionar os novos desafios que surgiram como resultado do alargamento e aprofundamento das questões que a referida integração europeia tem imposto nos últimos vinte anos.<sup>13</sup> Como apontou Metcalfe (1999, p. 5), os aspectos que devem ser levados em consideração pela Comissão referem-se principalmente aos seguintes pontos

As funções da Comissão e suas prioridades entre eles; a independência dos membros da Comissão e os papéis dentro da organização e fora dela; a organização interna e os processos de tomada de decisão do Colégio de Comissários, incluindo os poderes do presidente e a continuação da adequação colegiada de tomada de decisão; a responsabilidade da Comissão, enquanto órgão e dos Comissários; a estrutura dos serviços da Comissão, em particular o número de Direções Gerais, a divisão de responsabilidades entre eles e os meios

---

<sup>12</sup> A Comissão Europeia, instituição encarregada de zelar pelos interesses da União Europeia e que possui clara atribuição executiva, se estrutura em 33 (trinta e três) Direções-gerais que se encarregam de temas relativos às políticas setoriais da União Europeia, bem como algumas questões de organização administrativa e funcionamento. Para conhecer as funções de cada uma das Direções-gerais recomenda-se o acesso ao Portal da própria União Europeia (disponível em [http://ec.europa.eu/about/ds\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/about/ds_pt.htm), acesso em 22 mar 2016).

<sup>13</sup> No original: "the functions of the Commission and the priorities among them; the independence of Commissioners and their roles within the organisation and outside it; the internal organisation and decision-making processes of the College of Commissioners, including the powers of the President and the continued appropriateness of collegial decision-making; the accountability of the Commission as a body and of individual Commissioners; the structure of the Commission services, in particular the number of DGs, the division of responsibilities between them and the means of ensuring better coordination among them; the role of Commissioners' cabinets in policy development, coordination and management; improved management of personnel, finance and policy responsibilities within DGs and greater flexibility across the Commission as a whole, taking advantage of opportunities for greater delegation of management responsibility and less reliance on detailed hierarchical supervision as a means central control."

de assegurar uma melhor coordenação entre elas; o papel dos gabinetes dos Comissários no desenvolvimento de políticas, coordenação e gestão; melhoria da gestão de pessoal, finanças e responsabilidades políticas das DG e uma maior flexibilidade em toda a Comissão como um todo, aproveitando as oportunidades para uma maior delegação de responsabilidades de gestão e menos dependência de supervisão hierárquica detalhada como um meio de controle central.

Com efeito, o TFUE repete a mesma disposição do Tratado de Amesterdam ao determinar a criação de um estatuto dos funcionários e outros agentes da União Europeia, mas, assim como aconteceu antes (em Amsterdam), observa-se um sério risco de não sair da inércia a adoção de uma nova política de pessoal e gestão de recursos humanos.

É claro que as alterações propostas pela Comissão são um passo importante para a construção de um sistema institucional eficiente, como também para enfrentar os desafios ligados à adesão dos recentes membros, além de preparar a União Europeia para futuros alargamentos das questões atuais.

A regulação feita em 1968, por óbvio, não permitirá que as instituições e órgãos comunitários formem uma base sólida que consiga melhorar os problemas não só derivados das consequentes expansões com as adesões de novos membros, mas também pelos problemas causados pelo incremento e aprofundamento das políticas comunitárias, distribuição setorial e das competências projetadas no TFUE, pois versavam realidade há muito distinta.

Não se pode negar que as transformações ocorridas nas instituições não devem ser consideradas como estanques e dependentes somente de fatores políticos e econômicos, mas, sim, como um processo contínuo, o qual, no entanto, deve ser conduzido conforme os critérios e ditames de boa gestão administrativa (governança regulatória), sob pena de o aparato administrativo da União Europeia não alcançar um nível elevado de proteção, aplicação e controle de atos e políticas comuns.

De modo geral, pode-se perguntar sobre as perspectivas para a reforma do sistema institucional face às recentes adesões. Como se poderia realmente implementar uma transformação específica para cada instituição, considerando aspectos cada vez mais rigorosos de controle e fiscalização, bem como a formação de uma mentalidade administrativa distinta que efetivamente esteja ancorada nos princípios da eficiência, transparência e *accountability*.

Poderia a Comissão elaborar propostas e implementar as mudanças necessárias para alcançar uma modernização das estruturas internas de trabalho, além de dar início ao processo de otimização da formação e recrutamento de funcionários e agentes? O entendimento que se adota é o de que trata-se de uma tarefa muito complexa e repleta de riscos, porquanto, simplesmente, as instituições devem adaptar-se a uma série de situações que estão em constante e ininterrupta mudança, sem que, enquanto seu maior desafio a ser enfrentado, percam o ritmo das transformações produzidas pelo processo de integração europeia.

O objetivo, após o TFUE, será que o progresso da associação formulada pela União Europeia assuma compromissos mais amplos, com uma metodologia que forneça resultados com soluções concretas, demonstrando, assim, que as relações comunitárias atingiram plena maturidade, capaz de permitir aos 28 (vinte e oito) países participantes adotarem posições e responsabilidades comuns, sem que haja dispersão de esforços e ausência de uma política de recursos humanos eficiente, transparente e com *accountability*.

#### **4. Novas perspectivas de governança à função pública na Comunidade Europeia**

Como bem pondera Carrau (2010), o Tratado de Lisboa conecta o direito à boa administração pública com os princípios de transparência e participação, em clara conotação concertada, a implicar avanço garantidor de que este direito (à boa administração pública) não reste limitado por um excessivo carácter programático de suas normas de desenvolvimento ou vinculado a instrumentos de *softlaw*, como o Código de Boa Conduta Administrativa europeia, de sorte que se ancore, de algum modo, em elementos normativos de carácter imperativo suficientes para que, ao menos, obtenha respeito e a possibilidade de recomposição decorrente do seu descumprimento.

Quanto à relação com o conceito de bom governo, nas palavras de Martini (2000), é “(...) preciso levar a efeito uma democratização das estruturas pertinentes e se deve atribuir aos órgãos representativos dos povos funções consultivas ou de tomada participativa de decisões”<sup>14</sup> (p. 214).

---

<sup>14</sup> No original: (...) preciso llevar a efecto una democratización de las estructuras pertinentes y se deben asignar a los órganos representativos de los pueblos funciones consultivas o de toma participada de decisiones.

Não obstante tal circunstância e contexto de governança regulatória concertada em que inserido o desempenho da função pública na Comunidade Europeia, o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, aprovado por resolução do Parlamento Europeu, tem sido considerado como um poderoso instrumento para, de um lado, permitir uma investigação das reclamações da população e eventuais recomendações de ações corretivas da má-administração, e de outro, auxiliar as próprias instituições a melhorarem seu desempenho, principalmente quanto aos serviços prestados aos cidadãos europeus e a população em geral.

Dessa forma, ao estabelecer um conjunto de princípios e deveres a serem observados na conduta dos funcionários e agentes públicos comunitários, os quais constituem direitos das pessoas que a eles se dirijam, introduz a possibilidade de sua mutação interpretativa, de modo a autorizar uma constante leitura atualizada de seus termos, consoante os hodiernos anseios sociais para prevenção dos abomináveis atos de corrupção e má-gestão da coisa pública.

Exemplificando o quanto dito acima, o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia, em recente Proposta de Acordo Interinstitucional sobre um registro de transparência obrigatório<sup>15</sup>, reconhecem sua necessidade para que haja respeito às regras e princípios consagrados no Código de Conduta.

Com propostas como essa, verifica-se uma tendência regulatória de se instituir um quadro para uma interação ética e transparente entre os representantes de interesses que exercem atividades administrativas na União Europeia, como as abrangidas pelo referido acordo e em qualquer das três instituições supramencionadas, segundo um atuar participativo de cooperação mútua e leal na sua aplicação.

Tal tendência permite que todas as partes interessadas ou envolvidas apresentem os seus pontos de vista sobre as decisões que as possam afetar e, deste modo, contribuir eficazmente para a base fática sobre a qual são feitas as propostas de políticas regionais.

A participação das partes interessadas melhora a qualidade da tomada de decisões por meio de canais próprios para a emissão de opiniões e experiências externas, segundo um diálogo aberto, transparente e regular com associações representativas e a sociedade civil, em conformidade com o Tratado da União Europeia (TUE), em seu Artigo 11.º, n.º 1 e n.º 2.

