

Jamile Bergamaschine Mata Diz  
Alice Rocha da Silva  
Anderson Vichinkeski Teixeira  
(Organizadores)

# INTEGRAÇÃO, ESTADO E GOVERNANÇA



**Jamile Bergamaschine Mata Diz**

**Alice Rocha da Silva**

**Anderson Vichinkeski Teixeira**

**(Organizadores)**

**INTEGRAÇÃO, ESTADO E GOVERNANÇA**



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



**2016**

**Virtualbooks**

**FICHA CATALOGRAFICA**

M425i MATA DIZ, Jamile Bergamaschine.

Integração, Estado e Governança / Jamile Bergamaschine Mata Diz.

Alice Rocha da Silva. Anderson Vichinkeski Teixeira – Pará de Minas, 2016.

155f.

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

ISBN 978-85-434-0958-0

1. Direito. 2. Direito Internacional. 3. Integração. 4. Governança.  
I. Título.

CDD: 341.1  
CDU: 341.1151

**SUMÁRIO**

**ACORDO SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS NA OMC ENQUANTO INSTRUMENTO DE REFORÇO AO PROGRAMA DE COMPLIANCE ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRO**  
Alice Rocha da Silva\_e Ivja Neves Rabêlo Machado .....9

**DEMOCRACIA TRANSNACIONAL E INTEGRAÇÃO REGIONAL:  
AS NOVAS ESFERAS TRANSVERSAIS DE DECISÃO POLÍTICA**  
Anderson Vichinkeski Teixeira .....34

**PROJEÇÃO EXTERNA DA CRISE DEMOCRÁTICA NA LINHA DE FRATURA ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL: O PROBLEMA (AINDA) DA FALTA DE UNIDADE E AUTONOMIA DO DIREITO. CENTRO, PERIFERIA E SOCIEDADE HETERÁRQUICA**  
Carlos Alberto Simões de Tomaz.....49

**APONTAMENTOS SOBRE O CONCEITO DE GOVERNANÇA E SUA ADOÇÃO PELA UNIÃO EUROPEIA**  
Jamile Bergamaschine Mata Diz\_e João Ricardo Fidalgo de Moura .....62

**DENSIFICAÇÃO DEMOCRÁTICA E A NECESSIDADE DE REVISÃO DE PARADIGMAS DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO PARA A NEGOCIAÇÃO DE UM TRATADO SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS**  
Manoela Carneiro Roland .....83

**UM ESTUDO SOBRE A GOVERNANÇA GLOBAL E A GOVERNANÇA EUROPEIA: CONVERGÊNCIAS EM PROL DE UM SISTEMA REGULATÓRIO PARTICIPATIVO**  
Roberto Correia da Silva Gomes Caldas.....102

**AGIR ESTATAL, DEVIDO PROCESSO LEGAL E A IMPRESCRITIBILIDADE DO DANO AO ERÁRIO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**  
Diego Felipe Mendes Abreu de Melo\_e Leonardo de Araújo Ferraz..... 125

**A INCLUSÃO DA ENERGIA EÓLICA *OFFSHORE* NA GESTÃO DOS ESPAÇOS MARINHOS**  
Maira Melo Cavalcante\_eTarin Cristino Frota Mont'Alverne .....140

### **APRESENTAÇÃO**

A Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança” traz a lume obra dedicada ao estudo dos temas principais que compõem as linhas de pesquisa que estão sendo desenvolvidas por seus membros, além de contar com a participação de dois convidados acadêmicos e profissionais que vêm contribuir, com seus trabalhos, para o debate sobre a governança e o rol do Estado no plano nacional e internacional.

Conforme ressaltamos em obra anterior, trata-se de uma rede de pesquisa, cujas atividades, como as pesquisas com resultados parciais ora publicados, concretizam-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) que congrega instituições de ensino e pesquisa nacionais e estrangeiras, notadamente, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Universidade de Itáúna (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).

O objetivo principal da Rede é promover o intercâmbio de professores e alunos em atividades direcionadas tanto para a elaboração de projetos de pesquisa, como 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.

Nesse sentido, esta é a segunda obra fruto das mencionadas atividades e que reúne textos dos membros da Rede que foram apresentados no marco do 15º. Congresso Brasileiro de Direito Internacional, promovido pela Academia Brasileira de Direito Internacional em parceria com distintas instituições nacionais e estrangeiras, inclusive com a Cátedra Jean Monnet UFMG, ocorrido em agosto de 2016, ocasião em que, outrossim, a Rede teve a oportunidade de apresentar, em Painel específico, as discussões levadas a cabo pelos pesquisadores e pesquisadoras.

Nesta obra, apresentam-se os estudos diretamente vinculados ao tema da governança, tanto nos aspectos que cercam a atuação dos Estados, como das organizações internacionais e regionais. É o caso da análise feita por Alice Rocha da Silva, em parceria com Ivja Neves Rabêlo Machado, pela qual examinam a correlação entre os acordos de cooperação estabelecidos no âmbito da OMC, notadamente de compras governamentais e os instrumentos anticorrupção adotados no Brasil. Há, ainda, o estudo apresentado por Jamile Bergamaschine Mata Diz, em conjunto com João Ricardo Fidalgo de Moura, sobre a concepção de governança e sua influência sobre a institucionalidade e o sistema jurídico europeu. Em igual sentido, mas a partir da correlação entre governança global e governança europeia, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas examina em que medida há um liame entre a definição e os princípios de governança global trazidos por organizações internacionais públicas e privadas, e a conceituação e principiologia adotadas no Livro Branco da União Europeia em seu aspecto material e funcional.

De modo geral, quanto ao tema da governança, buscou-se estabelecer como o impacto dos seus pressupostos, princípios, valores e recomendações podem influenciar no fortalecimento de uma gestão pública democrática, cooperativa e concertada. E isso por ter-se assente que seus fundamentos e mecanismos alicerçam os 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 e maneira a governança contribui para o *enforcement* da democracia, fomentando um cenário de cooperação entre os Estados, em espaços multiníveis de maior ou menor densidade, ao vinculá-los normativamente aos princípios da abertura, transparência, *accountability* e coerência, entre outros. Neste sentido, as contribuições emanadas dos textos de Manoela Carneiro Roland e Anderson Vichinkeski Teixeira discutem a democracia não apenas como um espectro transnacional, enquanto elemento de intercâmbio de práticas cooperativas, mas também como fator de aprofundamento das assimetrias entre os Estados em função da falta de legitimidade material, evidenciando paulatinamente a desigualdade que pode surgir da aplicação desvirtuada e viciada dos princípios da governança global, num mundo já por si fragmentado.

Carlos Alberto Simões de Tomaz, a seu turno, traz à colação estudo jus-filosófico de importância ímpar, o qual tende a especificar justamente o redimensionamento das vertentes do direito nacional e internacional, numa posição de heteronomia dos sistemas jurídicos “centro e periferia”.

O texto da lavra de Leonardo de Araújo Ferraz, em conjunto com Diego Felipe Mendes Abreu de Melo, debruça-se justamente sobre a atuação do Estado gerencial e a compreensão das questões que cercam o ressarcimento ao erário, a discussão sobre aspectos da prescrição e o direito ao contraditório, este último fundamento estruturante do Estado Democrático de Direito.

Finalmente, mas não menos relevante, apresenta Tarin Cristino Frota Mont’Alverne, em parceria com Maira Melo Cavalcante, estudo sobre a gestão do espaço marinho a partir de uma perspectiva da atuação das organizações governamentais e internacionais, sob seu aspecto dialógico, mormente no que concerne à produção de energia eólica *offshore* que surge como mercado promissor de energias renováveis e que, por isso, não pode estar alijado da participação do cidadão no processo de tomada de decisão.

Espera-se com esta obra que o leitor, de conseguinte, além de conhecer as pesquisas realizadas pelos membros da Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança”, possa também aprofundar-se em temas tão significativos para os tempos atuais, voltados para a

integração como componente de um sistema global que deve, imperiosamente, calcar-se na legitimidade democrática.

Itaúna, Brasília e Porto Alegre, dezembro de 2016.

### **Jamile Bergamaschine Mata Diz**

Catedrática Jean Monnet UFMG. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora do PPGD da Universidade de Itaúna. Professora da FDMC/MG. Doutora em Direito Público/Direito Comunitário pela Universidad Alcalá de Henares - Madrid. Mestre em Direito pela UAH, Madrid Master en Instituciones y Políticas de la UE - UCJC/Madrid. Email: jmatadiz@yahoo.com.br.

### **Alice Rocha Silva**

Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Doutora em Direito Internacional Econômico pela Université d'Aix-Marseille III. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Email: rochaalice@yahoo.com.br

### **Anderson Vichinkeski Teixeira**

Doutor em Teoria e História do Direito pela Università degli Studi di Firenze (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da Université Paris Descartes-Sorbonne. Estágio pós-doutoral - Università degli Studi di Firenze. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Editor-chefe da RECHTD – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Professor visitante na Universidad de la República de Uruguay. Advogado e consultor jurídico. E-mail: andersonvteixeira@hotmail.com

### ACORDO SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS NA OMC ENQUANTO INSTRUMENTO DE REFORÇO AO PROGRAMA DE COMPLIANCE ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRO

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

Ivja Neves Rabêlo Machado<sup>2</sup>

#### Introdução

O Banco Mundial (1997, p.08) adota um conceito amplo de corrupção, definindo-a como “*o abuso do cargo público para benefício privado*”. A prática mais evidente é a exigência ou solicitação de vantagens indevidas por funcionários públicos aos agentes privados, a fim de viabilizar a obtenção de algum benefício do governo.

Especialmente até a década de 1970, a corrupção era tida como medida benéfica no ambiente de negócios. Permitia às grandes empresas acesso a procedimentos mais céleres e menos burocráticos nos países subdesenvolvidos onde os negócios eram celebrados. Sobretudo na década de 1990, com a intensificação da globalização econômica e interdependência do comércio mundial, o fenômeno da corrupção adquire um novo *status*: deixa de ser tratado como matéria de política interna dos países e passa a despertar atenção dos *players* do comércio mundial (NALINI, 2008). Hodiernamente, entende-se que as práticas corruptas desfiguram as condições de mercado, devendo, portanto, ser combatidas em suas causas e consequências (PIETH, 2002, p.185). Nessa linha, a preocupação quanto às causas, efeitos e formas de combate à corrupção passou a fazer parte da agenda política (MACHADO, 2014, p.2).

Por certo, o enfrentamento à corrupção, considerados todos os seus espectros econômicos, institucionais, culturais, políticos, integra a lista dos novos desafios globais. Sob a ótica das boas práticas de governança, objetiva-se sedimentar o compromisso de todos os países no combate à corrupção, por meio do intercâmbio de experiências e da harmonização

---

<sup>1</sup> Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Doutora em Direito Internacional Econômico pela Université d'Aix-Marseille III. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Email: [rochaalice@yahoo.com.br](mailto:rochaalice@yahoo.com.br)

<sup>2</sup>

de legislações nacionais, impedindo a existência de zonas de impunidade e comprometimento da livre concorrência.

Nesse íterim, desde a última década, os países em desenvolvimento vêm sofrendo enorme pressão dos países desenvolvidos e das políticas internacionais de desenvolvimento controladas pelo *establishment*, para adotar uma série de boas políticas e boas instituições destinadas a promover o desenvolvimento econômico.

Não obstante o consenso quanto aos efeitos maléficos que as práticas corruptivas ocasionam no comércio global, na visão de Nieto Martin, inexistem soluções jurídicas entre os distintos ordenamentos que conformam a comunidade internacional. Ao revés, nota-se um processo de convergência consensual em prol das soluções operantes nos Estados Unidos. (NIETO MARTIN, 2006, p.121).

A complexidade das relações comerciais internacionais é evidenciada pela constatação de que as grandes empresas precisam, frequentemente, relacionar-se direta ou indiretamente, com autoridades ou entidades governamentais dos mais diversos países (SARAVIA E FERRAREZI, 2006, p. 24), face à diversidade de atores atuantes no direito administrativo global.

Conforme o segmento econômico da atividade empresarial, o grau de dependência do governo e a graduação dos riscos de corrupção poderão ser maiores. Bem por isso, o estágio de desenvolvimento normativo, econômico e o (des) equilíbrio da balança de incentivos a funcionários públicos, influenciarão o grau de eficiência dos instrumentos anticorrupção adotados.

Em se tratando de compras governamentais, a otimização da interface pública - privada, torna-se ainda mais premente, por constituir campo propício à prática de corrupção. No caso brasileiro, dados da Transparência Internacional, organização civil que lidera a luta contra corrupção no mundo, indicam que o Índice de Percepção da Corrupção (CPI- *Corruption Perceptions Index*) atingiu a pontuação de 3,8 no ano de 2015, alcançando a 76ª posição num universo de 168 países<sup>3</sup>. Vê-se que o risco de corrupção no Brasil é considerado alto, a despeito da vigência de um microsistema jurídico de combate à corrupção (PETRELIZZI, 2014, p.12), notadamente envolvendo licitações e contratos administrativos.

---

<sup>3</sup> Fonte: <https://www.transparency.org/> Acesso em 11 dez 2016.

No que toca aos propósitos deste artigo, entende-se que medidas que contribuam com a formatação de uma política global de combate à corrupção, a envolver Estados, grandes corporações, organizações internacionais, revestem-se de fundamental importância para a consolidação de condições competitivas igualitárias nas relações comerciais contemporâneas. Por certo, os problemas da sociedade atual, a exemplo do combate à corrupção, não comportam tratamento exclusivo pelos Estados, devendo albergar os demais atores do comércio internacional segundo suas respectivas esferas de atuação (MOROSINI, 2013, p.261). Em esforço conjunto, subsistirão legislações nacionais, padrões e regulamentos, acordos e tratados internacionais, programas de *compliance*, dentre tantas outras ferramentas de enfrentamento anticorrupção.

Por meio de revisão bibliográfica e aporte documental, o presente trabalho abordará **inicialmente** a posição que o enfrentamento à corrupção tem adquirido na agenda política e econômica internacional, no intuito de assegurar a livre concorrência e em última análise, propiciar desenvolvimento social. Analisa-se a possível adequação do esforço conjunto do setor público e do setor privado, por meio dos programas de *compliance*, para promoção de um ambiente negocial competitivo, ético, transparente e eficiente, que resulte em mitigação de riscos de corrupção.

No **segundo** capítulo, terá destaque o papel desempenhado pela Organização Mundial do Comércio – OMC - no enfrentamento à corrupção, partindo-se da análise do Acordo sobre Compras Governamentais. Cuida-se de exame relevante, de um lado, pela expressão econômica que os gastos com compras governamentais alcançam nos países, lado outro, por abarcar área sensível à ocorrência da corrupção.

Por sua vez, no **terceiro** capítulo, analisa se a ratificação pelo Brasil do Acordo Plurilateral sobre Compras Governamentais pode constituir reforço ao programa de *compliance* anticorrupção nacional, por fomentar relações comerciais internacionais mais transparentes.

### **1. Compliance anticorrupção como reflexo da globalização econômica**

A interdependência das relações comerciais globalizadas proporcionaram um aumento de fiscalização das nações mais desenvolvidas do globo, alertando as empresas e os

demais governos quanto à necessidade de coibir práticas anticoncorrenciais, mormente os atos de corrupção praticados por agentes dos governos, com o escopo de minorar a exposição das corporações e, por tabela, dos Estados, aos prejuízos econômicos (MARTINEZ, 2005).

O comércio internacional é uma das áreas onde mais se ressalta a necessidade de cooperação entre países. E é justamente no bojo das relações público-privadas firmadas em âmbito internacional que comumente são praticados atos de corrupção (MESQUITA 2013, p.9). Com isso, a concepção de governança, mediante a criação de um ambiente negocial sadio, transparente, competitivo, para além de ser objeto de recentes políticas públicas estatais, vem, de forma crescente, mobilizando as empresas, organizações internacionais governamentais e não-governamentais (CLAYTON, 2013, p.149).

Pode-se dizer que desde a edição do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) em 1977 pelos Estados Unidos da América, inúmeros mecanismos de combate à corrupção vêm surgindo no mundo. Importante registrar que a edição desse normativo refletiu o entendimento norte-americano segundo o qual a prática de atos de corrupção, com o pagamento de propinas a um agente público, desvirtua a concorrência e viola as leis de mercado, ferindo os fundamentos de livre concorrência do regime capitalista.

De início, as empresas norte-americanas resistiram às medidas propostas pelo FCPA, por acreditarem que a legislação criaria uma desvantagem competitiva em relação às empresas dos países em que a corrupção era admitida ou tolerada (MOROSINI, 2013, p.264). Felizmente, prevaleceu o argumento de que a redução da corrupção ampliaria a competitividade no comércio internacional (*level playing field*) entre empresas dos Estados Unidos e seus parceiros.

Assim, o peso da economia dos Estados Unidos e a natureza extraterritorial do FCPA repercutiram na disseminação dos pilares de governança (equidade, transparência, prestação de contas e *compliance*) ao redor do mundo (ROSSETTI, 2011, p.140-143). A estratégia da política comercial dos EUA, sobretudo na administração de Bill Clinton, era levar o debate anticorrupção para discussão em fóruns internacionais. Entendia-se que regras mutuamente acordadas promoveriam um equilíbrio multilateral com menor custo de administração e maior eficiência.

De partida, fora escolhida para implementação desse projeto a OCDE, mormente por discutir questões sobre desenvolvimento, democracia e livre mercado. A ideia era

entender a corrupção segundo um raciocínio econômico, como resultado da interação constante entre interesses públicos e privados dentro da estrutura do Estado, afastando-se do problema do determinismo cultural dos países, tão preponderante outrora.

Salienta Pieth (2002, p.184) que, atualmente, a maioria dos Estados membros da OCDE, converge no sentido de que uma política mundial de combate à corrupção, além de representar o interesse geral, é necessária para o estabelecimento de condições competitivas iguais no comércio contemporâneo. Acrescente-se, ainda, que desde os anos de 1995/1996 já constava dentre as linhas de estudo da OCDE o estabelecimento de padrões mínimos nas licitações públicas, bem como o uso de acesso a concorrências públicas como um estímulo ou sanção aos países membros (PIETH, 2002, p.190).

Desde a iniciativa da OCDE, inúmeros tratados regionais anticorrupção têm surgido. Em 2005 entrou em vigor a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, assinada na cidade de Mérida, no México. Tendo em conta que a nova governança global impõe a participação cada vez maior das organizações internacionais, com o escopo de conferir uniformidade e padronização no enfrentamento das temáticas levadas à discussão, a Organização Mundial do Comércio – OMC - estaria legitimada a contribuir no enfrentamento à corrupção, mormente por se tratar de tema afeto às relações comerciais.

Na visão de Nieto Martin, as organizações internacionais desempenham relevante função na “americanização” de ordenamentos nacionais por meio de acordos, tratados e recomendações (2006, p.123)<sup>4</sup>. Afora isso, entende-se que as estratégias dos organismos internacionais tendem a mitigar a intervenção e regulação estatal, entendidas como focos de corrupção (NIETO, 2006, p.127). Noutro giro, as grandes empresas multinacionais passam a assumir o papel de gestores morais atípicos, impulsionando reformas internas com vistas a ampliar a participação no mercado internacional relevante.

Assim, para além de instrumentos jurídicos internacionais ratificados pelos Estados (*hard law*), diversos normativos internacionais apresentam “modelos” que podem ser copiados pelos Estados signatários, de forma semelhante à “*soft law*”. Recomendações

---

<sup>4</sup> Registre-se que à época da elaboração da minuta da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ONU) alguns países industrializados se opuseram a iniciativa sob o argumento que seria mais uma tentativa dos Estados Unidos de estender uma opção de política unilateral para além de seus territórios. (PIETH, 2002, p.187).

também contribuem na formação de uma cultura de transparência nos negócios, a fim de prevenir e detectar casos de corrupção transnacional. (MOROSINI, 2013, p.269).

Nessa toada, no recorte proposto por este trabalho, à uniformização dos padrões de compras governamentais no âmbito da OMC, para além de assegurar transparência e competitividade de mercado, contribuiria como mecanismo de combate à corrupção entre os atores do comércio internacional.

Ao abordar as razões institucionais que favoreceriam à prática de corrupção, Rose-Ackerman (1997, p.31) alerta que subsistirão incentivos sempre que uma autoridade pública exercer seu poder de discernimento na distribuição de um benefício ou de um custo para o setor privado.

Se de um lado o Estado costuma absorver o poder de comprar e vender bens e serviços, oferecer concessões e distribuir subsídios (benefícios), bem como coletar impostos, fazer cumprir os regulamentos e exigir autorizações (custos); lado outro, o setor privado com poderio econômico, estará disposto a pagar prestações ou reduzir os custos que foram impostos.

Adverte Heimann que a corrupção compromete a competitividade em contratações públicas, eis que participantes menos escrupulosos tendem a tirar proveito dos benefícios ofertados pelo governo. Em um processo de licitação, aquele que oferecer a melhor qualidade ou preço para o produto ou serviço provavelmente não logrará êxito, restando vencedor aquele que mantém relações ilícitas com o governo (1997, 148).

Ademais, a corrupção dificulta a captação de investimentos estrangeiros diretos devido ao alto custo de manutenção das empresas. Esta situação é especialmente problemática nos países em desenvolvimento, que dependem de capital estrangeiro para a transferência de tecnologia, aquisição de *know-how* e realização de grandes projetos de infraestrutura.

No que toca as compras governamentais, se não forem buscadas alternativas para redução dos incentivos à corrupção no relacionamento entre os setores público e privado, o fenômeno da corrupção padecerá como inevitável.

Em evidente paradoxo, malgrado seja estritamente regrado, subsistem inúmeras lacunas no microssistema normativo de licitações e contratos vigente no Brasil. A título ilustrativo, a Lei de Licitações e Contratos (lei n. 8666/1993), não alberga a totalidade de

condutas lesivas à Administração Pública, as sanções não afetam diretamente o patrimônio da pessoa jurídica, nem geram ressarcimento do dano ao erário. Ademais, as condutas mais graves, então tratadas como crimes, não se aplicam às pessoas jurídicas mandantes ou às principais beneficiárias da prática do delito. Por fim, a lei de licitações não sanciona condutas praticadas em desfavor da Administração Pública Estrangeira.

Alerta Furtado (2015, p.189) que dentre as irregularidades mais comuns encontradas nas licitações nacionais estariam: a) estabelecimento de especificações técnicas desnecessárias e limitadoras da competição, conluio entre licitantes, contratações emergenciais (sem licitação) em que a situação emergencial não existe ou resultou da falta de planejamento dos administradores públicos, sobrepreço das propostas dos licitantes, contratações sem licitação em hipóteses em que, nos termos da lei, deveria ser realizada licitação.

Com o escopo de mitigar esse quadro, ganham destaque ferramentas de enfrentamento à corrupção que se coadunam com os ideais do liberalismo econômico, onde por meio de parcerias entre o setor público e o setor privado, as empresas ganham autonomia regulatória. A noção de responsabilidade social empresarial fica cada vez mais evidente, tendo o décimo princípio do Pacto Global das Nações Unidas estabelecido que *as empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, incluindo extorsão e propina*.

Dentro dessa ótica, ganha relevo em solo nacional os programas de *compliance*, notadamente o programa de *compliance* anticorrupção, recentemente incorporados pela Lei nº 12.846/2013, regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015, que dispõe sobre a responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.<sup>5</sup> (NASCIMENTO, 2014p.)

Segundo consta no art.5º da denominada Lei Anticorrupção<sup>6</sup> são considerados atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, todos aqueles que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração

---

<sup>5</sup> Art.1º da Lei nº 12.846/2013, parágrafo único: Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

<sup>6</sup> Legislação disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm) Acesso em 11 dez 2016

pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. No tocante a licitações e contratos, enquadram-se os atos aptos a: (a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; (b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; (c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; (d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; (e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; (f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou (g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

Para os fins da lei anticorrupção, considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro, sendo ainda equiparadas à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

Extraí-se da tipologia normativa nacional anticorrupção supracitada, que boa parte dos atos lesivos poderá ser frustrada ou mitigada em um ambiente plurilateral, pautado pelos pilares de boa governança (sobretudo transparência e *compliance*), que reduza incentivos à corrupção do setor público e dificulte a atuação do poder econômico privado (FRANCO DAVID, 2015)

Dada à relevância econômica que as compras governamentais possuem no comércio mundial, posto que representam de 10% a 15% da despesa total dos governos (ONU, 2010), deduz-se a importância que a análise do Acordo Plurilateral de Compras Governamentais pode adquirir como instrumento do programa de *compliance* anticorrupção nacional.

Cabe à comunidade internacional impulsionar sistemas de incentivos e punições para tornar a corrupção menos atraente para as empresas. O desenvolvimento do *compliance* anticorrupção, focado em práticas de negócios que favoreçam a transparência e

competitividade nas compras governamentais pode ser um mecanismo importante para esta finalidade.

### **2. O papel da OMC no enfrentamento internacional à corrupção: apontamentos sobre o Acordo de compras governamentais**

A busca da comunidade internacional de novos mecanismos para limitar a corrupção faz parte do processo que, perpassa pela redefinição do papel das organizações internacionais. Bem por isso, nos últimos anos, instituições como o Banco Mundial, a Organização Mundial do Comércio, a União Europeia, as Nações Unidas, dentre outras, têm colocado o enfrentamento à corrupção como um dos itens de destaque em suas agendas (FURTADO 2015, p.395).

Lembra FURTADO (2015, p.51) que *“a corrupção afeta, todavia, o comércio internacional e cria sérios problemas de quebra de competitividade entre as empresas transnacionais, fato que torna inafastável a intervenção de organismos internacionais com forte atuação no âmbito comercial (Organização Mundial do Comércio)”*.

Desde sua criação em 1994, como sucessora do GATT, além do comércio internacional de bens e serviços, passaram a integrar as negociações multilaterais de comércio da OMC, temas como propriedade intelectual e investimentos.

Com a OMC o sistema de comércio multilateral passou a ter base jurídica sólida. A OMC tem personalidade jurídica própria, distinta de seus membros, estabelecida por tratado que definiu seus objetivos, funções, estrutura e método (MESQUITA, 2013, p.47).

Tem primazia da OMC o desenvolvimento de um sistema comercial multilateral integrado, viável e durável. Dentre as suas principais funções podem ser citados a administração de acordos, servir como mecanismos de solução de controvérsias e de revisão de políticas comerciais e como fórum de negociações comerciais multilaterais.

No aspecto decisório da OMC, prevalece o consenso. Como a política doméstica de cada país costuma se refletir no campo decisório internacional, a evolução da regulamentação do comércio internacional se dá de forma gradual e lenta. Atualmente, a OMC é formada por 161 países membros e outros 23 observadores.

Segundo Maria da Costa (2015, p.1366/1367), a criação e manutenção de uma

organização internacional envolve uma troca de interesses. De início, os fundadores se esforçam para fortalecê-la. Alcançado este objetivo, a organização internacional passa a contemplar interesses dos países membros. Nesse ínterim, cumpre questionar: o que a organização pode fazer pelos países membros para promover o livre comércio e garantir a livre concorrência, afastada de fatores que mascarem a eficiência econômica, qualitativa, etc dos produtos?

A ampliação da atuação das organizações internacionais para além das finalidades para as quais são diretamente vocacionadas não se restringe a OMC, nem envolve apenas a temática da corrupção. A complexidade dos problemas próprios da sociedade de risco faz como que temáticas de outros foros, a exemplos do meio ambiente, educação, saúde, repercutam nas discussões afetas à liberalização do comércio. Registre-se ainda que a corrupção está dissociada da condição de país desenvolvido ou em desenvolvimento.

Na visão de Rose – Ackerman (2002, p.59), a corrupção depende da magnitude dos benefícios e dos custos sob controle das autoridades públicas. Malgrado a relevância da corrupção nas transações do comércio internacional seja difícil de ser julgada, estima-se que a corrupção afeta a eficiência, a justiça e a legitimidade das atividades do Estado. Nesse mesmo sentido, alerta Pieth (2002, p.186) que a corrupção em grandes proporções age em detrimento não apenas da credibilidade pública mas também do funcionamento da democracia, além de alijar a fruição de direitos humanos pela população (CAMPINHO, 2010).

A OMC, por exemplo, em 1993, já sugeriu medidas de prevenção à corrupção na aérea fiscal relacionada ao comércio exterior (PAGOTTO, 2013, p.39).

Segundo dados extraídos da página oficial da OMC, a primeira tentativa de inclusão (normas contra barreiras não-tarifárias<sup>7</sup>) de normas relacionadas à compras governamentais ocorreu durante a Rodada Tóquio, ocasião em que foi elaborado, em 1979, o primeiro acordo plurilateral sobre compras governamentais, entrando em vigor em 1981. Na Rodada Uruguai, entre os anos de 1986 e 1994, o acordo de compras governamentais foi renovado, coincidentemente na data de criação da OMC (Organização Mundial do Comércio), tendo entrado em vigor em 1º de janeiro de 1996 e vigente até os dias atuais.

---

<sup>7</sup> As barreiras (ou obstáculos) não-tarifárias podem ser definidos como toda medida pública que, não impondo direitos aduaneiros nem contingentes/cotas, cria ou permite uma distorção no comércio.

O Acordo de Compras Governamentais (*Agreement on Government Procurement* - GPA, na sigla em inglês) consiste num tratado internacional onde os países signatários (plurilateral, não obrigatório, segundo o Anexo IV do Acordo Constitutivo da OMC) se comprometem a franquear às empresas estrangeiras o acesso aos mercados nacionais de compras públicas em prol da transparência e, inclusive, de mitigação à corrupção.

Entre os países signatários, além dos Estados Unidos, Canadá, China e Japão, estão os 27 países da União Europeia e a Rússia. Apesar de gozar do *status* de membro da OMC, o Brasil ainda não é signatário do Acordo de Compras Governamentais. As razões que justificariam a ausência de ratificação ou ao revés, a recomendariam serão tratadas no próximo tópico. Por ora, examinar-se-á os contornos do supracitado Acordo Plurilateral.

Segundo Marrara (2016), no âmbito da OMC, entende-se como compras governamentais o processo mediante o qual um governo obtém mercadorias ou serviços, ou uma combinação de ambos, ou passa a ter seu uso, para fins próprios e não para venda ou revenda comercial ou para utilização na produção ou no fornecimento de mercadorias ou serviços destinados à venda ou revenda comercial.

O Acordo sobre compras governamentais, portanto, tem como objetivo principal imprimir maior transparência às práticas de compra nacionais; e garantir o recurso eficaz aos processos de solução de controvérsias. No texto introdutório do acordo consta como objetivo global a liberalização e a expansão do comércio mundial e o aprimoramento das normas que orientam as transações comerciais entre os países.

Para tanto, o AGP, como é chamado o Acordo sobre Compras Governamentais da OMC, estabelece um conjunto de direitos e obrigações na área de contratações públicas, definindo as entidades públicas abrangidas, as modalidades de licitação, os procedimentos para a qualificação dos fornecedores, entre diversas outras provisões (MOREIRA, 2016). Ressaltam-se, ainda, no corpo do tratado, regras de transparência simples, as quais devem ajudar a combater problemas como protecionismo e corrupção.

Em decorrência, o acordo tem o condão de estender às compras governamentais de um país as regras do tratamento nacional e da nação mais favorecida, isto é, a concessão de tratamento não menos favorável do que aquele concedido aos produtores e fornecedores nacionais.

Lembra Marrara (2016) que dentre os princípios básicos do Acordo sobre

compras governamentais estão, a adoção de tratamento nacional, a não-discriminação em relação aos bens e produtores dos demais países participantes do acordo, além da transparência das leis, regulamentos e práticas adotadas pelos países.

Não se pode olvidar, ainda, da estrutura de direitos e deveres aplicáveis aos signatários do acordo, dentre as quais, a adaptação da legislação nacional, regulamentos, procedimentos e práticas relacionadas às Compras Governamentais. Bem por isso, consta no parágrafo 4º do preâmbulo como um dos objetivos do AGP o princípio da transparência, nos seguintes termos: “*Reconhecendo que é desejável prover transparência das leis, regulamentos, procedimentos e práticas relacionadas às Compras Governamentais.*”

A última versão do Acordo de Compras Governamentais da OMC contém 22 artigos, assim divididos (MARRARA, 2016):

- a) O art. I apresenta definições, incluindo a de **licitações eletrônicas** (*electronic auction*), contratação direta ou limitada (*limited tendering*) e de serviços de engenharia (*construction services*);
- b) O art. II se dedica ao escopo e à cobertura das normas do Tratado, incluindo aí regras para verificação do **valor da licitação**, sobretudo com o objetivo de evitar que certas técnicas e métodos sejam empregados na prática para impedir a aplicação das normas da OMC;
- c) O art. III trata da relação das normas do tratado com **políticas de segurança e defesa dos signatários**, bem como com a necessidade de os Estados defenderem a moral, a ordem, a segurança, a vida animal, vegetal e humana, a saúde, a propriedade intelectual, instituições filantrópicas etc.;
- d) O art. IV se ocupa com os **princípios gerais**, sobretudo o da não discriminação entre fornecedores dos países signatários;
- e) O art. V trata do dever de consideração de **peculiaridades dos países em desenvolvimento** tanto na adesão ao tratado, quanto na sua implementação;
- f) O art. VI se refere à publicidade das **normas, regulamentos e decisões gerais** sobre o sistema de licitações;
- g) O art. VII resgata o tema da **transparência** e cuida da publicação de notas sobre licitações planejadas (*Notice of Intended Procurement*) e do sumário da nota em um dos idiomas da OMC. Nesse dispositivo, o GPA ainda estimula as partes a publicarem notas das licitações previstas para o ano fiscal (*Notice of Planned Procurement*);
- h) O art. VIII aborda as condições de **participação em licitações, prevendo princípio da razoabilidade** de modo implícito, uma vez que impõe a redução das condições ao essencial

para verificar as capacidades legais e financeiras, bem como as habilidades técnicas e comerciais dos licitantes;

- i) O art. IX se refere aos registros cadastrais (*registration systems*) e aos procedimentos de qualificação, ou melhor, **classificação**, incluindo aí normas de contratação direta e convites;
- j) O art. X cuida das **especificações técnicas e da documentação** para participação (atos convocatórios, sua publicidade e suas modificações eventuais), inclui relevantes normas sobre a delimitação do objeto licitado e, inclusive, sobre a vedação primária de indicação de marcas, além de apontar normas sobre os critérios de julgamento (*evaluation criteria*), como preço, qualidade, técnica, características ambientais e termos de entrega;
- k) O art. XI aborda os **prazos e consagra a razoabilidade na definição do tempo necessário à preparação de propostas**, que deve levar em conta, entre outras coisas, a natureza e complexidade da licitação;
- l) O art. XII trata **procedimentos de negociação** ao longo da licitação e seus requisitos de validade;
- m) O art. XIII reconhece a possibilidade da **licitação limitada e de contratação direta**, incluindo uma lista de hipóteses taxativas em que ela poderá ocorrer;
- n) O art. XIV concentra algumas disposições sobre licitações eletrônicas (*electronic auction*), tema que também é tratado em inúmeros outros dispositivos do GPA;
- o) O art. XV normatiza as **propostas e a adjudicação do contrato**, reconhecendo o direito à celebração salvo em hipótese de revogação do certame;
- p) O art. XVI traz normas sobre a **transparência das informações da licitação**, tratando as informações oferecidas aos licitantes, publicação de nota eletrônica ou impressa sobre o contrato, manutenção de informações sobre o contrato, elaboração de estatísticas anuais e criação de registros de dados sobre contratos dos últimos três anos, bem como de dados que permitam examinar a validade de procedimentos eletrônicos;
- q) O art. XVII retoma a questão da transparência ao tratar do acesso a informação para os signatários e também das condições para uso de **sigilo** (*non-disclosure of information*);
- r) O art. XVIII aponta normas sobre os necessários **procedimentos nacionais de controle administrativo e judicial de violações do GPA** nas licitações por ele cobertas;
- s) O art. XIX trata de **modificações da cobertura do acordo e de retificações**, além de reconhecer o direito de objeção às modificações propostas e suas formas de superação (consulta, arbitragem etc.);
- t) O art. XX se concentra no tratamento das **consultas e dos mecanismos de resolução** de conflitos (*dispute settlement*);

- u) O art. XXI trata do **Comitê de Contratações Públicas**, formado com representantes de todos os signatários do tratado e da OMC;
- v) E o art. XXII fecha o texto com **disposições finais** acerca da vigência do GPA, adesão, reservas, adaptação da legislação doméstica, depósito e registro do tratado e demais provisões formais.

Conforme dispõe no Material do Módulo do Curso de Solução de Disputas em Comércio Internacional, Investimento e Propriedade Intelectual das Nações Unidas (ONU, 2010), encontram cobertas pelo AGP, as compras governamentais (a) apresentadas por uma entidade constante da Lista de Partes do AGP no anexo 1 ao 3 do apêndice I do AGP; (b) relacionadas a entidade de governo central, entidade de governo sub-central e outras entidades tais como de serviços públicos; (c) de bens; (d) todos os serviços e serviços de construção especificados em lista positiva, dispostas respectivamente nos anexos 4 e 5 do apêndice I do AGP; (e) para as quais o valor do contrato exceda certo patamar. Esses patamares são especificados por cada parte como patamares mínimos aplicáveis.

Oportuno ressaltar que, na prática, as compras governamentais estão sujeitas a uma gama de objetivos secundários, que guardam consonância ou mesmo conflitam com o princípio da vantajosidade ou do melhor preço de produtos e serviços norteador de contratações públicas. A título ilustrativo, cite-se a promoção de indústria nacional em detrimento de competidores estrangeiros; favorecimento de fornecedores estrangeiros para obtenção de moeda estrangeira; ou discriminação de certos produtos ou serviços estrangeiros por qualquer outra razão.

Não se desconhece, pois, que os procedimentos comumente utilizados para alcançar esses objetivos secundários, tais como requerimentos licitatórios discriminatórios, licitação fechada ou seletiva e requerimentos de especificação não técnicos, podem conduzir a distorções comerciais e fomentar a corrupção (ONU, 2010, p.6).

Vê-se, pois, que o alargamento funcional do âmbito de aplicação do acordo plurilateral sobre contratações públicas da OMC como estratégia de enfrentamento à corrupção demanda cautela, apesar das boas intenções. A exequibilidade do acordo de compras governamentais, mormente nos aspectos relacionados ao enfrentamento à corrupção, pode causar desconforto entre os países membros além de inúmeras controvérsias quanto ao

possível estímulo à barreiras técnicas derivadas de padronizações em compras governamentais.

Como forma de mitigar controvérsias desse jaez e acrescentar legitimidade, revela-se útil a crescente internalização na OMC dos pilares da boa governança, sobretudo, transparência, *accountability*, equidade e *compliance*, bem como a crescente abertura à participação dos demais atores do direito administrativo global, a exemplo de organizações não governamentais e entidades privadas.

De fato, a partir do momento que a OMC ampliou seu espectro temático para além da questão estritamente comercial, seus mecanismos de resolução de controvérsias não podem mais interpretar todas as obrigações dos Estados membros sob a ótica estrita de liberalização multilateral do comércio (MOROSINI, 2014, p.159).

### **3. A participação brasileira no Acordo de Compras Governamentais enquanto reforço do programa de *compliance* anticorrupção**

A Organização Mundial do Comércio tem conclamado os países membros para ratificação do Acordo sobre Compras Governamentais, com vistas à desregulamentação nacional e abertura do setor à concorrência internacional.

Diante desse cenário, em que instituições e organizações internacionais demonstram interesse em ingressar nas contratações públicas, é que se discutem os impactos de uma possível desregulamentação governamental e consequente abertura do setor à concorrência internacional.