---

<sup>15</sup> Bruxelas, 28.9.2016 COM(2016) 627 final.

Nesse sentido, a transparência e a responsabilização são essenciais para manter a confiança dos cidadãos europeus (e da população de modo geral) na legitimidade dos processos políticos, legislativos e administrativos na União Europeia.

## 5. Conclusão

O processo de expansão, tanto no sentido horizontal, mediante o aprofundamento das políticas setoriais e dos temas incorporados ao acervo comunitário, como no sentido vertical, com a adesão de novos países, representa um desafio importante para o futuro da integração europeia, especialmente no que tange à organização administrativa das instituições comunitárias.

Especificamente em relação ao processo de alargamento que culminou com a entrada de 13 (treze) novos países a partir de 2004, pode-se afirmar que a necessidade de um rearranjo na estrutura institucional tornou-se um ponto-chave para o aperfeiçoamento do sistema europeu, principalmente se considerar-se o processo de tomada de decisão baseado em elementos fundamentados na supranacionalidade.

Nesse sentido, a reforma das instituições merece ser objeto de atenção uma vez que a boa administração pública, com os correlatos desdobramentos representados na eficiência, transparência, *accountability* e participação popular, exige uma estrutura apta a decidir os rumos da integração europeia, sempre baseados num sistema protetivo dos direitos fundamentais e do respeito à democracia.

A concepção de governança adotada pela Comissão Europeia demanda um sistema aberto de tomada de decisão, sem perder a qualidade plural e multinacional que perpassa todo o desenvolvimento da União Europeia.

A inclusão de uma política de recursos humanos também enseja uma análise acurada dos impactos que o processo de expansão causa sobre a estrutura institucional e decisória, criando um cenário de permanente negociação e debate, haja vista a ainda incerta composição da Comissão Europeia e do número adequado de comissários.

Conforme salientado na introdução do presente trabalho, o escopo da pesquisa era constatar em que medida a responsabilidade extracontratual dos agentes comunitários – a partir do exercício de atividades administrativas pelas instituições – levam em consideração,

efetivamente, a aplicação de critérios objetivos e específicos que permitam aferir a concreção de tal modalidade de responsabilidade, e a conseguinte reforma na composição funcional dos funcionários e agentes da União Europeia a partir dos estudos realizados pelas próprias instituições.

A interrelação entre ambos os temas – responsabilidade e função administrativa – se dá a partir do princípio da boa administração pública, reconhecido na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Artigo 41º).

Finalmente, para lograr uma integração amparada pelos valores expressos no Tratado de Lisboa, a saber, a dignidade humana, a liberdade, a democracia, a igualdade, o Estado de direito e o respeito pelos direitos humanos, segundo disposto no seu art. 2º, dever-se-á atentar para a criação de um sistema institucional que consiga efetivamente refletir e concretizar tais valores, sem menosprezar a construção de um espaço de justiça e de plena garantia dos direitos.

### Bibliografia

- CARRAU, Javier Guillem. El avance del derecho a la buena administración en el Tratado de Lisboa. **Revista de Derecho de la Unión Europea**, nº 19 - 2º semestre 2010. Disponível em <<http://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/12572>>. Acesso em 04/12/2016.
- FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. Del «derecho a la buena administración» 1al derecho de la Administración europea. **Cuadernos Europeos de Deusto - Buena administración en la Unión Europea**. Bilbao: Instituto de Estudios Europeos, N. 51/2014, p. 19-43.
- HASSENTEUFEL, Patrick. Administrer l'Union européenne. **Politique Economique**, n. 11, Centre d'études européennes de Sciences-Po, 2003.
- ISAAC, Guy. **Manual de Derecho Comunitario General**. 5ª edición, Barcelona, Ariel, 2000.
- KRISTJÁNSDÓTTIR, Margrét Vala. Good Administration as a Fundamental Right. **Icelandic Review of Politics and Administration**. Vol. 9, Issue 1, 2013, p. 237-255.
- MARTINI, Cardenal M. Sueño con una Europa del espíritu. **Estudios y Ensayos**. BAC, Madrid, 2000.
- METCALFE, Les. **Reforming the Comisión**. EIPASCOPE, 1999.
- MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. **Manual de Derecho de la Comunidad Europea**. 4ª edición. Madrid: Dijusa, 2002.
- MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. **Tratado de Lisboa**. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2011a.
- MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco. **Derecho de la Unión Europea**. Madrid: Reus, 2011b.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Los Principios de la “Gobernanza Europea”. **Revista de Derecho de la Unión Europea**, n. 6-1, 1º semestre 2004.

POLET, Robert. La Fonction publique dans l'Europe des Quinze: Réalités et Perspectives. **EIPASCOPE**, vol. 2, n. 1, 1999.

UNIÃO EUROPEIA. **Proposta de Acordo Interinstitucional sobre um registro de transparência obrigatório**. Bruxelas, 28.9.2016 COM(2016) 627 final. Disponível em <[https://www.google.com.br/webhp? sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=c%C3%B3digo+de+conduta+para+funcion%C3%A1rios+da+Uni%C3%A3o+Europeia+propostas+de+revis%C3%A3o](https://www.google.com.br/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=c%C3%B3digo+de+conduta+para+funcion%C3%A1rios+da+Uni%C3%A3o+Europeia+propostas+de+revis%C3%A3o)>. Acesso em 04/12/2016.

**O CARÁTER PRIVADO DOS INSTITUTOS DE APOSENTADORIA  
COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS**

**Sinvaldo Conceição Neves<sup>1</sup>**

**INTRODUÇÃO**

O direito pode ser visto como uma área das ciências que busca estudar as normas aplicáveis às relações sociais. Tradicionalmente se dividiu o direito em duas vertentes, público e privado, tendo como ponto de divisa a existência do interesse público materializado pela existência do Estado.

Aquelas normas aplicáveis a relações jurídicas onde existe a presença do Estado ou do interesse público costumam ser classificadas em normas de direito público, já, por outro lado, as normas aplicáveis a relações individuais e facultativas serão classificadas em direito privado.

Desta forma, o direito público sempre foi visto como o Direito do Estado tutelando direitos da sociedade, por outro lado o Direito Privado era visto com direitos dos particulares.<sup>2</sup>

A distinção do direito em público ou privado utilizando o critério do interesse público, nem sempre é suficiente para se esclarecer todas as dúvidas decorrentes desta classificação, pois, em muitos casos, não é possível identificar o interesse predominante, se é público ou privado, como é o caso do direito de família ou do consumidor, ou ainda, por força da tradição, alguma área é classificada como direito privado, mesmo tutelando interesse público.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Brasília, Distrito Federal. Brasil – E-mail: sinvaldo@ceulp.edu.br

<sup>2</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Administração Pública entre o direito público e o direito privado. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, p. 203-226, jul./dez. 2011.

<sup>3</sup> idem

Tradicionalmente, áreas ligadas às funções estatais obrigatoriamente eram regidas pelo direito público, entretanto em razão da nova roupagem assumida pela administração pública brasileira nas últimas décadas decorrente da implantação do modelo de administração gerencial, rompendo com o modelo burocrático e ineficiente, esta fronteira foi sendo aos poucos ultrapassada.

Essa mudança de paradigma se deu, sobretudo, em razão da influência de outros ordenamentos administrativos, como é o caso do americano. A implantação das agências reguladoras no final da década de 90 é o exemplo do uso de modelos administrativos estrangeiros no direito brasileiro.

Com isso, passou a ser comum o uso de regras típicas do direito privado nos assuntos da administração pública brasileira. A administração pública não é mais aquela figura destacada do restante da sociedade brasileira em razão da sua hierarquia. Em muitos momentos, em nome da eficiência, ela se despe de supremacia e se comporta em sociedade em situação idêntica a outros indivíduos.

## **O SURGIMENTO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS NO DIREITO BRASILEIRO.**

Embasadas na ideia de solidariedade<sup>4</sup> entre os indivíduos que compõem uma mesma célula social e visando a concretização dos direitos fundamentais de segunda dimensão, é tarefa comum entre os Estados modernos a estruturação e concretização de sistemas previdenciários visando evitar a ocorrência de alguns riscos sociais.

A prevenção do mal coletivo é a razão que legitima o exercício do poder por qualquer membro da comunidade civilizada. A segurança e a liberdade formam o binômio antagônico responsável pela felicidade humana. A liberdade foi disposta e negociada pelo indivíduo em troca da segurança que somente a formação de um grupo com os mesmos

---

<sup>4</sup> CF - Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

ideais fosse capaz de ofertar. Assim, a segurança decorrente da vida social compensa a renúncia da parcela de liberdade<sup>5</sup>.

Neste contexto se insere a previdência social, consistindo em inúmeras ações concretas realizadas diretamente pelo Poder Público ou por particular buscando dar segurança ou conforto ao indivíduo em um momento de fragilidade, e se incluem neste contexto de segurança coletiva propiciado pela sociedade de modo a prestar socorro em situações de infortúnio pessoal.

A previdência social consiste em um direito social e é uma espécie do gênero seguridade social, que contempla ainda a assistência social e a saúde.

As ações envolvendo a previdência social podem ocorrer no tocante ao Regime Geral de Previdência Social, o Regime Próprio de Previdência Social e o Regime Complementar.

O Regime Geral de Previdência Social se destina a gerir os benefícios previdenciários assegurados a todos aqueles que exercem alguma atividade remunerada, segurados obrigatórios, ou que por uma mera liberalidade resolvam contribuir para um regime previdenciário, segurado facultativo, desde que não estejam vinculados a outro regime previdenciário obrigatório.

O Regime Próprio de Previdência Social é destinado a um grupo específico de trabalhadores constituído, basicamente, por parlamentares e servidores públicos efetivos civis e militares. Ressalta-se que cabe a cada ente federativo, considerando sua conveniência e oportunidade, instituir seu próprio regime previdenciário.

Em ambos os regimes, geral e próprio, a filiação é obrigatório, bastando que o segurado exerça uma atividade remunerada no setor público ou privado, além disso outro fator em comum entre os regimes previdenciário é que ambos buscam assegurar meios mínimos de existência digna diante da ocorrência de um risco social – morte, invalidez, idade avançada entre outros - que impedem que o trabalhador exerça sua capacidade laboral em sua plenitude.

Entretanto, devido as constantes modificações normativas buscando reduzir o déficit previdenciário, o incentivo a criação, manutenção e filiação aos regimes complementares passou a ter status de política pública.

---

<sup>5</sup> COIMBRA, Feijó. **Direito previdenciário brasileiro**. 8.ed. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1997.p. 44.

O chamado regime complementar consiste no conjunto de normas e princípios aplicáveis a um grupo de indivíduos que buscam o pagamento de um benefício previdenciário de modo a complementar a renda proveniente de um regime de previdência básica<sup>6</sup>.

O tema previdência complementar dos servidores públicos foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 20/98, no que pese a sua existência pretérita no âmbito privado, e tem a finalidade de agir como ente supletivo buscando a expansão do sistema de proteção da seguridade social<sup>7</sup>.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 21, VIII, prevê, dentre as competências materiais da União, a de “administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada;”

Com o advento da Emenda Constitucional nº 20/1998, passou a ser facultado aos entes federativos instituírem seus regimes complementares de previdência social para os seus servidores efetivos, permitindo assim, que uma vez instituída, poderia o ente estipular um limite pecuniário para o pagamento dos benefícios previdenciários<sup>8</sup>.

Destaca-se que a instituição de um regime complementar, facultativo e contributivo de previdência social, implica em uma opção legislativa de incentivar o desenvolvimento da cultura previdenciária privada entre os servidores<sup>9</sup>.

Pode-se considerar a EC nº 20/98 como marco inicial para a previdência complementar dos servidores públicos, pois antes da citada norma constitucional não faria

---

<sup>6</sup> CAMPOS, Marcelo Lima Brito de. Regime Próprio de **Previdência Social dos Servidores Públicos**. 6.ed. Curitiba: Juruá, 2015.p.431

<sup>7</sup> PULINO, Daniel. Previdência complementar do servidor público. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP. Belo Horizonte, ano 2, n.4, jan/abr. 2013.

<sup>8</sup> Art. 40 [...]§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

§ 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.

<sup>9</sup> GRIGUET, Magadar Rosália Costa e outros. Previdência Social. São Paulo: Atlas, 2013. p.228.

muito sentido, vez que se pagava proventos integrais aos beneficiários, tendo como piso a última remuneração, além de ser assegurado o direito a paridade dos regimes entre os servidores da ativa com os inativos<sup>10</sup>.

Assim, pode-se afirmar que o regime complementar é um conjunto de ações do poder público e da sociedade, podendo inclusive se valer de ações estranhas à atividade estatal, visando possibilitar ao participante uma complementação de sua renda por meio da formação de uma poupança previdenciária<sup>11</sup>.

### **A NATUREZA JURÍDICA DO SISTEMA COMPLEMENTAR DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS**

Conforme previsto no art. 40, § 14 da Constituição da República Federativa do Brasil todos os entes federativos podem constituir e manter um regime de previdência complementar voltado aos seus servidores públicos com a finalidade de ofertar um benefício previdenciário complementar quando o agente público se encontrar na inatividade.

O regime complementar, por ter natureza facultativa, parte da realização de um acordo celebrado entre o servidor e o instituto previdenciário, se caracterizando por ser bilateral, oneroso, solene e de adesão<sup>12</sup>. Acrescenta-se às características o regime jurídico híbrido, pois ao mesmo tempo em que se aplicam regras de direito público, também é possível a aplicação de regras de direito privado, exigindo uma harmonia entre elas<sup>13</sup>.

Nos termos da Constituição Federal o regime de previdência complementar do servidor público deve ser organizado de forma autônoma em relação ao regime geral e o regime próprio de previdência social.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> CAMPOS, Marcelo Lima Brito de. Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos. 6.ed. Curitiba: Juruá, 2015.p.433

<sup>11</sup> MASCARENHAS, Janaína Bittencourt Faneca. MOREIRA, Mariana Miranda. Breves considerações sobre a regulação e a fiscalização das entidades fechadas de previdência complementar. Forum Administrativo – FA, Belo Horizonte, Ano 14, n. 166, dez. 2014.

<sup>12</sup> GRIGUET, Magadar Rosália Costa e outros. Previdência Social. São Paulo: Atlas, 2013. p.230.

<sup>13</sup> CAMPOS, Marcelo Lima Brito de. Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos. 6.ed. Curitiba: Juruá, 2015.p.443

<sup>14</sup> CF - Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

No Brasil a previdência complementar de caráter privado não pode ser utilizada como substituto do papel do Estado na prestação de serviços públicos previdenciários, apenas com caráter concorrente e suplementar. Fica a cargo do Estado a prestação da proteção previdenciária básica e obrigatória ao trabalhador por meio do RGPS e do RPPS's.<sup>15</sup>

A previdência complementar não se presa a substituir a cobertura básica típica dos regimes geral e próprio de previdência social. Ademais, a concessão de qualquer benefício de natureza complementar, não está vinculado a qualquer manifestação do regime de contribuição obrigatória.<sup>16</sup>

Ainda é possível perceber que o benefício previdenciário decorrente do sistema complementar decorre de uma relação contratual, que para ser válida exige a manifestação livre do segurado.<sup>17</sup>

Como já dito alhures, a Constituição Federal possibilita que a União, Estado, Municípios e Distrito Federal crie seus sistemas complementares de previdência social com a roupagem de entidades de caráter fechado de natureza pública.

Mas por outro lado, a Lei nº 12.618/12, que institui o regime complementar de previdência social para o servidor público efetivo federal, dispõe que as atuais fundações de previdência complementar do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário Federal possuem personalidade jurídica de direito privado, gozando de autonomia administrativa, financeira e gerencial.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> PULINO, Daniel. Previdência complementar do servidor público. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 9-68, jan./abr. 2013.