Adverte Heimann (2002, p.237) que comumente as iniciativas americanas em conter a corrupção são criticadas sob o argumento de que o verdadeiro motivo seria a promoção dos interesses das grandes empresas dos EUA para criação de condições competitivas iguais. Sem embargo da veracidade dessa assertiva, não se pode ignorar que o enfrentamento à corrupção, em todos os seus aspectos, favorece o desenvolvimento da economia de mercado, das instituições democráticas e, em última análise, das liberdades substantivas subjacentes aos direitos humanos.

Na visão de Rose-Ackerman (2002, p.74), a corrupção pode produzir ineficiência nas licitações governamentais, consolidando injustiças e minando a legitimidade política do Estado.

A despeito disso, o Brasil não ratificou o Acordo sobre Compras Governamentais da OMC por ocasião do encontro ocorrido no ano de 2011, em Genebra, sob o argumento, que o acordo não era de interesse do Brasil por sua natureza restrita, integrado por pequenos países. Acrescentou-se, ainda, o interesse de abertura do mercado de compras governamentais primeiramente aos países latino-americanos.<sup>8</sup>

Não obstante a importância do tema, o Acordo de Compras Governamentais da OMC tem sido ignorado pelos especialistas da área, razão pela qual não se consegue debater em que medida ele nos poderia ser útil, sobretudo no que toca ao enfrentamento à corrupção.

Sendo assim, o presente artigo almeja pontuar algumas reflexões sobre o tema sem, contudo, pretender esgotá-lo. De mais a mais, ante a complexidade do assunto, a análise terá como norte a possibilidade do Acordo sobre compras governamentais auxiliar o programa de *compliance* anticorrupção brasileiro.

De partida, afastam-se as justificativas apresentadas como suficientes aptas a não recomendar a ratificação do AGP pelo Brasil, especialmente por dois motivos: a um, porque dentre os países que já haviam ratificado o acordo faziam parte os principais *players* do comércio internacional, a exemplo da China, Estados Unidos e União Europeia, a infirmar a suposta natureza restrita do acordo plurilateral; a dois, porque os países da América – latina não possuem competitividade no setor, com aptidão para propiciar compras mais vantajosas ao governo brasileiro. Na verdade, possível cogitar que a ausência de interesse brasileiro estaria mais associada ao protecionismo do mercado nacional, notadamente por ter sediado eventos esportivos de grande porte, como a Copa do Mundo de Futebol e as Olimpíadas.<sup>9</sup>

Entrementes, acredita-se que boa parte das razões que eventualmente justificaram a negativa de ratificação do Acordo sobre Compras Governamentais da OMC àquele momento, não subsistem mais. Ao revés, outras justificativas a recomendam, sobretudo aquelas relacionadas ao *compliance* anticorrupção nacional.

O termo *compliance*, de origem anglo-saxã, advém do verbo *to comply*, que significa o agir conforme uma regra, um pedido ou um comando. *Compliance*, de forma

---

<sup>8</sup> Segundo informações disponíveis no site: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-fica-fora-de-tratado-anticorrupcao,811491>

<sup>9</sup> A prova é a mudança do parágrafo 5º do artigo 3º da nossa Lei de Licitações e Contratos promovida pela Lei Federal 12.349/2010 onde se estabelece de forma inequívoca a preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras

simplificada, induz o dever de cumprir, de estar em conformidade e de fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da organização (MAEDA, 2013).

Desde a década de 1990, países de destacada posição no comércio internacional têm estimulado a incorporação dos programas de *compliance* em comércios emergentes, no intuito de fomentar o combate implacável à corrupção e desenvolver o comércio internacional de forma transparente e competitiva.

Os programas de *compliance* anticorrupção almejam conferir eficiência econômica e concorrência leal. Do mesmo modo, a regulamentação é entendida como a alternativa disponível aos governos nacionais de manterem o controle sobre determinado setor, assegurando a funcionalidade do sistema.

Heimann (2002, p.234) ressalta uma tendência a reciprocidade entre os códigos de condutas das corporações e os procedimentos licitatórios do governo. A crescente utilização de códigos de conduta e de planos de fiscalização pelas empresas costumam reduzir a corrupção nas licitações. Como resultado, os custos serão reduzidos e a qualidade dos produtos e serviços aumentada.

Com razão, o fomento aos programas de *compliance* é visto como importante estratégia de mitigação de fraudes internas e promoção da ética profissional entre parceiros comerciais. Cria-se um ambiente empresarial ético, legalmente sustentável e socialmente responsável, catalisador de benefícios nas diversas esferas adjacentes à atividade empresarial. (FERRAZ JUNIOR, 2014, p.26)

Não se pode olvidar, todavia, que a inclusão do Brasil no regime internacional anticorrupção é um desafio. Por certo, cuida-se de país até pouco tempo em rápida ascensão econômica, considerado a sétima maior economia e o quinto país a receber mais investimentos estrangeiros diretos no mundo.

Apesar de o Brasil ser percebido como altamente corrupto pelos atores do comércio internacional, ainda não está claro se o descumprimento do regime internacional anticorrupção por um país emergente pode causar expressivas perdas econômicas, ou se é apenas uma questão de política internacional. Os estudos até então divulgados apontam para a primeira opção (MOROSINI, 2013, p.271).

Nessa quadra, os acordos internacionais desempenham relevante função. Além de promover ou divulgar experiências profícuas de outros países, estabelecem mecanismos de

avaliação mútua. Essa dinâmica de atuação, por meio de fórum de diálogos entre diversos reguladores nacionais sujeitos a fiscalizações recíprocas, por si só, dificultam a consolidação de práticas corruptas como “regras do jogo”.

Sendo assim, com a onipresença do controle da corrupção no mundo, exsurge como opção para países emergentes como o Brasil a implementação de medidas de combate à corrupção previstas em normas internacionais, a exemplo do Acordo sobre Compras Governamentais da OMC.

Cumprir anotar que o regramento vigente no ordenamento pátrio no tocante às licitações internacionais muito se assemelham às previstas no acordo da OMC, com algumas peculiaridades, que analisaremos a seguir.

A legislação brasileira contempla, em sua Lei 8.666, de 21 de Junho de 1993 (Lei de Licitações Públicas) as hipóteses e procedimentos para licitações e contratos firmados pela Administração Pública, o que inclui, por conseguinte, as compras governamentais de produtos, bens ou serviços nacionais e internacionais<sup>10</sup>.

Vigora na lei de licitações e contratos brasileira o princípio da livre concorrência como vetor das compras públicas, por meio do tratamento não-discriminatório entre fornecedores estrangeiros e nacionais. De acordo com a legislação nacional, são vedadas preferências baseadas em naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, bem como o tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras.

Por certo, existem exceções a esse princípio, como no caso das aquisições de bens e serviços de informática, legalmente definidos. Apesar da referida legislação não prever expressamente o uso das compras governamentais como instrumento de políticas domésticas desenvolvimentistas, a Lei 9.841/99 (DALLARI BUCCI, 2006), voltada às micro e pequenas empresas, contém dispositivo que visa garantir prioridade a essas empresas nas compras governamentais. Mesmo aqui, vê-se que o acordo sobre compras governamentais não conflita com a legislação interna, permitindo algumas exceções as cláusulas não discriminatórias vigentes na OMC.

---

<sup>10</sup> No Brasil, as compras de bens e serviços do governo federal, compreendendo a administração direta, autarquias e fundações alcançaram R\$ 14,2 bilhões, em 2001 – informação retirada do sítio eletrônico [www.comprasnet.com.br](http://www.comprasnet.com.br) – publicações.

De acordo com a ICONE (2016), há espaços para negociação na legislação atual bem como subsistem distintas razões para explicar a resistência em avançar nas concessões em compras governamentais: *“estas incluem desde a percepção de que a efetiva entrada brasileira no mercado de compras governamentais dos países desenvolvidos será difícil, o jogo de barganha típico das negociações comerciais “concessões mais cobiçadas demandam benefícios igualmente expressivos” e projetos de modificação na lei de licitações, os quais geram uma certa precaução por parte do Brasil para assumir compromissos internacionais nesta área.”*

Não se pode fazer vista grossa, contudo, aos ganhos comerciais e de segurança jurídica decorrentes da participação brasileira em licitações promovidas no bojo do acordo de compras governamentais, sobremaneira no que pertine ao combate à corrupção. Não bastasse, ao ampliar o espectro de agentes econômicos envolvidos em um ambiente negocial de conformidade, com forte apelo ético e transparente, mitiga-se a sobrevivência de empresas cuja cultura organizacional permanece calcada em práticas corruptas.

Lembra Marrara (2015) que a Lei Anticorrupção, a Lei de Licitações e a Lei de Defesa da Concorrência ao impor, contra os condenados por prática de cartel licitatório e condutas semelhantes, as sanções de suspensão para participação em licitações, a inidoneidade para licitar e, em casos mais graves, a extinção da própria pessoa jurídica, reduzem, em diferentes períodos temporais, o número de concorrentes no mercado. Em decorrência, induzem a concentração do *market share*. Mesmo aqui, a abertura do mercado brasileiro à entrada mais intensa de fornecedores estrangeiros, proporcionaria efeitos positivos.

Impende lembrar que no âmbito do Acordo de Compras Governamentais incumbe a cada Estado definir o campo de extensão das normas do GPA para licitações das entidades centrais, das entidades subnacionais, bem como a cobertura desejada para os contratos administrativos de obras, bens e serviços. Afora isso, o acordo dispõe, em seu art. V, sobre a necessidade de consideração das condições peculiares de comércio e de economia dos países em subdesenvolvimento.

Em sum, ante os três aspectos supracitados (aproximação do direito nacional às normas do GPA, flexibilidade no tocante à cobertura e possibilidade de consideração das peculiaridades brasileiras) e também da atual necessidade de se combater a corrupção em

licitações de maneira exemplar com apoio de todas as sanções oferecidas pela legislação, possível cogitar os benefícios decorrentes da adesão do Brasil ao Acordo de Compras Governamentais da OMC.

A melhor forma de superar as resistências outrora existentes é agregar iniciativas multilaterais de organizações internacionais, tais como a OCDE, OEA e o BANCO MUNDIAL, bem como o apoio de grupos de atuação global vocacionados à transparência internacional. Também a ampliação dos códigos de conduta das empresas, por meio de programas de *compliance*, pode conferir maior eficiência à estratégia mundial de enfrentamento à corrupção. Os resultados positivos perpassam por inafastável habilidade política, persistência e paciência para respostas duradouras.

Imperioso repisar que a atividade dos órgãos jurisdicionais da OMC é norteada pelo princípio da transparência que subsidia diversos compromissos anticorrupção. A partir do efetivo compartilhamento de informações e prestações de contas por parte de cada Estado membro, o alcance das políticas públicas comerciais com viés anticorrupção, tornam-se menos dispendiosos para as novas negociações. Nota-se, pois, que as resistências dos Estados muitas vezes não decorrem da fraqueza nos mecanismos multilaterais, mas das dificuldades existentes em sua política interna.

Noutro giro, não obstante as vantagens que os programas de *compliance* anticorrupção proporcionam, em sede de compras governamentais, a padronização internacional de especificidades técnicas para aquisição de produtos pode fomentar a consolidação de barreiras técnicas em países como menos vantagem competitiva tecnológica.

Dado o aprimoramento regulatório, é cada vez mais difícil identificar e superar o problema do protecionismo. Segundo OSAKWE (2014), subsistem diversas formas de medidas protecionistas. Existem medidas transparentes, como tarifas, restrições quantitativas. Também existem medidas protecionistas difíceis de identificar, avaliar seu impacto e eliminar, dentre as quais se inclui as medidas regulamentares. O sistema de negociação da OMC não está imune a este protecionismo sofisticado (MOROSINI, 2013, p.270).

Lembra AMARAL (2014, p.202) que existem, praticamente, dois tipos de instrumentos que estabelecem requisitos para produtos: regulamentos e padrões/normas técnicas.

Os regulamentos consistem em exigências do governo, são, portanto, obrigatórios. Os padrões e normas técnicas provem, muitas vezes, de demandas do próprio mercado, a fim de estabelecer requisitos mínimos de qualidade, segurança, sustentabilidade, e alcançar maior padronização dos produtos. Esses padrões são de observância voluntária, elaboradas por entidades privadas ou entidades reconhecidas pelos governos como organismos normalizador nacional.

A crescente regulamentação das atividades econômicas em todas as esferas tende a superar a importância das tarifas como barreiras de comércio. Na ausência de ajustes, isso pode dar margem a diferentes manifestações de insatisfação, desde críticas, menor preocupação com o respeito a regras e, no limite, ao desinteresse na manutenção do sistema (MESQUITA, 2013, p.96)

De acordo com AMARAL (2014, p.201) *“a criação e a imposição dessas medidas se encontram, muitas vezes, associadas à garantia da estabilidade doméstica e à proteção de interesses considerados legítimos, os quais consistem em prerrogativas estatais inquestionáveis.”*

Esclarece MESQUITA (2013, p.52):

É natural que os países que se encontram na fronteira do progresso técnico produzam maior quantidade de regulamentos técnicos e, por conseguinte, exerçam maior influência na determinação dos padrões internacionais aprovados em organizações como a ISO, o *Codex Alimentarius*, a UIT, a IEC. Por outro lado, a forte presunção de que os padrões devem basear-se em critérios científicos constituem uma defesa importante para os países em desenvolvimento contra medidas discriminatórias.

Cumprir notar que a fixação de barreiras técnicas pode ser considerada legítima, segundo as regras da OMC, quando aplicada de forma equivalente aos produtos nacionais e aos estrangeiros. Se, contudo, for considerada mais rigorosa do que o necessário para assegurar os objetivos legítimos, poderá ser questionada no âmbito da OMC. (AMARAL, 2014, p.203)

Bom lembrar que o Acordo TBT busca assegurar que as normas e regulamentos técnicos, assim como procedimentos de certificação e avaliação de conformidade não criem obstáculos desnecessários ao comércio. Para tanto estabelece a obrigação de não discriminação (MESQUITA, 2013, p.51) Apesar disso, cuida-se, por certo, de área

suscetível do acordo de compras governamentais, não obstante repousem ali regras visando supera-las.

Em suma, não se deve restringir o comércio além do necessário para alcançar um objetivo legítimo. O Acordo sobre compras governamentais exemplifica como objetivos legítimos à segurança, a proteção da saúde humana, da vida ou da saúde animal ou vegetal, do meio-ambiente, moral, dentre tanto outros, como aqui repousa o enfrentamento à corrupção, podem ser igualmente contemplados pelo acordo.

### CONCLUSÃO

A despeito de considerações que possam ser feitas quanto aos aspectos positivos ou negativos decorrentes da globalização, não se pode negar a sua existência nem os efeitos produzidos no comércio internacional. O enfrentamento internacional à corrupção faz parte das estratégias político-comerciais de *players* do comércio globalizado, ante a consolidação da ideia de que a corrupção compromete o ambiente de negócios, cada vez mais interdependente, fulminando o desenvolvimento econômico e social dos países.

No quadro de governança global, além dos Estados e das grandes corporações, diversas organizações internacionais vêm somando esforços no enfrentamento à corrupção. Não obstante o tratamento já conferido à temática pela OCDE, ONU e OEA, o presente artigo demonstrou a legitimidade de atuação da Organização Mundial do Comércio – OMC no enfrentamento à corrupção, sobretudo por meio do Acordo sobre Compras Governamentais.

Como visto, estima-se que entre 10% e 15% das despesas dos países sejam destinadas a compras governamentais. Segundo dados colhidos da ICTSD, com 42 países signatários, o Acordo de Compras Governamentais da OMC liberalizará 150 bilhões de dólares em contratos públicos, restando clara o potencial de ganhos tanto no acesso a mercados quanto na mitigação de incentivos ao cometimento de práticas corruptas no bojo de licitações e contratos públicos.

Dada a importância econômica das compras governamentais no comércio mundial, conclui-se que o Acordo sobre compras governamentais da OMC, ainda não

ratificado pelo Brasil, ao uniformizar o regramento aplicável às compras governamentais, poderá reforçar o programa de *compliance* anticorrupção nacional.

Com razão, por força da conjuntura política e econômica internacional e nacional, a Lei Anticorrupção brasileira incorporou ao arcabouço normativo de combate à corrupção os denominados programas de *compliance* ou de conformidade às regras. A adoção de efetivo sistema de *compliance*, com uma adequada governança e implementação de boas práticas, previne os riscos e os custos derivados da crescente justaposição regulatória além de reforçar valores como transparência, *accountability* e equidade (COIMBRA, 2010).

Destarte, o acordo sobre compras governamentais funciona como uma poderosa ferramenta para promoção de estratégias políticas, sociais e econômicas. Além de fomentar medidas que buscam obter o melhor produto ou serviço, pelo preço mais baixo, em um ambiente plural de fiscalização recíproca, o AGP contribui na implementação de políticas internacionais de enfrentamento à corrupção.

Não se desconhece os efeitos colaterais decorrentes da adesão de um país em desenvolvimento em acordos desse jaez, mormente os riscos derivados da padronização internacional de especificidades técnicas para aquisição de produtos. Contudo, cumpre aferir a legitimidade das medidas adotadas em cada caso, segundo as regras vigentes na OMC, a exemplo do Acordo TBT visando coibir a proliferação de obstáculos desnecessários ao comércio.

Para conferir efetividade aos princípios não – discriminatórios da OMC, tais como o da nação mais favorecida (NMF), do tratamento nacional (TN), reciprocidade, previsibilidade, concorrência leal, proibição de restrições quantitativas ou do tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento, é necessário que haja transparência. Assim, todas as leis, regulamentos e decisões que impactem no comércio exterior devem ser publicadas com antecedência (MESQUITA, 2013, p.31), com vistas a garantir àqueles afetados pelas medidas exercerem suas ponderações. Ao cabo, o cerne da questão é otimizar o equilíbrio entre a proteção de interesses legítimos dos Estados e as obrigações multilaterais de não criar obstáculos desnecessários ao comércio internacional.

### Referências bibliográficas

- AMARAL, Manuela. *Protecionismo privado: a atuação da sociedade civil na regulação do comércio internacional*. In: Contexto Internacional. Rio de Janeiro, vol.36, n.1, janeiro/junho 2014, p.201-228.
- BANCO MUNDIAL. Disponível em: <http://www.worldbank.org/pt/country/brazil>.
- CAMPINHO, Bernardo Brasil. *O Direito ao desenvolvimento como afirmação dos direitos humanos – delimitação, sindicabilidade e possibilidades emancipatórias*. In: Direito ao Desenvolvimento / Coordenadoras: Flávia Piovesan; Inês Virgínia Prado Soares; prefácio de Celso Lafer. Belo Horizonte: Fórum, 2010. (coleção Fórum Direitos Humanos, 2).
- CHANG, HA-JOON. *Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*/ Ha-Joon Chang; tradução Luiz Antônio Oliveira de Araújo – São Paulo: editora UNESP, 2004.
- CLAYTON, Mona. *Entendendo os desafios de Compliance no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do compliance anticorrupção em um país emergente*. In Temas de Anticorrupção e Compliance/ Alessandra Del Debbio, Bruno Carneiro Maeda, Carlos Henrique da Silva Ayres, coordenadores. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- COIMBRA, Marcelo de Aguiar e outros (org). *Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010.
- COSTA, Ligia Maura. *Desenvolvimento sustentável no Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: demolindo mitos e barreiras*. Rev. Adm. Pública – Rio de Janeiro 49 (6): 1353-1373, nov/dez.2015.
- DALLARI BUCCI, Maria Paula. O conceito de política pública em direito, in Dallari Bucci. M. P. Políticas Públicas – Reflexões para um conceito jurídico, ed. Saraiva \_UNISANTOS, SP, 2006.
- DALLARI BUCCI, Maria Paula. Direito Administrativo e políticas públicas, Cap. IV, Ed. Saraiva, SP Dror, Y, A , Capacidade de Governar, Ed. FUNDAP, SP, 1999.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Todos ganham com o compliance*. CNEP em Revista - Conselho Executivo das Normas-Padrão. Ano 10, no. 39, Junho 2014, p. 26-27. Disponível em: <[http://www.cenp.com.br/Site/cenp\\_revista/EDICAO\\_39.pdf](http://www.cenp.com.br/Site/cenp_revista/EDICAO_39.pdf)>. Acesso em: 01 de out.2014.
- FRANCO DAVID, Decio. *Compliance e corrupção privada*. In: *Compliance e direito penal*. Fabio André Guarani, Paulo Cesar Busato (coord). Sao Paulo: Atlas, 2015
- FURTADO, Lucas Rocha. *As raízes da corrupção no Brasil: estudos de caso e lições para o futuro* – Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.
- HEIMANN, Fritz F. *O combate à corrupção internacional: o papel da comunidade comercial*. In: A corrupção e a economia global. Kimberly Ann Elliot (org): tradução de Marsel Nascimento Goncalves de Souza – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.
- ICONE, Instituto do comércio e Negociações Internacionais. Disponível: <http://www.iconebrasil.com.br/biblioteca/perguntas-e-resposta/negociacoes-em-compras-governamentais>. Acesso em 02 de outubro de 2016.
- MAEDA, Bruno Carneiro. *Programas de Compliance Anticorrupção: importância e elementos essenciais* In: Temas de Anticorrupção e Compliance/ Alessandra Del Debbio, Bruno Carneiro Maeda, Carlos Henrique da Silva Ayres, coordenadores. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MARRARA, Thiago. *Corrupção em licitações: chegou a hora de aderir ao tratado da OMC sobre contratações públicas?* Ano 2015 Num. 46. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/corruptao-em-licitacoes-chegou-a-hora-de-aderir-ao-tratado-da-omc-sobre-contratacoes-publicas>.

MARTINEZ, Maria Beatriz. *Programas de Compliance e a defesa da concorrência: perspectivas para o Brasil*. Revista do IBRAC, São Paulo, volume 12, numero 2 – 2005.

MESQUITA, Paulo Estivallet de. *A organização mundial do comércio*. Brasília: FUNAG, 2013.

MOREIRA, Heloiza Camargos; MORAIS, José Mauro de. *Compras Governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Européia, Nafta, Estados Unidos e Brasil*. Disponível em: <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/11038/R130HCamargosJoseMauro.pdf> Acesso em 02 out. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo e FREITAS, Rafael Vêras de. *A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas*.

MOROSINI, Fábio Costa; FERREIRA, Luciano Vaz. *A implementação da lei internacional anticorrupção no comércio: o controle legal da corrupção direcionado às empresas transnacionais*. Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais|, v.2, n.3, Jan-Jun 2013 | p.257-277.

NALINI, José Renato. *Corrupção como sintoma da barbárie contemporânea*. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 141-159. ISBN 978-85-7700-175-0.

NASCIMENTO, Melillo Dinis do. *O controle da corrupção no Brasil e a Lei n. 12.846/2013 – Lei Anticorrupção* In: *Lei Anticorrupção empresarial aspectos críticos à Lei n. 12.846/2013* / Organizador Melillo Dinis do Nascimento – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

NIETO MARTIN, Adan. *Americanizacion o europeizacion Del derecho penal econômico?* Revista Penal do Instituto de Derecho Penal Europeo e Internatcional Universidad de Castilla la Mancha, 2006, p.120-136.

ONU. *Material do Módulo do Curso de Solução de Disputas em Comércio Internacional, Investimento e Propriedade Intelectual*. Disponível: [http://unctad.org/pt/docs/edmmisc232add27\\_pt.pdf](http://unctad.org/pt/docs/edmmisc232add27_pt.pdf)

OSAKWE, Chiedu. *Future of the multilateral trading system: why the WTO remains indispensable?* Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2599404>

### DEMOCRACIA TRANSNACIONAL E INTEGRAÇÃO REGIONAL: AS NOVAS ESFERAS TRANSVERSAIS DE DECISÃO POLÍTICA

Anderson Vichinkeski Teixeira<sup>1</sup>

#### 1. A parábola da democracia liberal

No curso da longa história da noção de democracia no Ocidente podemos encontrar diversas vertentes suas que a colocam como um dos conceitos mais debatidos no âmbito das ciências sociais. Na compreensão genérica de democracia direta da Antiguidade grega encontravam-se incluídas todas as demais formas específicas de implementação daquele conceito em cada *polis*, o que demonstra não ser a mesma compreensão de democracia direta (ou “pura”, como dizem alguns autores) o modelo padrão aplicado uniformemente na Antiga Grécia. Da mesma forma, a democracia liberal assumiu condição central no pensamento político ocidental desde o início da Modernidade, constituindo-se em grande gênero dentro do qual muitas das diversas concepções de democracia passaram a se enquadrar. Isto posto, tomaremos como nosso ponto de partida teórico o fato de ter a democracia liberal exercido, desde o início da Modernidade, a função de gênero onde grande parte das democracias ocidentais foram – e continuam sendo, em muitos casos – espécies.

Elementos essenciais do gênero democracia liberal são: (1) vinculação ao liberalismo político<sup>2</sup>, (2) existência do sufrágio universal, (3) adoção da regra da maioria como standard

---

<sup>1</sup> Doutor em Teoria e História do Direito pela *Università degli Studi di Firenze* (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da *Université Paris Descartes-Sorbonne*. Estágio pós-doutoral em Direito Constitucional junto à *Università degli Studi di Firenze*. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Editor-chefe da RECHTD – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Professor visitante na *Universidad de la República de Uruguay*. Advogado e consultor jurídico. Contato: andersonvteixeira@hotmail.com Outros textos em: [www.andersonteixeira.com](http://www.andersonteixeira.com)

<sup>2</sup> Entenda-se aqui liberalismo político como uma teoria política abrangente, inclusiva e que parte de princípios procedimentais, como a igualdade e a liberdade, para orientar os sistemas políticos que a ele se vincularem. Por se tratar de um conceito profundamente ligado ao pensamento de Rawls, veja-se a sua definição: “I think of political liberalism as a doctrine that falls under the category of the political. It works entirely within that domain and does not rely on anything outside it. The more familiar view of political philosophy is that its

nas eleições e (4) presença do Estado moderno como elemento definidor de território e povo. Quanto à vinculação ao liberalismo político, dá-se de modo limitado e concentrado no princípio da igualdade e do respeito ao pluralismo; não estabelece uma agenda política, apenas estipula princípios formais a serem seguidos. Quanto à existência do sufrágio universal, trata-se de princípio elementar da ideia de democracia liberal, pois, caso contrário, poderia inclusive assumir outra forma de regime, como autocracias, aristocracias ou totalitarismos ditatoriais. Quanto à regra da maioria, constitui-se em referência padrão para a tomada de decisão nos processos democráticos; pode ser excetuada por referências baseadas na proporcionalidade, por exemplo. A própria existência da minoria serve para afirmar imediatamente a maioria e, em última instância, todo o sistema, tanto que Robert Dahl chega a afirmar que por democracia se entende um “sistema de decisão política no qual os líderes correspondem, em certa medida, às preferências dos não-líderes.”<sup>3</sup>

Quanto à presença do Estado como elemento definidor de território e povo, a democracia liberal encontrou já no Absolutismo Monárquico da baixa Idade Média e início da Modernidade a delimitação do espaço de decisão política dentro dos confins do Estado, reduzindo a difusão do poder em células autônomas (feudos, ducados, principados etc), como ocorria na alta Idade Média, sobretudo após a cisão do Império Romano no séc. V; a concentração de poder e a verticalidade política que o Absolutismo propunha não significavam uma mera centralização no cume da escala de poder: aumentou também a dependência do poder estatal em relação às formas cooperativas pelas quais se desenvolviam as relações sociais, o que representou um forte impulso ao surgimento e aprimoramento de novas formas de se exercer e limitar o poder estatal.<sup>4</sup> Ainda como elemento essencial da noção de democracia liberal devemos destacar a existência de oposição pública, regularmente

---

concepts, principles and ideals, and other elements are presented as consequences of comprehensive doctrines, religious, metaphysical, and moral. By contrast, political philosophy, as understood in political liberalism, consists largely of different political conceptions of right and justice viewed as freestanding. So while political liberalism is of course liberal, some political conceptions of right and justice belonging to political philosophy in this sense may be conservative or radical; conceptions of the divine right of kings, or even of dictatorship, may also belong to it. Although in the last two cases the corresponding regimes would lack the historical, religious, and philosophical justifications with which we are acquainted, they could have freestanding conceptions of political right and justice, however implausible, and so fall within political philosophy.” John Rawls, “Political Liberalism: Reply to Habermas”, in *The Journal of Philosophy*, Vol. 92, n. 3, 1995, p. 133.

<sup>3</sup> Robert Dahl, “Hierarchy, Democracy and Bargaining in Politics and Economics”, in Heinz Eulau et al (org.), *Political Behavior*, Glencoe, Free Press, 1956, p. 7.

<sup>4</sup> David Held, *Models of Democracy*, 3ª edição, Stanford, Stanford University Press, 2006, p. 57.

constituída e reconhecida pelo regime. Embora Robert Dahl coloque este elemento como característica-chave do conceito em tela<sup>5</sup>, entendemos que a vinculação ao liberalismo político é um pressuposto teórico que engloba, por natureza, a necessidade de existir oposição pública, pois o liberalismo está assentado no princípio da igualdade, o qual determina que “cada pessoa deve ter um igual direito ao mais extensivo quadro de iguais liberdades básicas compatível com um quadro similar de liberdades para os outros.”<sup>6</sup>

As sociedades democráticas, tanto nos modelos da Antiguidade grega quanto nos modelos representativos pós-Rousseau ou deliberativos pós-Mill, são notadamente marcadas por amplos processos de decisão e consulta pública mediante os quais o povo toma conhecimento das razões que fundamentam as decisões políticas e delas participam, direta ou indiretamente.<sup>7</sup> Na democracia liberal essa característica é reforçada pela necessidade de tratamento igualitário dos indivíduos e grupos sociais, bem como pela existência de uma organização estatal onde o exercício do poder ocorra alternada e eletivamente. A democracia se encontra tão vinculada ao paradigma estatal que podemos ver Dahl afirmar que “instituições democráticas estão menos propensas a se desenvolver em um país sujeito a intervenções por outro país hostil ao governo democrático naquele país.”<sup>8</sup> O referido autor estadunidense coloca esta – a ausência de controle externo hostil à democracia – como uma das três *condições essenciais* para a democracia.<sup>9</sup>

Após surgir como limitação ou alternativa ao Absolutismo Monárquico da baixa Idade Média, a democracia liberal atingiu durante o século XX, sobretudo na segunda metade deste, o seu ápice evolutivo: a queda dos regimes totalitários, os processos de democratização ocorridos, em especial, na Europa continental e nas Américas, transformaram a democracia liberal em regime político e, mais do que isso, em bem fundamental das sociedades ocidentais. Mesmo durante a Guerra Fria e a bipolarização política do mundo, tal regime espalhava-se, mediante as suas diversas variantes (democracia representativa, democracia deliberativa, democracia participativa etc), por aqueles países que compunham o eixo

---

<sup>5</sup> Registre-se que Dahl amplia a toda e qualquer noção de democracia a necessidade de existir oposição pública. Cf. Robert Dahl, *Polyarchy. Participation and opposition*, New Haven/Londres, Yale University Press, 1971, pp. 1-16.

<sup>6</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, p. 53.

<sup>7</sup> Cf. Graeme Duncan e Steven Lukes, “The New Democracy”, in *Political Studies*, Vol. XI, n. 2, 1963, p. 158.

<sup>8</sup> Robert A. Dahl, *On Democracy*, New Haven-London, Yale University Press, 1998, p. 147.

<sup>9</sup> As outras duas são: “(1) control of military and police by elected officials; (2) democratic beliefs and political culture.” *Ibidem*.

capitalista, transformando-se em antítese ao modelo de democracia direta apresentado em diversos países pertencentes ao eixo comunista.<sup>10</sup> Com a dissolução da União Soviética o efeito imediato foi a universalização da noção de democracia (de matriz liberal) como uma sorte de “valor-fonte” da política, um bem supremo a ser buscado por toda a Humanidade.

A queda da União Soviética e o consequente fim da bipolarização política produziu, inclusive, conclusões exageradas e míopes, como a de Francis Fukuyama, o qual chamou este processo histórico de “fim da História”<sup>11</sup>, ou seja, seria o triunfo derradeiro da democracia liberal sobre todos os demais sistemas e ideologias que com ela já ousaram concorrer. Todavia, diversamente do que se podia pensar, ao invés de produzir um “fim”, vemos uma série de fatores corroborados pelos diversos processos de globalização que se consolidaram nas últimas décadas do século passado e no início do atual século marcar o “início” de uma nova história das relações internacionais, da política, do direito internacional e da própria noção de democracia. É a globalização mudando o que tradicionalmente nos acostumamos a entender por democracia.

### **2. A democracia frente à pressão dos processos de mundialização das relações sociais**

Por se tratar de um fenômeno inovador, capaz de produzir uma aproximação intercultural nunca antes vista no curso da história da Humanidade, a globalização tornou-se um dos conceitos mais problemáticos e discutidos, tanto na economia, na ciência política, no direito quanto no âmbito político, devido a forte tendência de ideologização que ocorre em torno dos seus caracteres principais. A democracia liberal, ao limitar a sua dimensão cognitiva aos limites territoriais e de cidadania estabelecidos pelo Estado nacional, sofreu profundas influências dos diversos processos de globalização, não sendo possível destacar apenas um dos âmbitos deste fenômeno como aquele de maior relevância para essa desconstrução da noção de democracia liberal. Mais do que influenciar, a globalização, descrita enquanto processos econômicos, tecnológicos, políticos e culturais, coloca em

---

<sup>10</sup> A associação entre democracia direta e comunismo (e o socialismo) é no sentido de participação contínua e direta do povo nos processos decisórios mediados pelas corporações de ofício, associações e outras formas de mediação que os regimes comunistas utilizavam para tentar ampliar sua legitimidade política e capacidade de participação da população. Para maiores informações, veja-se David Held, *Models of Democracy*, cit., pp. 96-122.

<sup>11</sup> Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, Nova Iorque, Free Press, 1992.

discussão a tradicional compreensão da democracia liberal, bem como as habilidades funcionais das suas instituições e procedimentos internos.<sup>12</sup>

Um primeiro aspecto é, certamente, o tecnológico-cultural. A informatização e virtualização das relações sociais e econômicas, ocorrida nas últimas duas décadas do século passado, permitiu que a “sociedade global” fosse finalmente percebida – ainda que de modo incipiente e controverso – no mundo: o fato de que qualquer indivíduo, em qualquer lugar do mundo, possa entrar em contato e estabelecer relações interpessoais com qualquer outro indivíduo do mundo, estabelece um ponto de referência para o real surgimento da globalização. Anthony Giddens, tendo definido a globalização como um processo de intensificação, em nível global, das relações sociais entre localidades situadas a milhares de milhas de distâncias, afirma que este é “um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem se deslocar em uma direção anversa às relações muito distanciadas que os modelam.”<sup>13</sup> As aproximações entre culturas distantes geograficamente tornaram-se possíveis a partir do momento em que deixaram de existir barreiras físicas para a interação multicultural e que o atraso na comunicação entre elas foi reduzido a meros segundos. A interatividade em *real time* oportunizada a todos aqueles agentes que desejassem – e pudessem – se conectar fisicamente à rede mundial de computadores representou o momento derradeiro no surgimento da globalização: a possibilidade de interligar o mundo todo em um ambiente virtual onde distâncias geográficas são irrelevantes.

No entanto, se de um lado ocorre a aceleração da dinâmica das relações sociais em virtude da interatividade em *real time* oferecida pela Internet, desenvolve-se com igual vigor aquilo que Danilo Zolo denominou de “muro de Berlim imaterial”<sup>14</sup>, isto é, uma barreira virtual que cria o mundo dos globalizados e o dos excluídos digitais. Se os processos de democratização na era digital dependem claramente de recursos físicos e tecnológicos para que possam ocorrer, talvez o maior desafio criado pela globalização seja, atualmente, o de permitir que todo esse imenso contingente de excluídos digitais possa se conectar à Internet e vir a ter a oportunidade de descobrir as incontáveis oportunidades oferecidas pela recém-nascida “sociedade global-digital”.

---

<sup>12</sup> Christoph Görg and Joachim Hirsch, “Is International Democracy Possible?”, in *Review of International Political Economy*, Vol. 5, n. 4, 1998, p. 587.

<sup>13</sup> Anthony Giddens, *The Consequences of Modernity*, Stanford, Stanford University Press, 1991, p. 64.

<sup>14</sup> Danilo Zolo, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 63.

Um outro aspecto decisivo para a redefinição da noção de democracia decorre da transnacionalização de muitas – e cada vez mais importantes – decisões políticas. Em outras oportunidades sustentamos que a relativização da soberania estatal, tacitamente iniciada no século XX, sobretudo com a criação da Liga das Nações e, em seguida, da Organização das Nações Unidas, agravou-se progressivamente nas últimas décadas do século passado, de modo que, atualmente, tem se constituído por uma série de processos que buscam remover determinadas prerrogativas que historicamente caracterizaram o Estado moderno, como a autonomia jurisdicional, o controle dos mercados nacionais e a auto-suficiência para estabelecer políticas públicas.<sup>15</sup>

Quanto à autonomia jurisdicional, a chamada “expansão global do poder judicial” (*global expansion of judicial power*) – uma analogia a um fenômeno notadamente estadunidense, a “expansão do poder judicial” (*expansion of judicial power*), em que o poder judiciário interfere diretamente frente ao executivo, condicionando a criação de políticas públicas – foi apontada por Neal Tate e Torbjörn Vallinder, em meados dos anos 90 do século XX, como uma tendência a ser importada pelos demais países do mundo e, por último, incorporada pelo direito internacional, pois a democratização na América Latina, Ásia e África, somada ao desaparecimento da URSS, permitem que os Estados Unidos se tornem “o lar da judicialização da política” (*the home of judicialization of politics*).<sup>16</sup>

Segundo os referidos autores, trata-se de um fenômeno real que está mudando e mudará mais ainda a política global e o modo como esta será pensada no futuro.<sup>17</sup> Com a evolução dos atuais e a criação de novos tribunais internacionais, incluindo os de arbitragem, vemos que as instâncias jurisdicionais supranacionais estão cada vez mais presentes, desempenhando o papel que outrora competia às instâncias judiciais nacionais. Quanto ao controle dos mercados nacionais, as exigências da *lex mercatoria*<sup>18</sup> estão ampliando progressivamente as suas

---

<sup>15</sup> Ver os nossos “Globalização, soberania relativizada e desconstitucionalização do direito”, in Anderson V. Teixeira e Luís Antônio Longo (orgs.), *A Constitucionalização do Direito*, Porto Alegre, SAFE, 2008 e *Teoria Pluriversalista del Diritto Internazionale*, Roma, Aracne Editrice, 2010.

<sup>16</sup> Neal Tate; Torbjörn Vallinder (orgs.), *The Global Expansion of Judicial Power*, Nova Iorque, New York University Press, 1995, p. 02.

<sup>17</sup> Neal Tate; Torbjörn Vallinder (orgs.), *op. cit.*, p. 515.

<sup>18</sup> “A *lex mercatoria* é um tipo de direito que passou a ser consideravelmente institucionalizado, que responde ao fim de satisfazer as necessidades jurídicas do mercado, predispondo para os seus sujeitos seja de sempre novas modalidades de trocas contratuais, seja mesmo de modalidades de resoluções dos conflitos, que se insurgem ao longo da vida dos contratos. (...) é a mais completa forma de direito desterritorializado, precisamente porque corresponde a tentativa de abstrair o elemento territorial, tentando fazer se comunicarem

influências no contexto econômico internacional, terminando por gerar repercussões jurídicas com sanções similares as que são tradicionalmente aplicadas no âmbito da jurisdição nacional, como ocorre, por exemplo, com as decisões da Organização Mundial do Comércio, um dos órgãos mais prestigiados atualmente na esfera internacional.