<sup>16</sup> idem

<sup>17</sup> Idem

<sup>18</sup> Lei nº 12.618/12 - Art. 4º É a União autorizada a criar, observado o disposto no art. 26 e no art. 31, as seguintes entidades fechadas de previdência complementar, com a finalidade de administrar e executar planos de benefícios de caráter previdenciário nos termos das Leis Complementares nºs 108 e 109, de 29 de maio de 2001:

I - a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), para os servidores públicos titulares de cargo efetivo do Poder Executivo, por meio de ato do Presidente da República;

II - a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg), para os servidores públicos titulares de cargo efetivo do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas da União e para os membros deste Tribunal, por meio de ato conjunto dos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; e

III - a Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud), para os servidores públicos titulares de cargo efetivo e para os membros do Poder Judiciário, por meio de ato do Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Em uma primeira análise do texto constitucional e da norma regulamentadora, pode ser que, aparentemente, as referidas normas se mostrem incompatíveis quanto a natureza jurídica dos institutos de previdência social complementar. Apesar desta primeira impressão, uma análise mais aprofundada pode levar a uma conclusão diversa.<sup>19</sup>

Não há que se confundir a “natureza pública” da previdência complementar do servidor com “personalidade jurídica”. Não é novidade no direito administrativo o uso de entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, pois também são instrumentos de atuação do Estado na prestação de um serviço público.<sup>20</sup>

Assim, muito embora se depara com um sistema de previdência complementar de natureza privada, deve-se ressaltar que este sistema está sujeito ao regime jurídico imposto pelo art.202 da Constituição Federal.<sup>21</sup>

Pode-se afirmar que o regime jurídico aplicável ao sistema de previdência complementar do servidor público sofre fortes influências do direito público por meio do direito constitucional, entretanto o próprio texto constitucional impõe alguns fundamentos que servem para distanciar o regime complementar dos demais regimes.<sup>22</sup>

Ademais, o uso da personalidade jurídica de direito privado para entes da administração pública corresponde apenas a uma técnica utilizada pelo Estado para cumprir sua missão que é atender com presteza o interesse da coletividade.<sup>23</sup>

Como ente da administração pública, fundações públicas previdenciárias de caráter privado estão sujeitas a regras típicas da administração pública, tais como realizar concurso público para a formação de seu quadro funcional, licitar nos casos de contratação da atividade meio, etc.

---

§ 1º A Funpresp-Exe, a Funpresp-Leg e a Funpresp-Jud serão estruturadas na forma de fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado, gozarão de autonomia administrativa, financeira e gerencial e terão sede e foro no Distrito Federal.

<sup>19</sup> CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A constitucionalidade da natureza jurídica das entidades gestoras do Regime de Previdência Complementar para os Servidores Públicos Federais. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 154, p. 71-76, dez. 2013.

<sup>20</sup> Idem

<sup>21</sup> PULINO, Daniel. Previdência complementar do servidor público. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 9-68, jan./abr. 2013.

<sup>22</sup> Idem

<sup>23</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 43

Mas por outro lado a sujeição ao regime jurídico de direito privado também traz outras consequência no que diz respeito a uma maior celeridade no tocante ao cumprimento de sua atividade finalística.

Não é difícil constatar que as regras de direito privado permitem uma maior celeridade e liberdade nas relações jurídicas, pois elas são celebradas sob a égide da disponibilidade de direitos.

Desta forma, seguramente a vontade do legislador foi criar uma entidade responsável pela execução da política pública de previdência complementar do servidor público livre das clássicas amarras inerentes a burocracia existente na administração pública brasileira e mais voltada à busca de resultados.

## **CONCLUSÃO**

Grandes tem sido as transformações introduzidas no direito administrativo brasileiro nas últimas décadas com a finalidade de modificar a postura do aparato administrativo brasileiro.

A implantação da administração pública gerencial no Estado Brasileiro não foi responsável por apenas modificar a nomenclaturas, como é o caso da mudança de “administrados” para “usuários”, mas trouxe importantes institutos que transformou a forma de se ver a administração pública.

A finalidade maior deste processo foi se livrar daquela aura burocrática e letárgica existente na décadas de 70 e 80 e implantar um modelo de Administração Pública capaz de executar políticas públicas com celeridade, economicidade e satisfação do usuário.

Para alcançar tal finalidade se fez necessário trazer o espírito do direito privado onde a busca constante por lucros fez imprimir uma maior agilidade e economicidade às atividades empresariais.

Nesta esteira, no processo de implantação do sistema de previdência complementar do servidor, o legislador achou por bem optar por um modelo de instituto revestido pelas regras de direito privado dotado de autonomia administrativa, financeira e gerencial.

Com esse modelo, ainda que de caráter público, a pretensão é que a efetividade da política pública previdenciária voltada ao servidor concursado se materialize por meio de uma maior liberdade decorrentes das regras de direito público e de direito privado.

A administração pública não pode ser uma estrutura formada por instituições e agentes imutáveis. É necessário que constantemente se altere as estruturas que não são mais capazes de favorecer o bem público, além de manter aqueles que obtiveram êxito, afinal a busca pela satisfação coletiva deve ser o mote que justifica a atividade estatal.

### Bibliografia

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **A Administração Pública entre o direito público e o direito privado**. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, ano 4, n. 8, p. 203-226, jul./dez. 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 outubro 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 12.618, de 22 de abril de 2012**. Institui o regime complementar de previdência do servidor público efetivo federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 12 outubro 2016.

CAMPOS, Marcelo Lima Brito de. **Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos**. 6.ed. Curitiba: Juruá, 2015.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **A constitucionalidade da natureza jurídica das entidades gestoras do Regime de Previdência Complementar para os Servidores Públicos Federais**. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 13, n. 154, p. 71-76, dez. 2013.

COIMBRA, Feijó. **Direito previdenciário brasileiro**. 8.ed. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1997.

GRIGUET, Magadar Rosália Costa e outros. **Previdência Social**. São Paulo: Atlas, 2013.

MASCARENHAS, Janaína Bittencourt Faneca. MOREIRA, Mariana Miranda. **Breves considerações sobre a regulação e a fiscalização das entidades fechadas de previdência complementar**. *Forum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, Ano 14, n. 166, dez. 2014.

PULINO, Daniel. **Previdência complementar do servidor público**. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 4, p. 9-68, jan./abr. 2013.

## **A GOVERNANÇA GLOBAL COMO EXPRESSÃO DA DEMOCRACIA**

**Clarice Souza Prados<sup>1</sup>**

**Henrique Rodrigues Lelis<sup>2</sup>**

### **Introdução**

Tendo em conta o novo contexto mundial acerca dos modelos de gestão estatal e mecanismos de solução de conflitos no âmbito internacional, especialmente quanto aos aspectos democráticos, legitimidade e eficácia, urge analisar a real contribuição que a governança global oferece para a construção de mecanismos democráticos e participativos.

Sendo o objetivo deste artigo a realização de um estudo comparado entre os mecanismos de governança global e os institutos propostos pela democracia de exercício, a presente pesquisa valeu-se do método dedutivo, tomando como base o estudo doutrinário de Pierre Rosavallon e as propostas e conceitos produzidos pela Comissão sobre Governança Global da ONU.

Inicialmente fez-se uma análise conceitual sobre democracia de exercício e governança global, para posteriormente realizar um estudo comparado entre as características e finalidades dos modelos de governança com os aspectos e propostas advindas daquilo que o doutrinador Rosavallon denomina como “bom governo”, no objetivo de criar um quadro geral sobre o tema.

Na última parte do artigo, fez-se uma análise mais acurada sobre a participação dos atores não estatais, buscando demonstrar em que medida a participação desses autores é relevante para a concretização de uma governança global democrática, bem como analisar a questão da legitimidade democrática desses novos atores, para finalmente, concluir-se que a

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Pós graduada em Direito Ambiental pela Universidade Gama Filho em 2007. Graduada em Direito pela Universidade de Itaúna em 2006.

<sup>2</sup> Advogado. Produtor cultural. Mestrando do Programa de Pós Graduação Stricto Senso da Universidade de Itaúna- Mestrado em Direito “Proteção dos Direitos Fundamentais”.

governança global muito tem a contribuir para a promoção e efetivação dos valores democráticos.

## 1. Democracia de exercício

No decurso de sua existência, os governos democráticos sofrem mutações decorrentes do contexto político-social de sua época. *“Quando se fala em Estado e todos os seus adereços, estamos diante de uma fórmula institucional dotada de historicidade e geografia, apesa de sua pretensão a eternidade e universalidade.”* (BOLZAN DE MORAIS; BRUM, 2016b, pg 44)

A democracia contemporânea é o resultado de uma dinâmica cuja características básicas extrapolam a natureza meramente vinculada às eleições e o caráter representativo dos eleitos, perpassando pelas condições de controle que a sociedade exerce sobre o poder, ou, como afirma Rosanvallon, nas relações entre governantes e governados. (ROSANVALLON, 2015a)

Desta forma, as eleições, incluindo as relativas ao Chefe do Executivo, representam apenas uma autorização para governar (legitimidade de acesso), uma parte da legitimidade conferida ao poder. *“O princípio da maioria, segundo ele, forma apenas uma parte da legitimidade, que, se fosse restrita a esse princípio, seria muito incompleta.”* (BOLZAN DE MORAIS; BRUM, 2016b, pg 73)

Do outro lado, encontra-se a legitimidade de exercício, que extrapola o procedimento eleitoral chegando-se ao exercício do poder, cujo princípio é o dever do governante de agir de acordo com os interesses do povo. (BOLZAN DE MORAIS; BRUM, 2016b)

Pode-se dizer que a primeira é um tipo de legitimidade “procedimental” e a segunda, “substancial”.

Rosanvallon descreve, com bons detalhes, o percurso histórico das marchas e contramarchas de cada dimensão da legitimidade, ora com mais atenção a vontade das urnas, ora com atenção a uma vontade “mais racional” do poder, dando ênfase aos servidores públicos de carreira, à burocracia. (BOLZAN DE MORAIS; BRUM, 2016b, pg 74)

Tomando como base uma construção histórica das características dos regimes democráticos, concluiu-se que, o crescimento da importância do Poder Executivo provocou

uma mudança de paradigma democrático. Por esta razão, a reflexão sobre as práticas democráticas devem basear-se nas relações entre governantes e governados e não apenas nas relações entre representantes e representados. A questão central do problema está no exercício do poder, cuja natureza tornou-se viciada e decadente.

A eleição e a representatividade do eleitorado são apenas um momento da democracia. Desta forma, o aperfeiçoamento de seus mecanismos não podem ser considerados como suficientes para o desenvolvimento da democracia contemporânea.

Até agora, a maioria das reflexões sobre a democracia se concentrou nos problemas de representação, da má representação. Creio que entramos em regimes políticos em que é preciso reconhecer que o poder central suplantou o Poder Legislativo. No entanto, a democracia foi concebida para que se instalasse um poder parlamentar representativo. Devemos fazer com que esse poder Executivo participe da democracia, porque até agora está participando a meias da democracia.

O Poder Executivo faz parte da democracia mediante o sufrágio universal que elege o chefe do Estado. Mas é apenas uma licença para governar e que não vem acompanhada nem de um código de circulação, nem de uma escala de sanções. O grande problema das nossas democracias consiste em que temos uma democracia eleitoral, o que eu chamo de uma democracia autorizada, mas não contamos com uma democracia de exercício. (ROSANVALLON, 2015b, pg 01)

É preciso compreender que a exigência de ações positivas por parte do Estado, que assumiu a responsabilidade de implantar políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais, elevou o Poder Executivo a uma preponderância em relação ao Poder Legislativo e Judiciário. *“Esse acúmulo cada vez maior da função legiferante no Poder Executivo, justifica-se, talvez, em decorrência das necessidades permanentes da atividade estatal em acompanhar o desenvolvimento por que passa a sociedade hipercomplexa.”* (SIMÕES DE TOMAZ, 2011, pg 86)

Por sua vez, o crescimento da importância do Poder Executivo como ente responsável pela implementação e execução das políticas públicas alterou o papel do Poder legislativo que, no atual quadro, passou a ser o de garantir a sustentação ou de promover a oposição política do governante. Isto significou que as demandas sociais não são mais objeto de deliberação no parlamento.

A finalidade do Legislativo não é mais a representação popular. Na democracia contemporânea, o trabalho parlamentar é o de atuar com base em um alinhamento político e ideológico a um determinado bloco partidário.

Por esta razão, o aperfeiçoamento dos mecanismos representativos ou de acesso ao poder não alteram o quadro de crise democrática, já que, repetem fórmulas e características históricas que não mais respondem ao problema da governabilidade.

A ideia geral, nesse ponto, é a de que ainda hoje estaríamos apostando em uma espécie de “mais do mesmo”, pretendendo aperfeiçoar os regimes democráticos reforçando características que historicamente foram sendo conquistadas e consideradas valiosas, quais sejam: uma maior democratização das eleições (do direito de votar e ser votado), uma melhoria no caráter representativo dos eleitos (que deveriam representar a voz de todos os segmentos sociais) e mecanismos de “legislação direta pelo povo” (democracia participativa). Em todos esses casos, estão sendo considerados os seguintes fatores como os mais importantes para o aprofundamento democrático: a natureza e a qualidade da relação entre representantes e representados, assim como a possibilidade de intervenção direta dos cidadãos. ....

Por isso, haveria a necessidade de “prolongar-se a democracia de autorização com uma espécie de democracia de exercício, cujo o objetivo seria determinar as qualidades esperadas dos governantes e as regras que organizam suas relações com os governados (BOLZAN DE MORAIS; BRUM, 2016a, pg 01)

A democracia de exercício possui características próprias que se aplicadas constroem o que Rosanvallon definem como um “bom governo”: Primeiro são relacionados três princípios regentes das relações dos governados com os governantes, segundo as qualidades pessoais requeridas do governante no exercício da função. (ROSANVALLON, 2015a)

O princípio da Legibilidade, tem a finalidade de permitir ao cidadão avaliar a qualidade do governo, ampliando sua capacidade de interpretação e compreensão dos fatos políticos. Para isto, é preciso aprimorar os mecanismos de acesso a informação, sua qualidade e veracidade, aumentando a transparência e visibilidade do poder perante o cidadão. Estas medidas permitiriam a compreensão do funcionamento das instituições, dando condições para que a própria sociedade passe a controlar o funcionamento das Instituições, avaliar seus resultados e efetividade. (ROSANVALLON, 2015a)

A responsabilidade, que privilegia a ideia do compromisso do governante com o passado – prestando contas – e com o futuro – atuando para a transformação social – um tanto auto explicativo, releva a ideia de que o autor denomina responsabilidade justificção – a ideia de que a democracia é um regime que obriga o poder a explicar-se, conformando uma relação entre um ator e um foro. Nessa relação, o primeiro teria a obrigação de explicar e justificar sua conduta e os integrantes do segundo (do foro) poderiam fazer perguntas e emitir juízos a respeito das consequências pelas quais o ator deveria responder. (BOLZAN DE MORAIS; BRUM, 2016a, pg 01)

Por último, o princípio da responsabilidade cuja a melhor definição seria a de um compromisso do governo em responder as expectativas da população de forma dinâmica, buscando sempre a melhor e mais rápida resposta a uma demanda.

Esses três princípios formam o que o autor chama de democracia de apropriação, dando sentido à ideia de que o poder não seja outra coisa que não uma relação e, portanto, de que são as características dessa mesma relação as que definem a diferença entre uma situação de dominação e a de uma simples distinção funcional, dentro da qual se pode desenvolver uma forma de apropriação cidadã do poder. (BOLZAN DE MORAIS; BRUM, 2016a, pg 02)

No que tange as qualidades pessoais de um governante, estas devem ser guiadas no sentido de estabelecer uma relação de confiança com a sociedade, decorrendo duas características básicas, falar veraz e a integridade.

Falar veraz trabalha com o significado do discurso que deve ser direcionado a uma explicação e justificativa verdadeira das ações do governo. Deve demonstrar de forma clara e precisa o rumo ou horizonte que está sendo seguido, incluindo suas perspectivas positivas e suas consequências negativas ou vícios de forma a demonstrar a real intenção do governo.

A política democrática envolve dar uma linguagem que as pessoas vivem, fazer a ação pública legível, os seus objetivos e as suas vicissitudes, achando as palavras que expressem naquele determinado momento a sensação de uma experiência difícil ou um orgulho coletivo. (ROSANVALLON, 2015a, pg 297)

A integridade resvala na identificação positiva das pessoas com o cargo que ocupa, criando uma imagem positiva do ocupante que por reflexividade gera uma credibilidade e confiança nas ações do governo.

Concepções tradicionais de interesse geral e a representação como resultado experimentou uma redefinição radical. O interesse geral, mais difícil de apreender, tende, mais modestamente, para assimilar-se a um formula: A identificação positiva das pessoas com as funções que ocupa. Dai a aversão a comportamentos que se consideram como uma apropriação, ou privatização das funções públicas ou seus atributos. (ROSANVALLON, 2015a, pg 321)

Esses atributos formam o que o autor chama de democracia de exercício, capacitadoras de uma estrutura básica que o autor chama de um bom governo. Acrescenta-se que, tais princípios não tem sua aplicação exclusiva aos chefes do executivo. Elas são destinadas a todo conjunto de instituições que possuem alguma função de regulação, incluindo a jurisdição.