A atividade regulatória e de fiscalização do cumprimento dos contratos parece ser o único resíduo de soberania econômica atribuída ao Estado, pois todo o resto já se encontra disperso em agentes que nenhuma natureza estatal possuem. O “Estado pedagogo” passou a ser o “Estado regulador”, o qual “não indica fins, mas estabelece regras e procedimentos e não exerce ele mesmo a atividade de execução, mas a confia à autoridade ou de regulação ou de adjudicação.”<sup>19</sup>

A recente crise econômica internacional expôs sem qualquer pudor a fragilidade que os processos decisórios nacionais e, por consequência, a soberania nacional, apresentam frente à economia internacional e ao predatório mercado de capitais especulativo. David Held destaca que o “projeto de globalização econômica deve ser vinculado aos manifestos princípios de justiça social; ele precisa enquadrar a atividade do mercado global.”<sup>20</sup>

Enfim, quanto à auto-suficiência para estabelecer políticas públicas, pode-se dizer que com a contínua transferência para a ordem internacional da competência decisória acerca de temas como guerra e paz, tutela ambiental, desenvolvimento econômico e repressão ao crime internacional, o Estado nacional encontra-se cada vez mais compelido a exercer apenas funções periféricas e locais, isto é, desempenhando uma sorte de política de municipalidade, enquanto que as questões essenciais para a nação agora passaram a ser tratadas em nível internacional. A política interna ruma para se restringir a assuntos práticos altamente específicos em cada sociedade, constituindo-se em espaço adequado para discutir questões

---

sujeitos econômicos que pertencem a diversos países e a diversas ‘famílias’ e culturas jurídicas, em nome de um comum objetivo de troca que eles pretendem alcançar.” Maria Rosaria Ferrarese, *Il diritto sconfinato*, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 79-80.

<sup>19</sup> Sabino Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 40.

<sup>20</sup> David Held, “O cosmopolitismo depois do 11 de setembro”, in Anderson V. Teixeira; Juarez Freitas (orgs.). *Direito à democracia: ensaios transdisciplinares*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 57-69 ; e Id., *Global Covenant. The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*, Cambridge, Polity Press, 2004, trad. it. *Governare la globalizzazione. Una alternativa democratica al mondo unipolare*, Bologna, il Mulino, 2005, p. 40.

como aborto, eutanásia, direitos dos homossexuais, convivência multicultural, direitos dos animais, direitos das minorias e administração local do meio-ambiente.<sup>21</sup>

Um terceiro aspecto cabe também ser destacado: a pressão da opinião pública mundial e dos diversos grupos de pressão internacionais ou transnacionais – em especial, organizações não-governamentais, associações culturais ou religiosas, grandes redes de jornalismo com cobertura global, movimentos culturais erráticos etc.

Nesse sentido, assume grande significado a proposta teórica cosmopolitista de Jürgen Habermas, onde a compreensão da condição do indivíduo nas relações internacionais parece estar, propriamente, no seu sentido democrático que estabelece a superação das referências nacionais – de cidadania e de território – como um momento inicial capaz de realizar a inclusão dos indivíduos e povos que se encontram fora do debate político internacional. Ele afirma que inclusão “significa que a comunidade política se abre ao inserimento dos cidadãos de qualquer extração, sem que estes ‘diferentes’ devam se assemelhar a uma suposta uniformidade étnico-cultural.”<sup>22</sup>

Trata-se de uma construção multicultural, dinamizada pela incessante aparição de novas subculturas determinadas por novas relações interculturais, que “reforça uma tendência – já presente nas sociedades pós-industriais – que vai em direção à individualização dos sujeitos e à projeção de ‘identidades cosmopolitas’.”<sup>23</sup> É precisamente na inserção desses novos atores na política internacional – seja diretamente ou mediante a representação dos seus interesses – que vemos ocorrer a passagem da democracia liberal para a transnacional.<sup>24</sup>

### 3. O espaço público e as novas esferas de decisão política: rumo à transnacionalização dos processos democráticos

Tradicionalmente, as teorias da democracia estabelecem fortes e rígidas oposições entre esferas públicas e privadas, âmbitos nacionais e internacionais. As fronteiras do debate

---

<sup>21</sup> Paul Hirst; Grahame Thompson, *Globalization in Question*, Cambridge, Polity Press, 1999, p. 263.

<sup>22</sup> Jürgen Habermas, *Die postnationale konstellation*, Frankfurt, Verlag, 1998, trad. it. *La costellazione postnazionale*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 49.

<sup>23</sup> Jürgen Habermas, *op. cit.*, p. 52.

<sup>24</sup> Ainda que estejamos em concordância com alguns postulados teóricos apresentados pelo cosmopolitismo habermasiano, devemos registrar que no nosso *Teoria Pluriversalista del Diritto Internazionale*, cit., pp. 209-19, foi desenvolvida uma crítica mais específica à aplicação do cosmopolitismo como fundamento jusfilosófico para as relações internacionais.

costumam ficar circunscritas à limitação do objeto em relação ao qual o regime pode ordenar processos decisórios. Todavia, como vimos anteriormente, a globalização, nas suas diversas vertentes, produziu uma profunda vinculação, do ponto de vista nacional, entre as diversas camadas das sociedades locais, enquanto que, do ponto de vista internacional, as relações entre Estados, indivíduos e grupos organizados estão cada vez mais interligadas e cortadas por elementos que transversalmente interessam a agentes situados, originariamente, em instâncias completamente distintas e, segundo a perspectiva das teorias democráticas tradicionais, incomunicáveis por meio de processos decisórios.

Para tentar atender a essas demandas por integração e legitimação das escolhas públicas, diferentes concepções de democracia para a esfera internacional têm sido propostas. Por essa razão, entre todos os conceitos de democracia, talvez o transnacional seja o mais amplo e discutível de todos, pois trata de um objeto essencialmente indefinido – isto é, escolhas racionais tomadas em diferentes instâncias – e ele por si só abre espaço para a ideologização política em torno deste objeto – a vinculação ao pensamento neoliberal é uma das primeiras conclusões que *a priori* se poderia tirar, pois o transnacionalismo poderia remeter a uma agenda política global definida pelas grandes potências, algo como o *Washington Consensus*.<sup>25</sup>

### 3.1. Quatro concepções para a democracia transnacional

Para facilitar a nossa argumentação, sintetizaremos abaixo aquelas que são as quatro teorias normativas da democracia na esfera internacional que costumam concorrer com a noção de democracia transnacional – e, até mesmo, com ela serem confundidas.

#### A) *Democracia liberal-internacionalista*

---

<sup>25</sup> A expressão foi originalmente cunhada por Joseph Stiglitz, mas acabou entrando no léxico internacional. Trata-se de uma série de propostas orientadas ao livre comércio, à desregulação, à privatização das atividades vinculadas ao Estado, à liberalização dos mercados de capitais e, sobretudo, à minimização da carga tributária imposta pelos Estados nacionais. O *Washington Consensus* foi seguido firmemente pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial para pressionar, nas duas últimas décadas do século passado, os países latino-americanos a adotarem as medidas acima citadas como forma de enquadrarem as suas economias internas a um padrão que pudesse permiti-las pagar seus empréstimos internacionais. Para maiores informações, veja-se Joseph Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, Nova Iorque, W.W. Norman & Company, 2002, trad. it. *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, Einaudi, 2003.

Originada com a tradição liberal dos séculos XVIII e XIX, a democracia liberal-internacionalista compreende a ordem internacional como estando baseada nos princípios da liberdade comercial, cooperação internacional e decisão das disputas por meio de arbitragem.<sup>26</sup> Por ser muito próxima ao modelo neoliberal de regulação político-jurídica, termina limitando a própria ação da democracia transnacional em termos de governança global, pois parte do princípio de que os mercados internacionais devem restar sob a mínima tutela possível. A democracia liberal-internacionalista concentra-se na racionalidade dos processos de trocas internacionais, de modo que ganha maior relevo o caráter procedimental da democracia transnacional. Todavia, Robert Keohane destaca que “o futuro da responsabilidade (*accountability*) das instituições internacionais frente aos seus públicos depende apenas parcialmente da delegação mediante instituições democráticas formais.”<sup>27</sup> O seu outro pilar é o “pluralismo voluntário sob condições de máxima transparência.”<sup>28</sup> Nesse sentido, uma ordem internacional pluralista será, necessariamente, uma ordem democrática.

### ***B) Pluralismo democrático radical.***

Em poucas palavras, o pluralismo democrático radical apela para formas de democracia direta e democracia participativa na ordem internacional, propondo fóruns de debate alternativos que passem as discussões do plano global para o local.<sup>29</sup> Representa uma crítica neomarxista às democracias liberais e suas insuficiências de legitimidade, demandando uma efetiva participação das diversas camadas das populações nacionais nos processos decisórios que lhes atingem como forma de redução das desigualdades sociais e econômicas. Anthony McGrew ressalta que o pluralismo democrático radical está “conectado à tradição cívica republicana na medida que seus expoentes acreditam que a liberdade individual somente pode ser alcançada no contexto de um forte senso de comunidade política e de compreensão do bem comum.”<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> Cf. Anthony McGrew, “Models of Transnational Democracy”, in Id.; David Held, *The Global Transformations Reader*, 2ª edição, Cambridge, Polity Press, 2003, p. 500.

<sup>27</sup> Robert Keohane, “International Institutions: can interdependence work?”, in *Foreign Policy*, Special Edition: Frontiers of Knowledge, 1998, p. 94.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Cf. Anthony McGrew, “Models of Transnational Democracy”, *cit.*, p. 502.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

### C) *Democracia cosmopolita.*

Um dos mais destacados defensores da democracia cosmopolita é David Held. Ele destaca a necessidade de uma governança global estruturada em um modelo que represente uma continuidade da democracia liberal, pois esta se apresentaria como a melhor alternativa à descentralização do poder decisional que outrora residia exclusivamente no Estado nacional. Segundo Held, a *global governance* ganha relevo por ser um “sistema multi-estratificado, multidimensional e multi-ator”.<sup>31</sup> O aspecto multi-estratificado se deve ao desenvolvimento e implementação de políticas públicas que, mesmo sendo próprias de agências supranacionais, regionais, estatais e até sub-estatais, possibilitam a formação de uma estrutura funcional que não considera o Estado como o centro referencial para a implementação de tais políticas; o caráter multidimensional é consequência da vinculação que se cria entre agência e matéria, permitindo que setores diversos, mas situados no mesmo nível de abrangência, tenham modelos de políticas públicas diferenciados em razão da matéria que devem abordar; e o aspecto multi-ator decorre do crescente número de agências, tanto públicas quanto privadas, que participam do desenvolvimento das agendas que definem as políticas públicas globais.<sup>32</sup>

O objetivo principal da democracia cosmopolita não é concentrar o poder decisório em alguma sorte de governo mundial, mas sim estabelecer um sistema eficaz que seja global e dividido em diversas estruturas internas com poderes decisórios específicos, ou seja, “um sistema de diversos e sobrepostos centros de poder moldados e delimitados por um direito democrático”.<sup>33</sup>

### 3.2. Democracia transnacional: utopia ou realidade?

Embora apresente pressimas teóricas que variam nas suas muitas concepções existentes, a progressiva transnacionalização dos processos decisórios parece ser uma realidade irrefutável. A democracia transnacional representa o mais novo momento de um longo percurso histórico na tradição liberal do Ocidente, ao invés de ser propriamente a antítese da noção de democracia representativa. Todavia, as visões cosmopolitas encontram

---

<sup>31</sup> David Held, *Global Covenant*, cit., p. 112.

<sup>32</sup> *Ibidem.*

<sup>33</sup> David Held, *Democracy and Global Order*, Cambridge, Polity Press, 1995, p. 234.

dificuldades em provar como seria possível encontrar elementos culturais e históricos, como língua e valores sociais em comum, dentro daquilo que seria a sociedade global.<sup>34</sup>

A pressão feita pelos diversos processos de globalização nos obriga a pensar uma nova teoria da democracia. O estadunidense Bernard Berelson falava em repensar o “sistema de democracia”, em vez de seguir o rumo que as tradicionais teorias da democracia seguiam e continuar concentrando o foco no indivíduo.<sup>35</sup> Participação e interesse costumavam ser vistos como requisitos do sistema democrático que deveriam naturalmente partir do cidadão, mas Berelson ressaltava, em meados do século passado, que algumas teorias e estudos “sugerem que um grande grupo de cidadãos menos interessados é desejável como uma ‘almofada’ (*cushion*) para absorver a intensa ação dos altamente motivados partidários. Isso devido ao fato de que os altamente interessados são na maioria os partidários e também os menos modificáveis.”<sup>36</sup> Se todos estivessem continua e altamente interessados, as possibilidades de uma solução gradual dos problemas políticos poderia restar comprometida pela excessiva vinculação às motivações políticas do grupo ao qual cada cidadão pertence.<sup>37</sup>

Nesse sentido, a democracia transnacional, além de seguir o padrão discursivo-procedimental da democracia liberal, oferece diversas esferas de interação política pelas quais os indivíduos podem manifestar os seus interesses altamente especializados e participar com maior ou menor intensidade das decisões que mais lhe interessarem. Dessa forma, o controle do poder ocorre de forma descentralizada e setORIZADA, afastando os perigos que a verticalização em estruturas supranacionais podem acarretar. John Dryzek é preciso ao afirmar que “controle descentralizado somente é democrático na medida que envolve em ação comunicativa indivíduos críticos e competentes, agindo como cidadãos e não como consumidores, inimigos ou autómatos. Democracia transnacional desta sorte não significa uma democracia eleitoral, e ela não está institucionalizada formalmente em organizações.”<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Nesse sentido, ver as críticas pontuais de Will Kymlicka, “Citizenship in an era of globalization”, in Ian Shapiro and Casiano Hacker-Cordón (orgs.), *Democracy's Edges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 112-126; e Christoph Görg and Joachim Hirsch, “Is International Democracy Possible?”, cit., pp. 585-615.

<sup>35</sup> Bernard Berelson, Paul Lazarsfeld, William McPhee (orgs.), *Voting*, Chicago, Chicago University Press, 1954, p. 312.

<sup>36</sup> Bernard Berelson, “Democratic Theory and Public Opinion”, in *The Public Opinion Quarterly*, Vol. 16, n. 3, 1952, p. 317.

<sup>37</sup> Cf. *Ibidem*.

<sup>38</sup> John S. Dryzek, “Transnational Democracy in an Insecure World”, in *International Political Science Review*, Vol. 27, n. 2, 2006, p. 103.

Um refutação poderia ser feita nesse momento: uma descentralização decisional como essa não levaria à anarquia ou à burocratização das instâncias decisórias? Em primeiro lugar, o alto grau de complexização das relações sociais demanda pela primazia da *especialidade* no trato com as diversas matérias envolvidas. A verticalização decisional tem se mostrado, historicamente, a mais propensa à burocratização – basta recordar que os absolutismos monárquicos se tornaram famosos ao levar esse problema a todas pequenas práticas do cotidiano. Em segundo lugar, a primazia da especialidade nada tem em comum com anarquia ou algo do gênero, mas sim com a necessidade de responsabilização dos agentes políticos e técnicos envolvidos na administração e gestão das diversas matérias de interesse público. A responsabilidade aumenta na medida que o conhecimento técnico sobre a matéria em questão também aumenta. Em segundo lugar, todos os fatores dos modelos que propõem uma democracia transnacional verticalizada e centralizada nas mãos de organismos internacionais de pretensões universais parecem olvidar que a “ordem internacional sempre foi uma ordem estabelecida *para e pelos* Estados mais poderosos” (grifo nosso).<sup>39</sup> Ressalte-se também que a mesma advertência feita por Dahl quanto à democracia em âmbito nacional pode ser aplicada para a transnacional: “durante severas e prolongadas crises as chances aumentam que a democracia seja derrubada por líderes autoritários que prometem o fim da crise por meio de vigorosos métodos ditatoriais. Os seus métodos, naturalmente, requerem que instituições e procedimentos democráticos básicos sejam postos de lado.”<sup>40</sup>

Em suma, dois requisitos surgem como essenciais para a democracia transnacional em contínua construção: (1) primazia do princípio da especialidade em relação às matérias envolvidas; e (2) decisões políticas centradas, primordialmente, nas esferas regionais. Essas estruturas regionais servem como instrumento para a promoção do debate político acerca de matérias que tocam a todos ou a grande parte dos países envolvidos, como ocorre, por exemplo, com a União Europeia – talvez o melhor exemplo de regionalização atualmente existente. Quanto às estruturas de governança especializadas, é crescente o número dessas estruturas, bem como a participação de agentes não-estatais nos seus processos decisórios. Veja-se o caso da Organização Internacional do Trabalho: participam de muitos dos seus

---

<sup>39</sup> Anthony McGrew, “Models of Transnational Democracy”, cit., p. 507.

<sup>40</sup> Robert A. Dahl, *On Democracy*, cit., p. 157.

processos internos não apenas Estados, mas também organismos que representam as empresas e os trabalhadores.

Diversamente de um veículo de condução dos postulados neoliberais, a democracia transnacional ruma para se afirmar como uma continuidade da democracia liberal em escala global, oferecendo diversos canais, estruturas e instâncias decisórias em condições de promover a integração entre povos, países, culturas e indivíduos. Por ser consequência dos diversos processos de globalização, o seu maior desafio não é de ordem técnica, comunicativa ou procedimental, mas é sim impedir que se reproduza no seu interior a mesma hegemonia das grandes potências ocidentais atualmente existente nas relações internacionais.

### Referências Bibliográficas

- BERELSON, Bernard; LAZARFELD, Paul; MCPHEE, William (orgs.). *Voting*. Chicago: Chicago University Press, 1954.
- BERELSON, Bernard. “Democratic Theory and Public Opinion”, in *The Public Opinion Quarterly*, Vol. 16, n. 3, 1952.
- CASSESE, Sabino. *La crisi dello Stato*. Roma-Bari: Laterza, 2002.
- DAHL, Robert. “Hierarchy, Democracy and Bargaining in Politics and Economics”, in EULAU Heinz, et al (org.). *Political Behavior*. Glencoe: Free Press, 1956.
- \_\_\_\_\_. *Polyarchy. Participation and opposition*. New Haven/London: Yale University Press, 1971.
- \_\_\_\_\_. *On Democracy*. New Haven-London: Yale University Press, 1998.
- DRYZEK, John S. “Transnational Democracy in an Insecure World”, in *International Political Science Review*, Vol. 27, n. 2, 2006.
- DUNCAN Graeme; LUKES, Steven. “The New Democracy”, in *Political Studies*, Vol. XI, n. 2, 1963.
- FERRARESE, Maria Rosaria. *Il diritto sconfinato*. Roma-Bari: Laterza, 2006.
- FUKUYAMA, Francis. *The End of History and the Last Man*. Nova Iorque: Free Press, 1992.
- GIDDENS, Anthony. *The Consequences of Modernity*. Stanford: Stanford University Press, 1991.
- GÖRG, Christoph; HIRSCH, Joachim. “Is International Democracy Possible?”, in *Review of International Political Economy*, Vol. 5, n. 4, 1998.
- MCGREW, Anthony. “Models of Transnational Democracy”, in Id.; HELD, David. *The Global Transformations Reader*. 2ª edição. Cambridge: Polity Press, 2003.
- HELD, David. *Democracy and Global Order*. Cambridge: Polity Press, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Models of Democracy*. 3ª edição. Stanford: Stanford University Press, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Global Covenant. The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*. Cambridge: Polity Press, 2004, trad. it. *Governare la globalizzazione. Una alternativa democratica al mondo unipolare*. Bologna: il Mulino, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Die postnationale konstellation*. Frankfurt: Verlag, 1998, trad. it. *La costellazione postnazionale*. Milano: Feltrinelli, 2002.

- KEOHANE, Robert. “International Institutions: can interdependence work?”, *Foreign Policy*, Special Edition: Frontiers of Knowledge, 1998.
- KYMLICKA, Will. “Citizenship in an era of globalization”, in SHAPIRO, Ian; HACKER-CORDÓN, Casiano (orgs.). *Democracy’s Edges*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. *Globalization in Question*. Cambridge: Polity Press, 1999.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- \_\_\_\_\_. “Political Liberalism: Reply to Habermas”, in *The Journal of Philosophy*, Vol. 92, n. 3, 1995
- STIGLITZ, Joseph *Globalization and its Discontents*. Nova Iorque: W.W. Norman & Company, 2002, trad. it. *La globalizzazione e i suoi oppositori*. Torino: Einaudi, 2003.
- TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (orgs.). *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova Iorque: New York University Press, 1995.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. “Globalização, soberania relativizada e desconstitucionalização do direito”, in Id.; LONGO, Luís Antônio (orgs.). *A Constitucionalização do Direito*. Porto Alegre: SAFE, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Pluriversalista del Diritto Internazionale*. Roma: Aracne Editrice, 2010.
- ZOLO, Danilo. *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*. Roma-Bari: Laterza, 2004.

### PROJEÇÃO EXTERNA DA CRISE DEMOCRÁTICA NA LINHA DE FRATURA ENTRE O DIREITO INTERNO E O DIREITO INTERNACIONAL: O PROBLEMA (AINDA) DA FALTA DE UNIDADE E AUTONOMIA DO DIREITO. CENTRO, PERIFERIA E SOCIEDADE HETERÁRQUICA

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

#### 1. Introdução

O pluralismo jurídico-político imprime, sem dúvida, uma perda da significação do Estado em sua concepção clássica, bem como introduz sensíveis alterações na ordem internacional. Efetivamente, o enfrentamento da capacidade do Estado definir os conteúdos normativos e decidir sobre o modo de aplicação tem revelado um lado muito preocupante da crise democrática. Não há como negar a fragilidade a que se encontra exposto nos dias atuais aquele que foi o centro de irradiação de decisão política e jurídica e assumia um *locus* de exclusividade na definição dos conteúdos de tal maneira que não admitia, no plano interno poder sequer igual para compartilhar essa função e, no plano internacional postava-se apenas ante o reconhecimento de iguais poderes para garantir a convivência da ordem. A irradiação da soberania, nessa conformidade, encontra eco desde o pensamento medieval com a defesa procedida por Bodin que a concebia como poder supremo, absoluto, que não admitia nenhum outro maior que si (*Suprema potestas superiorem non recognoscens*)<sup>2</sup>, não mais se sustenta diante da realidade das relações internacionais hodiernas. Com efeito, a ideia de um poder soberano cuja legitimação e limites encontram-se exclusivamente na norma por ele criada e aplicada, ou seja, dentro do domínio do normativo na esteira da visão preconizada por Kelsen<sup>3</sup>, entra em confronto com a convivência internacional das últimas décadas e o irrompimento do fenômeno da globalização, que preconiza a projeção desta qualidade do

---

<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 do PPGD da Universidade de Itaúna. Magistrado.

<sup>2</sup> BODIN, Jean. *Los Seis Libros de la República*. Caracas: Instituto de Estudios Políticos. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela, 1966, p 141.

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, pp. 191 e 371 – 374.

poder do Estado entrelaçada num amálgama de relações que não se projetam exclusivamente no campo normativo.

É nesse cenário que este artigo se propõe, a partir de uma abordagem analítico-crítica, examinar a vivência da democracia no plano interno em cotejo com a ordem internacional tendo como fio condutor o princípio dignitário e o escopo de verificar se o Direito Internacional se constitui um sistema social diferenciado.

### **2. O problema (ainda) da falta de unidade e autonomia do Direito. Centro, periferia e sociedade heterárquica**

Ferrajoli chama a atenção para que a “soberania é um conceito ao mesmo tempo jurídico e político, em torno do qual se adensam todos os problemas e aporias da teoria juspositivista do direito e do Estado”<sup>4</sup>. Deveras, assim como o próprio direito não pode mais ser compreendido sob uma visão exclusivamente normativista porque legitimado e operado mercê de um complexo de relações de inter-referências, a soberania, igualmente, não pode ser mais concebida, legitimada e operada num sistema hermeticamente fechado que seria o sistema jurídico do Estado concebido como fonte exclusiva de criação e aplicação normativa. A partir daí, divisamos uma concepção aberta da soberania para havê-la mesclada numa *rede* de inter-referências partindo do sistema jurídico para os sistemas político e econômico.

Essa visão, concebida a partir do processo de mundialização, requer atenção redobrada porque esse processo enseja também o aparecimento de polos nocivos. Deveras, é preciso se ter presente que não apenas o capital, mas a ciência, a tecnologia, a cultura, romperam as fronteiras do Estado nacional, com a mesma amplitude que o crime organizado. Segundo Castells, “as atividades criminosas e organizações ao estilo da máfia de todo o mundo também se tornaram globais e informacionais, propiciando meios para o encorajamento de hiperatividade mental e desejo proibido, juntamente com toda e qualquer forma de negócio ilícito procurado por nossas sociedades, de armas sofisticadas à carne humana”<sup>5</sup> A existência de redes criminosas internacionais para disseminar violência, para

---

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno. Nascimento e crise do Estado nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.1.

<sup>5</sup> CASTELLS, Manoel. *A Sociedade em Rede*. 1º vol. da série “A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura”, 6ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 40.

tráfico de entorpecentes, órgãos, crianças, mulheres, armas e capital ilícito é fato comprovado. Como igualmente é realidade, para fazer face a esse fenômeno, o vicejamento de redes de proteção cuja atuação se expressa sob as mais variadas organizações não-governamentais<sup>6</sup>.

Esse amálgama de inter-referências, como se vê, ora se desenvolve em amparo ao processo democrático buscando a inserção do indivíduo e a integração de comunidades ao escopo de tutelar e ensejar a eficácia dos direitos humanos, ora se desenvolve exatamente ao fito contrário. Aqui, vê-se travada verdadeira batalha. Essa luta, no plano interno, tende, segundo estamos convencidos, a propiciar a consolidação do Estado Democrático de Direito, por meio de uma adequada relação entre governo e jurisdição, que redundará para além da submissão do exercício da soberania aos limites normativos, alcançando a admissão, controle e gestão dos novos atores cuja atuação se volte para imprimir uma maior legitimação do poder do Estado. Assim, desde que a norma resulte de um consenso novo por meio de revelar a vontade da maioria dos a ela concernidos, avultar-se-á, desde aí, soberana, de tal sorte que esse círculo garante a legitimidade e resolveria uma possível antinomia entre a soberania e sua limitação jurídica. Ferrajoli reproduz essa visão ao fazer ver que:

Essa antinomia, como já se viu, resolveu-se no plano do direito interno com o nascimento do estado constitucional de direito, em virtude do qual o direito regula a si próprio, impondo à sua produção vínculos não mais apenas formais, ou seja, relativos às suas formas, mas também substanciais, ou seja, relativos aos seus conteúdos, e assim condicionando não mais apenas o vigor das normas produzidas, mediante normas sobre os procedimentos, mas também sua validade substancial, mediante normas sobre os direitos fundamentais. No estado de direito, portanto, não existe nenhum soberano, a menos que não se entenda como “soberana”, como puro artifício retórico, a própria constituição, ou melhor, o sistema de limites e de vínculos jurídicos por ela impostos aos poderes públicos já não mais soberanos.<sup>7</sup>

O problema, todavia, assume conotação diferente quando enfrentado em face da soberania externa. Deveras, a ausência no âmbito internacional de uma norma legitimadora que igualmente imponha ao Estado vínculos formais e materiais sempre ensejou o exercício da soberania de forma absoluta e unilateral. De tal sorte, quando hoje se cuida de estabelecer no plano externo um quadro formal e material legitimador e garantidor (*ius cogens*), que

---

<sup>6</sup> Bolzan lembra a atuação em setores variados como à guisa de exemplo: ecologia (Greenpeace), direitos humanos (Anistia Internacional) e saúde (Médicos Sem Fronteiras). (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 29).

<sup>7</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 40.

implicaria e evidenciaria a antinomia entre soberania e direito, o que, obviamente, apenas se processaria, como ressalta Ferrajoli, parodiando Dworkin, se se “levar a sério” o direito internacional, e, portanto, assumir seus princípios como vinculadores e seu projeto normativo como perspectiva alternativa àquilo que de fato acontece; validá-los como chaves de interpretação e fontes de crítica e deslegitimação do existente; enfim, planejar as formas institucionais, as garantias jurídicas e as estratégicas políticas para realizá-los”<sup>8</sup>. A discussão, por essas vertentes, repousa em grande dificuldade e tem conduzido a retornos em nome dos interesses nacionais.

Enquanto isso não se efetiva, multiplicam-se as violações aos direitos fundamentais, à paz e à segurança e outro caminho não se avulta se não divisar e operar a soberania sobre outro paradigma de modo a acompanhar o que acontece, o que existe: o desenvolvimento de núcleos de poder (não apenas estatal) hegemônicos e voltados para atuação em rede de modo a infundir, difundir e perpetrar as mais atrozes violações ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É esse contexto que revela o ambiente de mudanças onde o Estado nacional está atuando neste novo milênio. É esse o contexto da convivência democrática no plano externo. Esse ambiente impõe uma agenda de políticas públicas na qual o Estado aparece tomando ciência que não mais detém o monopólio do direito, ante a atuação de antigos e novos atores num ambiente muito mais complexo e denso: uma autêntica rede, que constituiria a constelação pós-nacional desvelada por Habermas com estas palavras:

Assim como no século XIX o trem, o barco a vapor e o telégrafo intensificaram o trânsito de bens e das pessoas bem como a troca de informações, assim hoje em dia a tecnologia dos satélites, a navegação aérea e a comunicação digital criam novamente redes mais amplas e densas. “Rede” [Netzwerk] tornou-se uma palavra-chave, e tanto faz se se trata das vias de transporte para bens e pessoas, de correntes de mercadorias, capital e dinheiro, de transmissão e processamento eletrônicos de informações ou de circulações de pessoas, técnicas e natureza. Cadeias temporais comprovam as tendências globalizantes em muitas dimensões. O termo encontra igualmente aplicação na expansão intercontinental da telecomunicação, do turismo de massa ou da cultura de massa, bem como nos riscos transnacionais da técnica de ponta e do comércio de armas, nos efeitos colaterais mundiais do ecossistema explorado ou no trabalho conjunto internacional de organizações governamentais e não governamentais.”<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> FERRAJOLI, 2002. p. 46.

<sup>9</sup> HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional. Ensaios Políticos*. São Paulo: Litera Mundi, 2001, p. 84.

Todavia, a globalização tem imprimido uma legitimação do poder através de uma identidade imposta, padronizada e não-diferenciada como aponta Castells<sup>10</sup>. Ajustar os Estados periféricos à globalização tem conduzido a uma situação de exclusão, onde a soberania popular e o princípio da dignidade da pessoa humana têm sido postos de lado em face da sobrepujança de um unilateralismo massificante. Em nome da globalização tem-se levado à falência pequenas e médias empresas nacionais a fim de propiciar a entrada de produtos dos países do primeiro mundo. Tem-se assistido a privatizações, entregando-se, sem controle, o poder e a riqueza de empresas estatais, o que tem acarretado consequências desastrosas para as relações de consumo. Têm-se reduzido os direitos sociais, especialmente os dos trabalhadores, aniquilando-se com a proteção à despedida arbitrária, reduzindo-se salários, amesquinhando-se aposentadorias, tudo em nome de uma reforma social. Assiste-se, ainda, a uma redução significativa de aporte de recursos do governo central aos governos locais, desfigurando-se federações e fazendo-se tábula rasa do princípio da subsidiariedade, prejudicando o desenvolvimento das regiões mais pobres. Os sistemas de saúde e de educação têm cada vez mais sua responsabilidade imputada aos governos locais ou à própria comunidade. Com isso, sucateiam-se escolas e hospitais. Tudo, enfim, em defesa do que se preconizou chamar de “Reforma do Estado” ou “Modernização do Estado”, ao escopo de preparar o Estado que enfrenta o terceiro milênio em um mundo globalizado.

Esse contexto mais que nunca revela o nível de desigualdade entre as camadas da população, porque se evidencia uma enorme diferenciação entre *incluídos* e *excluídos* que, por mais paradoxal que seja, é incompatível – tanto com a democratização interna (do Estado de Direito), quando com a (des)ordem internacional globalizada (democratização externa?) – mas, ao mesmo tempo, a alavanca.

É por isso que ainda julgamos pertinente a diferença entre *Estados-núcleos* e *Estados periféricos*, porque a inclusão na rede sistêmica peculiar à globalização marginaliza aqueles Estados que, como num passe de mágica, viram-se obrigados a se inserir na nova ordem sem que tenham conseguido, ainda, ultrapassar, as providências alinhavadas pelo Estado de Bem-Estar-Social, revelando uma *modernidade tardia* ou um *simulacro de modernidade*, na

---

<sup>10</sup> CASTELLS, Manuel. *O Poder da Identidade*. São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 25.

expressão de José Ribas Vieira desvelada por Streck<sup>11</sup>. Os chamados *Estados-núcleos* passaram pelo Estado de Bem-Estar-Social e são donos e operadores do sistema bancário internacional, controlam todas as moedas fortes, são os principais clientes do mundo, fornecem a maioria dos bens acabados, dominam os mercados internacionais de capitais, exercem considerável liderança moral(?) dentro de muitas sociedades, são capazes de maciça intervenção militar, controlam as rotas marítimas, realizam a maior parte da pesquisa e desenvolvimento de tecnologia de ponta, controlam o ensino técnico de ponta, dominam o acesso ao espaço, dominam a indústria aeroespacial, dominam as comunicações internacionais e dominam a indústria de armamentos de alta tecnologia<sup>12</sup>. Vê-se, dede aí, que os *Estados-núcleos* são centros de irradiação de decisão econômico-financeira, política, científico-tecnológica e cultural. Já os *Estados Periféricos* gravitam, impulsionados por essas demandas em torno do centro. E a tendência de se conduzir o debate político em torno de dois mundos: norte–sul, oriente–ocidente, ricos–pobres, centro–periferia, que se supunha encontrar-se ultrapassada em face do processo de globalização, volta (na verdade nunca deixou de estar) ao cenário.

Isso decorre, sem dúvida, da circunstância de que a globalização não tem conduzido a um processo de inclusão, ou por outras palavras, ela não conduz a um processo homogêneo (nem poderia, porque os Estados periféricos, como o Brasil, ainda vivem numa modernidade tardia). Ela é modelada pelos interesses, objetivos e prioridades de segurança e do capital sediado em Estados hoje já não mais predominantemente ocidentais porque a China e o Japão entram em cena. Ou será que ainda hoje, e não apenas nos anos do pós-guerra, para salvaguardar esses interesses os Estados Unidos – como a única grande potência que restou após o desmoronamento da União Soviética – a Alemanha e a França não se alinham para tomar decisões sobre questões políticas e de segurança? Ou será que os Estados Unidos não se alinham como a Grã-Bretanha, o Japão e já estamos assistindo a entrada em cena nesses arranjos da China, para decidir sobre questões de natureza econômica. E, enfim, será que alguém duvida igualmente que as decisões tomadas afetam a economia, a política e a

---

<sup>11</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 25.

<sup>12</sup> Características do centro condensadas por BARNETT, Jeffery R. “Exclusions as National Security Policy” *apud* HUNTINGTON, Samuel P. *O Choque de Civilizações e a Recompensa da Ordem Mundial*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996, pp. 97 – 98.

segurança de tantos outros Estados? Isso Huntington<sup>13</sup> já fazia ver que ocorria no início do processo globalizante e certamente não deixou de ocorrer.

Avultam-se, desde aí, portanto, duas modernidades: a modernidade central e a modernidade periférica. Enquanto na modernidade central os efeitos da globalização são melhor assimilados porque os Estados passaram pela etapa do Estado de Providência, na modernidade periférica a crise se agudiza quando em busca de integração na sociedade global, divisa-se, com mais intensidade, a falta de autonomia das esferas de juridicidade, sobretudo a estatal em definir os conteúdos e os processo de criação e aplicação normativas<sup>14</sup>, de maneira a valorar a igualdade e a dignidade da pessoa humana como condições para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Ainda que se divise certa mobilidade no deslocamento do esquema “centro e periferia”, o que se pode perceber presentemente com a situação da China e em sentido inverso, com uma desaceleração da economia norte-americana. Aliás, os acontecimentos recentes, que fizeram eclodir a crise financeira, constituem sérios indícios. O certo é que a chamada *periferização do centro* mostra-se como uma tendência paradoxal não invalidando a distinção entre centro e periferia que segundo Neves

é analiticamente frutífera, na medida em que, definindo-se a complexidade social e o desaparecimento de uma moral imediatamente válida para todas as esferas da sociedade como características da modernidade, constata-se que, em determinadas regiões estatalmente delimitadas (países periféricos), não houve de maneira alguma a realização adequada da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional nem a constituição de uma esfera pública fundada na generalização institucional da cidadania, características (ao menos aparentes) de outras regiões estatalmente organizadas (países centrais).<sup>15</sup>

A propagação de ondas de exclusão também em países do centro revela o equívoco em que laboram aqueles que sustentam a (falsa) liberdade como esteio do neo-capitalismo, que faz amargar a perda de autonomia do direito desmoronando o Estado de Bem-Estar-Social em lugares onde ele pôde se desenvolver, e inevitavelmente, ao mesmo tempo, revela

---

<sup>13</sup> HUNTINGTON, 1996, p. 97.

<sup>14</sup> A visão pragmático-sistêmica de Luhmann bem explica essa crise quando desvela a hipertrofia do código (*ter/não ter*) da economia sobre os códigos binários de atuação dos sistemas jurídico (*lícito/ilícito*) e político (*poder/não-poder* ou *governo/oposição*). Consultar a respeito: LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, sobretudo pp. 117 - 152).

<sup>15</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. 227 – 228.

o quanto as camadas de não-incluídos dos países da modernidade (tardia) periférica sofrem com os efeitos da globalização econômica.

Nesse diapasão, a questão repousa em saber se o direito se torna garante da ordem internacional ou se, de outro modo, a ordem internacional globalizada se torna garantidora do Estado Democrático de Direito. Dito, ainda, de forma diferente: é necessário que os Estados sejam democráticos para que a ordem internacional seja democrática? Ou a ordem internacional global se tornará democrática independentemente de alguns Estados não sê-lo? Neves se ocupa da questão imprimindo a ela uma análise sistêmica para concluir indo além de aportes de Habermas e Teubner, que a democratização do sistema internacional estaria a depender da democratização dos Estados.

A proposta de Habermas encontra-se assim sintetizada por Neves:

Habermas procura na unidade de uma política mundial transnacional a saída para os limites da capacidade reguladora e da força integrativa ou legitimadora do Estado Democrático de Direito na sociedade mundial hodierna. A concepção habermasiana lembra a idéia kantiana da possibilidade de paz entre as “Repúblicas” mediante “um *federalismo* de Estados livres”<sup>16</sup>, não recorrendo, porém, às instituições tradicionais da política internacional ou do direito internacional público. Diversamente, enfrenta a questão referente à busca de uma *política interna mundial* que estaria em condições de “explorar instituições e procedimentos” que seriam “necessários para a construção de interesses comuns ‘no sentido de uma cidadania mundial’ e para a produção de um ‘regime global de bem-estar’”<sup>17</sup>. Ao contrário da política internacional e do direito internacional público de feição clássica, “os *primeiros* destinatários de tal ‘projeto’ não são os governos, mas sim movimentos sociais e organizações não-governamentais, ou seja, os membros ativos de uma sociedade civil que ultrapassa as fronteiras nacionais.”<sup>18</sup>

A proposta de Teubner<sup>19</sup>, nas palavras de Neves<sup>20</sup>, implica verificar que a “Teoria do Direito é desafiada [...] a incluir em sua semântica e trazer para o centro de suas discussões a questão das ordens jurídicas globais e plurais, estruturalmente acopladas aos respectivos subsistemas da sociedade mundial.” Por essa via, os procedimentos específicos do Estado de Direito (*rule of law* e *due process of law*) alcançariam as ordens globais heterárquicas que se instalaram a partir de diferenciação e programação de outros subsistemas que ao lado do

---

<sup>16</sup> Conferir KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: edições 70, 1995.

<sup>17</sup> Conferir HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional. Ensaios Políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

<sup>18</sup> NEVES, 2006, p. 269.

<sup>19</sup> Conferir TEUBNER, Gunther. “A Bukovina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional”. In: *Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas*, vol. 14, nº 33. Piracicaba: Unimep, jan./abr. 2003, pp. 9 – 31, entre outros.

<sup>20</sup> NEVES, 2006, p. 261.

direito integram a ordem global mundial como a economia e a política, notadamente. Assim, tais procedimentos deixariam de pertencer com exclusividade ao Estado de Direito e passariam, igualmente, a receber estímulos dos outros subsistemas no ambiente da sociedade global, que atuariam sem a centralização do Estado Nacional, de onde proviria o caráter heterárquico da ordem.

O ponto de partida para deflagrar qualquer investigação por esse caminho requer, necessariamente, que se considere, como fez Luhmann, que “no hay nada en el plano de la sociedad del mundo que corresponda al acoplamiento estructural del sistema político y del sistema jurídico por la vía de las Constituciones”<sup>21</sup>. Essa ausência na sociedade internacional de um acoplamento entre os sistemas político e jurídico decorre, primeiro, da circunstância de que a ordem mundial globalizada tem como código hipertrófico o *ter/não-ter* da economia e, segundo, porque, como lembra com precisão Teubner<sup>22</sup>:

Não só a economia é hoje em dia um sistema autônomo no plano global – também a ciência, a cultura, a técnica de saúde, a previdência social, o transporte, o sistema militar, a mídia e o turismo auto-reproduzem-se atualmente como ‘sistemas mundiais’ no sentido de Wallerstein e fazem, dessa maneira, concorrência à política internacional dos Estados nacionais, com sucesso.<sup>23</sup>

É exatamente por isso que Bolzan, ciente da importância da Constituição “para o reconhecimento e desenvolvimento de um direito humanitário, mesmo sem que saibamos exatamente e com certeza sobre qual o espaço geográfico que incidirá o regramento constitucional – o nacional, o local, o regional, o mundial(?)” reconhece que o “seu papel (da constituição) não está terminado, mesmo que esteja passando por uma reformulação profunda, produto de uma realidade nova que impõe seja ordenada levando-se em consideração o seu cunho aberto e universalizado.”<sup>24</sup>.

Realmente, apesar de toda a *constitucionalização do direito internacional* como se assiste no processo de unificação da Europa e de toda *internacionalização do direito constitucional*, com a abertura das constituições para acolher normas de direito internacional

---

<sup>21</sup> LUHMANN, 2002, p. 660.

<sup>22</sup> TEUBNER, 2003, pp. 9 – 31.

<sup>23</sup> É preciso, todavia, não olvidar, como aqui já ressaltamos a partir do pensamento de Bolzan e Castells, a existência, também, de núcleos heterárquicos nocivos e com atuação igualmente voltada para concorrer com o poder estatal como, por exemplo, a existência de redes criminosas internacionais para tráfico de entorpecentes, órgãos, crianças, mulheres, armas, capital ilícito, etc.

<sup>24</sup> BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 94 – 95.

como princípios e tratados, ainda se divisa no direito nacional o ponto de partida para a existência e produção do sistema internacional. Todavia, é inegável que o processamento de comunicações intersistêmicas na sociedade internacional, cujo resultado é a criação de novos pólos heterárquicos, tem-se erigido em detrimento do desempenho da função sistêmica da constituição no Estado Nacional que é servir de acoplamento estrutural entre direito (*lícito/ilícito*) e política (*poder/não-poder*), de modo a permitir uma salutar inter-referência entre os dois sistemas, de maneira a canalizar e equalizar os interesses recíprocos, no conserto democrático.

A questão se acentua quando entra em jogo na comunicação o código hipertrófico (*ter/não-ter*) da economia. E se no plano interno, as irritações causadas pelo código hipertrófico já acentuam e frustram a atuação dos direitos humanos como limites de capacidade de aprendizagem, o mesmo se projeta no sistema internacional exigindo, a toda evidência, uma institucionalização/programação, tanto interna, quanto internacional, para em nome do conserto democrático, proceder aos ajustes necessários nessa linha de fratura. No caminho desse conserto, o fortalecimento da doutrina e do Poder Judiciário, estamos convencidos, constituem *loci* altamente privilegiados ao declarado escopo e suas funções necessitam ser re(visitadas).

A emergência de centros heterárquicos, ou seja, centros de poder produtores de direito que concorrem com o direito produzido pelo Estado Nacional, que caracteriza o fenômeno globalizante, revela a crise de unidade e mesmo de autonomia tanto no ambiente do direito interno, quanto na ordem internacional, dos sistemas que a integram, todos eles, além e sobretudo da política, da economia e do próprio direito. Teubner sustenta mesmo a falta de unidade que seria compensada com o irrompimento de “operações transjuncionais”. Nesse ponto, Neves diverge de Teubner para insistir na unidade, complexidade e multiplicidade de programas do sistema jurídico estatal, que não resultaria trivializada pelas comunicações deflagradas pelas operações entre sistemas heterárquicos:

Em vez de negar em geral a unidade do direito, tal como propõe Teubner, parece-me que caberia levar em consideração o fato de que no Estado Democrático de Direito o direito positivo, constituindo sistema jurídico diferenciado tanto funcionalmente quanto territorial-segmentariamente, não é uma “máquina trivial”, suscetível de ser caracterizada como uma unidade simples, invariante e instrumental na perspectiva de um observador externo. Configura, ao contrário, uma “máquina não trivial”, cuja unidade é não invariante, altamente complexa e múltipla, pois

depende não apenas de uma pluralidade de observadores externos nos diferentes ambientes ou contextos do direito, mas também de uma multiplicidade de auto-observadores e autodescrições. Exatamente por isso não cabe falar de uma identidade simples do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito, mas sim, utilizando a linguagem de Teubner, investigar as “identidades múltiplas” desse sistema. O seu código binário “lícito/ilícito”, no qual se assenta a unidade sistêmica, manifesta-se em uma multiplicidade de programas, contextos sociais, e problemas intra-sistêmicos, envolvendo-se em operações transjuncionais como outros códigos binários.<sup>25</sup>

A opção de Neves privilegia o fortalecimento do Estado Democrático de Direito levando em consideração o novo *locus* onde irradiará sua atuação. Divisa-se, portanto, na ordem internacional globalizada, uma policontextualidade alavancada a partir de operações transjuncionais, o que, a bem da verdade, assegura a sua existência a par de não constituir um sistema social diferenciado. Por isso prossegue Neves propugnando, enfim, pela compatibilidade da concorrência entre o sistema jurídico do Estado Democrático de Direito e o pluralismo jurídico da sociedade mundial afirmando que:

Deve-se observar que a polivalência das operações transjuncionais pressupõe a bivalência dos códigos dos respectivos sistemas. Mediante essas operações é possível “passar de uma contextura (uma distinção ‘positivo/negativo’) para uma outra e marcar, a cada vez, quais as diferenças que se aceitam ou se rejeitam para determinadas operações”. A policontextualidade implica não somente que haja operações transjuncionais entre o código “lícito/ilícito” do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito e outros tipos de códigos sociais binários (“ter/não-ter”, “poder/não-poder”, “verdadeiro/falso”, “transcendente/imanente”, “amor/desamor”, “belo/feio”, “consideração/desprezo”, etc.), mas também que ocorram operações polivalentes entre o código “lícito/ilícito” sob o qual o referido sistema opera e outras manifestações do código binário do direito. Essas, por seu turno, não se reduzem nem àqueles códigos jurídicos que se afirmam, respectivamente, em outros sistemas jurídicos estatais segmentariamente diferenciados, nem ao código binário que se apresenta no direito internacional público, mas incluem igualmente os códigos binários específicos das ordens jurídicas globais plurais. Quer dizer: a referência à unidade não trivial, complexa e múltipla do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito não exclui uma pluralidade de outras ordens jurídicas que estejam em relações permanentes de concorrência com esse sistema; portanto, não é, em princípio, incompatível com o pluralismo jurídico da sociedade mundial.<sup>26</sup>

É sem dúvida, um caminho difícil, mas não impossível de ser palmilhado. Mas, afinal, que outra alternativa restaria ao Estado em defesa de um projeto de Direito que coloque em primeiro plano a dignidade do homem?

---

<sup>25</sup> NEVES, 2006, p. 264 – 265.

<sup>26</sup> LUHMANN, 2002, p. 265.

### 3. Aportes finais

Na escolha de conteúdos e procedimentos, que tradicionalmente marcou a autonomia do direito do Estado Nacional, a função bivalente do código binário do direito se intensifica em defesa de sua unidade na medida em que ela mediatizar, tanto internamente, como na sociedade global, a marcação dos conteúdos pelo filtro do código *inclusão/exclusão*, de modo a privilegiar aqueles conteúdos que satisfaçam a igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana a fim de que os direitos humanos possam aparecer na policontextualidade como limite da capacidade de aprendizagem e condição de possibilidade das comunicações deflagradas no plano interno ou aquelas objeto das operações transjuncionais. E quando a função binária *inclusão/exclusão* mediatizar o irrompimento de operações por todos os sistemas, ela restará guindada a um meta-código<sup>27</sup>, decorrendo, desde aí, a importância da Constituição como *locus* de fundamentabilidade dos direitos humanos permitindo a exata mediação em defesa deles; seja no plano interno, no âmbito de acoplamentos estruturais entre os sistemas; seja apontando o norte para as operações intersistêmicas no âmbito da transjuncionalidade heterárquica, na ordem global. Porém, é preciso estarmos atentos para os efeitos que daí podem advir já amplamente aqui registrados na linha do pensamento de Bolzan e Castells e agora na linguagem de Luhmann que reclama a atenção para a circunstância de que

La diferencia claramente determinada entre inclusión y exclusión, tiene consecuencias de mucho mayor alcance. Porque, en efecto, bajo el régimen de diferenciación por funciones cada sistema funcional regula él mismo y para sí la inclusión social; lo que queda como reliquias del antiguo orden social estamentario ya sólo puede ser diferenciado de acuerdo con la inclusión/exclusión. Con la acelerada urbanización y la abrogación de todas las seguridades propias de cierta autosubsistencia no monetaria, este problema se agudiza. Los efectuados dependen ahora de la economía del dinero, sin poder, no obstante, participar significativamente en ella. La autosubsistencia de autoprovisión económica debe ser reemplazada por criminalidad, esto es, por la participación en organizaciones delictivas.<sup>28</sup>

Isso significa dizer, enfim, que a responsabilidade dos formadores de opinião (registre-se: a importância da doutrina) e dos espaços de juridicidade do Estado

---

<sup>27</sup> Ver LUHMANN, 2002, pp. 660 – 661.

<sup>28</sup> Idem, p. 661.

contemporâneo é grande e que os possíveis meios voltados para gerar um fluxo de solidariedade em toda a humanidade<sup>29</sup>, não podem ser relegados.

### Referências bibliográficas

- BODIN, Jean. **Los Seis Libros de la Republica**. Caracas: Instituto de Estudios Políticos. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela, 1966.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Uma Democracia Federal. Novos Lugares para a Política Democrática*. In: AVELÁS NUNES, Antônio José e MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de (Orgs.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CASTELLS, Manoel. **O Poder da Identidade**. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- \_\_\_\_\_. **A Sociedade em Rede**. 1º vol. da série “A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura”, 6ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno. Nascimento e crise do Estado nacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional. Ensaio Político**. São Paulo: Litera Mundi, 2001.
- HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações e a Recompensa da Ordem Mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.
- KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: edições 70, 1995.
- KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LUHMANN, Niklas. **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.
- STRECK, Lenio Luiz e BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- TEUBNER, Gunther. *A Bukovina global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional*. In: **Impulso: Revista de Ciências Sociais e Humanas**, vol. 14, nº 33. Piracicaba: Unimep, jan./abr. 2003.

---

<sup>29</sup> Ver BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 99 – 100.

### APONTAMENTOS SOBRE O CONCEITO DE GOVERNANÇA E SUA ADOÇÃO PELA UNIÃO EUROPEIA

Jamile Bergamaschine Mata Diz<sup>1</sup>

João Ricardo Fidalgo de Moura<sup>2</sup>

#### Introdução

A discussão sobre governança global, compreendida a partir dos estudos feitos tanto para o setor público como para o setor privado, acabaram por influenciar também o processo de integração europeu, especialmente com o avanço de um sistema institucional e jurídico próprio estabelecido para conformar um mercado comum e, posteriormente, uma união econômica e monetária, etapa atual da integração europeia.

Os avanços e retrocessos do sistema europeu não estiveram (e ainda não estão) isentos de um debate permanente sobre a participação popular no processo de tomada de decisões em âmbito comunitário. A percepção de distanciamento que cerca o processo de tomada de decisão faz-se presente quando se observa que o Relatório do Eurobarometro sobre a União Europeia<sup>3</sup>. O abismo entre as decisões tomadas pelas instituições europeias e a sua aplicação aos particulares depende ainda da forma de atuação dos Estados membros que

---

<sup>1</sup> Catedrática Jean Monnet UFMG. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora da UIT-MG Brasil. Doutora em Direito Público/Direito Comunitário pela Universidad Alcalá de Henares - Madrid. Mestre em Direito pela UAH, Madrid Master en Instituciones y Políticas de la UE - UCJC/Madrid. Email: [jmatadiz@yahoo.com.br](mailto:jmatadiz@yahoo.com.br).

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Pós Graduando em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Email: [fidalgo\\_cm@yahoo.com.br](mailto:fidalgo_cm@yahoo.com.br).

<sup>3</sup> Quando o Relatório faz menção às entrevistas realizadas com cidadãos de alguns dos Estados membros europeus ressalta que “the European Union was often perceived as **inefficient** – due to the number and heterogeneity of its members –, run by **bureaucratic** and **distant** institutions and imposing **excessive regulation**. Some saw the EU as **responsible for austerity** and the **increased cost of living**.” (grifo do autor). Eurobarometer Qualitative Study. Europeans and the European Union Results of focus group in selected Member States - Aggregate Report, disponível em <<https://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/QUALITATIVE/surveyKy/2050>>, acesso em 15 nov 2016.

atuam, em não raras ocasiões, movidos pelos interesses nacionais. Some-se a tais fatores, a crise de representatividade que também se manifesta nas eleições para o Parlamento Europeu<sup>4</sup>. Nesse sentido, a necessidade de serem criados instrumentos para que a participação dos mesmos ocorra de modo efetivo e transparente deu lugar à discussão sobre aspectos inerentes à governança, de modo a interrelacioná-la com o fortalecimento da democracia.

O objetivo do presente trabalho será analisar como a União Europeia, desde a adoção do Livro Branco sobre Governança (2001), vem atuando de modo a aperfeiçoar os instrumentos de participação, buscando minimizar o *gap* entre as decisões e os cidadãos, intentando torná-los partícipes do processo de integração europeu.

A metodologia de trabalho deverá centrar-se nos aspectos principais estabelecidos para uma pesquisa baseada na interdisciplinaridade do tema ao envolver a discussão da participação num espaço que ultrapassa as fronteiras nacionais e, como tal, demanda a adoção de métodos que possibilitem uma análise relacionada com distintas áreas jurídicas.

Nesse sentido, devem-se utilizar métodos que permitam avaliar como e em que medida há uma dialética democrática inerente à formação de uma integração entre Estados, bem como enfocar a aplicação dos postulados da participação e da governança como elemento intrínseco ao desenvolvimento do processo europeu. Dessa forma, o método histórico possibilitará analisar como se deu do conceito de governança global para o âmbito local e posteriormente regional. Também o método indutivo permitirá enfocar como a governança 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. Portanto, o primeiro passo vincula-se ao

---

<sup>4</sup> Nas últimas eleições realizadas para o Parlamento Europeu a participação chegou a 42,6% do total de votantes (Directorate General for Communication - Public Opinion Monitoring Unit, Brussels, October 2014 - Estudio postelectoral 2014 - Elecciones Europeas De 2014 - Síntesis Analítica), disponível em <[http://www.europarl.europa.eu/pdf/eurobarometre/2014/post/post\\_2014\\_survey\\_analitical\\_overview\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/pdf/eurobarometre/2014/post/post_2014_survey_analitical_overview_es.pdf)>, acesso em 18 nov 2016.

estudo, ainda que breve, do conceito de governança para que, então, se possa estudar a governança num espaço multidimensional, como é o caso da União Europeia.

### 1. A contextualização do conceito de governança

Remonta ao artigo “The Nature of the Firm”, escrito pelo economista inglês Ronald Harry Coase em 1937, a concepção do termo “governança”, tal qual hoje compreendido. Para o autor, existem duas principais correntes de teorias econômicas, quais sejam, as que assumem que a alocação dos recursos naturais dependem de mecanismos de preços e as que veem aquela como sendo resultado da ação do empresário (Coase, 1937).

É no novo paradigma desenvolvido pelo autor inglês acerca dos estudos das organizações que nasce a ideia de governança corporativa. Certo é que com o decorrer dos anos depurou tal conceito ao que chegamos em “conjunto de práticas adotadas na gestão de uma empresa que afetem as relações entre acionistas (majoritários e minoritários), diretoria e conselho de administração” (Monteiro, 2003).

A construção de uma governança corporativa em determinada empresa visa essencialmente à prevenção e repressão de condutas dissonantes de seus objetivos:

A governança corporativa trata-se de um sistema que, usando principalmente o conselho de administração, a auditoria externa e o conselho fiscal, estabelece regras e poderes para conselhos, comitês, diretoria e outros gestores, **procurando prevenir abusos de poder e criando instrumentos de fiscalização**, princípios e regras que possibilitem uma gestão eficiente e eficaz. (grifo dos autores) (Chagas, 2016, p. 2)

A partir de então, a palavra “governança” passou a ser largamente associada a outros adjetivos ou locuções adjetivas, e não apenas “corporativa”. Cabe destacar a intensa utilização do termo nas Relações Internacionais, sobretudo quando do estabelecimento das diretrizes de um modelo de paz liberal baseado nos mecanismos da “governança” no pós-Guerra Fria:

As falhas no projeto contemporâneo de construção da paz liberal (*liberal peacebuilding*) estão se tornando, gradualmente, mais aparentes. (...) A ortodoxia familiar de construção da paz liberal depende da transplantação e da exportação de condicionalidade e dependência, com vistas a consolidar um contrato social entre populações, seus governos e o Estado, em que repouse uma paz liberal legítima e consensual. **Esta mistura de regulação institucional e liberdades liberais faz da paz liberal uma ‘paz-como-governança’** (...) (grifo dos autores) (Newman.; Paris; Richmond, 2006, p. 297)

A contestação do modelo da paz liberal, imposto em zonas de pós-conflito, como o Afeganistão, o Camboja e o Timor Leste, dá-se essencialmente pela falta de participação dos destinatários na formulação das políticas e condicionalidades a que estarão implicados. Por isso, já largamente identificada pela doutrina a necessidade de reconhecimento da “natureza intersubjetiva da relação entre os planejadores e os receptores da paz liberal que rapidamente hibridiza” (Newman; Paris; Richmond, 2006, p. 299).

Interessante observar que se, por um lado, a construção da paz liberal pressupõe o estabelecimento de instituições de governança, por outro, estas não são suficientes quando aos indivíduos e grupos é negligenciado o direito de participação e controle efetivos sobre determinada construção de paz que lhes é exteriormente estabelecida. E a consequência direta de tal paradigma é a criação de

(...) ‘Estados vazios’ e uma ‘paz virtual’, em que os habitantes podem ter direitos, porém estes são inexecutáveis (*unforceable*) e minados por uma ausência de oportunidades materiais. (Newman; Paris; Richmond, 2006, p. 300)

Certo é que o sucesso do empreendimento de um determinado valor – neste caso a governança – em regiões de conflito não será alcançado a partir de ditos *fatores externos*. Não se nega aqui da necessária colaboração dos atores internacionais na (re)construção social, política e econômica de um agrupamento humano que por algum tempo sofreu as consequências de um conflito. Porém, a atuação externa deve se coadunar com a cultural e interesse internos. Senão, como bem aponta autorizada doutrina, há uma verdadeira utilização da governança como meio legitimador de interesses, no mínimo, escusos:

A governança liberal é dirigida por Estados dominantes e suas instituições, e sua direção, representada, na maior parte, como neutra, objetiva e benevolente é, ao mesmo tempo, acusada com frequência de manter práticas insidiosas de intervenção nas comunidades anfitriãs e receptoras. (Newman; Paris; Richmond, 2006, p. 304)

Dessa forma, revela-se em derradeiro a citada “paz virtual” em que os instrumentos de garantia da governança não fornecem o que seus destinatários precípuos visam num momento pós-conflito: empregos e recursos econômicos. Discorre-se muito ainda acerca dos efeitos do alijamento do fator local em homenagem ao externo, dentre os quais se destaca a marginalização dos necessitados e o beneficiamento da comunidade internacional (Newman; Paris; Richmond, 2006, p. 307).

É verdade que utilização do termo “governança”, qual seja, como componente da paz liberal, assemelha-se mais àquele que será neste trabalho desenvolvido, como fator imprescindível na superação de crises na União Europeia e, em face de sua ausência, mesmo como causa dos dissensos e problemas observados no processo de integração, notadamente europeu.

Pode-se afirmar sem muito receio que alguns problemas notados na implementação da paz em zonas pós-conflito se repetem na integração dos países do Velho Continente, como, por exemplo, a transplantação de valores universais (ou integracionais, no caso da UE) em termos locais, resultando numa clara percepção de “enfraquecimento dos interesses locais” e de que “o modelo de paz liberal se foca nos direitos, relegando as necessidades” (Newman; Paris; Richmond, 2006, p. 317).

Nesse sentido, como também restará válido para o processo de integração europeu, modelos de imposição de valores top to bottom não constituem meios idôneos de sua real promoção. A verticalidade relacional deve dar lugar à horizontalidade, na qual diversos atores participam da construção e execução de políticas sociais e econômicas. A resposta a tal desafio passa pela garantia de instrumentos efetivos de governança, aprioristicamente discutidos e acordados pelos cidadãos-destinatários de tais políticas decorrentes.

### **2. Da distinção entre governança global e governança local**

Largamente definido pela doutrina, o fenômeno da “governança” pode ser entendido como “o estabelecimento e a operação de sistemas de regras facilitando a coordenação e a cooperação de atores sociais” (Koenig-Archibugi, 2011, pp. 393)<sup>5</sup>. A governança global e a governança local consistem em dois espectros conceituais e fáticos advindos dessa mesma ideia central, qual seja, o concerto de esforços visando a participação de indivíduos, sozinhos ou formados em grupos de interesses.

Analisemos primeiramente a governança global. Foi na década de 1990, e portanto a partir da queda do muro de Berlim, que a necessidade de maior interação entre os

---

<sup>5</sup>No original: (...) the establishment and operation of rule systems facilitating the coordination and cooperation of social actors.

atores globais tornou-se mais evidente. Dentre os diversos motivos que aclararam a primordialidade em tal aproximação, destacam-se:

Evidência crescente das mudanças climáticas, juntamente com a ameaça contínua do terrorismo global, pandemias como o HIV/AIDS, o efeito contagiante do aumento dos preços da comida e do petróleo, e a crise dos mercados financeiros em 2008, trouxeram à tona para americanos e para as pessoas ao redor do mundo os desafios complexos de governança que enfrentamos hoje em dia.<sup>6</sup> (Karns; Mingst, 2010, p. 3)

Dessa forma, é indiscutível a existência de uma grande variedade de problemas políticos que carecem de soluções de governança. Essa foi a preocupação de um estudo feito pela Comissão sobre Governança Global (1995), grupo de trabalho financiado pela Organização das Nações Unidas, que visou identificar os principais desafios em matéria de governança global. Segundo a Comissão, a governança global pode ser definida como sendo:

(...) o total das muitas formas pelas quais indivíduos e instituições, públicas e privadas, gerem seus interesses comuns. É um processo contínuo pelo qual interesses conflitantes ou diversos podem ser conciliados e ações concertadas podem ser tomadas. Ela (a governança global) inclui entendimentos formais... assim como informais com os quais pessoas e instituições concordaram ou entenderam serem de seu interesse.<sup>7</sup>

Na verdade, um dos traços que diferencia a governança, global ou local, é a multiplicidade de atores envolvidos na concertação dos interesses. Tem-se essencialmente uma prática que não resulta da hierarquia e do comando de uma esfera sobre outra (Koenig-Archibugi, 2011). Importante apontar que nesse ponto reside também a diferença entre os resultados da interação entre atores de governança global e aqueles que participam das relações internacionais.

Se, de um lado, nas relações internacionais, são os Estados e algumas organizações internacionais que possuem importância na tomada de decisões, de outro, nos diálogos resultantes da governança global, são muitos os atores tentando articular seus pleitos.

---

<sup>6</sup> No original: Growing evidence of climate change, along with the continuing threat of global terrorism, pandemics such as HIV/AIDS, the rippling effects of higher food and oil prices, and financial markets' meltdown in 2008, has brought to Americans and to people around the world the complex governance challenges we face today.

<sup>7</sup> No original: (...) the sum of the many ways individuals and institutions, public and private, manage their common affairs. It is a continuing process through which conflicting or diverse interests may be accommodated and cooperative action may be taken. It includes formal... as well as informal arrangements that people and institutions have agreed to or perceive to be in their interest.

Disso resultam o que a doutrina denomina “The Pieces of Global Governance”<sup>8</sup>:

Eles incluem estruturas internacionais e transnacionais assim como organizações formais internacionais inter-governamentais e organizações internacionais não-governamentais; regras internacionais ou leis, normas e ‘soft law’, e também regimes internacionais nos quais as regras, normas, e estruturas estão articulados juntos em uma área de assunto específico (...) <sup>9</sup> (Karns; Mingst, 2010, p. 4)

Reconhece-se que a adoção de regras não é o único objetivo da governança global. Além de direcionar o comportamento dos atores a ela implicados, são exemplos de interações dela resultantes: o apoio a certo tipo de política, fomentadora de determinado valor (financiamentos do Banco Mundial a projetos sustentáveis), a formulação e promulgação de princípios e a promoção de conhecimento consensualmente concebido no seio das discussões ocorridas em fóruns de governança (Finkelstein, 1995).

Passemos então à explanação acerca da governança local. Ao se imaginar a cooperação na tomada de decisões em determinado nível, restaria até bastante intuitivo imaginar que o nível local consiste, primeiro e antes de todos, na delimitação físico-jurídica mais necessitada de tal modelo de interação.

Senão, vejamos: a uma, porque grande parte dos pleitos de indivíduos, sozinhos ou em grupos constituídos, é absorvida pelo viés do interesse local; a duas, tendo em vista a maior proximidade dos partícipes da governança local em relação aos destinatários de seus resultados; a três, considerando o governo local um dos atores desse paradigma relacional e geralmente o mais frágil do ponto de vista econômico no modelo de organização do Estado de que faz parte, há que se considerar especialmente, nas ações por ele perpetradas, as possíveis parcerias com o setor privado e o terceiro setor.

Logo, deve a governança local ser entendida como:

(...) a emergência de novas formas de tomada de decisões coletivas a nível local que sustentem o desenvolvimento de diferentes relações, não somente entre organizações públicas, ou entre estas e as não públicas, como também entre os cidadãos e as organizações públicas<sup>10</sup> (Paz, 2005, p.24)

---

<sup>8</sup> Observação: na ausência de termo adequado em língua portuguesa, optou-se por manter a expressão em língua inglesa. Porém, a título de explicitação, a tradução seria: “As Peças da Governança Global”.

<sup>9</sup> No original: They include international or transnational structures such as formal international intergovernmental organizations (IGOs) and international nongovernmental organizations (NGOs); international rules or laws, norms of ‘soft law’, as well as international regimes in which the rules, norms, and structures are linked together in a specific issue area (...)

<sup>10</sup>No original: (...) la emergencia de nuevas formas de toma de decisiones colectivas a nivel local que conlleven el desarrollo de diferentes relaciones, no sólo entre organizaciones públicas, o entre éstas y las no públicas, sino también entre los cuidados y las organizaciones públicas.

Tem-se, a partir do desenvolvimento de práticas de governança em nível local, verdadeiro reconhecimento da difusão da responsabilidade em relação a, por exemplo, prestação de serviços públicos. Com isso, evidencia-se imprescindível a intervenção dos indivíduos, nas suas mais variadas possibilidades de influência (associações, organizações não-governamentais, sindicatos, dentre outros), que, ao adquirirem o poder de intervir, também trazem para si o dever de responder pelas escolhas concertadas.

Há quem pense ainda, a nosso ver acertadamente, que a governança local é o modelo de controle no qual práticas de democracia participativa podem, de fato, ser implementadas:

(...) ‘a ideia de participação constitui a mesma essência do princípio da autonomia local, participação como uma meta e também como um meio para construir e reforçar a democracia, para educar politicamente os cidadãos no conhecimento da esfera pública e das regras do jogo democrático’. O nível local permite a *repolitização* (...) <sup>11</sup> (grifo nosso) (Paz, 2005, p. 27)

Contudo, a utilização dos mecanismos de governança local como meios idôneos de promoção da democracia participativa não logram alcançar seus objetivos quando contraídos qualitativamente, efeito semelhante àquele descrito em relação à ineficácia dos métodos de governança global se ausente a participação dos destinatários das medidas concertadas.

Explica-se: não basta garantir a participação em reuniões, a consideração de posicionamentos e a repartição de responsabilidades. À quantidade de formas de garantia, deve seguir, e também antever, ações concretas dos atores da governança local que qualifiquem o debate e a cooperação, dentre as quais retumba a redução das desigualdades sociais:

(...) para lograr uma maior participação social é necessário reduzir as desigualdades sociais, ainda que para lograr a redução das desigualdades sociais se faça igualmente indispensável incrementar a participação social. Se não diminuem as desigualdades políticas, econômicas e sociais, a ideia de uma cidadania ativa e comprometida pode resultar em papel molhado. <sup>12</sup> (Paz,

---

<sup>11</sup> No original: (...) ‘la idea de participación constituye la misma esencia del principio de autonomía local, participación como una meta y también como un medio para construir y reforzar la democracia, para educar politicamente a los ciudadanos en el conocimiento de la esfera pública y de las reglas del juego democrático’. El nivel local permite la *repolitización* (...)

<sup>12</sup> No original: (...) para lograr una mayor participación social es necesario reducir las desigualdades sociales, aunque para lograr la reducción de las desigualdades sociales se haga igualmente indispensable incrementar la participación social. Si no se disminuyen las desigualdades políticas, económicas y sociales, la idea de una ciudadanía activa y comprometida puede quedar en papel mojado.

2005, p. 27)

O *círculo virtuoso* se fundamenta no constante aumento dos métodos de participação e controle de atores públicos e privados acompanhado e precedido de *políticas de empoderamento* do indivíduo. Certamente conhecimento não vem antes de existência física, porém sem dúvida aquele qualifica esta; e, em muitas ocasiões, dá efetividade a instrumentos de governança há muito à disposição dos indivíduos.

A partir da aplicação de diversos conceitos e ideias já expostos, centralizar-se-á a análise sobre a governança na União Europeia, com especial menção ao chamado Livro Branco adotado em 2001.

### 3. Governança na União Europeia

Muito além de um fenômeno com características semelhantes ao descrito nas páginas anteriores deste trabalho, a Governança na União Europeia, ou, como é denominado por muitos, apenas Governança Europeia, consiste em fenômeno com características específicas, que não se adstringem à ideia geral do termo, mesmo que, importante remarcar, mantenha em grande medida os contornos já explanados.

Foi sobretudo no final da década de 1990 que o processo de integração começou a inspirar desconfiança nos habitantes dos Estados membros (Alfonso, 2004), especialmente ao aprofundamento do processo de integração europeu com a criação da união econômica e monetária e a absorção de um número cada vez maior de competências estatais pela UE. A “crise de confiança da cidadania” só será efetivamente combatida a partir de uma proatividade da Comissão Europeia, órgão executivo do bloco, que passará a atuar na reforma de três frentes principais: no fomento ao seu papel de “Administração Comunitária”; na arquitetura institucional da integração; na introdução e desenvolvimento de métodos de governança (Alfonso, 2004).

A necessidade de tamanha reestruturação dá-se principalmente porque a integração europeia não se traduz apenas em um mercado comum. Trata-se de verdadeira regulação política:

(...) Essa lição foi aprendida na década passada. Desde Maastricht, as competências da Comunidade aumentam, cobrindo muitos aspectos da vida cotidiana. É evidente que a construção de políticas europeias tem um

impacto em políticas substanciais.<sup>13</sup> (Kohler-Koch, 1998, p. 1)

Diante da incursão da política da União Europeia em searas anteriormente intocadas, a questão que emergiu de imediato foi: “A integração europeia trará uma mudança na governança?” (Kohler-Koch, 1998, p. 1). Ao mesmo tempo em que a ignorância acerca das reais consequências da adoção de tal modelo integracional aumentava, principalmente quando da ocorrência de efeitos “não desejados”, os órgãos e instituições buscavam (e ainda buscam) aprofundar os mecanismos de harmonização.

Importante ressaltar que a União Europeia representa um paradigma de sistema político atípico, diferente de todo tipo de organização interestatal anteriormente concebida:

É parte da sabedoria comum que a Comunidade Europeia é um regime político ‘sui generis’, **um sistema político que muito mais que uma organização internacional e ainda não se encaixa na noção de Estado federado**. A integração europeia nos leva, de fato, ‘Além do Estado Nação’, em dois diferentes aspectos: 1. ampliando o campo da política para além das fronteiras dos outrora Estados Nações soberanos; 2. construindo um sistema político que não é e, no futuro previsível, não se tornará um Estado.<sup>14</sup> (grifo nosso) (Kohler-Koch, 1998, p. 2)

A especificidade institucional do bloco europeu faz com que a tomada de decisões em altas instâncias se torne um ato particularmente cheio de nuances e imbricações. E isso se aplica também à trama legal do bloco. Na verdade, restam poucas dúvidas de que o arranjo institucional e o quadro normativo que dá suporte às decisões tomadas a nível supranacional estejam intrinsecamente ligados aos resultados propiciados pela adoção de determinados modelos de governança na União (Kohler-Koch, 1998).

Nesse contexto, uma vez mais, a governança aparece como instrumento hábil a fomentar práticas de democracia participativa. Porém, pode ser que dessa forma não o seja sempre, visto que:

Os arquitetos da União estão presos no dilema democrático da integração supranacional sem um plano disponível para sair dele. **Quanto mais salientes os problemas a serem decididos, maior a necessidade para mantê-los sob o controle do Estado Membro, e mais enfáticas as**

---

<sup>13</sup> No original: (...) This lesson has been learned in the last decade. Since Maastricht, Community competences have been enlarged, covering many aspects of daily life. It is evident that European policy-making has an impact substantive policies.

<sup>14</sup> No original: It is part of the conventional wisdom that the European Community is a ‘sui generis’ polity, a political system which is far more than an international organisation and yet does not fit the notion of a federal state. European integration has, indeed, taken us ‘Beyond the Nation State’ in two different ways: 1. by extending the realm of the political beyond the borders of the once sovereign nation states; 2. by building up a political system which is not, in the foreseeable future, will not become a state

demandas por controle democrático<sup>15</sup> (grifo nosso) (Kohler-Koch, 1998, p. 5)

Explica-se: quanto maiores quantitativa e qualitativamente os problemas a serem resolvidos pelas instituições da União Europeia, crescente também a necessidade de os Estados os identificarem e auxiliarem na busca de soluções. Ademais, a imprescindibilidade do controle democrático, e portanto meios de garantia de *intragovernança*, cresce à medida que a complexidade das questões aumenta.

Por outro lado, a legitimidade da governança europeia resta, antes e mais importante que qualquer outro fator, na “aceitação disseminada de que a construção de políticas europeias não é apenas um dever intergovernamental” (Kohler-Koch, 1998, p. 5)<sup>16</sup>. É certo que, assim como na governança global e na governança local, o paradigma europeu tem uma multiplicidade de atores na sua realização, o que o torna ainda mais lúdico, principalmente pelo alcance, por meio da maior participação e controle, dos reais objetivos dos *canais de governança*:

A atitude permissiva dos governos e a capacidade de resposta dos atores sociais se baseiam no entendimento comum (...) de que a união de representação funcional, regulação tecnocrata, e deliberação institucionalizada aumentarão a legitimidade da governança europeia.<sup>17</sup> (Kohler-Koch, 1998, p. 5-6)

A governança na União Europeia, contudo, segue com um extenso rol de questionamentos bastante relevantes. Um deles se traduz num aparente paradoxo: modelos de governança construídos para regimes políticos plurais podem subjugar a representação política determinada usualmente pelo voto de cada cidadão. Em termos precisos:

Em sistemas de governança com processos plurais de construção política como os Estados Unidos mas também a UE (...), o problema para a legitimidade democrática levantado por consultas de interesse ‘com o povo’ é que estas podem interferir na participação política ‘pelo povo’ ou na representação cidadã ‘do povo’ atendendo demandas de interesse antes dos

---

<sup>15</sup> No original: The architects of the Union are stuck in the democratic dilemma of supranational integration with no blueprint available to get out of it. The more salient the issues to be decided, the greater the need to keep them under member state control, and the more emphatic the demands for democratic accountability.

<sup>16</sup> No original: (...) a widespread acceptance that European policy-making is not just an intergovernmental affair.

<sup>17</sup> No original: The permissive attitude of governments and the responsiveness of societal actors rests on a shared (...) understanding that a mix of functional representation, technocratic regulation, and institutionalised deliberation will increase the legitimacy of European governance.

desejos e bem-estar dos votantes.<sup>18</sup> (Schmidt, 2004, p. 989)

A questão consiste essencialmente em saber se há, e em que medida, certa supervalorização dos interesses de quem os procura diretamente em detrimento daqueles pleiteados pelos representantes eleitos. No âmbito da União Europeia, trata-se de perquirir se os membros do Parlamento Europeu não têm seus pleitos depreciados em decorrência de maior capacidade de pressão dos atores da governança no bloco.

E tal “problema de legitimidade democrática” ganha especial contorno ao se constatar que os parâmetros de consulta direta com indivíduos, organizados em grupos ou não, não seguem ditames estabelecidos pelo povo. Ou seja, a forma pela qual os instrumentos de governança europeia são utilizados (em que questões, para decidir quais pleitos, com que objetivos) não passam pelo crivo popular. Exatamente por isso “a complexidade absoluta de quaisquer dessas consultas pode levar a um tipo de opacidade no que diz respeito a quem é responsável pelas decisões e quem se beneficia (delas)” (Schmidt, 2004, p. 990).<sup>19</sup>

À obscuridade de interesses que podem estar por detrás de métodos de governança na União Europeia, a solução vem sendo, ao que parece, buscada precipuamente pela Comissão. Tal instituição age no sentido de mobilizar os cidadãos dos Estados Membros para tomarem conhecimento e atuarem junto àqueles que possuem voz nas instituições do bloco. Trata-se de:

(...) mobilizar cidadãos e mesmo criar *grass roots*\* em grupos de interesses (e.g., de mulheres e consumidores) no nível da UE para contrabalancear os mais poderosos e já presentes grupos de negócios juntamente com um aumento em transparência.<sup>20</sup> (Schmidt, 2004, p. 991)

Têm-se ainda como problemas de legitimidade das decisões oriundas, ou que pelo menos delas sofrem influência, das instâncias de governança na União Europeia: falta de transparência na construção decisória, principalmente em decorrência do grande número de reuniões de especialistas previamente selecionados pela Comissão; controle, vez que tais

---

<sup>18</sup> No original: In governance systems with pluralist policymaking processes such as United States but also the EU (...), the problem for democratic legitimacy raised by interest consultation ‘with the people’ is that it can interfere with political participation ‘by the people’ or citizen representation ‘of the people’ by catering to the demands of interests rather than the wishes and welfare of voters.