## 2. A governança global

Inspirados nos modelos de gestão corporativa advindas da administração de empresas, o Banco Mundial passou a desenvolver modelos de gestão estatal cuja finalidade era a melhoria de resultados econômicos por parte daqueles Estados atingidos por graves crises econômicas. Posteriormente, tais modelos de gestão passam a incorporar questões relativas ao exercício do poder político e socioambiental, criando-se as bases do conceito de governança global, como é melhor explicado por Alcindo Gonçalves:

A expressão “governance” surge a partir de reflexões conduzidas principalmente pelo Banco Mundial, “tendo em vista aprofundar o conhecimento das condições que garantem um Estado eficiente” (DINIZ, 1995, p. 400). Ainda segundo Diniz, “tal preocupação deslocou o foco da atenção das implicações estritamente econômicas da ação estatal para uma visão mais abrangente, envolvendo as dimensões sociais e políticas da gestão pública” (Ibid., p. 400). A capacidade governativa não seria avaliada apenas pelos resultados das políticas governamentais, e sim também pela forma pela qual o governo exerce o seu poder. Segundo o Banco Mundial, em seu documento *Governance and Development*, de 1992, a definição geral de governança é “o exercício da autoridade, controle, administração, poder de governo”. Precisando melhor, “é a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país visando o desenvolvimento”, implicando ainda “a capacidade dos governos de planejar, formular e implementar políticas e cumprir funções”. Duas questões merecem aqui destaque:

- a) A idéia de que uma “boa” governança é um requisito fundamental para um desenvolvimento sustentado, que incorpora ao crescimento econômico equidade social e também direitos humanos (SANTOS, 1997, p. 340-341);
- b) A questão dos procedimentos e práticas governamentais na consecução de suas metas adquire relevância, incluindo aspectos como o formato institucional do processo decisório, a articulação público-privado na formulação de políticas ou ainda a abertura maior ou menor para a participação dos setores interessados ou de distintas esferas de poder. (GONÇALVES, 2005, pg 01)

Baseado nos estudos elaborados pela Comissão sobre Governança Global da ONU (COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL, 1996), pode-se conceituar a Governança global como sendo a totalidade das diversas maneiras pelas quais os indivíduos, as instituições públicas e privadas administram seus problemas comuns. É um processo contínuo pelo qual torna-se possível acomodar interesses conflitantes por meio de ações cooperativas.

Diz respeito não só a instituições e regimes formais autorizados a impor obediência, mas também a acordos informais que atendam aos interesses das pessoas e instituições que sejam capazes de obter resultados efetivos em relação aos problemas da humanidade, o que

muito se assemelha à ideia de apropriação por parte do cidadão dos instrumentos e instituições públicas, de modo a acompanhar sua ação e resultado.

Visa obter respostas a questões transnacionais de forma democrática, garantindo a efetiva participação popular, especialmente o direito dos diversos entes de uma sociedade de serem parte do processo decisório em questões cujo resultados, podem trazer consequências diretas ou indiretas ao seu modo de vida.

Além do Estado, envolve organizações não-governamentais (ONG's), movimentos civis, empresas multinacionais e mercados de capitais globais, visando a produção de resultados eficazes sem a utilização da força, tendo como finalidade a orientação de novas formas de administração dos problemas globais, que não podem ser solucionado sem a participação de diversos atores estatais e não estatais, face a sua complexidade, bem como efeitos heterogêneos.

A teoria moderna do Estado soberano supõe a idéia de uma "comunidade nacional de destino": uma comunidade que se governa a si própria e determina seu próprio futuro. Essa idéia é questionada fundamentalmente pela natureza do padrão de interconexões globais e pelas questões que devem ser enfrentadas pelo Estado moderno. As comunidades nacionais de modo algum "programam" com exclusividade as ações, decisões e políticas de seus governos e esses de modo algum simplesmente determinam o que é justo ou apropriado apenas para os seus cidadãos<sup>17</sup>. Qualquer pressuposto simples da teoria da democracia de que as relações políticas são ou poderiam ser "simétricas" ou "congruentes" é inteiramente injustificado. (HEDEL,1991, pg08)

A capacidade de conhecer as causas e consequências de uma determinada política pública, torna-se uma condição *sine qua non* para a efetiva participação nestes processos decisórios, o que nos remete a importância da legitimidade em conexão ao seu principal adereço, o direito à informação.

A governança global também envolve o tratamento de questões de natureza individual, cujo resultado pode impactar o coletivo, como exemplo, a defesa do meio ambiente em razão do impacto ambiental de empreendimentos, o tratamento de saúde em casos de epidemia e pandemia. Aqui destaca-se o papel da governança global na busca por mecanismos organizadores dos novos atores globais, capacitando-os para participarem do processo de tomada de decisões proativamente, em semelhante afinidade com o princípio da Responsabilidade proposto pela democracia de apropriação.

A governança global busca organizar as forças e capacidades dos diversos atores estatais e não estatais que possuem objetivos comuns, compatibilizando interesses, forças e competências, para desenvolver soluções de forma pacífica e cooperativa dos problemas que podem afetar a distintos Estados e indivíduos.

Ela promove a cooperação e a solidariedade em substituição ao uso da força política e militar, fazendo com que o poder militar e econômico seja condicionado e submetido ao império da lei, sem esquecer da eficácia e materialidade das decisões tomadas, que devem efetivamente buscar os melhores resultados.

Busca influenciar e fundamentar a tomada de decisão em nível local, nacional e regional, contribuindo para a formação de parcerias eficientes na solução de problemas comuns da humanidade.

Além de desenvolver mecanismos que sejam capazes de prever e prevenir crises mundiais, reduzir os impactos daquelas que surgirem, especialmente quanto aos grupos e comunidades mais vulneráveis.

As implicações *disso* para a sociedade civil são, em parte, claras. Uma federação democrática de Estados e sociedades civis é incompatível com a existência de conjuntos poderosos de relações e organizações que, dadas as bases sobre as quais se desenvolvem suas operações, podem distorcer sistematicamente os processos democráticos e, por isso mesmo, distorcer seus resultados. Entre outras coisas, o que está em questão aqui é a redução do poder que têm as companhias multinacionais de influenciar a agenda política (utilizando-se, nessa redução, de expedientes tais como participação especial no capital, participação de cidadãos na diretoria das empresas, financiamento público das eleições) bem como a restrição das atividades de poderosos grupos de interesse internacionais que perseguem seus objetivos sem limitações (através, por exemplo, da regulamentação dos procedimentos de negociação para minimizar a utilização de argumentos de força nas relações intra e entre associações públicas e privadas, e o estabelecimento de normas impedindo o patrocínio -de representantes políticos por parte de interesses setoriais, sejam esses últimos indústrias ou sindicatos específicos). Se se pretende que indivíduos sejam livres e iguais na determinação das condições de sua existência, é preciso que haja um conjunto de esferas sociais - como por exemplo empresas privadas e cooperativas, meios de comunicação e centros de saúde independentes — cujos recursos são controlados pelos seus membros sem interferência direta de agências políticas ou terceiros de qualquer tipo<sup>94</sup>. Também está em questão uma sociedade civil que nem é planejada nem meramente orientada pelo mercado; trata-se de uma sociedade aberta a organizações, associações e agências que desenvolvem seus próprios projetos e se submetem aos limites impostos por uma estrutura comum de ação e pelos processos democráticos. (HEDEL,1991, pg49)

Neste sentido, a integridade, coerência e estabilidade do discurso tornam-se preponderantes para a construção de um ambiente promotor do diálogo, onde os atores

tornam-se capazes de compreender e confiar nos mecanismos de tomada de decisão, gerando maior efetividade e na implementação das soluções sugeridas.

### **3. Os atores não estatais e sua importância**

A democracia de exercício relaciona-se com a formação de estruturas institucionais capazes de promover o aprimoramento das relações entre governantes e governados. Neste sentido, a expressão democracia vai além da representatividade, perpassando para além das formas de exercício de poder, no intuito de incluir os mecanismos de participação dos governados nos processos pelos quais ocorrem a tomada de uma decisão, bem como na avaliação que estes devem fazer de seus resultados.

Desta feita, ao se relacionar tal teoria com os padrões indicados pela governança global, surge a preponderância do papel dos atores não estatais, uma vez que, estes assumem um importante rol no âmbito das relações internacionais

No plano global, a governança foi vista primeiramente como um conjunto de relações intergovernamentais, mas agora deve ser entendida de forma mais ampla, envolvendo organizações não-governamentais (ONG), movimentos civis, empresas multinacionais e mercados de capitais globais. Com estes interagem os meios de comunicação de massa, que exercem hoje enorme influência” (COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL, 1996, p. 2)

Sendo assim, entende-se que uma das facetas democráticas da governança, tem a ver com a presença crescente desses atores no cenário político e social, reconhecendo, no campo do Direito Internacional, essa presença na discussão e formulação de tratados, convenções e resoluções, bem como na sua implementação efetiva. (GONÇALVEZ, 2005). Isso resulta naquilo que compreende-se como democracia de exercício, prevalecendo como primordial as relações entre governantes e governados.

Para Gilberto Dupas (2005) os Estados na era pós globalização deixam de constituir-se como únicos atores globais, somados aos fato de que com a liberação das fronteiras surgem jogos suplementares, novos papéis e regras desconhecidas, bem como novas contradições e conflitos, causando graves dificuldades quanto a governabilidade.

Os Estados e os governos como afirma a Comissão sobre Governança Global (1996), continuam sendo as principais instituições públicas para lidar de forma construtiva com as questões que afetam os povos e a comunidade global. No entanto, com o

crescimento do mercado de capital global, o reconhecimento de problemas transfronteiriços e questões cujo âmbito de resultado influenciam toda a humanidade, fez-se necessário a presença de novos atores não estatais, com fulcro a promover a união de forças e competências para a construção de soluções que sejam capazes de se tornarem efetivas.

Os atores não estatais são aqueles que não pertencem à estrutura estatal, mas atuam na participação da gestão de seus problemas, buscando solucioná-los, denominando-se de sociedade civil global, que engloba as organizações não governamentais e as empresas multinacionais, os organismos internacionais, que apesar de não deterem os poderes de governo, sua aptidão técnica ou seus interesses e competências comuns influenciam diretamente na governabilidade, razão pela qual é recomendável a construção de mecanismos capazes de promover a sua participação no processo decisório.

Para Ana Flávia Arros-Platiau sociedade civil global é:

A sociedade civil global, como Wapner define, é tudo que se encontra entre as esferas pública e individual, ou seja, o que há abaixo do Estado e acima do indivíduo. [...] Mas quem é membro da sociedade civil global? A resposta, que todos nós somos, traz à tona a questão bem mais complexa da legitimidade de atores internacionais que se apresentam como os representantes da sociedade civil. Todavia, a sociedade civil global não foi construída por ninguém, ela se autoproclamou para contestar a ordem estabelecida. Ela é composta por grupos que formam coalizões mais ou menos estáveis, ou redes, para entrar na cena política. O objetivo desses atores é principalmente o de criar um espaço público autônomo em relação aos Estados, ou aos atores poderosos, para realizar seus objetivos específicos de defesa de interesses comuns, como a proteção ambiental. (BARROS-PLATIAU, 2001, p. 4)

Conforme a Comissão sobre Governança Global (1996) o que melhor exprime a sociedade civil global são as organizações não-governamentais, que constituem um grupo diverso e multifacetado, podendo atuar em áreas locais, nacionais, regionais ou globais. Algumas visam o interesse o público em geral, outras são mais específicas ou particulares, podem atuar individualmente ou em rede para trocar informação e dividir tarefas. As ONG's contribuem para uma melhor governança global, uma vez que ajudam a elaborar agenda de políticas públicas, identificando e definindo questões críticas e prestando assessoria às autoridades.

As empresas multinacionais também tem um papel a cumprir na governança global, assumindo responsabilidades e buscando por melhores condições de vida e de trabalho, bem como agindo de maneira a preservar o meio ambiente.

A Comissão sobre Governança Global (1996) acredita que é necessário incentivar as empresas a agirem responsavelmente na comunidade global e a contribuírem para sua governança ao afirmar que

A comunidade internacional deve angariar o apoio das empresas transnacionais no que tange a governança global e incentivar as melhores práticas, reconhecendo o papel que o setor privado tem a cumprir no atendimento das necessidades da comunidade global. É provável haver maior aceitação dessas responsabilidades se o setor empresarial for chamado a participar dos processos de governança. (COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL, 1995, p. 194)

Para Alcindo Gonçalves (2006) as ONG's são fundamentais para a ideia de governança global, são os atores não estatais por excelência. Para ele não são atores da governança as associações que agem em interesse próprio ou buscando o lucro, como empresas transnacionais e grupos criminosos, como também aquelas voltadas à atividade familiar ou espiritual (a própria família, como instituição, não faria parte da sociedade civil).

#### **4. A legitimidade dos atores estatais por meio da capacidade técnica**

Em muitos aspectos, a legitimidade dos atores não estatais em agir no plano da governança global ainda é questionável, com destaque para as ONG's (GONÇALVES. 2006), uma vez que seu processo de formação e gestão não são modelos que possam ser considerados, do ponto de vista clássico, como representativos de toda sociedade.

Seus membros não são escolhidos pela sociedade; não são passíveis de controle de fiscalização; são suscetíveis de sofrer influências externas, principalmente de ordem financeira, suas decisões e formas de ação não passam pelo crivo de aprovação da sociedade, razão pela qual, inicialmente há dúvidas quanto a sua legitimidade em agir em nome de uma coletividade, que em momento algum lhes outorgou tal finalidade.

Entretanto, não se pode deixar de destacar o fato de que, estas ONGs possuem características e competências técnicas que as habilitam a participar efetivamente no processo de busca de solução de problemas comuns da humanidade, mostrando-se por diversas vezes, eficiente na luta pelos direitos humanos, pela proteção dos grupos minoritários, pela defesa dos animais e do meio ambiente, dentre outras.

Assim sendo, o âmbito de análise da questão deve englobar não apenas a questão da legitimidade por representatividade, mas também a legitimidade por imparcialidade e por proximidade.

De forma resumida e simplista, porém objetiva e suficiente para este trabalho, o conceito de legitimidade pode ser entendida como um aspecto que vai além da legalidade, abarcando concepções jurídicas que devem ser obtidas por meio de um processo consensual e ético de reconhecimento da capacidade de se falar em nome do povo:

Além de atender ao aspecto da legalidade, a manifestação do sujeito, para ser legítima, deve ser jurídica, isto é, deve traduzir um resultado consensual e ético.

[...]

Um ato só será legítimo, nessa esteira, se os destinatários o acatarem, por se identificarem com os fins por ele colimados. O respeito à manifestação deve substituir o medo de descumpri-la, de molde a transformar, por si mesmos, a observância em prêmio e o descumprimento em sanção.

Assim é que, hipoteticamente, uma entidade não será verdadeiramente legítima para representar seus filiados, se estes não a virem como parte do procedimento e do conteúdo das decisões, ainda que a lei diga o contrário. (LIMA, 2010, p. 54 e 54)

Há duas formas de se obter legitimidade para falar em nome do povo ou representá-lo. A primeira, pela observância do princípio da maioria, que no entanto, forma apenas uma parte da legitimidade do Estado democrático de direito, já que este vai muito além dos procedimentos das eleições e do sufrágil universal.

A segunda forma legítima está alicerçada na expertise em lidar com um determinado tema, encontrando-se sua natureza na tecnocracia, ou, na qualificação profissional de uma determinada autoridade em exercer determinada função, de forma imparcial e eficiente ao apresentar respostas concretas ao problema.

Ao longo da história, de acordo com Rosanvallon, duas foram as maneiras mais características de obtenção de legitimidade, pelo sufrágil Universal e pela expertise da administração pública. A igualdade de expressão reconhecida pelo voto (eleição) corresponderia, em linhas muito gerais, o princípio da igualdade na admissão para funções públicas (concurso). Simultaneamente, esses dois tipos de provas ou testes paralelos foram consagrados para designar aqueles que podemos denominar representantes da generalidade social. A eleição como opção subjetiva, guiada pelo sistema de interesses e opiniões, e o concurso como seleção objetiva dos mais competentes. (BOLZAN DE MORAIS; BRUM, 2016A, pg 73)

Neste caso, a análise da legitimidade das ONG's deve orbitar no plano de sua legitimidade por meios dos atributos da imparcialidade e da proximidade, cuja ordem e o reconhecimento ético de suas ações encontram-se pautadas nas técnicas e nas capacidades

que estes grupos possui em propor soluções efetivas aos problemas comuns de uma sociedade, de forma tal que, seu agir coaduna com o modelo ético pelo qual se funda o projeto de inclusão de uma sociedade, tornando seus resultados condizentes com aquilo que é um desejo comum de um determinado povo. “*O povo princípio reconduz ao princípio da igualdade, sendo um modo de composição “do comum”, referindo-se portanto, ao estatuto mínimo da pessoa, aos seus direitos fundamentais.*” (BOLZAN DE MORAIS; BRUM, 2016A, pg 79)

Não há dúvida que com a crescente participação dos atores não estatais na gestão de seus problemas, fortalece o sistema democrático, uma vez que a democracia não se manifestava apenas através do direito de votar, mas também com a participação efetiva da sociedade na sua própria gestão, lutando por seus interesses.