<sup>19</sup> No original: (...) the sheer complexity of any such consultation system can lead to a kind of opaqueness with regard to who is responsible for decisions and who benefits (...)

<sup>20</sup> No original: (...) to mobilise citizens and even to create ‘grass roots’ interest groups (e.g., of women and consumers) at the EU level to counterbalance more powerful and already present business groups along with an increase in transparency.

*experts*, e portanto suas crenças e linhas teórico-científicas, geralmente não passam pelo crivo de nenhum órgão ou instituição do bloco; e acesso, pois os grupos de controle e participação das políticas e decisões do bloco têm sua criação e funcionamento ainda determinados pela Comissão.

Nesta complexa perspectiva resulta que: “(...) governança *com algumas* pessoas e possivelmente não *para todas* as pessoas significa compensar a falta de governo *pele e do* povo”.<sup>21</sup> (grifo nosso) (Schmidt, 2004, p. 991)

#### 4. O Livro Branco como instrumento para a efetivação da governança na União Europeia

A União Europeia adotou o Livro Branco sobre governança onde expõe-se como conceito de governança “a capacidade das sociedades para dotar-se de sistemas de representação, de instituições, de processos e de corpos sociais, como instrumento de controle democrático, de participação nas decisões e de responsabilidade coletiva” (Comissão Europeia, 2001, p. 3).

Nesse sentido, tal como manifestado por Alfonso (2004, p. 31)

A iniciativa da "governança" inscreve-se no fundo da preocupação da Comissão Europeia sobre a sua posição no sistema em análise, a compreensão inevitável sobre a renovação do método comunitário a sustentar a concepção de 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) e o funcionamento de instituições fortes e permanentes.<sup>22</sup>

Sinalizou-se ainda a relação intrínseca entre os resultados da adoção de modelos de governança e a legitimidade das decisões das instituições supranacionais (Bar Cendón, 2001). Bastante maculada se torna esta última se os instrumentos de controle e participação não logram alcançar os objetivos esperados por seus destinatários (Richmond, 2010). Nesse exato

---

<sup>21</sup> No original: “(...) governance with some of the people and possibly not for all of the people is meant to make up for the lack of government *by and of* the people.”

<sup>22</sup> No original: (...) la iniciativa de la «gobemanza» 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.

sentido, propôs a Comissão por meio do Livro Branco:

Uma abertura do processo de elaboração das políticas da União Europeia para que mais pessoas e mais organizações estejam envolvidas na sua concepção e realização. Promove uma maior abertura e responsabilização de todos os envolvidos. Os cidadãos ficarão assim em melhores condições para compreender a forma como os Estados-Membros, atuando em conjunto na União, podem dar uma resposta mais eficaz às suas preocupações. (Comissão Europeia, 2001, p. 3).

No Livro Branco, a Comissão apresentou quatro eixos principais de mudança, quais sejam, maior participação e maior abertura; melhoria das políticas da União, à qual necessariamente seguem regulamentações bem elaboradas e otimização dos resultados; governança global; redefinição das atribuições das instituições da UE.

O documento, ao apresentar os objetivos específicos do eixo *maior participação e abertura*, deixa claro o reconhecimento por parte da Comissão da deficiência de representatividade até então perpetrada pelas práticas integracionais. Destacam-se os dois seguintes escopos:

É necessária uma **maior interação com os governos regionais e locais e com a sociedade civil**. Esta responsabilidade incumbe principalmente aos Estados-Membros mas, por seu turno, a Comissão: - Estabelecerá um diálogo mais sistemático e **numa fase precoce de elaboração de suas políticas**, com os representantes dos **governos regionais e locais**, através das associações nacionais e europeias. - Introduzirá **uma maior flexibilidade** nas regras de execução da legislação comunitária, que tome em consideração **as condições regionais e locais**. (grifo nosso) (Comissão Europeia, 2001, p. 5).

Exemplificando: um dos maiores empecilhos à implementação de determinadas medidas em países pós-conflitos é exatamente a relação de *verticalidade* entre orquestradores de soluções e seus destinatários (Kohler-Koch, 2003). Foi também o que ocorreu durante muitos anos na União Europeia. A crescente harmonização jurídica, política e econômica dos Estados membros não homogeneizará a sociedade europeia. Por isso, identificou a Comissão a imprescindibilidade de se aproximar dos governos regionais e locais, e não apenas dos nacionais, a fim de potencializar os efeitos das decisões e medidas supranacionais.

E tal aproximação, segundo a Comissão, não pode ocorrer a qualquer momento, ao bel-prazer dos gestores europeus. Deve ela ser apriorística, antes mesmo da formulação das políticas integracionais. Tal afirmação traz à linha de frente aqueles aos quais mais afetam as medidas levadas a cabo pelas instituições da União Europeia: os cidadãos europeus.

Em estudo publicado pelo Departamento de Direito do Instituto Universitário Europeu em 2002, apresentou-se a opinião alemã sobre a maior necessidade da participação

da sociedade civil, apontada como medida primordial pela Comissão no Livro Branco sobre a governança na União Europeia. Apesar de reconhecer a importância de dar voz às necessidades dos cidadãos e grupos de interesses, asseverou o governo alemão que:

O fato de eles (cidadãos e grupos de interesses) estarem envolvidos em processos de tomada de decisões na Comunidade não os dá nenhuma legitimidade independente ou suplementar. Consultar a “sociedade civil” antes de tomar decisões pode tornar a ação da UE mais transparente e efetiva, mas o fato de os representantes de tais grupos de interesses não possuírem mandato democrático eleitoral e não estarem sujeitos à supervisão parlamentar – o interesse público sendo representado pelos Parlamentos – advoga contra eles estarem envolvidos nas decisões ou serem dados a responsabilidade por sua implementação. (Joerges; Ladeur; Ziller, 2002, p. 23)

A legitimidade da influência de indivíduos e grupos de interesses em instâncias executivas da União Europeia pode, de fato, ser discutida. Porém, sua superação não passa pela redução do papel dos cidadãos europeus, mas sim pelo incentivo à participação nos grupos e instâncias de controle e decisão.

Quanto às disposições do Livro Branco, importante elencar finalmente os cinco Princípios da Boa Governança, que, segundo a Comissão, constituem pedra angular para a implementação de um modelo de governança mais democrático e adequado aos anseios de crescente integração dos Estados membros. São eles: abertura, participação, responsabilização, eficácia e coerência<sup>23</sup>.

Conforme assinala Joerges (2002, p. 445)

Cinco princípios: abertura, participação, responsabilização, eficácia e coerência, que devem ser exercidos sempre de forma abrangente. Mas como? Estes princípios são muito amplos e abstratos para nos fornecer orientação na busca de legitimidade para a governança transnacional.<sup>24</sup>

Quanto à abertura, aponta-se a exigência de as instituições realizarem suas atividades de maneira mais transparente, a partir de estratégias de comunicação com os cidadãos europeus, levando ao seu conhecimento o real significado das políticas da União (Schmitter, 2001). Em relação à participação, vislumbra-se a ampliação da presença dos destinatários das medidas supranacionais desde sua concepção até a fase executória, por meio, por exemplo,

---

<sup>23</sup>Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52001DC0428>>, acesso em 17 de jun. de 2016.

<sup>24</sup>No original: Five principles-openness, participation, accountability, effectiveness and coherence-should be brought to bear ever more comprehensively. But how? These principles are far too unspecific to provide us with orientation in the search for legitimacy for transnational governance.

de observatórios criados e geridos por grupos de interesses, organizações não-governamentais, agrupamento de empresários. Além de participar do processo de tomada de decisões, eles podem fiscalizar sua eficácia no cotidiano. Deve-se mencionar ainda a necessidade de fortalecer a qualidade, a pertinência e a eficácia das políticas implicam uma ampla participação da cidadania. Uma participação reforçada deveria gerar uma maior confiança nos resultados finais e nas instituições das quais emanam as políticas (Moura; Mata Diz; Clark, 2016).

A responsabilização diz respeito à redefinição das atribuições das instâncias executivas e legislativas. À clareza dos encargos pelas instituições europeias, segue inarredável assunção de obrigações por parte dos Estados membros. Já a eficácia é traço que deve marcar as políticas a nível europeu, que devem levar em consideração seus (potenciais) impactos futuros. Além disso, o êxito das medidas supranacionais depende de ponderações de proporcionalidade: “um passo maior que a perna” pode causar lesões irreparáveis aos objetivos de longo prazo.

Por fim, a coerência exige que as políticas sejam coerentes e compreensíveis ao público em geral. Inexiste dúvida de que é esse o Princípio da Boa Governança mais difícil a ser alcançado. E dessa forma o é porque a ampla, e crescente, plêiade de funções requer um esforço hercúleo das instituições da União Europeia quanto à harmonia de seu discurso. Explica-se: a divisão de atribuições entre as instituições do sistema integracional europeu é mero artefato jurídico-institucional que visa a facilitar a execução das políticas europeias (Moura; Mata Diz; Clark, 2016).

Na verdade, a complexidade e dinamicidade da rede de ações levadas a cabo a nível supranacional ocasiona uma necessidade primeira em aproximar as ações dos dirigentes, de alto, médio e baixo escalão, da União. Não se pode conceber a Comissão Europeia fomentando a flexibilização do controle de fronteiras pelos Estados membros e o Tribunal de Justiça da União Europeia agindo em sentido diametralmente oposto, tornando determinada política daquele totalmente inócua.

Não obstante sua amplitude e abstração, cada um desses princípios passa a ser essencial à instauração de uma governança mais democrática. Não somente representam a base da democracia e o Estado de Direito, senão que podem aplicar-se a todos os níveis de governo.

Dentro da questão relativa à participação cidadã, o Livro Branco propôs instrumentos e ações propícias a formar um “espaço” aberto aos cidadãos europeus e incluí-los no processo de construção europeu. Como tal, os mecanismos fixados pelo Livro Branco se baseiam na potencialização do papel da sociedade civil, adjudicando-lhe uma posição de evidência na esfera comunitária.<sup>25</sup>

Assim entende Liebert (2001, p. 12)

O novo conceito de governança tem três implicações: em primeiro lugar, ao questionar o exercício do poder, ultrapassa as questões de resolução de problemas e aborda diretamente a participação e legitimidade. Em segundo lugar, ele se concentra em processos informais e regras não-formais de tomada de decisão, portanto, radicaliza a distinção entre governança e governo. Em terceiro lugar, ele transforma uma parcela considerável do poder de titulares de cargos públicos a entidades privadas, incluindo ONGs, empresas corporativas, sociedade civil, etc.<sup>26</sup>

A Comissão insta às instituições comunitárias e também aos Estados membros que assumam o compromisso de promover uma aproximação entre a União Europeia e os cidadãos. Nesta chamada à fixação da nova governabilidade, o Parlamento merece, por parte da Comissão, duas considerações: primeiro, entende que o Parlamento Europeu (PE) deve se centrar em seu papel de co-autoridade legislativa e orçamentária; segundo, junto com os Parlamentos nacionais da União Europeia, deve dedicar-se mais ativamente a estimular o debate público sobre o futuro da Europa e suas políticas.

O Parlamento Europeu – pode-se ler no Livro Branco – deveria reforçar sua função de controle da execução do orçamento e das políticas da União Europeia. Para isto, deveria abandonar seu papel atual de “contador” e fixar-se, em maior medida, em suas tarefas de controle relativas aos objetivos políticos.

As críticas sobre a posição da Comissão em relação ao PE foram bastante numerosas, quase todas referentes à implícita questão de divisão de poder e o fortalecimento excessivo da Comissão. Para Bar Cendón (2001, p. 02) “o Livro Branco manifesta um claro

---

<sup>25</sup> Uma posição crítica dos conceitos extraídos da governança europeia pode ser encontrada em Schmitter (2001).

<sup>26</sup> No original: The new governance concept has three implications: First, by questioning the exercise of power, it goes beyond questions of problem-solving and tackles issues of participation and legitimacy. Second, it focuses on informal processes, and not formal decision-making rules, hence radicalizing the distinction between governance and government. Third, it shifts a sizable portion of power from public office holders to private actors, including NGO's, corporate businesses, civil society etc.

desejo da Comissão de reforçar seu papel e colocar-se no centro do sistema institucional da União Europeia.”<sup>27</sup>

O paradoxo reside justamente nas próprias afirmações da Comissão, ou seja, se o PE representa o órgão de representatividade cidadã por excelência. Como se pode diminuir sua função de controle sem que haja mecanismos de substituição do mesmo nível ou tipo? Pode-se falar em incremento da participação cidadã e, ao mesmo tempo, diminuir a parcela de poder atribuída ao PE? As respostas foram dadas pela Eurocâmara, que em seu relatório sobre a Governabilidade<sup>28</sup>, advertiram a respectiva Instituição para que se abstivesse de adotar medidas legislativas que poderiam afetar o papel do Parlamento Europeu e do Conselho no processo legislativo (Mata Diz; Lemos Jr., 2016) antes que fossem realizadas as devidas consultas com a própria instituição parlamentária, já que não se pode aceitar um “recorte” nas potestades normativas e na participação no processo legislativo da única instituição que é eleita diretamente pelos cidadãos europeus (Mata Diz; Ribeiro, 2011).

Finalmente, no caso da previsão normativa, vale ressaltar que, foi apenas com o Tratado de Lisboa (2009) que os instrumentos e formas de garantia da governança na União Europeia ganharam evidência nos debates antes da confecção do Acordo, aparecendo, de conseguinte, diversas vezes em suas disposições. Importante apontar que a palavra “governança” apareceu pela primeira vez no Tratado da União Europeia devido a alterações feitas pelo Tratado de Lisboa.<sup>29</sup>

### Conclusão

A necessidade de se estabelecer instrumentos de participação efetiva para que haja legitimidade democrática no âmbito da União Europeia levou a instituições comunitárias, notadamente, a Comissão a preocupar-se em dinamizar as relações com os particulares para

---

<sup>27</sup> No original: el Libro Blanco manifiesta un claro deseo de la comisión de reforzar su papel y de colocarse en el centro del sistema institucional de la Unión Europea.

<sup>28</sup> Informe sobre el Libro Blanco de la Comisión “La Gobernanza Europea” A5-0339/2001, de 15 de noviembre de 2001.

<sup>29</sup> Inseriu-se o artigo 16-A no Tratado da União Europeia, segundo o qual:

“1. A fim de promover a boa governança e assegurar a participação da sociedade civil, a atuação das instituições, órgãos e organismos da União pauta-se pelo maior respeito possível do princípio da abertura. 2. As sessões do Parlamento Europeu são públicas, assim como as reuniões do Conselho em que este delibere e vote sobre um projeto legislativo.”

além daquelas tradicionalmente já empregadas, como o caso das eleições ao Parlamento Europeu.

Ao adotar os princípios da governança como fios condutores de toda atuação das instituições comunitárias, a Comissão sinaliza para uma abertura maior que deve desdobrar-se também para os Estados membros, incitando-os a adotar medidas que garantam um incremento de participação popular na esfera pública.

Os esforços empreendidos pela Comissão foram posteriormente determinantes para a inclusão de artigos específicos concitando à abertura, participação, transparência e responsabilidade, conforme comentado. Os reflexos do Livro Branco foram até mesmo determinantes para que o Tribunal de Justiça da União Europeia proferisse sentença estabelecendo maior diálogo e publicidade de atos emanados pelas autoridades nacionais (MOURA; MATA DIZ; CLARK, 2016).

Finalmente, a evolução do conceito de governança, sua adoção nos âmbitos locais, nacionais e regionais nos levam a considerar que há, ainda que de modo fragmentado e disperso, um “olhar” voltado para a correlação entre as decisões tomadas, a concertação e a consequente transparência que deve permear toda e qualquer conduta de instituições públicas e privadas, em prol de incrementar cada vez mais a legitimidade que deve estar presente, especialmente em processos de integração cujos valores se assentam justamente na democracia, na dignidade humana e no respeito aos direitos humanos, *in casu*, a União Europeia.

### Referências bibliográficas

ALFONSO, Luciano Parejo. Los Principios de la “Gobernanza Europea”. **Revista de Derecho de la Unión Europea**, n. 6-1, 1º semestre 2004.

BAR CENDÓN, Antonio. **El Libro Blanco, la Gobernanza Europea y la reforma de la Unión** - Contribución a la Comisión sobre la Gobernanza. 2001. Disponível em <[http://europa.eu.int/comm/gouvernance/contrib\\_cendon\\_es.pdf](http://europa.eu.int/comm/gouvernance/contrib_cendon_es.pdf)>, acesso em 12 abr 2005.

CHAGAS, José Ferreira. **Governança Corporativa** – Aplicabilidade do Conceito, dos Princípios e Indicadores á Gestão de Pequenas e Médias Organizações, Disponível em: <http://eco.unne.edu.ar/contabilidad/costos/VIIIcongreso/085.doc> (Acesso em 02 de abril de 2016).

COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. **Economica** - New Series, vol. 4, n. 16, nov. 1937, p. 386-405.

COMISSÃO EUROPEIA. Livro Branco da Comissão Europeia - A Governança Europeia - 25 de julio de 2001 - COM (2001) 428 final.

- COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE. **Our Global Neighbourhood**: Report of the Commission on Global Governance. Oxford University Press, 1995.
- DIRECTORATE GENERAL FOR COMMUNICATION. Public Opinion Monitoring Unit, Brussels, October 2014 - **Estudio postelectoral 2014**: Elecciones Europeas de 2014 - disponível em [http://www.europarl.europa.eu/pdf/eurobarometre/2014/post/post\\_2014\\_survey\\_analitical\\_o\\_verview\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/pdf/eurobarometre/2014/post/post_2014_survey_analitical_o_verview_es.pdf), acesso em 18 nov 2016.
- EUROBAROMETER. **Eurobarometer Qualitative Study**: Europeans and the European Union Results of focus group in selected Member States - Aggregate Report, June 2015, disponível em <https://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/QUALITATIVE/surveyKy/2050>, acesso em 15 nov 2016.
- FINKELSTEIN, Laurence S. **Global Governance**. Vol. 3, n. 3. London: Lynne Rienner Publishers, 1995.
- JOERGES, Christian. The Commission's White Paper on governance in the EU – a symptom of crisis? **Common Market Law Review**, n. 39, 2002.
- JOERGES, Christian; LADEUR, Karl Heinz.; ZILLER, Jacques. Governance in the European Union and the Commission White Paper. **EUI Working Paper LAW**, n. 2002/8, Florence, European University Institute, Department of Law, 2002.
- KARNS, Margareth P., MINGST, Karen A. **International Organizations**: the politics and processes of global governance. Second edition. London: Lynne Rienner Publishers, 2010.
- KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias. Global Governance. In: **The Handbook of Globalisation**. MICHIE, Jonathan (ed.). Edward Publishing Ltd: Cheltenham, 2011, pp. 393-406.
- KOHLER-KOCH, Beate. The Evolution and Transformation of European Governance. **Political Science Series**, n. 58, Institute for Advanced Studies, Viena, November 1998, p. 1.
- LIEBERT, Ulrike. **New governance and the prospects for a European sphere of publics**. Contribution logged for the "Public debate on the Future of Europe", sept. 2001. Disponível em <http://europa.eu.int/futurum/documents/press/jm0901.pdf>, acesso em 12 nov 2003.
- MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; LEMOS JÚNIOR; Eloy Pereira. A participação cidadã nos processos de integração regional: pela efetiva construção de espaços democráticos nas relações interestatais. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, vol. 20, n. 20, UNIBRASIL, 2016, p. 74-91.
- MONTEIRO, Paulo da Veiga. E a Governança Corporativa? **Jornal Valor Econômico**. São Paulo, Caderno Eu & Meu Dinheiro, 25 de março de 2003.
- MOURA, João Ricardo Fidalgo de; MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; CLARK, Giovani. A evolução do conceito de governança na União Europeia e os mecanismos para sua efetivação. **Revista de Direito Brasileira**, ano 6, vol. 15, 2016, p. 3-19.
- NEWMAN, Edward; PARIS, Roland; RICHMOND, Oliver P. **New perspectives on the liberal peace**. Tóquio: UNU Press, 2009, p. 299.
- PAZ, Enerique Conejero. Globalización, gobernanza local y democracia participativa. **Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol**, Universidad de Valencia, n. 52/53, 2010
- RICHMOND, Oliver P. Para Além da Paz Liberal? Respostas ao “Retrocesso”. Trad. de Victor Coutinho Lages. **Contexto Internacional**, vol. 32, n. 2, p. 297-332, julho/dezembro 2010

SCHMIDT, Vivien A. The European Union: Democratic Legitimacy in a Regional State? **Journal of Common Market Studies**, vol. 42, n. 4, Boston, December 2004, p. 975-999.

SCHMITTER, Philippe C. What is there to legitimize in the European Union...and how might this be accomplished? In: **Jean Monnet Working Paper No.6/01**, Symposium: Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance, disponível em <http://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/01/011401.html>, acesso em 12 nov 2004

# DENSIFICAÇÃO DEMOCRÁTICA E A NECESSIDADE DE REVISÃO DE PARADIGMAS DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO PARA A NEGOCIAÇÃO DE UM TRATADO SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

Manoela Carneiro Roland<sup>1</sup>

## 1. Introdução

Este trabalho buscará explicitar a complexidade de uma relação já muito difundida entre Direitos Humanos e Democracia, salientando, no entanto, a natureza diferenciada do conjunto de práticas sociais identificadas como democráticas que devem ser implementadas, em uma dinâmica denominada de densificação democrática, a fim de revelar a necessidade de ampliação dos espaços reais de participação popular e de redefinição, em última instância, da relação sociedade civil- Estado, em uma perspectiva tanto nacional, quanto internacional e transnacional. Este processo contribuiria para um potencial real de reconhecimento, e cumprimento dos Direitos Humanos, em especial a criação de um espaço real de empoderamento da sociedade civil transnacional para a negociação de um tratado sobre empresas e direitos humanos.

A concretização destes novos paradigmas, no entanto, depara-se com as dificuldades impostas por uma determinada tradição de Direito Internacional, que apesar de dialogar, com pontos de aproximação e convergência, com uma moderna teoria crítica de Relações Internacionais, podendo-se citar, exemplificativamente, as contribuições concedidas pelas escolas construtivista ou do cosmopolitismo crítico, continua limitando a radicalidade das Direito Internacional Clássico, cujos postulados continuam fundamentando a composição de organizações como as Nações Unidas, em detrimento das possibilidades ontológicas e inspiradoras resgatadas da própria tradição do Direito Internacional, pelo chamado movimento que caracteriza o Direito Internacional Contemporâneo do pós-guerra.

---

<sup>1</sup> Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFJF e Coordenadora do Homa, Centro de Direitos Humanos e Empresas ([www.homacdhe.com](http://www.homacdhe.com)).

Advoga-se, neste trabalho, o sentido de que existe um potencial a ser desenvolvido pelo Direito Internacional, a fim de aproximá-lo das vertentes mais vanguardistas das relações Internacionais, que deve se

A fim de cumprir estas etapas da discussão, o trabalho será dividido em quatro demais tópicos: a discussão do que aqui se chama de densificação democrática; a relação desta densificação com a temática dos Direitos Humanos; uma conclusão, e por último, as referências bibliográficas.

### 2. A densificação democrática

Uma perspectiva fundamental é que quando se fala aqui em densificação democrática não se trata de simplesmente levar a democracia<sup>2</sup> para os diferentes povos, entendida aqui, no sentido apresentado por Huber, Rueschemeyer e Stephens (1997), em artigo intitulado *The Paradoxes of Contemporary Democracy*, publicado na *Comparative Politics*. Neste artigo, os autores diferenciam três definições de democracia, a formal, a participativa e a social<sup>3</sup>. Não haveria uma contraposição entre essas três acepções, ao contrário, a democracia formal é de extrema importância, porque pode gerar a possibilidade ou mesmo a exigência por parte da sociedade, de avanços na direção da democracia participativa e social, assim a democracia formal aparece como um requisito fundamental (HUBER, RUESCHEMEYER e STEPHENS, 1997, p. 324).

---

<sup>2</sup> Já que a democracia, tomada aqui em seu sentido principiológico, é diferente de modelo de democracia ou regime democrático, ou seja, democracia direta ou representativa, uma criação da modernidade, não referente à origem ateniense do termo.

<sup>3</sup> Assim os autores definem democracia formal, participativa e social: “We begin by defining formal, participatory and social democracy. By formal democracy we mean a political system that combines four features: regular free and fair elections, universal suffrage, accountability of the state’s administrative organs to the elected representatives, and effective guarantees for freedom of expression and association as well as protection against arbitrary state action. Indeed, the word democracy is commonly understood in this way when it is used with some conceptual care. Often, however, it is used more loosely. Current political discourse bestows the label frequently on any country that has held an election roughly free of fraud (...) We therefore introduce two additional dimensions: high level of participation without systematic differences across social categories (for example, class, ethnicity, gender) and increasing equality in social and economic outcomes. We call a political system that meets the requirements in the first four plus the fifth dimensions participatory democracy. Social democracy denotes a political system that meets the requirements in all six dimensions. Social democracy is thus akin to T.H. Marshall’s concept of ‘social citizenship’. Policies that effectively advance it will be called “social democratic” policies” (HUBER, RUESCHEMEYER e STEPHENS, 1997, p. 324)

Um dado interessante concernente à posição assumida pelos autores, e que se aplica a esse trabalho, é que eles não apenas apontam para o papel da democracia formal como viabilizadora das demais, mas retratam uma interdependência entre os três aspectos da forma de governo democrática, apontando para a existência de um ciclo virtuoso que acaba envolvendo as três modalidades:

“Formal democracy can support advances toward social democracy where higher levels of political mobilization support reformist political movements and social democratic policies. Egalitarian social policies in turn enable more citizens to participate in the political process and thus contribute to the consolidation and deepening of democracy. Historical developments can demonstrate such a virtuous cycle” (HUBER, RUESCHEMEYER e STEPHENS, 1997, p. 324).

Atesta-se aqui, portanto, que a concepção de democracia hegemônica e predominante no discurso difundido mundialmente, inclusive por instituições internacionais e no discurso de política externa de diversas potências do planeta, prioriza, em razão da sua vertente liberal, o aspecto formal, ou procedimental da democracia, e que, muitas vezes, está associado às políticas econômicas excludentes e geradoras de desigualdade, no âmbito de um processo de exportação das reformas estruturais neoconservadoras, dificultando, portanto, a possibilidade de participação e mobilização social.

Ao sistematizar este conteúdo da democracia, Bobbio(1986) chega a denominá-lo de “liberalismo democrático”, o que, em conjunto, enfraquece as dimensões participativa e social da democracia. Então, ao se falar em democratização, neste trabalho, estar-se-ão pleiteando políticas que venham a incorporar novos elementos de poder presentes, hoje, em uma sociedade que se transnacionaliza, para aprimorar a dimensão participativa e social da democracia, sem o necessário comprometimento do seu aspecto formal. Ou seja, não se reivindica a mera extensão dos procedimentos formais para outras esferas da sociedade, seja ela civil ou política.

O caminho da democratização, ou da maior densidade democrática, no que diz respeito aos Estados, deve ser o de recuperar a sua relação “adequada” com a sociedade civil, fazendo brotar de forma constante, um movimento emancipatório e representativo da sociedade civil<sup>4</sup>, num espaço público democrático de interação, e dos novos elementos de

---

<sup>4</sup> Silvio Caccia Bava assinala: “(...)”Sem espaço público não há democracia, e o espaço público é também uma construção associada à construção do próprio Estado, que necessita se abrir para o controle social para produzir políticas que universalizem direitos. As experiências recentes de construção de um novo jeito de viver que

poder em ascensão, caracterizando um fenômeno marcado por um certo igualitarismo, deixando que a sociedade civil se emancipe e conscientize, com os diferenciais historicamente correspondentes a cada Estado. Essa concepção aproxima-se do conceito de “desenvolvimento como liberdade”, desenvolvido por Sen(2000), e compartilhado por autores como O’Donnell (2002), e Gómez (2005) que demonstra a interdependência entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento, retratando o cidadão como um agente de um Estado democrático que lhe permite, por sua vez, realizar de forma mais plena possível as suas potencialidades. Como não se acredita, aqui, na possibilidade de indução ou implementação desse processo “de cima para baixo”, e como se destaca a atuação de instituições internacionais e seu papel na defesa da democracia, assinala-se, então, para algo que realmente poderia ser feito, a partir de uma premissa externa às comunidades, ou seja, além da fiscalização de eleições livres, como diversos organismos realizam, busque-se o empenho na conscientização contra a disseminação de conteúdos reducionistas de democracia, assim como do direito de desenvolvimento e outras gerações de direitos humanos, que assumiram um caráter hegemônico.

Esse mergulho no real e ampliado significado destes conceitos faz-se conjuntamente ao reconhecimento de novos parâmetros de exercício de poder e busca dos seus mecanismos de representação, inclusivos e capazes de incorporarem tanto as diferentes dimensões de democracia quanto o conceito emancipatório de liberdade. Um dado de suma importância, que permeia essa discussão, é a importância da diminuição das desigualdades sociais, rechaçando-se, claramente, medidas de organismos internacionais como FMI e BIRD, como anti-democráticas, no que diz respeito ao resultado que podem provocar.

O que se pretende é que fique claro que a democracia, no seu sentido pleno, conjugando-se todos os aspectos, formal, participativo e social, é incompatível com as medidas neoliberais integrantes do “Consenso de Washington”, e que ainda se mantém como postulados hegemônicos para América Latina, apesar de sofrerem um processo de revisão e relativização recente, vide os resultados dos últimos pleitos eleitorais para Presidência na América Latina, por exemplo.

---

ocorrem em países vizinhos, como a Bolívia e o Equador, dizem que este caminho é possível e que existem movimentos fortes na sociedade que bancam estas mudanças. “A maior violência para alguém é estar sozinho, sem trabalho, sem proteção social, desvalorizado perante si mesmo, privado dos meios de socialização, de um papel a cumprir na sociedade”(LE MONDE DIPLOMATIQUE BRASIL, Agosto 2010, p.3).

Além disso, os mecanismos de representação ainda existentes, hoje, no sistema internacional, e que pautam o funcionamento de grande parte das Instituições, orientam-se, em grande medida, para a atribuição de maior protagonismo ao Estado-nação, ou Estado unitário, tido, ainda, como uma caixa-preta, em uma perspectiva considerada mais tradicional ou clássica, utilizando-se da terminologia da escola contemporânea espanhola para o Direito Internacional, ou, ainda, Neorealista, quando aplicado o marco teórico das Relações Internacionais. Tais vertentes afastam-se de uma aceção construtivista ou cosmopolita crítica, que colocaria em evidência os fatores condicionantes de poder no seio das próprias nações, afetando a formulação dos chamados “interesses nacionais”, na conformação das políticas externas, ou ainda, poderiam destacar a atuação de novos atores não-estatais influentes no cenário internacional, como o próprio indivíduo, ou povos, ou grupos com diferentes graus de organização, mas representantes de postulações que não se enquadram no modelo de representação política tradicional, seja no plano nacional ou internacional, além de organizações não-governamentais.

O fato é, no entanto, que as incursões em defesa da democracia, em muitos países, e em intervenções internacionais, em processos aqui denominados “artificiais” priorizam um conteúdo que se pretende formal, o que já seria um reducionismo, mas que na verdade poder ser chamado de gerencial. Na verdade, grande parte do aparato institucional existente para a implementação de “processos democráticos” não são capazes de interagir e negociar, legítima e representativamente, com diferentes esferas de poder existentes, hoje, em cada comunidade política. Essa falha, portanto, deve transparecer, fazendo-se, assim, a interação necessária entre democracia numa aceção estendida e direitos humanos.

Advoga-se, portanto, pela implementação de direitos civis e políticos, assim como direitos sociais e econômicos, para a diminuição das desigualdades sociais, mas garantidos numa estrutura autenticamente representativa de um espaço público e de um tipo de consenso, que permearia as instituições domésticas, internacionais e transnacionais proporcionando, por sua vez, escolhas mais reais, num espectro de atuação cidadã mais igualitária e verdadeiramente capaz de expressar a vontade de uma maioria sem o correspondente massacre de minorias. Defende-se, de forma reflexa, neste trabalho, que, em razão da atual

configuração da sociedade internacional, uma menor desigualdade, no que diz respeito ao nível relacional, repercute no âmbito institucional, comunitário<sup>5</sup> e vice-versa.

Inspirado na obra de Costas Douzinas apresenta-se, aqui, um posicionamento que poderia ser entendido como um “cosmopolitismo crítico”, que defende o repensar dos Direitos Humanos, buscando-se preencher o vazio do seu conteúdo de forma potencial, ou seja, que as Instituições internacionais, sejam capazes, assim como diversas nações internamente, de garantirem maior legitimidade e consistência valorativa aos Direitos Humanos, a partir da viabilização de um processo de escolhas e interação mais densamente democráticos, criando-se consensos passíveis de serem defendidos como verdadeiramente universalizantes.

Huber, Rueschemeyer e Stephens, mais uma vez, também associam, no que diz respeito à relação que sempre houve, historicamente, entre desenvolvimento capitalista e democracia, o Estado, as relações do Estado com a sociedade civil e as relações de poder internacionais. A democratização, portanto, deve ocorrer nestes três níveis:

“The structure of the state and state-society relations are critically important to the chances for democracy. The state needs to be strong and autonomous enough to ensure the rule of law and avoid being the captive of the interests of dominant groups. However, the power of the state needs to be counterbalanced by the organizational strength of civil society to make democracy viable. The state must not be so strong and autonomous from all social forces as to overpower civil society and rule without accountability. The different parts of state, in particular the security forces, must be sufficiently under presidential and-or parliamentary control to insure de facto accountability.

International power relations are equally important to the chances for democracy. Aside from the impact of war (typically creating a need for mass support and discrediting ruling groups in case of defeat), power relations grounded in the changing constellations of world politics and the world economy can very strongly affect the structure and capacity of the state, the constraints faced by state policymakers, state-society relations, and even the balance of class power within society.

---

<sup>5</sup> Velasco (1999, p.67) descreve a estrutura relacional ou “horizontal” como sendo a formada pelo núcleo histórico ou originário das relações inter-estatais e regula coexistência entre esses poderes, isto é, a perspectiva analítica tem como ponto de partida o Estado e as suas relações. Já a estrutura institucional ou “vertical” é formada pelas organizações internacionais compostas pelos Estados-membros, mas é centrada em todo o universo cooperativo criado a partir da existência desses entes.

A estrutura comunitária visa a proteger interesses que adquirem uma dimensão coletiva e fundamental na sociedade internacional, viabilizada pelo consenso em torno da preservação solidária desses bens, ou seja, com a formação de laços de solidariedade material. Como exemplo, pode-se citar a regra que proíbe a contaminação da atmosfera ou dos mares. Nesta dimensão, representada por um espaço público efetivo de diálogo democrático aprofundado, se constituiria a partir da participação de novos atores, principalmente uma sociedade civil organizada.

It was, and is, our hypothesis that these three clusters of power are not only important in the establishment and the maintenance of formal democracy but are also critical in deepening formal democracy toward more fully participatory democracy and advancing toward social and economic equality” (HUBER, RUESCHEMEYER e STEPHENS, 1997, p. 326)

A partir do momento, então, em que essas novas práticas sociais fossem compartilhadas, numa dinâmica menos excludente, por um número maior de Estados, cenário viabilizado por uma relação “mais apropriada” entre sociedade civil e Estados, facilitado, por sua vez, por mudanças na orientação da estrutura de poder internacional, estes Estados, somados a novos elementos de poder formariam a base de um novo consenso social, não apenas de Estados interessados, ou beneficiários e reprodutores dos atuais postulados hegemônicos, mas de forças sociais contra-hegemônicas. Para tanto, o próprio Direito Internacional teria que ter reformulada a sua dinâmica de formação consensual clássica, eminentemente Estado-cêntrica.

Como se observa, para que uma “nova ordem mundial” sobre esses fundamentos seja possível, deve-se ponderar a respeito dos entraves existentes à formação de um novo tipo de governança global a partir dos instrumentos institucionais reconhecidos pelo Direito Internacional. A necessidade de inauguração de um novo plano de relacionamento entre as estruturas relacional, institucional e comunitária de produção normativa do DIP e as formas diferenciadas de exercício de poder transnacional já tem a sua importância reconhecida, apesar de, hegemonicamente, o Direito ter sido utilizado de maneira repressiva para o enfrentamento desses novos desafios.

Não é objetivo deste trabalho demonstrar cada uma das práticas possíveis, relativas a cada Estado, e nem todos os agentes envolvidos. O que se pretende é evidenciar a natureza do processo, assim como a contraposição entre um significado de democracia, mais extensivo que incorpora tanto uma dimensão formal, quanto participativa e social e o significado eminentemente formal, de cunho liberal, que acabou por preponderar no discurso hegemônico mundial, como um dos elementos para a estruturação de uma nova ordem mundial. Essa contraposição, ou contradição se dá pela consagração da perspectiva liberal, consubstanciada nos postulados, uma vez denominados de “Consenso de Washington”.

A democracia pode ter diversos significados. Parte-se, neste trabalho, como já visto, de uma premissa que se afasta da democracia como mero procedimento.<sup>6</sup>O conceito aqui empregado tem um conteúdo valorativo que, apesar da eficácia do procedimento, muitas vezes assumido, cuja necessidade é comprovada, destacando-se a importância da estabilidade das instituições, e a sua contribuição para os aspectos participativo e social. Entretanto, revela-se a necessidade de integração desse procedimento com outras dimensões, ou seja, deve-se incrementar o grau de participar dele, sem dominação de certos grupos por outros, e por um número menos desigual de cidadãos, em condições de realizar escolhas reais, quando as demandas da maioria não podem sufocar as da minoria, numa dinâmica institucional onde redes de representação sejam formadas entre o Estado e a sociedade civil, levando à organização e representação de movimentos sociais.

Regime democrático, por sua vez, pode ser bem definido por O'Donnell (1972, p. 36-37), e acabou expressando, preponderantemente, o procedimento genérico de escolha de cargos públicos, num sistema de representação em sociedades mais complexas, diferindo, portanto, dos mecanismos presentes em democracias diretas:

“Por régimen democrático entiendo uno en el que acceso a las principales posiciones de gobierno se logra mediante elecciones que son a la vez limpias e institucionalizadas y en el que existen, durante y entre esas elecciones diversas libertades – habitualmente llamadas “políticas” – tales como de asociación, expresión, movimiento y de disponibilidad de información no monopolizada por el estado o por agentes privados(...)De acuerdo con estas definiciones, e gobierno es una parte fundamental del estado, su cúpula institucional. Por su parte, el régimen es una mediación entre el estado y la sociedad: consiste de un conjunto de instituciones, reglas y prácticas que regula el acceso desde la sociedad a las más altas posiciones en el estado. En un régimen democrático el principal canal

---

<sup>6</sup>Norberto Bobbio (1992, p.328-329) em seu ‘Dicionário de Política’ sistematiza a distinção entre democracia formal e substancial: “Para evitar a confusão entre dois significados tão diversos do mesmo termo prevaleceu o uso de especificar o conceito genérico de Democracia como um atributo qualificante e, assim, se chama “formal” a primeira e de ‘substancial a segunda. Chama-se formal à primeira porque é caracterizada pelos chamados “comportamentos universais” (*universaliprocedurali*) mediante o emprego dos quais podem ser tomadas decisões de conteúdo diverso (como mostra a co-presença de regimes liberais e democráticos ao lado dos regimes socialistas e democráticos). Chama-se substancial à segunda porque faz referência prevalentemente a certos conteúdos inspirados e ideais característicos da tradição do pensamento democrático, com relevo para o igualitarismo. Segundo uma velha fórmula que considera a Democracia como Governo do povo para o povo, a democracia formal é mais um Governo do povo, a substancial é mais um governo para o povo. Como a democracia formal pode favorecer uma minoria restrita de detentores do poder econômico e portanto não ser um poder para o povo, embora seja um governo do povo, assim uma ditadura política pode favorecer em períodos de transformação revolucionária, quando não existem condições para o exercício de uma Democracia formal, a classe mais numerosa dos cidadãos, e ser, portanto, um Governo para o povo, embora não seja um governo do povo.”

institucional está integrado por partidos políticos que compitem livremente por ganhar esse acesso”

A forma de se realizar a democracia seria por aproximação, democratizando-se mais ou menos, a partir da implementação de práticas democráticas, aqui chamadas de medidas que favoreçam ou mantenham o tipo de relação Estado e sociedade civil nos moldes democráticos, e agentes detentores de poder em nível transnacional, acima definidos e que poderiam integrar os aspectos formal, participativo, até o social. A questão que persiste, ainda, e que reforça a dificuldade do tema diz respeito à dinâmica de democratização, pois, quando se fala de democratizar, ou aumentar a densidade democrática, resta indagar-se sobre quem vai liderar esse processo e o que, precisamente, será democratizado. Em se tratando da realidade intra-estatal não se pode apontar para um ator ou atores que poderiam iniciar o processo, autonomamente, e nem ao menos afirmar que seria o Estado<sup>7</sup>stricto sensu a ser democratizado, ou o Poder Judiciário, por exemplo, o que, teoricamente, poderia até representar uma contradição, já que esses são espaços típicos de concentração de poder para uma funcionalidade institucional.