A Comissão sobre Governança Global (1995, p. 26) ao falar da necessidade de criar mecanismo que aumentem a participação popular na governança, aliada à decepção com os desempenhos dos governos, ao reconhecer sua limitada governabilidade, contribuiu para a expansão das ONG's, afirmando que “*a proliferação desses grupos aumenta a representatividade e fortalece o pluralismo e a democracia*”. (COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL, 1995, p. 26)

Ademais, esse relatório acrescenta a relevância destes novos atores que contribuem de forma ímpar para o processo de comunicação e de promoção da informação à sociedade quanto aos problemas mundiais, melhorando a expressão democrática da governança:

O progresso das comunicações facilitou enormemente o processo. A revolução no campo das informações e das comunicações está contribuindo para diluir o poder por toda a sociedade, frequentemente transferindo-o de estruturas hierárquicas para pequenos grupos e aumentando a capacidade de comunicação de grupos diversos. Na verdade, a formação de redes de comunicação informatizadas está dando nova configuração e imprimindo novo vigor à sociedade civil e facilitando parcerias com instituições intergovernamentais. (COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL, 1995, p. 26)

Com a mudança do comportamento da sociedade tem-se uma nova forma de gestão que não compete apenas e exclusivamente à atuação estatal, embora essa continue sendo o principal ator, mas não mais o único.

Há uma relação simbiótica entre Estado, sociedade civil, cidadãos e estruturas democráticas; juntos estabelecem os parâmetros e constituem o substrato da governança democrática.  
[...]

O surgimento de uma sociedade civil global é uma importante condição da democracia em nível mundial, embora não possa garanti-la. (RELATÓRIO DA COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL, 1996, p. 46)

Por fim, é necessário apontar que dentre as formas de Governança tem-se a Governança local cuja diferença para a governança global está apenas na questão espacial, ou seja, na questão territorial. A Governança Local se restringe ao espaço territorial referente às cidades ou regiões, o que “*permite um maior conhecimento das relações entre as pessoas e as comunidades, e com o seu ambiente social e territorial.*” (ESTEVE, 2009, p. 163)

A Governança Local é relevante para efetivar a democracia no que pese à necessidade em atender as peculiaridades da sociedade local, conforme explica Santos Junior (2002):

E, de fato, constatamos que os municípios diferem muito no que respeita a cultura cívica, a dinâmica da sociedade civil e a constituição de esferas públicas. Não só o grau de associativismo da população é bastante diferenciado entre as regiões, e mesmo no interior das cidades brasileiras, como também há diferenças significativas entre os padrões associativos (tipos de associação), segundo os extratos sociais considerados. Com efeito, as possibilidades de constituição de esferas públicas e suas dinâmicas políticas são muito distintas, segundo os diversos contextos sociais, heterogêneos e diversificados, da realidade brasileira. (SANTOS JUNIOR, 2002, s/p)

## **Conclusão**

A democracia contemporânea possui novos paradigmas que deixam de ser pautadas nas relações entre representantes e representados para atuar no âmbito das relações entre governantes e governados. Desta forma, surge o necessário debate sobre a forma de participação de atores não estatais no processo de tomada de decisões governamentais.

Para a compreensão deste fenômeno, a teoria doutrinária de Pierre Rosavallon sobre democracia de exercício contribui com apontamentos sobre as características que ocorrem com o incremento da participação popular e as qualidades necessárias ao governante para a construção de um sistema que se torne uma expressão autêntica da democracia.

Por sua vez, os mecanismos institucionais e processos decisórios defendidos pela governança global muito se assemelham aos processos apontados por Rosavallon em sua teoria, especialmente quanto ao agir dos atores não estatais, destacando-se as ONG's.

Em razão de suas peculiaridades quanto a sua formação, gestão e forma de ação, faz-se necessário aprimorar o debate sobre a legitimidade das ONG's para representar a sociedade civil ou até mesmo uma dada coletividade. O que nos remete às características da legitimidade por imparcialidade e por proximidade, onde a neutralidade e a capacidade técnica em atuar relativo a um determinado assunto a conduz para um agir em consonância com os princípios e valores participativos, o que nos leva ao reconhecimento de sua legitimidade.

Desta forma, conclui-se que os mecanismos de governança global absorvem os valores da democracia de exercício, contribuindo para a efetivação da própria democracia participativa.

### Referências

BARROS-PLATIAU, Ana Flávia. Novos atores, governança global e o direito internacional ambiental. **Meio Ambiente. Grandes eventos da Escola Superior do Ministério Público da União**, 2001.

COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL. **Nossa Comunidade global: o relatório da Comissão sobre Governança Global**. Tradução: Luiz Alberto Monjardim e Maria Lúcia Leão Velloso de Magalhães. Edição eletrônica. Editora da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 1996.

DUPAS, Gilberto. **Atores e poderes na nova ordem global: assimetrias, instabilidade e imperativos de legitimação**. São Paulo: Editora UNESP. 2005.

ESTEVE, Josep M<sup>a</sup> Pascual. **Governança democrática: construção coletiva do desenvolvimento das cidades**. Tradução de João Carlos Vitor Garcia. Belo Horizonte: UFJF, 2009

GONÇALVES, Alcindo. O conceito de governança. **XIV Encontro do Conpedi**, 2005.

GONÇALVEZ, Alcindo. A Legitimidade na Governança Global. In: **Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito—CONPEDI**. Manaus: 2006.

HELD, David. A democracia, o Estado-nação e o sistema global. **Lua Nova: revista de cultura e política**, n. 23, p. 145-194, 1991.

JUNIOR, Orlando Alves dos Santos. Democracia, desigualdades e governo local: dilemas da reforma municipal no Brasil. **Cadernos Metrópole** n. 8, pp. 87-103, 2º sem. 2002. Disponível em <http://revistas.pucsp.br>. Acessado em 06 de novembro de 2016.

LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. **Centrais Sindicais: legitimidade de atuação e perspectivas**. São Paulo: LTr, 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. REPE&C 25 – Bom Governo, Poderes Selvagens e Juristocracia. In: **emporiododireito.com.br**. [S.I]. 07 de junho de - 152 -2016.Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/repec-25/>. Acesso em: 21 de julho de 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas Públicas e Jurisdição constitucional: entre direito, deveres e desejos**.1º ed. Livraria do Advogado editora. Porto Alegre. 2016. Isbn:978.85.69538.13.4

ROSANVALLON, Pierre. **El Buen Gobierno**. 1º edição. Buenos Aires. Ed Manantial. 2015. Isbn: 9789875002173

ROSANVALLON, Pierre. “**Temos democracia eleitoral, mas não de exercício**”. 01 de dezembro de 2015. Instituto Humanitas Unisinos – IHU. Entrevista concedida a Eduardo Febbro m Pierre Rosanvallon, tradução de André Langer.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição: entre o texto e o contexto**. 1º ed. São paulo. ed Baraúna, 2011. Isbn: 978.85.7923.452.1

A Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança” traz à lume para a comunidade jurídica pátria e internacional seu primeiro livro, fruto direto de suas intensas atividades que congregam instituições de ensino e pesquisa nacionais e estrangeiras, notadamente, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Universidade de Itaúna (UIT), Universidade Nove de Julho (UNINOVE), Centro Universitário de Brasília (UnICEUB) e Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) no Brasil, Universidad de Alcalá de Henares e Universidad Castilla-La Mancha na Espanha, Università degli Studi di Perugia na Itália e Universidade Europeia de Lisboa em Portugal.

Com esta obra, a rede concretiza um de seus objetivos, qual seja, aproximar professores e alunos em um profícuo e continuado intercâmbio de conhecimento, também a desaguar na elaboração de projetos de pesquisa, criação de disciplinas no âmbito dos programas de pós-graduação, cursos para formação profissional e seminários, além de outras atividades científicas e acadêmicas.