Discute-se também, a possibilidade de democratização dessa nova realidade transnacional, estendida, compreendida por fluxos econômicos e informacionais, que alteram o contexto social, cultural e ideológico, trazendo à tona novas formas de exercício do poder político, reconfigurando o espaço público. Esta reconfiguração, por sua vez, permite um debate mais denso e representativo sobre os direitos humanos a serem consagrados, trazendo a tona a possibilidade de se constituir um consenso social (Ana Paula de Barcellos, 2002, p.193), para as escolhas a serem feitas pelos agentes do poder público, principalmente do Poder Judiciário, efetivamente legitimado pela prática social.

Ao se considerar a esfera intra-estatal, não se pode identificar, objetivamente, quais seriam as medidas ou práticas democratizantes, pois elas variariam de acordo com a sociedade em questão. Além de ser difícil precisar os atores responsáveis pelo processo, tarefa, caso seja possível, extremamente árdua, apenas se estimula que as sociedades, autonomamente, estabeleçam essas práticas a partir de alguns princípios fundamentais, como a premissa do “desenvolvimento como liberdade”, que garanta tanto direitos humanos,

---

<sup>7</sup> O Estado, numa visão marxista, não pode ser democratizado, pois desempenha a função de preservar a cisão e de impedir que a divisão entre classe social exploradora e classe social explorada desapareça.

quanto o desenvolvimento, numa dinâmica chamada “de baixo para cima”, condizente com o fenômeno social em questão e que deve ser incentivado num nível inter-estatal e transnacional também.

Mais uma vez, não é possível propor um conjunto de medidas de estímulo que se adequariam a todos os casos, mas, o cerne da questão talvez repouse em uma possibilidade fundamental e fundamentadora de todos os outros passos a serem trilhados pelas nações, ou seja, a diminuição das desigualdades sociais e a consagração dos direitos humanos (direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais), mas sempre a partir de uma dinâmica originariamente particular, em sintonia com uma certa identidade nacional, nunca imposta “de cima para baixo”.

A partir desse patamar, haveria a possibilidade de se esperar que as diferentes sociedades do sistema internacional encontrassem seus mecanismos mais democráticos de governança, incorporando uma perspectiva aglutinadora dos diversos atores presentes, hoje, no sistema.

Essa governança, teria uma dinâmica sistêmica de criação que abarcaria tanto o local, quanto regional/internacional e transnacional, uma vez que as instituições internacionais teriam a possibilidade de serem compostas por nações menos desiguais, e capazes de estabelecerem canais de comunicação com diferentes esferas da sociedade civil. No entanto, em razão do modelo de acumulação capitalista, uma nação só poderia ser menos desigual se a sua inserção econômica no sistema capitalista mundial fosse menos desigual. A perspectiva internacional, já explicada, é muito importante<sup>8</sup> e também é ressaltada por neokantianos<sup>9</sup>, ou cosmopolitas.

---

<sup>8</sup> Como afirma Mônica Herz (2001, p. 116): “Ao propor a democratização do processo decisório internacional, muitos acadêmicos e diversos países em desenvolvimento se valem do argumento Kantiano de que a consolidação da democracia dentro de uma comunidade política requer o estabelecimento simultâneo da democracia na esfera internacional. Para Kant, a fundação das leis doméstica e internacional constitui um processo simbiótico. Segundo ele, o fim do estado de natureza não advém da simples criação do Estado civil. Kant prevê um complemento sistêmico ao argumentar que o problema da instituição de uma constituição civil perfeita depende da relação externa entre os Estados. Nesse sentido, a solução kantiana para a situação de guerra internacional representa uma combinação da segunda e da terceira imagens das Relações Internacionais. De acordo com a segunda imagem, Kant acredita que se deve mudar a natureza dos regimes, transformando-os em Repúblicas. E nos termos da terceira imagem, Kant argumenta que, para neutralizar a origem dos conflitos – a anarquia internacional – deve instituir-se uma república federativa mundial”.

<sup>9</sup> Para o aprofundamento do argumento, recomenda-se também a leitura de Soraya Nour (*À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2004)

Desta forma, democratizar também indica integrar diferentes dimensões da democracia à dinâmica de incorporação de diferentes esferas de exercício de poder, seguindo a orientação de um espaço público que se transnacionaliza, ou deveria, ao menos, na proporção da transnacionalização dos atores e interesses afetados, viabilizando, em contrapartida, o fiel cumprimento aos direitos humanos.

Pode parecer ingênuo acreditar na possibilidade de um consenso<sup>10</sup> em torno das bases de democratização da sociedade internacional, que seria alcançado em todos os níveis institucionais da sociedade internacional, como estatal, transnacional e institucional stricto sensu, o das organizações internacionais. Mas, como se observa da expansão dos movimentos sociais na atualidade, os diferentes setores da sociedade transnacional vêm se manifestando e pleiteando o seu espaço, caminhando, aos moldes de um processo histórico já conhecido, no que tange à consagração de direitos civis e políticos, tanto quanto os direitos sociais e econômicos, integrantes de uma sociedade democrática, para ocupar o seu espaço junto às esferas de poder. O que, em contrapartida, também provoca uma série de reações do status quo. As mudanças dessa magnitude fazem parte de um processo de longa duração, como atesta Fernand Braudel,<sup>11</sup> mas, alguns passos podem ser identificados.

Esse trabalho defende, portanto, em razão da diversidade de realidades sociais, no que tange aos Estados-nação, e as estruturas do sistema internacional, a desmistificação do poder verdadeiramente democratizante do modelo de democracia representativa liberal, além da investigação do papel desempenhado pelas organizações internacionais, e pelo Direito

---

<sup>10</sup> O consenso, agora aqui mencionado, reflete o embate de interesses conflitantes, num processo verdadeiramente democrático, de cunho contra-hegemônico e que apresenta uma natureza dinâmica e capaz de se adaptar as necessidades fluidas e cambiantes dos movimentos transnacionais. Os consensos hegemônicos, entretanto, se estabeleceram sob a égide de um “pensamento único”, aproveitando-se da crença no “fim da história” que teve como principal tarefa, justamente, mascarar os conflitos sociais.

<sup>11</sup> Para Cox (1996, p. 25), “Fernand Braudel assinalou a existência de diferentes fluxos de tempo para diferentes campos da atividade humana, apresentando também, distintas velocidades. Estes campos interagiam entre si, mas não se moveriam conjuntamente. Seriam eles: os “eventos tempo” (*events time*), percebido instantaneamente, o chamado “tempo real”. Estes eventos não poderiam ser concebidos como destacados de um contexto, entendido por Braudel como a “conjuntura”, ou “o conjunto de forças que preparam o terreno para os eventos e influenciam as suas conseqüências. O tempo conjuntural seria, portanto, o meio termo de um ciclo econômico, ou de uma certa configuração de forças sociais, ou de um paradigma de conhecimento científico”. Assim, ainda segundo a interpretação de Cox, “a mudança de um complexo de forças que caracterizam as décadas do pós-guerra para as que compreenderam a emergência da globalização, foi uma mudança no tempo conjuntural”.

O outro nível é chamado por Braudel de “longa duração” (*longuedurée*) “que envolve estruturas de pensamento (*mentalités*) que se alternam num ritmo muito lento, como as organizações econômicas, práticas sociais, instituições políticas, linguagem e valores” (COX, 1996, p. 25)

Internacional e para a necessidade de reformulação dessas estruturas de organização do poder, para que reflitam novas formas de produção normativas, que se legitimem ao contemplarem os novos atores, ou representantes do poder transnacional, visando a e sendo facilitado pela implementação, por sua vez, das dimensões formal, participativa e social da democracia. Esta interação favoreceria um cumprimento mais eficaz dos Direitos Humanos, principalmente no que tange ao processo de negociação de um tratado internacional sobre empresas e direitos humanos, que se inicia, a partir de junho de 2014, mediante a aprovação da Resolução 26/9 do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas.

#### **4. Direito Internacional: perspectiva histórica e mudança de paradigmas**

O Direito Internacional Público, originariamente, como observa Velasco (1997:57), a formação, no decorrer da história, de distintos grupos humanos, politicamente organizados e independentes entre si, deu origem a alguns princípios jurídicos reguladores dos contatos entre esses grupos, criando-se, lentamente, um núcleo normativo rudimentar, cuja eficácia e amplitude variou muito em razão do grau de evolução tanto desses grupos como da cultura em que se encontravam inseridos. O surgimento do Direito Internacional Público, portanto, é um fato eminentemente histórico e correspondente a uma sociedade internacional também em formação. Daí, a ligação entre sociedade e Direito, tendo em vista suas características e sujeitos em atividade.

O Estado, como pode ser percebido, passou a ser o eixo central em volta do qual passou a gravitar o Direito Internacional clássico, apesar de, como posteriormente será discutido, com base nas contribuições de Antonio Augusto Cançado Trindade (1999), o Direito Internacional ter tido em sua orientação filosófica precípua um sentido humanístico, voltado para a satisfação das necessidades do homem. Alguns dos representantes dessa vertente são, Francisco de Vitória (1486-1546), professor da Universidade de Salamanca e Francisco Suarez (1546-1617), jesuíta, professor da Universidade de Coimbra. Esse *status* concedido ao indivíduo foi suplantado, na modernidade, pela figura do Estado soberano.

Esse Direito Internacional clássico pode ser caracterizado por sua descentralidade, eminentemente voltado para operações de guerra ou paz, já que a preocupação com a própria manutenção da condição de Estado, a partir da garantia de seu exercício soberano sobre o

território, ainda é uma constante, nesse momento instável de afirmação desse novo modelo organizacional. A demarcação da integridade de cada ente é a maior preocupação, isto é, um Direito Internacional de coexistência, marcado pela pouca cooperação e certa homogeneidade elitista, pois se restringia a uma sociedade de Estados europeia, cristã, a qual correspondia a próprio conceito de civilização, prepondera neste momento.

Depois da Segunda Guerra Mundial, entretanto, uma série de mudanças são presenciadas, cogitando-se de uma nova era para o Direito Internacional. Na verdade, Velasco (1997:60) identifica um processo sistêmico de mudança, no qual houve a participação de uma série de fatores: “a revolução soviética, a revolução colonial e a revolução científica e técnica”.

Sobre a transformação da sociedade internacional em um cenário mais heterogêneo e menos oligárquico, Velasco (1997:60) comenta:

“A consecuencia de la gran revolución colonial posterior a la Segunda Guerra Mundial, la extraordinária ampliación de la S.I. la há convertido verdadera y radicalmente em una sociedad internacional universal o mundial. Basta decir que de los cerca de ciento noventa Estados que hoy forman la S.I., la mayoría de ellos son nuevos Estados porque han accedido a la independéncia después de 1945. *Ratione personae*, el aumento considerable del número de sujetos estatales há representado una importante ampliación del D.I. em el plano horizontal. Y há conducido al *sistema internacional* desde los años sesenta, a um estado de crisis casi permanente a consecuencia de la voluntad de cambio aportada por los Estados de reciente independéncia, deseos de mejorar la situación de grave subdesarrollo sócio-económico em que se encuentra la gran mayoría de ellos y compartir el bienestar de los países ricos y industrializados”.

A grande contribuição do ingresso desses países no rol dos sujeitos atuantes do novo D.I.P. foi a vertente do desenvolvimento, cujo princípio fundamental é a soberania permanente do Estado sobre seus recursos naturais, em torno do qual se iniciou a batalha política e jurídica pela instauração de uma Nova Ordem Econômica Internacional (Velasco, 1997).

Um grande problema e, para muitos, um dos maiores desafios a serem enfrentados pelo Direito Internacional reside no fato de que vivemos em uma sociedade extremamente desigual, marcada pela dinâmica de estabelecimento de hegemonias, conforme retratado anteriormente, e a hegemonia no plano normativo consuetudinário se traduz, por exemplo, segundo Velasco (1997:64) na noção de “Estados interessados” e se entende por tais “los que tienen oportunidad de participar en el proceso de creación o cambio de una norma,

contribuyendo com su conducta (precedentes) a la formación de una determinada práctica.” Isso significa, portanto, que o poder econômico ou grau de desenvolvimento tecnológico, além da localização geográfica pode influenciar o nível de ingerência de um Estado na formulação de uma norma. Por outro lado, destaca Velasco (1997:64) “la condición de una práctica suficientemente general, como uno de los aspectos necesarios del elemento material de la costumbre, se entiende referida solo a los *Estados interesados* (Sörensen:40). Es obvio que en el Derecho del Mar, el protagonismo de la práctica corresponde a los Estados con litoral y dotados com poderosas flotas mercante y de guerra”.

Defende-se, no entanto, que, ao se aumentar o rol de capacidades concretas de atuação jurídica do indivíduo, também se potencializa o cumprimento do Direito Internacional, retirando-se a perspectiva da responsabilidade, por exemplo, de uma premissa interestatal, para a abrangência também do indivíduo; além de se estimular uma prática internacional que possa contribuir para a organização da sociedade civil em torno dessas questões e desses aparatos, fortalecendo-a como locus jurídico e político internacional e também nacional. São pungentes as demonstrações, como lembram os diversos relatos de Antônio Augusto Cançado Trindade em sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da influência que as decisões da Corte e da própria compreensão do conceito de “acesso à justiça ampliado” têm exercido sobre os ordenamentos jurídicos nacionais, levando, algumas vezes à reforma de aspectos do sistema judiciário.

Na medida em que o homem passa a acessar, de maneira mais direta e corrente, os fóruns jurídicos internacionais, e esses se ampliam, em função da maior aceitação de uma competência universal, contribui-se para a diminuição do enfoque político dominante na dinâmica de aplicação do DIP, enfoque esse responsável pela subordinação desse sistema de leis ao imperativo da “força”. Tal arrefecimento ocorre porque por trás do reconhecimento da capacidade jurídica internacional do indivíduo está o princípio da dignidade humana, munido de uma neutralidade intrínseca, capaz de favorecer a real democratização da sociedade internacional, e conseqüentemente, do seu Direito Internacional.

Esse movimento de internacionalização dos direitos humanos projetou, portanto, a perspectiva humana para além de um marco institucional estatal de proteção, inaugurando a possibilidade de emancipação do Direito e favorecendo um retorno aos seus postulados

fundadores, de atendimento das necessidades do homem e não de mero recurso para a implementação dos interesses estatais.

Como bem colocam Juan Hernández Zubizarreta y Pedro Ramiro (2015:137):

“El Derecho Internacional nunca se há preocupado primordialmente de los movimientos sociales, salvo em El contexto de la autodeterminación y La formación de estados, Há tratado todos los otros movimientos y protestas populares como si estuvieran “por fuera” de Estado y, por tanto, como si fueran ilegítimos y turbulentos. Esta división se sostiene sobre uma concepción liberal de la política, que distingue tajantemente entre política institucional rutinaria y formas extrainstitucionales de protesta (,,,) De este modo, las ideas de Estado, desarrollo, progreso y derechos humanos deben ser radicalmente reinterpretadas, y la armonía liberal establecida entre Derecho Internacional y desarrollo, eliminada.”

Desta forma, defendem os autores, seria fundamental investir-se em uma dinâmica de transformação do Direito Internacional “de baixo para cima”, que possa alcançar os marcos institucionais vigentes, como a própria Organização das Nações Unidas (ONU), para que num contexto de embates estruturais, entre atores sociais e políticos marcados por um grande desequilíbrio de forças, como afetados por violações de direitos Humanos, Estados e empresas transacionais, haja a mínima possibilidade de que o pleito dos primeiros possa ter alguma capacidade de influenciar a produção normativa em disputa.

### 5. Conclusão

Dentre os muitos significados que a democracia pode apresentar, ao largo da evolução histórica e política das sociedades, chamou-se atenção, neste trabalho, para o círculo virtuoso mantido pela interação entre as dimensões procedimental, participativa e social da democracia. Entretanto, o discurso que se reproduz, destaca, em primeira mão, os aspectos procedimentais, ainda que contribuintes para a implementação das dimensões participativa e social. Os elementos formais do aparato democrático vêm garantir, em última instância, a reprodução das regras de manutenção, no poder, de determinadas coalizões que adotem, caso ambicionem a sua inserção no sistema financeiro internacional, as práticas econômicas neoliberais já defendidas nas diretivas do Consenso de Washington. São normas, portanto, de caráter gerencial, que favorecem uma boa administração do capitalismo neoliberal.

Assim, apesar desse movimento crescente em prol da disseminação de um significado de democracia e necessariamente, de direitos humanos e desenvolvimento mais abrangente, o

processo de formação das práticas hegemônicas salvaguarda uma orientação especificamente liberal dos termos, o que representa a consideração de uma democracia eminentemente procedimental. A acepção reducionista do termo desenvolvimento já foi assinalada por Gómez (2005, p. 4):

“a palavra já conheceu tempos de glória na imediata pós-Segunda Guerra Mundial até os anos sessenta do século passado (da mão da descolonização e da emergência de novos Estados, do compromisso e do papel da ONU, da difusão do “desenvolvimento” e do “terceirismundo”, etc.) até hoje predomina uma identificação direta com o crescimento econômico como um fim em si mesmo e seus habituais indicadores para medi-lo (PNB, renda per capita, produtividade, avanço tecnológico, etc.), projetando-se para além do saber econômico convencional e apossando-se do discurso político e midiático.”

A orientação hegemônica liberal, por sua vez, a partir de uma fundamentação teórica mais elitista e pluralista, baseada, por sua vez, no conceito negativo de liberdade, veicula um modelo de democracia procedimental, a princípio, representativo e liberal, mas que, em última instância, tem objetivos gerenciais para a garantia de uma governança global capitalista. Assim, há a total proeminência da dimensão procedimental de democracia, mesmo que, posteriormente ela venha a facilitar a implementação das outras dimensões, participativa e social. Diferentemente desse posicionamento, advoga-se, de forma contra-hegemônica o estabelecimento de um círculo virtuoso e necessário, entre os aspectos formal, participativo e social.

Da mesma forma, os direitos fundamentais seriam, garantidamente, os direitos civis e políticos, ou seja, os já consagrados direitos da liberdade, essa, negativamente defendida. A terceira geração dos direitos humanos, o direito ao desenvolvimento, também sofre uma redução no seu conteúdo, estando quase sempre associado a critérios como o crescimento do PIB apenas.

A segunda questão versa sobre o tipo de relação entre a democracia, os direitos humanos e ordem internacional. Há uma tendência, ainda dominante, mas que já vem encontrando resistência dos fóruns mundiais, a exemplo do famoso relatório de 2000 do PNUD e da própria Carta Democrática da OEA. É a tendência de se separar democracia, direitos humanos e desenvolvimento. Caso ainda mais facilitado pela experimentação, nos dias de hoje, do chamado “estado de exceção permanente” que permite a restrição de direitos humanos, seja tanto no âmbito interno quanto externo, a fim de se enfrentar situações de

conflito. É interessante e contraditório o que se consegue depreender dos discursos que legitimam as recentes invasões americanas quando neles se restringe a democracia, ou o próprio Estado de Direito, interno e internacional, alegando-se a proteção da mesma democracia.

Reconhece-se, também, e esse dado é fundamental, que cada sociedade deve encontrar o seu modelo a partir das premissas elencadas. O mais importante é que os canais de comunicação entre o Estado e a sociedade civil, interna e transnacionalmente, também favorecidos pelas organizações internacionais, devem ser mantidos abertos, a fim de que se estabeleça uma dinâmica “de baixo para cima”, capaz de constituir um espaço público verdadeiramente representativo dos diferentes elementos de poder.

Este espaço público renovado é a arena necessária, em uma perspectiva tanto nacional quanto internacional, para a formulação de consensos que irão viabilizar, por sua vez, a efetivação de escolhas realmente democráticas, para a construção de significados para a atuação das diferentes esferas do poder público, inclusive do Judiciário, na busca de efetivação e realização dos Direitos Humanos, na sua amplitude máxima e possível.

### Referências Bibliográficas

- BARCELLOS, A. P. D. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BAVA, S.C. As muitas violências. *Le Monde Diplomatique Brasil*. São Paulo, n.37, agosto. 2010.
- \_\_\_\_\_. Plataforma pela reforma dos sistema político. *Le Monde Diplomatique Brasil*. São Paulo, n.38, setembro. 2010.
- BOBBIO, N. O futuro da democracia. São Paulo: Paz e Terra, 1986.
- \_\_\_\_\_. Liberalismo e democracia. São Paulo. Editora Brasiliense, 1994.
- BOBBIO, N., MATECICA, N., PASQUINO, G. Dicionário de política. 4ª ed. Brasília: Editora UNB, 1992.
- BOBBIO, N., VIROLI, M. diálogo sobre a república: os grandes temas da política e da cidadania. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2002.
- BRAUDEL, F. História e Ciências Sociais. Lisboa, Editorial Presença, 1972.
- COX, R. W. Gramsci, hegemony and international relations: an essay in method. In GILL, S. Gramsci, historical materialism and international relations. Great Britain: Cambridge University Press, 1993.
- \_\_\_\_\_. A perspective on globalization. In MITTELMAN, J. H. Globalization critical reflections. *International political economy yearbook*, v.9.1996.

- \_\_\_\_\_. Democracy in hard times: economic globalization and the limits to liberal democracy. In Mc-GREWLED. The transformation of democracy. Cambridge: Polity Press, 1997.
- \_\_\_\_\_. Civil society at the turn of the millennium: prospects for an alternative world order. In. COX, M. Review of international studies. v.25, nº1, Janeiro, 1999.
- ESPADA, C.G. Derecho internacional público. Madrid, Trotta, 1995
- FERNÁNDEZ, Eusébio. Teoria de lajusticia y derechos humanos. Madrid: Editorial Debate, 1991.
- FUKUYAMA, F. Construção de Estados. Rio de Janeiro: Ed. Rocco, 2005.
- GAVA, M.C.R. O indivíduo e a consolidação do DIP: o papel do sistema europeu de proteção dos direitos humanos. In. MATA DIZ, J. DEL POZO, C.F.M. Integração e ampliação da União Européia. Curitiba: EditoraJuruá, 2003.
- GILL, S. American hegemony and the trilateral commission.Great Britain: Cambridge University Press, 1990.
- \_\_\_\_\_. Gramsci and Global politics: towards a post-hegemonic research agenda. In GILL, S. Gramsci, historical materialism and international relations. Great Britain: Cambridge University Press, 1993
- \_\_\_\_\_. Globalization, democratization, and the politics of indifference. In MITTELMAN, J. globalization: critical reflections. International political economy yearbook. Vol. 9, 1996.
- \_\_\_\_\_.Transformation and innovation in the study of world order. In Gill, S. MITTELMAN, J. innovation and transformation in international studies. GreatBritain, Cambridge University Press. 1997.
- GÓMEZ, J.M. Reinventando a comunidade política, globalizando a cidadania. Série IRI Textos. Rio de Janeiro: IRI/Puc-Rio, 1999.
- \_\_\_\_\_. Política e democracia em tempos de globalização. Petrópolis, Ed. Vozes, 2000.
- \_\_\_\_\_. Direitos humanos, desenvolvimento e democracia na América latina.In. Praia Vermelha, n.10. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 2005.
- GORENSTEIN, F. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a organização dos Estados americanos. In. LIMA JR. J. B. Manual de direitos humanos internacionais. Acesso ao sistema global e regional de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- HERZ, M. A internacionalização da política: a perspectiva cosmopolita em face do debate sobre a democratização da ONU. In: Contexto internacional. Rio de Janeiro: Instituto de Relações Internacionais, Puc-Rio, Julho/Dezembro de 1999.
- HERZ, M. HOFFMAN, A. Organizações Internacionais: história e práticas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- HUBER, E. R, D. D.S,J .The paradoxes of contemporary democracy. In. Comparative politics. April, 1997.
- MELLO, C.D. Curso de direito internacional público. 12ª Ed, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000, 2v
- MENÉNDEZ, F.M.M. Derecho internacional público, parte general. 2ª Ed.Madrid, Ed. Trotta, 1998.
- MURPHY, C. Understanding IR: understanding Gramsci. In Review of International Studies, VI. 24, N. 3, July, 1998.

- NOUR, S. À paz perpétua de Kant. Filosofia do Direito Internacional e das Relações Internacionais. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- O' DONNELL, G. Modernization and bureaucratic-authoritarianism; studies in south American politics. Berkeley: Institute of International Studies University of California, 1973.
- \_\_\_\_\_. Democracia, desarrollo humano y ciudadanía. Reflexiones sobre la calidad de la democracia en américa latina. Costa Rica: Homo Sapiens ediciones, 2002.
- ROLAND, M.C. A transnacionalização dos meios dirigentes e a implementação do consenso de Washington no Brasil. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) - Puc-Rio. Rio de Janeiro. 2000.
- SALCEDO, J.A.C. Soberanía de los estados y derechos humanos en derecho internacional contemporáneo. 1ª ed. Madrid, Ed Tecnos, 1996.
- SEN, A. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2000.
- TRINDADE, A. A. C. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. In. ANNONI, D. (org.) Os novos conceitos do novo direito internacional. Cidadania, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: Ed. América Jurídica, 2002.
- VELASCO, M.D. Las organizaciones internacionales. 9ª Ed. Madrid, Tecnos, 1999
- ZUBIZARRETA, J.H, RAMIRO, P. Contra la lex mercatoria. Bilbao: Ed. Icaria Más Madera, 2015.

### UM ESTUDO SOBRE A GOVERNANÇA GLOBAL E A GOVERNANÇA EUROPEIA: CONVERGÊNCIAS EM PROL DE UM SISTEMA REGULATÓRIO PARTICIPATIVO<sup>1</sup>

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas<sup>2</sup>

#### 1. Introdução

A discussão sobre governança tem-se tornado cada vez mais determinante para compreender como as atividades do Estado, principalmente no que se refere à regulação por este fixada, devem levar em consideração meios de expressão e inclusão da sociedade civil. Mostra-se, portanto, imprescindível analisar o processo de tomada de decisão a partir de um viés intrinsecamente vinculado aos conceitos de governança e regulação em espaços multidimensionais criados justamente por novos arranjos institucionais concertados, inclusive advindos das relações interestatais. Uma óptica possível de investigação desses

---

<sup>1</sup> O presente estudo apresenta-se como uma fusão das ideias contidas em trabalhos dos autores já publicados, com as necessárias revisão, atualização e ampliação, de sorte a ter-se profícua interdisciplinaridade entre o Direito Internacional Público e o Direito Administrativo na área de governança e sustentabilidade nos contratos administrativos. Vide, assim, a respeito: CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. O contexto sinérgico das atividades de regulação administrativa concertada à luz dos denominados contratos administrativos. **Interesse Público**, ano 12, nº 61, maio/jun. 2010, p. 69-82; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Administração pública e a regulação dialógica sustentável do Turismo. **Interesse Público**, ano 13, nº 69, set./out. 2011, p. 121-142; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. O contexto sinérgico das atividades de regulação administrativa concertada à luz dos denominados contratos administrativos. **Governnet – Boletim de Licitações e Contratos**. Curitiba : Governnet, ano 6, nº 67, nov./2010, p.1.012-1.021; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; NEVES, Rubia Carneiro. Administração pública consensual: uma nova tendência nos acordos de parcerias para promover tecnologia e inovação. **Atuação empresarial no Estado Democrático de Direito**. CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; NEVES, Rubia Carneiro. (Org.). São Paulo: Clássica Editora, 1ªed., 2013, p. 341-369. CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; PENIDO, Thiago Martins. Princípios do Equador e Governança Regulatória nas contratações públicas sustentáveis: implicações nas desapropriações. **RBEP - Revista Brasileira de Estudos Políticos**, vol. 112, jan./jul. 2016, pp. 112-142; MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil. **Revista A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte :Editora Forum, ano 16, n. 65, jul./set. 2016, p. 249-275.

<sup>2</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 bacharelado em Direito da Faculdade Paulista de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (período: 1995-2014). Diretor do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo (período: 2013-2015). Advogado no Brasil e em Portugal. E-mail: [robertocsgcaldas@uol.com.br](mailto:robertocsgcaldas@uol.com.br).

fenômenos reside nos estudos a respeito da eficácia, eficiência e efetividade das decisões tomadas por tais arranjos e sua implicação na boa gestão pública dos Estados que participam de processos de integração regional, como no caso da União Europeia.

Por isso, defende-se a necessidade de se implementar uma governança corporativa regulatória (dita também simplesmente governança regulatória) em âmbito não apenas nacional (e não somente episódico-setorial, como se verifica), mas também internacional, de forma consensual com as sociedades que compõem o processo de integração, incorporando técnicas de governança corporativa na regulação de forma articulada, a significar uma governança corporativa regulatória publicizada multidimensional nas relações integracionistas de caráter global e regional.

Contudo, antes de se adentrar no tema específico da governança global, cabe determinar-se qual seria a compreensão do seu conceito. As definições teórica e prática de governança foram desenvolvidas ao longo das décadas dos anos 60-90 subsistindo, entretanto, constantes revisões das suas principais características. Qual seria o conceito atualmente adotado para a governança?

Deve-se esclarecer que o significado, a ideia de governança sofre uma variação temporal e espacial verificada de forma mais intensa durante o período que se inicia na década de 80, eclode no cenário internacional na década de 90 e se estende até os dias atuais, sendo esta a razão pela qual não se pode falar de um conceito seu único e final que abranja todas as políticas governamentais e as práticas de boa gestão pública utilizadas no mundo.

Um dos conceitos mais difundidos e utilizados pelos estudiosos está intrinsecamente relacionado com a conceituação dada pela Comissão sobre Governança Global da Organização das Nações Unidas (ONU), conforme será analisado posteriormente. Desse modo, a definição proposta por essa organização defende a governança desde uma perspectiva instrumental, não avançando num sentido estratégico mais aprofundado, como pode ser visto no documento por ela preparado (Commission on Global Governance, 1995).

De conseguinte, o objetivo deste trabalho será analisar em que medida há correlação entre a definição e os princípios de governança global, trazidos por organizações internacionais públicas e privadas, e a conceituação e principiologia adotadas no Livro Branco da União Europeia. Além disso, será examinado como a governança, no caso europeu,

afeta a estrutura funcional relativa à boa administração pública e à concertação (a pressupor um processo de diálogo que viabilize participação popular e controle social).

A metodologia de trabalho se centrará em aspectos interdisciplinares relativos ao Direito Administrativo e ao Direito Internacional, com interface para o Direito europeu. Neste sentido, o método indutivo permite estabelecer como a correlação entre a governança global e a governança europeia pode dar-se no contexto de maior abertura e participação da sociedade civil, em prol do fortalecimento da democracia e da criação de um ambiente propício à paz, que deve imperar tanto no plano interno dos Estados como no plano das próprias organizações internacionais e supranacionais.

### **2. Delineamentos da governança global: o surgimento de novas formas de gestão**

A interrelação entre a governança corporativa regulatória (participativa) e a chamada governança global pode ser determinada a partir dos pressupostos que surgem no âmbito privado (de autorregulação) e que, posteriormente, imbricam-se na forma de regulação do setor público, estabelecendo desse modo um espectro de interconexão direta que acaba por fixar-se mediante medidas e atos normativos adotados pelos Estados e, conseqüentemente, com influência direta na implementação e execução (assim como, no controle) das políticas públicas criadas pelas organizações internacionais e supranacionais, especialmente no âmbito da União Europeia, conforme será analisado.

Obviamente que tal interconexão sofreu uma série de adaptações para que a aplicação dos pressupostos da governança corporativa pudesse, de forma mais adequada e participativa, ser transposta, transmutada para o setor público. E um dos meios de expressão adaptados para tal fim foi, justamente, o conjunto de procedimentos regulatórios participativos de observância obrigatória para a Administração Pública, notadamente no que tange à concretização dos princípios e valores de governança observados no setor privado. Cite-se, também como exemplo, a criação de mecanismos de participação popular no processo decisório tanto individualmente – no caso dos Estados –, como globalmente – no caso das organizações internacionais e supranacionais.

Sob esse prisma, olvidar-se da governança corporativa regulatória participativa, alijando-a da ordem jurídica interna, é ignorar as conseqüências da globalização econômica e internacionalização governamental, o que pode e deve ser contornado mediante uma Lei

Geral de Regulação, institucionalizando-se a sua socialidade no contexto do Estado regulador, ou seja, de realizador democrático de direitos sociais insertos em políticas públicas – sob pena de violação das normas constitucionais pertinentes à Justiça Social (como, por exemplo, o art.170, *caput*, incisos I a IX, e parágrafo único, c/c art. 174, *caput* e §§ 1º e 2º, bem como o art. 193, da Constituição Federal de 1988).

Já se fala em um “direito mundial” além da ordem política internacional, a contemplar administrações independentes (de entidades reguladoras independentes) mediante a noção de *soft law* inserta na de *global governance*, ou seja, enquanto conjunto de regras flexíveis (pela ausência de cogência absoluta), positivadas ou não, aplicáveis às relações interestatais e sua regulação, o que, *mutatis mutandis*, no Direito Administrativo interno se reflete, como um dos exemplos possíveis, nos Princípios do Equador em termos de regulação, porquanto, malgrado não sejam positivados, tais regras de governança corporativa criadas internacionalmente têm tido ampla aplicação no cenário regulatório e regulamentar dos financiamentos pátrios (e sua concessão), ante a adesão maciça dos agentes financeiros aos seus preceitos para projetos de impacto socioambientais, como os *project finances* estatais das parcerias público-privadas que impliquem desapropriações.

Necessita-se da positivação, assim, de regras já praticadas pelo setor privado e que são capazes de agregar melhorias de valor (inclusive, sustentabilidade) ao modelo regulatório administrativo atual, a exemplo dos Princípios do Equador nas licitações e contratações públicas, mas com as ressalvas de se evitarem os aumentos de custo contraproducentes verificados com o advento, *e. g.*, da *Sarbox* nos Estados Unidos da América.

O *Sarbanes-Oxley Act* (como corretamente denominado) é um exemplo internacional de positivação e institucionalização da governança corporativa, englobada pela atividade regulatória estatal, experiência esta que trouxe certos aspectos a serem evitados, pois, em vez de reduzir de forma mais significativa riscos nas transações e custos de regulação estatal, fez por aumentá-los de modo pouco produtor, incorporando, em sua grande maioria, práticas genericamente já verificadas pelo mercado corporativo, acrescentando gastos com mecanismos de controle e aferição sem, repita-se, uma maior diminuição dos riscos relacionados aos ajustes públicos ou privados.

Com a governança corporativa regulatória (ou, simplesmente, governança regulatória) busca-se ir além do direito fundamental à boa administração pública, cujo primado

constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988) é sua faceta, galgando-se um patamar de adequação aos movimentos e tendências mundiais de cunho econômico-social para regulação administrativa, exigindo-se dos polos de atuação nos pactos públicos medidas que garantam satisfatórias prestações aos usuários, com lucros menos arriscados sob um controle dialogado e harmonioso. Segundo evidencia Canotilho, “Não se trata de uma opção por um ‘Estado-eficiente’ necessariamente minimalista. Trata-se, sim, de compreender a modernização administrativa (...) sem aniquilar o Estado Social e Democrático de Direito” (2003, p. 111).

Há, desse modo, para a governança corporativa regulatória a necessidade de sua consonância ao princípio da legalidade nos moldes em que aplicado à Administração Pública, sob pena de a atividade estatal e, de consequência, a atividade de governança corporativa regulatória participativa, incidir em abuso do “poder normativo”. Conforme ressalta Meirelles, “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (2006, p. 88). Dessa maneira, a governança corporativa regulatória participativa adquire um cunho funcional distinto ao que caracteristicamente apresenta em seu formato inicial para o setor privado.

Nesse diapasão, como especificidade, é de se registrar, os contratos de concessão administrativa (dentre eles, as parcerias público-privadas patrocinadas) – vistos como instrumentos de maior concreção da governança corporativa regulatória participativa – devem dispor claramente sobre quais são os direitos e obrigações das partes envolvidas, principalmente à luz das atividades regulatórias e regulamentares relacionadas.

### 2.1. Princípios gerais da governança global

Os princípios gerais da governança global foram sendo desenvolvidos conforme os estudos e propostas surgidas em âmbito privado e público, sendo que neste último caso deve-se evidenciar a atuação da Comissão sobre Governança Global<sup>3</sup>, criada em 1992, no âmbito da Organização das Nações Unidas.

---

<sup>3</sup> “A Comissão, um *think tank* criado em 1992 e composta por personalidades de renome na política mundial como Ingvar Carlsu, Willy Brandt, Jacques Delors, Sadako Ogata e Oscar Arias, propunha-se a refletir sistematicamente sobre os possíveis desdobramentos da ordem internacional pós-Guerra-Fria, e sobre a necessidade de reformar as instituições internacionais em matéria de segurança, desenvolvimento econômico, proteção do meio-ambiente e efetivação dos direitos humanos.” (Bento, 2007, p. 269).

Essa Comissão tinha como função, num primeiro momento, estabelecer os pressupostos necessários para a compreensão dos novos fenômenos surgidos a partir da globalização, buscando determinar em que medida a inter-relação entre Estados, agentes privados e sociedade civil poderia desenvolver-se num cenário voltado para uma concepção plural, democrática e ancorada na paz social. Conforme ressalta Santos (2006, p. 100)

O entendimento relativo à idéia de governança se fortalece na medida em que a sociedade pós-industrial experimenta novos desafios a cada dia. Não apenas a globalização, como também a revolução tecnológica com suas profundas conseqüências na tecnologia da informação, têm produzido impactos no comércio internacional, nas relações político-sociais e também na idéia de soberania estatal vigente nos últimos séculos. Todavia estas transformações estruturais do sistema internacional vão além dos desafios lançados à idéia tradicional de ordem internacional, conduzindo as teorias existentes a especular de forma natural sobre as possibilidades de novos e eficientes modelos de governança.

É de se mencionar, ainda, que os influxos estabelecidos pela nova ordem mundial, a partir do fortalecimento da agenda internacional e da proliferação de organizações internacionais, demandam do Estado uma resposta aos desafios comuns em casos como, por exemplo, dos danos ambientais transfronteiriços e da utilização de armas de destruição massiva, resposta esta que deve ser construída conjuntamente com a sociedade civil. Neste sentido

Governança global não é apenas um projeto inspirado em princípios normativos. Ao contrário, trata-se de uma realidade emergente. Admitir a existência de uma governança no âmbito internacional, ainda que incipiente, implica reconhecer que os Estados soberanos encontram-se atualmente imersos em uma vasta teia de organizações, instituições e regimes internacionais que exercem autoridade e regulam uma série de atividades, envolvendo também diversos atores, dentre os quais se destacam, por sua relativa novidade, organizações não-governamentais e as corporações multinacionais. (Bento, 2007, p. 192)

Deve-se observar, ainda, que a Comissão intentou, a partir das propostas já realizadas, elaborar um informe capaz de sintetizar os múltiplos aspectos e dimensões que até então se vinculam ao termo governança, partindo desde uma perspectiva micro das relações entre os agentes privados e/ou entre estes e os Estados – num claro viés voltado para a regulação de modo a criar um ambiente propício para atividades comerciais e produtivas –, até chegar numa concepção macro concertada que abrange tanto a questão da participação da sociedade civil nas atividades do Estado (participação popular) como do controle e fiscalização deste e dos agentes privados quando com ele atuam em colaboração (controle social).

Desta forma, a Comissão apresentou a definição de governança como

Governança é a totalidade das diversas maneiras pelas quais os indivíduos e as instituições, públicas e privadas, administram seus problemas comuns”. (...) “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 (Commission on Global Governance, 1995, p. 2)<sup>4</sup>

Do mesmo modo, no Relatório foram estabelecidos os princípios que devem reger a governança enquanto meio e processo para alcançar uma participação efetiva na tomada de decisão, ao tempo em que promove maior acercamento entre cidadão e instituições estatais, promovendo formas mais transparentes de controle e fiscalização das atividades destes últimos.

Complementando os princípios elencados pela Comissão, o PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – sigla em inglês) destacou a necessidade de trazer uma concepções mais abrangente que incluísse também aspectos relativos à capacidade de resposta do Estado (*capacité d’ajustement* ou *responsive*<sup>5</sup>), equidade e visão estratégica<sup>6</sup>, considerando-os, portanto, como parte integrante das características definidoras da boa governança.

Em relação ao primeiro, o Departamento de Relações Econômicas e Sociais da ONU elaborou um documento de trabalho denominado *Responsive and Accountable Public Governance*<sup>7</sup> onde se detalhou a importância da capacidade de resposta dos Estados de modo a atender às demandas de todos os segmentos sociais. Segundo tal documento, a escolha pela análise do *responsive* se deu conjuntamente com o *accountability* por serem ambos “two

---

<sup>4</sup> No original: Governance is the sum of the many ways individuals and institutions, public and private, manage their common affairs. It is a continuing process through which conflicting or diverse interests may be accommodated and co-operative action may be taken. It includes formal institutions and regimes empowered to enforce compliance, as well as informal arrangements that people and institutions either have agreed to or perceive to be in their interest.

<sup>5</sup> A capacidade de resposta pode ser definida como “Les institutions et les processus doivent viser à répondre aux besoins de toutes les parties prenantes”. PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **La gouvernance en faveur du développement humain durable**, janvier 1997, p. 5. Disponível em <<ftp://pogar.org/LocalUser/pogarp/other/undp/governance/undppolicydoc97-f.pdf>>, acesso em 16 nov 2016.

<sup>6</sup> Estas seriam as características elencadas no Relatório do PNUD: participação; primado do Direito (*rule of law*); orientação de consenso; eficácia; efetividade; equidade; responsabilidade; e visão estratégica.

<sup>7</sup> UNITED NATIONS ORGANIZATION. Department of Economic and Social Affairs. **Responsive and Accountable Public Governance: 2015 World Public Sector Report, 2015, ST/ESA/PAD/SER.E/187**, p. 10. Disponível em <<http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/UNPAN95253.pdf>>, acesso em 16 nov. 2016.

*fundamentals principles of governance which are analyzed in view of their key role as cross-cutting enablers of development”* (2015, p. III, Preface).

Segue o documento (2015, p. 10) enfatizando que

Governança responsiva e responsável engaja as pessoas nos processos de tomada de decisão - e formulação de políticas, implementação, monitoramento e avaliação. Ele foca os planos e a ação da liderança pública e do governo sobre as necessidades das pessoas e envolve-os na identificação dessas necessidades. Ele fornece acesso à informação pública, constantemente escuta as pessoas e garante que o governo e suas agências estão abertas a insumos e escrutínio das pessoas. Mais importante ainda, desenvolve instituições, estruturas, sistemas e práticas que promovem e apoiam o envolvimento e a participação das pessoas e asseguram acesso igual a todos os serviços.<sup>8</sup>

A capacidade de resposta dos Estados às demandas que surgem à raiz do sistema de proteção dos direitos fundamentais, especificamente no que tange às diretrizes consubstanciadas no modelo de Estado adotado (e que, a depender da ordem jurídica, podem ou não conformar-se em dispositivos constitucionais), deve vincular-se obviamente ao planejamento, regulação e execução dos serviços que irão concretizar tais direitos, serviços estes permeados, ainda, pela participação da sociedade civil no processo de tomada de decisão e controle. Logo, há intrínseca correlação entre o princípio apontado pelo PNUD e a eficácia e efetividade das decisões tomadas pelo Poder Público.

Pode-se, ainda, também fazer sua ligação à efetivação das políticas públicas destinadas à concretização dos direitos fundamentais, a partir de uma perspectiva de regulação pactual concertada, dialogada, e que seja sempre unida aos princípios da governança e suas características.

Agora bem, uma vez analisado brevemente como se deu a formulação da governança pelas organizações internacionais, resta examinar sua aplicação pelos sistemas internacionais e nacionais de âmbito privado, buscando averiguar em que medida houve impacto direto na regulação estatal.

---

<sup>8</sup> No original : Responsive and accountable governance engages the people in the processes of decision - and policymaking, implementation, monitoring and evaluation. It focuses plans and action of public leadership and government on the needs of the people and involves them in identifying those needs. It provides access to public information, constantly listens to the people and ensures that government and its agencies are open to people’s inputs and scrutiny. Most importantly, it develops institutions, structures, systems and practices that promote and support the involvement and participation of the people and ensure equal access to services by all.

### 2.2. A aplicação de mecanismos de governança no cenário internacional e nacional<sup>9</sup>

Um dos exemplos que se pode citar em relação à influência da governança corporativa<sup>10</sup> que acaba por influenciar a normativa nacional são os Princípios do Equador. Tais Princípios, dessa forma denominados em função de o Equador representar o ponto de equilíbrio perfeito entre os hemisférios norte e sul, em si, constituem-se em um conjunto de diretrizes estabelecidas para auxiliar no procedimento de análise de risco na concessão de crédito, de modo a assegurarem que os projetos (ditos *project finances*<sup>11</sup>), financiados pelas respectivas instituições financeiras e de fomento, contribuam para o desenvolvimento social e ambientalmente responsável.

Tratam-se, em verdade, de diretrizes específicas de governança corporativa, cuja discussão tem sua origem em outubro de 2002, quando o *IFC - International Finance Corporation* (segmento responsável pelo setor financeiro do Banco Mundial) em conjunto com o *ABN Amro Bank*, promoveu, em Londres, encontro para troca de experiências sobre investimentos em projetos, com especial atenção às questões socioambientais em mercados emergentes, principalmente ante a frequente ausência de legislação efetivamente protetiva dos direitos sociais e do meio ambiente.

Como fruto dessa iniciativa, em 2003, 10 (dez) dos maiores bancos na área de financiamento internacional de projetos<sup>12</sup>, detentores de mais de 30% (trinta por cento) do

---

<sup>9</sup> Parte das ideias contidas neste tópico, com as necessárias revisão, atualização e ampliação, encontram-se já publicadas em CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; PENIDO, Thiago Martins. Princípios do Equador e Governança Regulatória nas contratações públicas sustentáveis: implicações nas desapropriações. **RBEP - Revista Brasileira de Estudos Políticos**, vol. 112, jan./jul. 2016, pp. 112-142.

<sup>10</sup> Usa-se aqui o conceito de governança corporativa dado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa que considera como tal “o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas”. Disponível em <<http://www.ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa>>, acesso em em 16 nov 2016.

<sup>11</sup> Conforme definição dada pelo Acordo de Basileia II o *project finance* pode ser considerado como “(...) um método de financiamento pelo qual o financiador considera primordialmente as receitas geradas por um único projeto tanto como fonte de receita quanto como garantia pelo recurso financiado. Este tipo de financiamento é utilizado normalmente para projetos de grande porte e complexidade que exigem muitos recursos e que podem compreender, por exemplo, usinas de energia, indústrias químicas, mineração, infraestrutura de transporte, meio ambiente, e telecomunicações. [...] O tomador do recurso é geralmente uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) que não está autorizada a utilizar o recurso para além do desenvolvimento, operação e gestão da instalação financiada. A consequência deste tipo de financiamento é que o repagamento depende primordialmente do fluxo de caixa do projeto e do valor colateral dos recursos do projeto”. ANTUNES; FERNANDES, 2015, p. 44.

<sup>12</sup> Dentre tais instituições financeiras, tem-se: ABN Amro, Barclays, Citigroup, Crédit Lyonnais, Crédit Suisse, HypoVereinsbank (HVB), Rabobank, Royal Bank of Scotland, WestLB e Westpac.

total investido mundialmente, criaram diversas diretrizes que passaram a compor o que se usualmente denomina-se como os Princípios do Equador, adotando-as como parte de suas políticas de concessão de crédito para projetos que apresentem impacto socioambiental<sup>13</sup>.

As referidas diretrizes<sup>14</sup> têm, dentre seus objetivos, condicionar o financiamento de projetos que possam, em maior ou menor medida, causar impacto ambiental, desde que haja um compromisso de adoção de medidas que o mitiguem, em especial, no que diz respeito à tutela do meio ambiente, do direito à moradia e da dignidade das pessoas afetadas pela execução de obras públicas.

Atualmente, os Princípios do Equador foram redimensionados e atualizados, sendo, portanto, intitulados Princípios do Equador III, em sua nova versão consolidada e revelam-se como fruto da análise estratégica feita pelo *IFC - International Finance Corporation* e a Associação das *EPFI's - Equator Principles Financial Institutions* em 2010, análise esta composta por um balanço geral dos Princípios e sua aplicabilidade, com a inserção de novos temas e áreas de desenvolvimento.

Tais atualizações são importantes na medida em que buscam manter os Princípios do Equador como um padrão mínimo e atual de diligências socioambientais aplicáveis ao projeto a ser financiado, permitindo à instituição financeira o apoio responsável e controlado ao risco gerado pelo empreendimento.

Representam um conjunto de dez Princípios a serem aplicados a operações que impliquem um custo de capital superior a US\$10.000.000,00 (dez milhões de dólares americanos), ou Financiamentos Corporativos Dirigidos a Projetos (PRCL) de pelo menos US\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de dólares americanos), abarcando tanto critérios econômico-financeiros tradicionais, como ainda parâmetros de viabilidade socioambiental<sup>15</sup>.

Com efeito, as instituições financeiras signatárias devem comprometer-se a não aprovar financiamento ou recursos para aqueles (clientes) que não queiram ou não tenham

---

<sup>13</sup> Para se ter a correta dimensão do seu grau de relevância, atualmente, 83 (oitenta e três) instituições financeiras, em 36 distintos países, que compõem a Associação das *EPFI's - Equator Principles Financial Institutions*, adotaram oficialmente os Princípios do Equador, com uma abrangência em mais de 70% (setenta por cento) das dívidas internacionais de *Project Finance* em mercados emergentes. The Equator Principles Association. Disponível em <<http://www.equator-principles.com/>>, acesso em: 15 jun. 2016.

<sup>14</sup> A utilização da terminologia “diretrizes” no presente texto se coaduna com a natureza dada pelas regras de *soft law* que possuem um valor condicionante para os seus destinatários, sem revestir-se, necessariamente, em cogência absoluta, conforme será comentado posteriormente.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 4.

condições de observarem às políticas, metas e procedimentos socioambientais que são pelos Princípios do Equador preconizados<sup>16</sup>.

Claro está que tais instituições financeiras devem ater-se às finalidades dispostas no supracitado documento que se referem à necessidade de dimensionar os impactos sociais e ambientais causados pelos projetos financiados, numa concepção fundada na promoção do desenvolvimento sustentável. Também se busca criar mecanismos de detecção, avaliação e gestão dos riscos ambientais e sociais de tais projetos, além de fornecer os instrumentos para a criação de procedimentos e *standards* – ainda que mínimos – de avaliação ambiental estratégica, numa lógica eminentemente antecipatória dos riscos.

A versão atual e consolidada dos Princípios do Equador traz ainda uma importante classificação do projeto a partir da magnitude dos impactos negativos, com a inclusão de determinadas variáveis tais como tipo, localização, escala e nível de sensibilidade, em um parâmetro crescente de avaliação dos empreendimentos financiados que adota uma escala desde projetos com alto potencial negativo até aqueles que não apresentam efeitos negativos significativos, a saber<sup>17</sup>:

- i) Categoria A - alto potencial de efeitos negativos: situações em que os efeitos ambientais possam ser significativamente adversos ou irreversíveis, ao afetar grupos étnicos ou minoritários, envolver deslocamento de populações ou impactar sobre comunidades tradicionais ou patrimônios histórico-culturais significativos. A avaliação ambiental deve contemplar os efeitos positivos e negativos do projeto, comparativamente a outras alternativas viáveis e recomendar medidas para prevenir, minimizar, mitigar ou compensar impactos adversos e melhorar a performance ambiental. Tal análise deve contemplar todas as variáveis que possam ocasionar danos ou risco de dano ambiental, de modo integral, geralmente sob a forma de EIA (Estudos de Impacto Ambiental).
- ii) Categoria B - médio potencial de efeitos negativos: situações em que os impactos ambientais em populações ou *habitats* naturais podem ser considerados menos severos, sendo passível prevenir os danos ou risco de danos. Esses efeitos, muitas vezes, estão restritos a

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>17</sup> EPFI's - Equator Principles Financial Institutions (2013). Os Princípios do Equador: um referencial do setor financeiro para identificação, avaliação e gerenciamento de riscos socioambientais em projetos. Disponível em <[http://www.equator-principles.com/resources/equator\\_principles\\_portuguese\\_2013.pdf](http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_portuguese_2013.pdf)>, acesso em: 15 jun. 2016.

parte do território afetado pelo empreendimento, não sendo ainda considerados irreversíveis. Torna-se possível a adoção de medidas mitigadoras para que tais danos não ocorram, ou então em caso de ocorrência possam ser prontamente minimizados.

iii) Categoria C - efeito negativo muito reduzido ou nenhum efeito negativo: nesse caso, não é exigido nenhum tipo de avaliação ambiental e tampouco medidas mitigadoras específicas.

Obviamente para que haja perfeita observância das diretrizes contidas nos Princípios, todos os projetos devem ser analisados de modo a serem categorizados segundo a classificação proposta. Contudo, conforme o supramencionado documento, somente aqueles projetos que se enquadrarem nas categorias A e B deverão apresentar estudos de impacto ambiental que, segundo as referidas diretrizes, devem conter: plano de gestão ambiental com o respectivo modo de monitoramento; formas de participação popular e consulta prévia com as partes afetadas pelo projeto; auditorias e mecanismos de controle, realizado por entidades externas; análise da regularidade do proponente do projeto em relação a contratos ou acordos anteriores etc.

Do ponto de vista do impacto dos mencionados Princípios sobre o sistema financeiro interno, vale mencionar que o Banco Central (BACEN) brasileiro adotou, em abril de 2014, a Resolução nº 4.327 que incorpora, em grande parte, os objetivos dispostos nas medidas internacionais que deram origem aos Princípios do Equador. Conforme ressalta Antunes e Fernandes<sup>18</sup>:

Os Princípios do Equador baseiam-se nas políticas e nas diretrizes do Banco Mundial e da *International Finance Corporation* (IFC) e estabelecem uma estrutura de avaliação e gestão de riscos ambientais em *project finance*, em operações em que o custo de capital seja superior a US\$10 milhões. Nesse ponto, cabe destacar que a iniciativa do Bacen com a Resolução nº 4.327, de 25 de abril de 2014, segue a racionalidade dos Princípios do Equador, no sentido de definir diretrizes para que instituições financeiras implementem ações de avaliação de riscos ambientais que demonstrem a adoção de cautelas razoáveis para promoção da proteção ambiental.

*Pari passu* a esse contexto, o Normativo nº 14, de 2014, do Sistema de Autorregulação Bancária (SARB), também estabeleceu diretrizes e procedimentos que devem ser observadas pelas instituições financeiras no momento da análise de gestão do crédito para financiamento de projetos. Conforme o art. 1º. do referido instrumento, o objetivo principal se vincula à criação de “diretrizes e procedimentos fundamentais para a

---

<sup>18</sup> ANTUNES; FERNANDES, 2015, p. 45.

incorporação de práticas de avaliação e gestão de riscos socioambientais nos negócios e na relação com as partes interessadas.” Este instrumento ainda cria uma Política de Responsabilidade Sociambiental (PRSA) que deve englobar não só os mecanismos de avaliação ambiental, bem como um sistema de governança voltado para os aspectos sociambientais, incrementado o grau de segurança das operações financeiras, notadamente dos empréstimos relativos a projetos de infraestrutura

### **3. A governança na União Europeia**

A criação da então Comunidade Europeia, na década de 50 com a assinatura do Tratado de Roma, estabeleceu um novo arranjo nas relações interestatais, ao resultar na conformação de um sistema institucional e normativo próprio, cuja força vinculante se fez mais presente a partir dos atos emanados pelas instituições que foram sendo, pouco a pouco, incorporadas em dito sistema, notadamente as decisões exaradas pelo Tribunal de Justiça.

A formação de um sistema jurídico singular e específico a regular a atuação dos Estados-membros junto à Comunidade Europeia, demandou um acentuado esforço no sentido de determinar os limites de atuação destes Estados, bem como fixar procedimentos para que as competências exercidas pelas instituições comunitárias não “usurpassem” a repartição desenhada pelos tratados fundacionais, ainda que tais competências só viessem a ser efetivamente explicitadas quando da entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

Nesse intrincado sistema de interrelação Estados-organização nem sempre esteve presente a necessidade de contar com mecanismos para fortalecer a administração, compreendida esta como elemento central para a devida realização das políticas que se desglosam do rol competencial. Especialmente, no início do processo de integração europeia, não havia uma preocupação detida em garantir a aplicação de princípios que viessem a aperfeiçoar a gestão praticada pelas instituições, ao tempo em que se promovesse uma maior aproximação com os cidadãos europeus.

Foi justamente a partir do chamado déficit democrático, reconhecido a partir da ausência de uma participação efetiva da sociedade civil no processo de construção da Europa unida, que começam a surgir iniciativas para contornar esta ausência e aprimorar os instrumentos de legitimidade democrática à raiz de procedimentos e mecanismos específicos

que, finalmente, se consolidaram no chamado Livro Branco da Governança Europeia, que será analisado na continuação.

### 3.1. Livro Branco como instrumento fundacional para uma Europa concertada

Com efeito, o conceito de governança para a Europa é encontrado no Livro Branco elaborado pela União Europeia, no qual é considerada enquanto “a capacidade das sociedades para dotarem-se de sistemas de representação, de instituições, de processos e de corpos sociais, como instrumento de controle democrático, de participação nas decisões e de responsabilidade coletiva” (Comissão sobre a Governança Europeia, 2001, p. 3).

Nesse sentido, tal como manifestado por Alfonso (2004, p. 31)

A iniciativa da "governança" inscreve-se no fundo da preocupação da Comissão Europeia sobre a sua posição no sistema em análise, a compreensão inevitável sobre a renovação do método comunitário a sustentar a concepção de 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) e o funcionamento de instituições fortes e permanentes.<sup>19</sup>

Seus princípios, tal qual estipulados pela Comissão sobre a Governança Europeia, são “*abertura, participação, responsabilização, eficácia e coerência*” (2003, p. 7), com outros tendo sido propostos na consulta pública que realizou sobre o Livro Branco, tais como a legitimidade democrática e a subsidiariedade, além da proporcionalidade.

Aliás, calha mencionar que a adoção de um determinado modelo de governança, conforme a definição acima referida, implica necessária relação de legitimidade das decisões das instituições supranacionais para obtenção de resultados democraticamente satisfatórios, fato este que já tem sido observado e alertado pela doutrina (Bar Cendón, 2001; Held e McGrew, 2003; Gonçalves, 2011).

Há que se mencionar que, à luz do primado da participação, a legitimidade democrática resta mitigada na mesma proporção em que os instrumentos de concertação (controle social e participação popular em um processo de diálogo) não efetivam os objetivos

---

<sup>19</sup> No original: (...) la iniciativa de la «gobemanza» 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.

esperados pela população (seus destinatários) quando do exercício das atividades estatais (Richmond, 2010). Nesse exato sentido, propôs a Comissão por meio do Livro Branco:

Uma abertura do processo de elaboração das políticas da União Europeia para que mais pessoas e mais organizações estejam envolvidas na sua concepção e realização. Promove uma maior abertura e responsabilização de todos os envolvidos. Os cidadãos ficarão assim em melhores condições para compreender a forma como os Estados-Membros, atuando em conjunto na União, podem dar uma resposta mais eficaz às suas preocupações. (Comissão Europeia, 2001, p. 3).

De fato, Held e McGrew, propõem uma socialdemocracia cosmopolita, concebida como

La administración imparcial de la ley en el ámbito internacional; mayor transparencia, control y democracia en la gobernanza global; un mayor compromiso con la justicia social (distribución más equitativa de los recursos mundiales) y la seguridad humana; la protección y reivindicación de la comunidad en diversos ámbitos [...], y la regulación de la economía global [...], la provisión de bienes públicos globales y la implicación de los principales grupos de interés en la gobernanza corporativa

A Comissão sobre a Governança Europeia, em sua consulta pública sobre o Livro Branco (2003, p. 8-9), ratificou três abordagens como fundamentais da governança europeia, tais sejam, de reforço da participação numa perspectiva ascendente (*bottom-up*) na concepção e aplicação das políticas da EU, alargamento do rol de instrumentos disponíveis para dar resposta aos novos desafios da governança e especificação da missão das instituições europeias, dotando-as de responsabilidades mais claras.

E tais abordagens se mostram insertas nos quatro eixos principais de mudança previstos no Livro Branco (2001, p. 8-27), quais sejam, maior participação e maior abertura; melhoria das políticas da União, à qual necessariamente seguem regulamentações bem elaboradas e otimização dos resultados; governança global; redefinição das atribuições das instituições da UE. Ao se apresentar no eixo *maior participação e abertura* seus objetivos específicos, deixa-se explícito por parte da Comissão não apenas seu conhecimento, mas inclusive a admissão da existência de mitigação expressiva de representatividade democrática no âmbito das atividades integracionais, consoante se extrai dos anseios que se transcreve:

É necessária uma **maior interação com os governos regionais e locais e com a sociedade civil**. Esta responsabilidade incumbe principalmente aos Estados-Membros, mas, por seu turno, a Comissão: – estabelecerá um diálogo mais sistemático e **numa fase precoce de elaboração de suas políticas**, com os representantes dos **governos regionais e locais**, através das associações nacionais e europeias; – introduzirá **uma maior flexibilidade** nas regras de execução da legislação comunitária, que tome em consideração **as condições regionais e locais**.

(grifos do autor) (Comissão Europeia, 2001, p. 2-3).

Como forma de se exemplificar tal situação, tem-se os países pós-conflitos em que são verificados imensos entraves à efetivação de medidas concertadas, mormente verificados exatamente em função de uma incipiente democracia cuja frágil paz social é mantida por uma relação de *verticalidade* entre os mandantes que exercem o Poder e a população (seus destinatários), ante o que já reconhecido por Kohler-Koch (2003).

Porquanto não é bastante uma crescente harmonização jurídica, política e econômica dos Estados-Membros para que isso implique maior legitimidade sócio democrática e participação popular na tomada de decisões, principalmente na escolha de políticas regionais, é que se impõe um maior aproximar dos governos regionais e locais, de sorte a se obter uma melhor efetivação das medidas supranacionais, o que deve se verificar sob e durante um planejamento participativo (ou seja, sob consulta da sociedade civil organizada).

No relatório da consulta pública da Comissão sobre a Governança Europeia a respeito do Livro Branco, apresentou-se a orientação das respostas quanto à necessidade de maior abertura e participação da sociedade civil, apontada como medida primordial pela Comissão no Livro Branco sobre a governança na União Europeia:

As respostas vêm confirmar que uma maior abertura e um processo de consulta mais eficaz são do interesse da UE a curto e a longo prazo não apenas por favorecerem uma concepção mais bem sucedida das políticas, mas também uma aplicação mais eficaz das mesmas. Uma transparência adequada exige uma abordagem pró-activa e não pode restringir-se ao acesso a documentos. A concepção de políticas deverá contar com o envolvimento das autoridades nacionais e subnacionais, bem como de um amplo conjunto de entidades terceiras de índole não governamental. A reacção do público confirma igualmente a necessidade de rever os papéis respectivos do Comité das Regiões e do Comité Económico e Social Europeu em termos da sua participação numa fase anterior das deliberações da Comissão, de uma melhor representação das autoridades subnacionais e da sociedade civil e de um diálogo pró-activo mais alargado com os grupos de interesse que ultrapasse o âmbito das consultas específicas. (2003, p.8)

De outro lado, a legitimidade da influência de indivíduos e grupos de interesses em instâncias executivas da União Europeia pode ser discutida como já ocorre nos respectivos âmbitos nacionais, o que pode ser superado pelo incentivo à participação popular nos grupos e instâncias de controle e decisão estatais, a implicar uma preservação do papel da sociedade europeia no processo de legitimação democrática, o qual pressupõe também o exercício direto do Poder (e não apenas indireto pelos representantes eleitos).

Não obstante a extensão e abstração, cada um desses princípios de governança europeia passa a ser essencial à instauração de sua configuração mais democrática, a contribuir para uma paz social mais duradoura a assegurar a efetividade dos direitos fundamentais dos que vivem na União Europeia.

Assim entendem Biermann e Pattberg (2012, p. 281)

Governança diz respeito não só a instituições e regimes formais autorizados a impor obediência, mas também a acordos informais que atendem aos interesses de pessoas e instituições [...]. No plano global, a governança foi vista primeiramente como 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 capital globais. Com estes interagem os meios de comunicação de massa, que exercem hoje enorme influencia

A Comissão conclama a todos os Estados-membros e suas instituições comunitárias para que promovam uma aproximação entre a União Europeia e os cidadãos, inclusive com algumas observações quanto ao Conselho e o Parlamento europeu:

O livro branco defendia a melhoria da informação, criando maior abertura e garantindo uma comunicação mais pró-activa entre os agentes públicos europeus (instituições, Estados-Membros, etc.) e os cidadãos da Europa. No que respeita à comunicação, a Comissão permanece fiel ao compromisso de uma envolvente plurilíngue. O livro branco advogava ainda que as instituições europeias deveriam continuar, em 2002, a desenvolver a base de dados EUR-Lex como ponto único de consulta electrónica em todas as línguas, permitindo o acompanhamento por parte do público das propostas de políticas ao longo de todo o processo decisório. *O Conselho e o Parlamento Europeu* deveriam disponibilizar mais rapidamente informações sobre todas as fases do processo de co-decisão, principalmente no tocante ao procedimento final de «conciliação». Por último, o livro branco instava os Estados-Membros a promover o debate público sobre assuntos europeus (2003, p. 11).

Finalmente, cabe mencionar que foi apenas com o Tratado de Lisboa (2009) que mecanismos e paradigmas de governança na União Europeia obtiveram realce nas discussões precedentes ao Acordo, surgindo, de conseguinte, em diversos momentos nas disposições.

### 3.2. Princípios da governança europeia

Quanto às disposições do Livro Branco, importante mencionar que os cinco Princípios da Boa Governança, que, segundo a Comissão, constituem o fundamento para a efetivação de um modelo de governança mais democrático e consoante às intenções crescentes de integração dos Estados-Membros, guardam identidade com os antes mencionados princípios de governança global, *maxime* quanto à questão da participação, efetividade e capacidade de resposta aos anseios sociais com responsabilidade e

transparência. Conforme assinala Joerges, Lateur e Ziller (2002, p. 445)

Cinco princípios: abertura, participação, responsabilização, eficácia e coerência, que devem ser exercidos sempre de forma abrangente. Mas como? Estes princípios são muito amplos e abstratos para nos fornecer orientação na busca de legitimidade para a governança transnacional.<sup>20</sup>

Quanto à abertura, é uma exigência de que as instituições desempenhem suas atividades com mais transparência, a partir de mecanismos que viabilizem uma comunicação eficaz e eficiente com a população europeia (e não apenas seus cidadãos), dando à sociedade azo de conhecer o verdadeiro significado das políticas da União Europeia (Schmitter, 2001) para, melhor as conhecendo, mais facilmente as aceitar e, assim, auxiliar o seu cumprimento.

Por conta disso, quanto à participação popular e o respectivo controle social, almeja-se um aumento dos destinatários na discussão e elaboração das medidas supranacionais, em verdadeiro planejamento participativo desde a concepção até a fase executória, inclusive fiscalizando sua eficácia e eficiência.

A responsabilização quanto às atribuições das instâncias executivas e legislativas implica sua redefinição segundo valores de *accountability*, em evidente certeza e clareza dos deveres a serem suportados, com seus respectivos encargos, pelas instituições europeias em assumpção de obrigações por parte dos Estados-Membros.

Já a eficácia, eficiência e efetividade, a sua vez, importam a tomada de decisões corretas, a serem implementadas da melhor forma possível em termos de custos/benefícios, de sorte a galgarem sua plena concreção e legitimação social, o que se tem como marca ínsita a qualquer política que se queira regional e cujo êxito de suas medidas supranacionais ressaia enquanto fruto de ponderações de proporcionalidade.

Por fim, a coerência impõe políticas regionais dotadas de razoabilidade, compreensíveis ao público em geral, cuja dificuldade de implementação se apresenta de forma acentuada em função da diversidade de funções que requerem das instituições da União Europeia significativo esforço para a harmonização de seu discurso integracional europeu.

---

<sup>20</sup> No original: Five principles—openness, participation, accountability, effectiveness and coherence—should be brought to bear ever more comprehensively. But how? These principles are far too unspecific to provide us with orientation in the search for legitimacy for transnational governance.

### 3.3. A governança no âmbito da gestão administrativa funcional<sup>21</sup>

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>22</sup> (p. 214).

Não obstante tal circunstancia 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.

---

<sup>21</sup> As ideias aqui neste tópico citadas foram antes desenvolvidas em CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. A fundamentalidade da governança aplicada à função pública: o caso da união europeia. SILVA, Alice Rocha da *et alii*. **Direitos fundamentais, democracia e governança**. TOMAZ, Carlos Alberto Simões de; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; FERRAZ, Daniel Amin (Org.). Pará de Minas: VirtualBooks, 2016, p. 112-126.

<sup>22</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.

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>23</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.

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.

#### 4. Conclusões

A ideia de estabelecer princípios e valores destinados a promover uma regulação concertada, também dita dialógica, fundamentada na concepção de governança global, apesar de não ser tão recente, conseguiu alcançar maior grau de concreção a partir do impacto sobre a legislação internacional – seja na forma de tratados firmados entre Estados ou atos normativos derivados de organizações privadas – e também sobre legislações nacionais, ainda que neste sentido não se consiga, especificamente, dimensionar restritivamente tal impacto.

Os novos paradigmas trazidos pela necessidade de maior participação popular e controle social, tanto em relação ao processo de tomada de decisões pelas organizações

---

<sup>23</sup> Bruxelas, 28.9.2016 COM(2016) 627 final.

internacionais (de natureza pública ou privada), quanto no âmbito das estruturas e poderes estatais, demanda uma nova compreensão da democracia e, por via mediata, dos aspectos que perfazem a formulação de diretrizes e metas que, posteriormente, podem se transformar em atos regulatórios que venham a, efetivamente, estabelecer os meios de expressão das políticas públicas.

Nesse cenário, os princípios da governança global servem como premissas para o desenvolvimento de marcos regulatórios que fortaleçam a participação popular e o controle social, além de permitirem se reconhecer a existência de formas outras de regulação que não somente aquelas fundadas nos mecanismos tradicionais legislativos levados a cabo pelos Estados em seu poder legiferante, os quais, vale ressaltar, sofrem atualmente uma grave crise de representatividade baseada sobretudo na dissociação entre legitimidade democrática, interesse público e atuação parlamentar.

Os aspectos intrínsecos da governança trazem ainda, conforme analisado, um influxo significativo no que tange à abertura, transparência (*disclosure*) e *accountability* para as instituições públicas que devem submeter-se ao redimensionamento de sua atuação em prol de se alcançar a finalidade precípua do Estado de promoção do bem-estar social e dos interesses constitucional e legitimamente estabelecidos.

Finalmente, ainda que se reconheça a importância e os avanços trazidos pela governança, especificamente no que se refere à regulação, não se deve considerá-la como a única e exclusiva via para o desenvolvimento de instrumentos que venham a alentar a participação popular e o controle social, tanto interna como externamente. Os esforços em prol do aperfeiçoamento constante de tais instrumentos devem ser o aspecto principal quando se tratar da obtenção de uma verdadeira democracia baseada na vontade irrefutável e soberana do povo, destinatário final de toda e qualquer atividade regulatória.

### Referências bibliográficas

- ALFONSO, Luciano Parejo. Los Principios de la “Gobernanza Europea”. **Revista de Derecho de la Unión Europea**, n. 6-1, 1º semestre 2004.
- ANTUNES, Paulo Bessa; FERNANDES, Elizabeth Alves. Responsabilidade Civil Ambiental de Instituições Financeiras. In: **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 9, n. 1, p. 19-50, jun. 2015.
- BAR CENDÓN, Antonio. **El Libro Blanco, la Gobernanza Europea y la reforma de la Unión** - Contribución a la Comisión sobre la Gobernanza. 2001. Disponível em <[http://europa.eu.int/comm/gouvernance/contrib\\_cendon\\_es.pdf](http://europa.eu.int/comm/gouvernance/contrib_cendon_es.pdf)>, acesso em 12 abr 2005.

- BENTO, Leonardo Valles. **Governança Global**: uma abordagem conceitual e normativa das relações internacionais em um cenário de interdependência e globalização. Tese de doutoramento apresentada junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007, 575 p. 575p. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/89641/245534.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, acesso em 17 de junho de 2016.
- BIERMAN, F.; PATTBERG, P. **Global environmental governance reconsidered**. Cambridge: The MIT Press, 2012.
- CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. O contexto sinérgico das atividades de regulação administrativa concertada à luz dos denominados contratos administrativos. **Governet – Boletim de Licitações e Contratos**. Curitiba: Governet, ano 6, nº 67, nov./2010, p.1.012-1.021.
- \_\_\_\_\_. O contexto sinérgico das atividades de regulação administrativa concertada à luz dos denominados contratos administrativos. **Interesse Público**, Belo Horizonte : Editora Fórum, ano 12, nº 61, maio/jun. 2010, p. 69-82.
- \_\_\_\_\_. Administração pública e a regulação dialógica sustentável do Turismo. **Interesse Público**, Belo Horizonte : Editora Fórum, ano 13, nº 69, set./out. 2011, p. 121-142.
- \_\_\_\_\_. A fundamentalidade da governança aplicada à função pública: o caso da união europeia.
- SILVA, Alice Rocha da *et alii*. **Direitos fundamentais, democracia e governança**. TOMAZ, Carlos Alberto Simões de; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; FERRAZ, Daniel Amin (Org.). Pará de Minas: VirtualBooks, 2016, p. 112-126.
- CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; NEVES, Rubia Carneiro. Administração pública consensual: uma nova tendência nos acordos de parcerias para promover tecnologia e inovação. **Atuação empresarial no Estado Democrático de Direito**. CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; NEVES, Rubia Carneiro. (Org.). São Paulo: Clássica Editora, 1ªed., 2013, p. 341-369.
- CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; PENIDO, Thiago Martins. Princípios do Equador e Governança Regulatória nas contratações públicas sustentáveis: implicações nas desapropriações. **RBEP - Revista Brasileira de Estudos Políticos**, vol 112, jan./jul. 2016, pp. 112- 142.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Existe um direito constitucional da regulação? In: **Revista do Advogado**, Ano XXIII, nº 73, nov. 2003, p. 109-111.
- 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.
- COMISSÃO EUROPEIA. **Relatório da comissão sobre a governança europeia**. 2003. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/governance/docs/comm\\_rapport\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/governance/docs/comm_rapport_pt.pdf)>, acesso em 17 jun. 2016.
- \_\_\_\_\_. **Livro Branco**. 2001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52001DC0428>>, acesso em 17 jun. 2016.
- COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE. **Our global neighbourhood**: report of the commission on global governance. Oxford University Press, 1995.
- HELD, David; MCGREW, Anthony. **Globalización/Antiglobalización**: sobre la reconstrucción del orden mundial. Paidós : Barcelona, 2003.
- EPFI's - **Equator Principles Financial Institutions** (2013). Os Princípios do Equador: um referencial do setor financeiro para identificação, avaliação e gerenciamento de riscos socioambientais em projetos. Disponível em <[http://www.equator-principles.com/resources/equator\\_principles\\_portuguese\\_2013.pdf](http://www.equator-principles.com/resources/equator_principles_portuguese_2013.pdf)>, acesso em 15 jun. 2016.
- GONÇALVES, Alcindo. Regimes internacionais como ações da governança global. **Meridiano 47**, vol. 12, n. 125, mai.-jun. 2011, p. 40-45.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa>>, acesso em 16 nov 2016.

- JOERGES, Christian; LADEUR, Karl Heinz.; ZILLER, Jacques. Governance in the European Union and the Commission White Paper. **EUI Working Paper LAW**, n. 2002/8, Florence, European University Institute, Department of Law, 2002.
- KOHLER-KOCH, Beate. The Evolution and Transformation of European Governance. **Political Science Series**, n. 58, Institute for Advanced Studies, Viena, november 1998.
- MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil. **Revista A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Forum, ano 16, n. 65, jul./set. 2016, p. 249-275.
- MARTINI, Cardenal M. Sueño con una Europa del espíritu. **Estudios y Ensayos**. BAC, Madrid, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- Normativo SARB n. 14 de 28 de agosto de 2014 – Dispõe sobre a criação e implementação de política de responsabilidade socioambiental. Disponível em: <<http://www.autorregulacaobancaria.org.br/pdf/Normativo%20SARB%20014%20-%20Responsabilidade%20Socioambiental%20-%20aprovado%20CAR%2028.08.14.pdf>>, acesso em 15 jun. 2016.
- PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **La gouvernance en faveur du développement humain durable**, janvier 1997. Disponível em <<ftp://pogar.org/LocalUser/pogarp/other/undp/governance/undppolicydoc97-f.pdf>>, acesso em 16 nov. 2016.
- RICHMOND, Oliver P. Para Além da Paz Liberal? Respostas ao “Retracemento”. Trad. de Victor Coutinho Lages. **Contexto Internacional**, vol. 32, n. 2, p. 297-332, julho/dezembro 2010
- SANTOS, Júlio Cesar Borges dos. **A evolução da idéia de governança global e sua consolidação no século XX**. Dissertação de mestrado apresentada junto ao Curso de Pós-Graduação em Relações Internacionais do Instituto de Relações Internacionais - IREL da Universidade de Brasília – UNB, Brasília, 2006. Disponível em:<<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/2447/1/DISSERTACAO-Julio%20Cesar%20Borges%20dos%20Santos.pdf>>, acesso em: 16 nov. 2016.
- SCHMITTER, Philippe C. What is there to legitimize in the European Union...and how might this be accomplished? In: **Jean Monnet Working Paper No.6/01**, Symposium: Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance. Disponível em: <<http://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/01/011401.html>>, acesso em 12 nov 2004 .
- THE EQUATOR PRINCIPLES ASSOCIATION. Disponível em <<http://www.equator-principles.com/>>, acesso em: 15 jun. 2016.
- UNITED NATIONS ORGANIZATION. Department of Economic and Social Affairs. **Responsive and Accountable Public Governance: 2015 World Public Sector Report**, 2015, ST/ESA/PAD/SER.E/187. Disponível em <<http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/UNPAN95253.pdf>>, acesso em 16 nov. 2016.

### AGIR ESTATAL, DEVIDO PROCESSO LEGAL E A IMPRESCRITIBILIDADE DO DANO AO ERÁRIO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Diego Felipe Mendes Abreu de Melo<sup>1</sup>

Leonardo de Araújo Ferraz<sup>2</sup>

#### Introdução

É cediço que a Administração Pública no Brasil, não obstante os ranços iluministas que moldaram suas origens e que teimam lhe deixar, vem passando por agudas transformações especialmente nos últimos 20 anos. Nessa perspectiva, desde a reforma do aparato estatal, ocorrida ainda nos idos da década de 1990, o Estado brasileiro vem buscando se reconfigurar, tornando o vetor eficiência, mais do que uma diretriz, um princípio constitucional de observância obrigatória para todos aqueles que lidam com a coisa pública.

Essa transmutação de um Estado burocrático em um Estado Gerencial também reelabora as relações entre o público e o privado e reduz suas tensões, o que se materializa pela ampliação da delegação da execução de serviços públicos pela iniciativa privada, pelo incremento das parcerias público-privadas e mais recentemente pelo incentivo à soluções consensuais de conflitos envolvendo a Administração Pública, em especial após a edição da lei 13.129/2015, que trata da positivação da arbitragem na seara das relações administrativas. Outrossim, os imperativos éticos do século XXI introduzem novas exigências de transparência, *accountability*, práticas de boa governança e *compliance*<sup>3</sup> como forma de assegurar maior higidez na relação entre o capital e o Estado, inseridas em diplomas

---

<sup>1</sup> Especialista em Gestão Pública pela Escola de Contas Prof. Pedro Aleixo. Servidor do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

<sup>2</sup> Pós-doutor pela Universidade Nova de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito Público pela PUC/MG. Servidor do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

<sup>3</sup> A noção de *compliance* traz ínsita ao seu conceito uma exigência de conformidade, podendo ser entendida como um conjunto de práticas e disciplinas adotadas pelas empresas para alinhar o respectivo comportamento corporativo ao cumprimento das normas legais e das políticas governamentais aplicáveis ao setor de atuação, inclusive mediante procedimentos internos de integridade, auditoria, incentivo a denúncias de irregularidades e aplicação efetiva dos códigos de ética. (FERRAZ, 2013, p. 89)

normativos com a lei 12.846/13, Lei anticorrupção das empresas e o novo Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, lei 13303/2016, .

Não obstante esse cenário inovador, talvez o grande giro copernicano operado no seio da Administração Pública tenha sido a mudança do foco do ato administrativo como eixo central da disciplina para a noção de procedimento e processo. Assim, a Administração desce do seu pedestal e despe-se da sua *potestade* unilateral para, como exigência de legitimação de suas ações, trazer o administrado para compor suas decisões, agora na qualidade de protagonista.

Essa exigência, haurida de um modelo de Estado democrático de Direito, cuja atuação estatal precisa merecer reconhecimento, não pode prescindir do devido processo legal, ampla defesa e contraditório como pedras de toque do agir estatal democrático. Nesse contexto desafiador, em que se exige um agir dialógico a tempo e modo da Administração, fundamental é cotejar tal demanda com o disposto no § 5º do art. 37 da CR/88, que trata da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário. Assentado como uma das últimas fronteiras da vetusta concepção clássica do Direito Administrativo e seus pilares, como supremacia e indisponibilidade do interesse público, tal concepção exige ser revisitada à luz desse novo paradigma da Administração Pública, de modo especial pelos efeitos deletérios do tempo na efetivação do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Essa é a história que precisa ser contada

### 1. Devido processo legal – excursão histórica

O instituto do *due process of law* deita suas raízes no direito consuetudinário da Inglaterra medieval. Na *Magna Charta Libertatum*, de 1215, consta o germe do devido processo legal, conforme se verifica de seu item 39:

Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, exceto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país.” (tradução nossa).

A partir daí, o devido processo legal foi consolidado ao longo da formação de todo o Direito Ocidental – principalmente nos últimos 800 anos – antecedendo qualquer constituição moderna. Não se trata, pois, de um mero direito constitucional relativo aos processos; mas de algo para além: um direito histórico que serve de orientação para a formação de novos direitos.

Tanto assim o é que o Direito Francês no último século tem submetido o artigo XVI da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789) a uma contínua ressignificação, tornando seu texto o maior garantidor de um processo justo. “*Article XVI. Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*”<sup>5</sup> Na nova interpretação, sistêmica com o ordenamento jurídico europeu e francês, abandona-se a literalidade de “*droits*” (direitos), passando a tratá-lo como hiperônimo para açambarcar o processo – em sua acepção dialética e equitativa – como essencial a uma Constituição (FRAISSE, 2014).

Outrossim, o *Conseil de l'Europe*, por meio da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), resolveu tornar expresso, no artigo 6– do texto deste acordo internacional, o direito a um procedimento justo e equitativo (*procédure juste et équitable*), expandindo para todos os países-membros do Conselho (SPINOSI, 2014) a exigência de garantia de direitos relativos ao devido processo legal (e além).

Da mesma forma, a doutrina alemã (BECKER; LAUTH; PICKEL, 2001), de há muito, já enaltecia a relevância do direito a um julgamento justo, contemplando a dimensão formal e material do devido processo legal. Quer dizer, não há que se falar em julgamento justo (*fairen Verfahren*), se o devido processo legal não estiver plenamente hígido em suas acepções formal – ora entendido, *grosso modo*, como as comunicações processuais necessárias, circunstâncias fático-processuais isoladas e a ritualística jurídico-administrativa em sentido estrito – e material, que, em síntese, corresponde à efetiva possibilidade de contraditório equitativo, paritário.

É justamente a perspectiva material do devido processo legal, por não possuir um conceito de aplicação direta e imediata que demanda maior perquisição sobre sua presença na

---

<sup>5</sup> “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” (tradução nossa).

relação à que se visa denominar “processual”<sup>6</sup>, especialmente no tocante ao tempo como dimensão limitadora do exercício do contraditório. Analisa-se, pois, as consequências do transcurso de tempo sobre a efetiva capacidade de contraditar provas em um procedimento judicial ou administrativo.

O Brasil, tal como os demais Estados que adotam a democracia como regime político, estabelece em sua Constituição o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV) àqueles que forem acusados judicial ou administrativamente. Temporalmente o contraditório fora limitado pelas normas infraconstitucionais, as quais fixaram prazos cujo mero transcurso implicaria a própria perda do direito potestativo (decadência) ou obstáculo à invocação do Estado para exigir de outrem o cumprimento de uma obrigação<sup>7</sup> (prescrição)<sup>8</sup>.

Impõe-se, pois, antes de qualquer outra análise, um breve estudo sobre as implicações de se ter erigido o processo a instituto constitucional, servindo de mecanismo de deliberação estatal e de aplicação das normas jurídicas no Estado Democrático.

### 2. Processo como peça-chave do Estado Democrático de Direito

Como alternativa ao Estado Liberal de Direito, preocupado com as liberdades negativas e com a autonomia privada, e ao Estado Social de Direito, garantista e contumaz interventor na esfera econômica, ambos com traços autocráticos para assegurar seus ideais, nasce a noção-paradigma de Estado Democrático de Direito, que na ideia habermasiana, se serve do objeto da ciência jurídica como *medium* para efetivar as construções discursivas, os consensos das ações comunicativas, no mundo legal-sistêmico (NOBRE; TERRA, 2008).

Assim, Jürgen Habermas traz gramática e dicionário próprios aos seus textos científicos, tratando de temas como “visão procedimentalista de democracia”, “procedimento democrático”, “procedimentos comunicativos”, “política deliberativa”, “modelo procedimental”, “Direito como *medium* do Estado”, “institucionalização do procedimento” (LEAL, 2014; NOBRE; TERRA, 2008).

---

<sup>6</sup> Para fins deste trabalho, entende-se “processo” na acepção fazzalariana de procedimento qualificado pela instauração do contraditório.

<sup>7</sup> Ou simplesmente “pretensão” (*anspruch*).

<sup>8</sup> O Direito Romano alocou a prescrição no universo fenomênico-processual, repercutindo apenas sobre a ação (*actio*), e não diretamente sobre o direito material. No entanto, o Direito nórdico-germânico definia a prescrição como consequência do decurso do tempo, a qual levaria à extinção da *anspruch* (pretensão).

Atualmente não há outra forma de procedimentalização, que não o processo, capaz de tornar o Direito a “correia de transmissão” entre a facticidade da norma – exigência estatal, institucionalizada e universal – e a validade, conferida pela soberania do povo e pela capacidade de exercício da autonomia do sujeito (HABERMAS, 2012).

É apenas mediante o processo, nos termos definidos pelo sistema, que se dá a oportunidade ao mundo da vida para que se manifeste a fim de concretizar a melhor aplicação das normas ao caso concreto, por meio da construção de argumentos, consolidação dos discursos e a efetiva constituição do consenso (HABERMAS, 2012).

A Constituição de um Estado Democrático, como o Brasil, não pode cingir-se a tratar das ações vedadas ao Estado em face do sujeito, muito menos ao extremo de as decisões estatais se imiscuírem na autonomia privada, implicando uma ditadura da autonomia pública.

Num país democrático, as autoridades estatais – julgadores inclusive – devem abandonar a perspectiva das decisões tomadas “conforme a consciência”, e as medidas adotadas demandam validade nas ações comunicativas e no consenso. As decisões *secundum conscientiam* fundam-se numa sapiência autoritária de um ente que dita a forma de visualização do mundo sistêmico conforme as leis gerais que pensa ser a verdade norteadora de todo o Direito.

Segundo Habermas (1984, p. 392), em sua obra, *Theorie des kommunikativen Handelns* (Teoria das Ações Comunicativas), na tradução de Thomas McCarthy,

[...] não é a relação de um sujeito solitário com algo no mundo objetivo que pode ser representado e manipulado, mas a relação intersubjetiva – envolvendo sujeitos que falam e atuam – que as partes assumem quando buscam o entendimento entre si, sobre algo. Ao fazer isto, os atores comunicativos movem-se por meio de uma linguagem natural, valendo-se de interpretações culturalmente transmitidas e referem-se a algo simultaneamente em um mundo objetivo, em seu mundo social comum e em seu próprio mundo subjetivo.

O regime de governo democrático não é figurativo. Uma mudança constitucional-paradigmática dessa estirpe traz implicações sobre todo o sistema jurídico nacional, especialmente no que tange à ordem processual. O processo, antes regulamentado quase que única e exclusivamente pelo texto infraconstitucional, foi alçado à matéria constitucional, submetendo as normas processuais ao crivo constitucional, e o texto normativo processual passou a ser, de fato, *secundum constitutionem*.

O Constituinte Originário de 1988, ao editar no bojo de uma constituição democrática o art. 5º, LIV e LV, tornou o processo sobremaneira dialógico, exigindo para sua formação o contraditório formal e material, sem surpresas e com real possibilidade de as partes se manifestarem e exercerem a ampla defesa.

Quer dizer, não há construção nem efetivação do Direito senão por meio do procedimento próprio, com estrita observância ao devido processo constitucional, que, *per se*, açambarca o devido processo legislativo e o devido processo legal.

Nessa linha, dúvida não há de que, no Brasil, a existência de um **diálogo efetivo** entre as partes que integram o processo – judicial ou administrativo – não só é imprescindível para satisfazer o direito ao devido processo constitucional, mas também é consectário do próprio paradigma de Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Dierle Nunes (2004, p. 74-75) assevera que:

Desde o direito comum, passando pelo início do século XIX, o princípio do contraditório era considerado um símbolo dos direitos naturais, sendo que a literatura europeia costumava afirmar que ele encontrava seu fundamento em um “princípio de razão natural”, sendo imanente ao processo.

Entretantes, paulatinamente o princípio foi perdendo sua importância éticoideológica, o que de certo modo coincide com a transição de um processo liberal dominado pelas partes (*Sache der Parteien*) para um processo onde o protagonista é o juiz, que exerce amplos poderes ativos na estrutura processual.

Chegou-se a crer, nos anos 30 do século passado, que a falta do contraditório (a falta da cooperação das partes) não impedia a obtenção de uma decisão justa.

Determinada corrente doutrinária ligada à concepção autoritária da Alemanha nacional-socialista chegou ao extremo de defender a supressão do contraditório no processo civil e a absorção do “processo de partes” no procedimento oficioso de jurisdição voluntária.

Após o segundo pós-guerra, com a mais ampla constitucionalização de garantias processuais, o estudo destas e o interesse pela colaboração das partes proporcionaram novos horizontes de análise para o princípio do contraditório.

Como se pode verificar, decorre diretamente do princípio democrático o princípio do contraditório, o qual se consolidou historicamente, após lutas e conquistas nas ciências jurídicas, garantindo a participação das partes no processo, não meramente *pro forma*, mas com capacidade de influência na decisão do sistema, sendo-lhe vedado surprender os integrantes da relação. Novamente, Dierle Nunes (p. 146) confirma esse entendimento:

[...] os cidadãos não podem mais se enxergar como sujeitos espectadores e inertes nos assuntos que lhes tragam interesse, e sim serem participantes ativos e que influenciem no procedimento formativo dos atos administrativos, das leis e das decisões judiciais, e este é o cerne da garantia do contraditório.

Na visão de Élio Fazzalari (1992), tamanha é a relevância do contraditório que o processo sequer existiria acaso não se lhe subsistisse o caráter dialético. Isto é, sem contraditório, o processo seria mero procedimento, carecendo de validade para sequer existir no universo jurídico. Portanto, o processo reveste-se intrinsecamente de uma **estrutura dialética**, a qual deve necessariamente assegurar às partes a condição de recíproca e simétrica paridade.

Corroborar esse entendimento a posição do Prof. Rosemiro Leal (2014, p. 99), que, em sua obra *Teoria Geral do Processo*, assevera:

[...] o princípio do contraditório é referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo direito-garantia de se manifestarem. [...]

Assim, o processo, ausente o contraditório, perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida colonizadora da liberdade das partes.

Não se afigura razoável – quiçá sequer jurídico – que qualquer pessoa em um processo, judicial ou administrativo, num Estado Democrático de Direito, seja responsabilizada por algo cujo conhecimento somente veio a ter, *e.g.*, duas décadas depois. Ora, não se verifica, na condição retromencionada, *status* de recíproca e simétrica paridade de manifestação das partes, porquanto sobreleva o Estado à condição de investigador-autor-juiz sem limites para o exercício de sua acusação e jurisdição, ao passo que o responsável ficaria eternamente sujeito a ter de constituir prova – geralmente negativa em virtude da distribuição do ônus da prova constante do art. 70, parágrafo único, da Constituição da República –, em qualquer tempo de sua vida.

O Estado-juiz, de há muito, não mais decide conforme a consciência e a estrita visão de mundo do julgador. Como salientado alhures, não mais se pode conceber autoridades míticas, dotadas de poderes sobrenaturais, capazes de depreender a verdade apenas da análise dos autos, afastando aquilo que creem ser apenas a realidade aparente. Frise-se, no Estado Democrático de Direito, não há como ignorar que a ausência de recíproca e simétrica paridade entre as partes integrantes da relação do contraditório constitui causa de nulidade absoluta da decisão que vier a ser proferida pelo Estado.

O exercício do controle externo *lato sensu* está intimamente relacionado com os instrumentos democráticos de *accountability*, levando à sociedade informações verídicas sobre a destinação dos recursos da *res publica*. No entanto, por imperativo constitucional, *plus ultra*, pelo próprio paradigma do Estado Democrático de Direito que o Constituinte Originário adotou, a jurisdição (judicial ou administrativa) deve estar sempre amparada pelo Direito, sob pena de subversão do processo democrático pelo autocrático.

Em sua lição, Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 258-259), na obra *Novas linhas de processo civil*, assim assevera:

Como adverte Tocker, o objetivo central da garantia do contraditório não é a defesa entendida em sentido negativo, isto é, como oposição ou resistência ao agir alheio, mas sim a “influência”, entendida como *Mitwirkungsbefugnis* ou *Einwirkungsmöglichkeit* [recte *Einwirkungsmöglichkeit*], da demanda. De nada adianta, de fato, garantir uma participação que não possibilite o uso efetivo, por exemplo, dos meios necessários à demonstração das alegações.

Ressalte-se: se não há efetiva paridade de manifestação e argumentação das partes, há lesão ao contraditório material, e, portanto, o julgador não pode formar uma decisão democrática, muito menos amparada pelo Direito, porquanto este fora ignorado.

É importante ficar claro que os limites impostos à observância do devido processo legal material em nenhuma hipótese se confundem integralmente com a prescrição da pretensão punitiva, ou mesmo a substitui. Trata-se de dois institutos completamente distintos – embora se possa considerar o primeiro como gênero do qual o segundo é espécie –, que apresentam teoria e construções jurídicas próprias, que se assemelham apenas em sua finalidade intrínseca, essencial para o Estado Democrático de Direito: efetivar o princípio da isonomia, ao evitar que o exercício da defesa plena fique prejudicado pelo decurso do tempo.

A prescrição inviabiliza a apreciação judicial ou administrativa do mérito dos autos submetidos à autoridade julgadora. Consiste de tempo fixado em lei, estabelecendo o tempo máximo para que a parte interessada tome as medidas necessárias para fazer valer seu direito. Nesta situação, a prescrição é matéria legal objetiva, que incide sobre todo e qualquer direito, ressalvados os definidos no texto constitucional, independentemente da existência, ou não, da instauração do contraditório.

O prejuízo ao contraditório trata de um fato jurídico, qual seja, a lesão a um instituto processual necessário. Ora, acaso se verifique dano em um procedimento judicial instaurado contra o Presidente Olegário Maciel, cujo governo do Estado Mineiro perdurou de

1930 a 1933, estaria o Tribunal de Justiça legitimado a citar as gerações de sucessores, perscrutando os valores de herança que lhes foram repassados até identificar o quinhão que receberam e condená-los ao ressarcimento? Seria absurdo vislumbrar qualquer possibilidade de perseguir eventual lesão à Fazenda Pública nesse período. A prescrição ter-lhes-ia sido estendida? Óbvio que não, mas independentemente disso, haveria impossibilidade de processá-los por estar prejudicado o contraditório material.

Remanesce uma questão: qual seria o tempo razoável para que se afirme haver prejuízo à constituição de defesa, obstando à instauração do contraditório material? Trata-se, indubitavelmente de uma questão complexa, que, por via de regra, deve ser analisada caso a caso.

Há processos que estão numa *zona gris* quanto ao prejuízo ao devido processo legal, devendo ser analisados detidamente um a um, inclusive após a realização de diligências pela autoridade competente. Entretanto não se justifica prosseguir ou tolerar o processamento de feitos que já se encontram numa zona de certeza de impossibilidade de instauração do contraditório material em razão do longo decurso de tempo transcorrido desde a data do fato das irregularidades ou gerador do dano.

Não seria aceitável que o Estado, diante de sua própria inércia, a pretexto de exercer a judicatura, malsinasse o devido processo legal preocupando-se apenas com a formalidade de citar as partes sem atinar para a efetiva capacidade de se defenderem. Por isso, diz-se que esse princípio possui pelo menos duas dimensões para que se concretize: uma formal e uma material – o Direito alemão sintetiza-as na expressão *recht auf ein faires Verfahren* (“direito a um julgamento justo”).

Na formal, basta que se instaure o contraditório mediante um ato ordinatório de citação. Tendo a parte sido cientificada de fato ou presumidamente (por edital), a forma do ato jurídico está completa. Resta, pois, indagar se, de fato, a parte citada está apta a produzir provas em sua defesa (*substantive due process of law* – dimensão material). Não interessa ao Estado se a parte inviabilizou o exercício do próprio contraditório; neste caso processam-se os feitos. O cerne da questão está no fato de a inércia do Poder Público ter prejudicado o exercício do contraditório daquele a quem o Estado imputa responsabilidade. Nesse caso, verifica-se que a dimensão material do devido processo legal foi obstada pelo próprio Poder Público. Não seria isso beneficiar-se da própria torpeza?

### 3. O ranço da supremacia do interesse público

Juristas mais ortodoxos jamais anuiriam com o entendimento ora esposado, pois colidiria com que denominam “supremacia do interesse público”. Embora ainda seja corrente o emprego dessa expressão, é difícil imaginar que a Constituição de 1988 teria recepcionado esta máxima como princípio norteador da atividade estatal.

Do latim, *supremus* é superlativo latino que indica “o mais alto” (CUNHA, 2010), adjetivo atribuído ao interesse público que não condiz com o próprio princípio democrático. O processo de democratização das decisões por qual tem passado toda a administração pública brasileira, consolidando um modelo mais participativo e menos burocratizado bem como a processualização da atividade administrativa – e a conseqüente mudança paradigmática de administração pública subordinativa para administração pública dialógica –, ínsita à Constituição da República de 1988 e à historicidade evolutiva do Direito brasileiro, implica a compatibilização entre a autonomia pública e a autonomia privada.

Caso a supremacia do interesse público realmente existisse, tratar-se-ia de um imperativo inexorável; exceções não seriam compatíveis com o próprio termo “supremacia”. Porém, ainda que sofresse as derrogações impostas pelo Direito, o *status* de supremacia eventualmente dada à autonomia pública (sobre a privada) corresponderia a ideia de Estado Social de Direito, paradigma de há muito já superado.

“Suprema” é a ordem jurídica, à qual deve se submeter tanto o interesse público quanto o privado, servindo o Direito de meio para a construção de normas mediante o consenso de argumentos. Por outro lado, é inegável que a própria existência do Estado, dotado do monopólio da violência e da força cogente de suas normas, implica certo desequilíbrio na relação Estado-particular, o que Carlos Ari Sundfeld (2011, p. 154) chama de “prioridade do interesse público em relação ao particular”:

Insistimos em que, para a ordem jurídica, o interesse público tem apenas prioridade em relação ao privado; não é, porém, supremo frente a este. Supremacia é a qualidade do que está acima de tudo. **O interesse público não está acima da ordem jurídica; ao contrário, é esta que o define e protege como tal. Ademais, o interesse público não arrasa nem desconhece o privado, tanto que o Estado necessitando de um imóvel particular para realizar o interesse público, não o confisca simplesmente, mas o desapropria, pagando indenização (o que significa haver proteção jurídica do interesse de proprietário, mesmo quando conflitante com o do Estado).** Decorre da maior importância dos interesses públicos a autoridade de que desfruta o Estado em suas relações jurídicas com os particulares. A autoridade pública conferida ao Estado pelas normas jurídicas é a consequência, no mundo do direito, da qualificação, feita pelo constituinte ou pelo legislador, de certos interesses como mais relevantes que outros. Em outros termos: o interesse público surge como tal, para o mundo jurídico, quando as normas atribuem ao ente que dele cura poderes de autoridade. (grifo nosso).

A própria doutrina administrativista brasileira clássica tem dificuldades de estabelecer um conceito preciso de “interesse público”, muito menos o do que seria a supremacia do interesse público sobre o particular. Tal problema de linguagem já se inicia com a confusão entre “interesse da Administração Pública” e “interesse público”: seria o interesse público o interesse da maioria ou o interesse da coletividade? Acaso fosse o interesse da maioria, estar-se-ia adotando uma ética pragmática-utilitarista, levando à ditadura dos grandes grupos sobre os menores ou o próprio interesse individual. Na hipótese de ser o interesse da coletividade, ou este beiraria a ideologia político aristotélica baseada na presunção de *virtú* das pessoas ou estaria relacionada, de certa forma, com a visão maquiavélica a que levou as teorias de ética de grupo (SADEK, 2006).

Em quaisquer dessas alternativas, permaneceria sem solução tanto o estabelecimento de um conceito de “interesse público” que se compatibilizasse com a ciência jurídica contemporânea quanto a legitimação daquilo que se lhe designa como o *status* de “supremacia”. Não se pode simplesmente aceitar irrefletidamente a ideia de “supremacia do interesse público” porque o texto formal-legal assim o estabelece ou porque a doutrina simplesmente assim o diz. Nas palavras de Florivaldo Araújo (2005, p. 50), citando Vilhena, a “supremacia do interesse público” seria um ranço de teorias jurídicas ultrapassadas:

O cerne do problema consiste em que, ao afirmar a supremacia do interesse público, a doutrina negligencia dado fundamental. É que a ocasião e a medida da supremacia são expressas na ordem jurídica e esta a todos igualmente subordina (Estado e particulares). Portanto, a supremacia, em última instância, é da ordem jurídica, à qual o próprio Estado, enquanto sujeito de direito, também se submete. Daí, a correta conclusão de Vilhena, para quem afirmações de posturas incondicionadas de supremacia do Estado em suas relações com os indivíduos são meras posições ideológicas, resquícios de doutrinas jurídicas passadas, que não se coadunam com uma atualidade estatal fortemente estruturada no direito.

A concretização do Direito não se resume a um conjunto de atos e fatos jurídicos que dispostos diante de uma autoridade julgadora leva a uma determinada consequência por mera subsunção do fato à norma. Se assim o fosse, as relações processuais seriam meramente formais, ou melhor, literalmente *pro forma*, portanto dispensáveis. Que sentido haveria em cumprir formalidades se por detrás delas não houvesse razão que as justificassem? Nesses casos, o espírito da norma teria abandonado a letra. Ora, que espírito habita a previsão normativo-processual do contraditório, se não há mais paridade entre as partes para constituição de provas e construção argumentativa?

Ademais, como tratado alhures, a própria noção de Estado de Direito já traz ínsita a noção de controle da atividade estatal, o qual se dá mediante procedimentalização das ações do Poder Público. Assim, como salienta Rodolfo Viana Pereira (2012), o *rule of law* está diretamente associado com uma ideia procedimental e ao princípio do *due process of law*, não escapando “ao menos em sua origem, de um imperativo material: seu conteúdo foi construído, em grande medida, em torno da finalidade negativa, qual seja, a de conter o poder” (p. 74-75). Mais adiante, o mesmo autor cita Antonio-Carlos Pereira Menaut, afirmando “que não haveria sentido falar de uma compreensão meramente formal do *rule of law*, já que ‘[...] se realmente há submissão do poder ao Direito, já há *rule of law* em sentido material, pois sua matéria é essa submissão” (p. 75).

#### 4. Sinais de *overruling* da jurisprudência

Embora, como já tratado anteriormente, o prejuízo ao contrário e a prescrição sejam institutos distintos, nota-se que a jurisprudência das cortes superiores, com acerto, aponta para um *overruling* do entendimento sobre a “imprescritibilidade de dano ao erário”. Nos termos da recente decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial n. 1.480.350, aplicar-se-ia a prescrição quinquenal às tomadas de contas especiais. Segundo o novo entendimento da Corte, o ônus da prova nas tomadas de contas especiais incumbe ao responsável pela aplicação dos recursos repassados, tornando a parte responsável mediante presunção de dano ao erário, cabendo-lhe desconstituir a acusação que lhe é feita. Atentaria, pois, contra o princípio da segurança jurídica a possibilidade de

processar alguém para que constitua prova em seu favor depois de transcorrer vários anos do ato impugnado.

Seguindo linha semelhante, o Supremo Tribunal Federal (STF) sinaliza caminhar no mesmo sentido quando reconhece que os ilícitos civis que causam prejuízo à Administração são prescritíveis<sup>9</sup>, bem como a recente decisão, datada de 02/06/2016, que reconheceu repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 636.886<sup>10</sup>, o qual discute a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas.

### Conclusão

Conquanto os institutos da prescrição e do direito ao contraditório sejam teleologicamente convergentes, não se confundem: mesmo para os ilícitos constitucionalmente denominados “imprescritíveis”, a atuação administrativa deve encontrar limites temporais máximos, sob pena de sujeitar os responsáveis pela gestão de recursos públicos a provarem, a qualquer tempo, mesmo depois do transcurso de décadas, a adequada aplicação dos valores que tão remotamente geriram, em flagrante ofensa a princípios basilares do Estado de Direito, como a segurança jurídica e ampla defesa.

Assim, faz-se necessário sopesar o princípio da segurança jurídica com a indisponibilidade do interesse público, porquanto não pode o Estado deixar o particular, inclusive seus descendentes, sujeito à aplicação de sanção, principalmente quando sua inércia tenha prejudicado sobremaneira o exercício da ampla defesa e efetiva paridade para exercer o contraditório.

A dialeticidade processual não só deriva diretamente do texto constitucional e do direito processual, mas, antes disso, é ínsita ao paradigma do Estado Democrático, no qual as decisões estatais devem se basear em mecanismos procedimentalizados, sendo garantida a isonomia na construção do discurso das partes a fim de que, mediante o sistema jurídico,

---

<sup>9</sup> No julgamento do RE 669069, com repercussão geral, o STF fixou a seguinte tese: “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”

<sup>10</sup> “ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRITIBILIDADE (ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. 1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas. 2. Repercussão geral reconhecida.”

chegue-se a uma deliberação decorrente do exame técnico-intelectivo dos argumentos apresentados; assim, o óbice ao exercício do contraditório é elemento, por si só, impeditivo de prosseguimento do próprio procedimento administrativo ou judicial mediante o qual o Estado-credor buscar reaver débitos.

Embora muitos da doutrina possam se insurgir contra a tese de inviabilidade – por decurso de tempo – de perseguição de dano ao erário, dúvida não há de que limites temporais à atuação do Estado-juiz decorrem da própria Constituição, em observância ao princípio do devido processo legal. Décadas depois do fato ensejador do dano, memórias foram perdidas, provas podem ter sido destruídas, haja vista a tabela de temporalidade de documentos públicos, e testemunhas talvez sequer estejam vivas, impossibilitando a emergência da verdade material, tão primada no Direito Público.

### Referências bibliográficas

- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BECKER, Michael; LAUTH, Hans-Joachim; PICKEL, Gert. **Rechtsstaat und Demokratie**. Theoretische und empirische Studien zum Recht in der Demokratie. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 2001.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial n. 1.480.350. Relator: min. Benedito Gonçalves. **DJe**, 11 abr. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 636.886/AL. Relator: min. Teori Zavascki. **DJe**, 15 jun. 2016.
- CONSELHO DA EUROPA. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais** (Convenção Europeia dos Direitos do Homem). Roma, 4 nov. 1950.
- CUNHA, Antonio Geraldo da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.
- FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1992
- FERRAZ, Luciano de Araújo. **Lei 12846/2013 – Lei de improbidade empresarial**, in Forum Municipal & Gestão das Cidades, ano 1, n. 2 (set/out 2013) – Belo Horizonte, Fórum, 2013..
- FRAISSE, Régis. L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et libertés. **Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel**, Paris, n. 44, jun. 2014.
- FRANÇA. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen**. Constituição (1789). Versailles: L'Assemblée nationale constituante, 26 ago. 1789.
- HABERMAS, J. **The theory of communicative action: reason and the rationalization of society**. Boston, Beacon Press, 1984. v. 1.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1.

- INGLATERRA. **Magna Charta Libertatum**. Coroa Britânica: 15 jun. 1215 (Selo Real).
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 258-259.
- NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (Org.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo, Malheiros, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho. *O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa*. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 29, maio 2004.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. Breve diálogo com as tradições originárias do constitucionalismo moderno: rule of law, rechtsstaat e état de droit. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz; LEAL, André Cordeiro (Coords.). **A tensão entre o público e o privado**: ensaios sobre os paradoxos do projeto democrático constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- SADEK, Maria Tereza. Nicolau Maquiavel: o cidadão sem fortuna, o intelectual de virtú. In: WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006.
- SPINOSI, Patrice. Quel regard sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le procès équitable. **Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel**, Paris, n. 44, jun. 2014.
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 154.

**A INCLUSÃO DA ENERGIA EÓLICA *OFFSHORE* NA GESTÃO DOS ESPAÇOS MARINHOS**

**Maira Melo Cavalcante<sup>1</sup>**

**Tarin Cristino Frota Mont'Alverne<sup>2</sup>**

**1 Introdução**

O Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas sobre Mudança Climáticas e a partir do Decreto Legislativo nº 144 de 2002, que aprova o texto do Protocolo de Quioto, beneficia-se dos Mecanismos de Desenvolvimento Limpo (MDL), a partir de projetos que visam à redução dos gases de efeito estufa. Para o cumprimento dos termos da Convenção, o Brasil assumiu o compromisso voluntário de redução de suas emissões de gases de efeito estufa (GEE) entre 36,1% e 38,9% em relação às emissões projetadas até 2020, conforme consta na Política Nacional sobre Mudanças Climáticas - PNMC, adotada por meio da Lei nº 12.187 de 2009.

Desta feita, o Plano Nacional sobre Mudanças Climáticas<sup>3</sup> possui como um de seus objetivos específicos buscar manter elevada a participação de energia renovável na matriz elétrica, bem como admitir a participação de outras fontes, além da hidroeletricidade, para a expansão de oferta de energia elétrica. Em 2014, a matriz energética brasileira alcançou o

---

<sup>1</sup> Mestranda em Ordem Jurídica Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Stricto Sensu da Universidade Federal do Ceará. Pesquisadora do Projeto Ciências do Mar/CAPES.

<sup>2</sup> Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestrado em Direito Internacional Público - Université de Paris V (2004). Doutorado em Direito Internacional do Meio Ambiente - Université de Paris V e Universidade de São Paulo (2008).

<sup>3</sup> O Plano Nacional sobre Mudanças Climáticas constitui um dos instrumentos previstos na PNMC, artigo 6º, I, da Lei 12.187/2009. O Plano define ações e medidas que visam à mitigação, bem como à adaptação à mudança do clima. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/smcq\\_climaticas/\\_arquivos/plano\\_nacional\\_mudanca\\_clima.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/smcq_climaticas/_arquivos/plano_nacional_mudanca_clima.pdf)>. Acesso em: 07 jul. 2016.

percentual de 39,4% de fontes renováveis e a matriz elétrica 76,5% de fontes renováveis, com predominância das hidroelétricas<sup>4</sup>.

Apesar de sua natureza renovável, o potencial hidroelétrico do país possui variáveis que apontam a impossibilidade de sua dependência exclusiva e colocam em discussão sua natureza sustentável. Dentre estas variáveis encontram-se a controvérsia acerca do efeito estufa<sup>5</sup>, a degradação ambiental<sup>6</sup> e o desrespeito aos direitos humanos<sup>7</sup>. No sentido de diversificação da matriz energética e de complementariedade às hidroelétricas, o setor de energias renováveis não hidráulicas se desenvolveu no Brasil a partir dos anos 2000.

Recentemente, o Brasil estabeleceu metas ambiciosas através de proposta de contribuições nacionalmente determinadas (INDC - *Intended Nationally Determined Contributions*) apresentadas na Conferência das Nações Unidas para a Agenda de Desenvolvimento Pós-2015 e posteriormente anexas ao Acordo de Paris<sup>8</sup>. O Brasil propôs o compromisso de reduzir a emissão de GEE em 37% até 2025 e 40% até 2030. Neste intuito,

---

<sup>4</sup> MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA, *Energia no mundo*, indicadores 2013-2014, Brasília, outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/documents/1138787/1732840/Energia+no+Mundo+2013+e+2014.pdf/81e69d8c-1d9c-4358-8376-41054febe838>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

<sup>5</sup> Autores apontam a energia hidroelétrica, principalmente em regiões tropicais, como emissora de gases de efeito estufa, a saber, o metano. O metano causa um impacto 25 vezes maior do que o gás carbônico sobre o aquecimento global (FEARNSIDE, Philip M. Hidrelétricas na Amazônia: impactos ambientais e sociais na tomada de decisões sobre grandes obras. Manaus: Editora do INPA, 2015; FORSTER, P. & 50 outros. Changes in atmospheric constituents and radiative forcing. In: SOLOMON, S.; QIN, D.; MANNING, M.; CHEN, Z.; MARQUIS, M.; AVERYT, K. B.; TIGNOR, M.; MILLER, H. L. (eds.) *Climate Change 2007: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge, Reino Unido: Cambridge University Press, 2007, p. 129-234; SHINDELL, D. T.; FALUVEGI, G.; KOCH, D. M.; SCHMIDT, G. A.; UNGER, N.; BAUER, S. E. Improved attribution of climate forcing to emissions. *Science*, v. 326, 2009, p. 716-718).

<sup>6</sup> A exemplo da alteração dos transportes de sedimentos dos rios para os oceanos em grande escala, o aumento da eutrofização e contaminação dos ambientes aquáticos, modificação das cadeias alimentares e da diminuição do volume de água disponível. TUNDISI, J. G. *Exploração do potencial hidrelétrico da Amazônia*. Estudos Avançados, v. 21(59), p. 109-17, São Paulo, 2007.

<sup>7</sup> Os projetos hidroelétricos são indicados como contextos que permitem flagrantes violações aos direitos de grupos determinados, como o deslocamento forçado, a destruição do ecossistema dos quais dependem, prejuízos à saúde e meios de vida das pessoas pela redução do fluxo dos rios. UNEP - UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Climate Change and Human Rights*, 2015, p. 8. Disponível em: <[http://apps.unep.org/publications/pmtdocuments/-Climate\\_Change\\_and\\_Human\\_Rights-human-rights-climate-change.pdf.pdf](http://apps.unep.org/publications/pmtdocuments/-Climate_Change_and_Human_Rights-human-rights-climate-change.pdf.pdf)>. Acesso em: 07 jul. 2016.

<sup>8</sup> O Acordo de Paris prevê uma maior participação dos países em desenvolvimento, encorajando-os a estipular metas de redução ou limitação das emissões nacionais, que devem ser informadas a cada 05 anos, como previsto no artigo 4º. ACORDO DE PARIS. *Convenção das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas*, 2015, versão traduzida pelo Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf>>. Acesso em: jun. 2016.

as energias renováveis não hidráulicas devem atingir uma proporção entre 28% e 33% de sua matriz elétrica em 2030<sup>9</sup>.

Em razão das perspectivas de aumento de uso de energia elétrica pela população brasileira e a redução do potencial hidroelétrico utilizável, uma vez que as áreas com maior potencial se encontram na região da Amazônia<sup>10</sup>, houve uma aceleração na demanda por fontes renováveis não-hidroelétrica. Neste panorama, a energia eólica offshore pode oferecer uma alternativa para o cumprimento dos compromissos brasileiros na esfera internacional. Alguns estudos técnicos e de viabilidade econômica<sup>11</sup> apontam para a possibilidade de utilização desta forma de produção energética no Brasil.

A energia eólica *offshore* refere-se à energia elétrica gerada pela força cinética dos ventos em parques eólicos situados no mar, constituindo uma das modalidades de energias marinhas renováveis. A definição de parque eólico na legislação brasileira traz um elemento possível de utilização para a modalidade *offshore*, qual seja, o conjunto de aerogeradores interligados<sup>12</sup> para a geração de energia elétrica.

---

<sup>9</sup> INDC - *Intended Nationally Determined Contributions* até abril de 2016. Disponível em: <[http://unfccc.int/files/focus/indc\\_portal/application/pdf/albania\\_to\\_ghana.pdf](http://unfccc.int/files/focus/indc_portal/application/pdf/albania_to_ghana.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2016

<sup>10</sup>Do potencial hidroelétrico brasileiro, aproximadamente 66% são projetos localizados nas regiões hidrográficas Amazônica e Tocantins-Araguaia e 18% nas regiões hidrográficas Paraná e Uruguai. TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno. *Energia Renovável: Hidráulica, Biomassa, Eólica, Solar, Oceânica*. EPE: Rio de Janeiro, 2016, p. 127.

<sup>11</sup> Estudos favoráveis acerca da potencialidade técnica e econômica da fonte eólica *offshore* no mar brasileiro. MEDEIROS, João Paulo Costa de. *Precificação da energia eólica offshore no Brasil*. Natal: UFRN, 2014. Dissertação (Mestrado em Administração) - Programa de Pós-Graduação em Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014. LATORRE, Cindy Carolina Viviescas. *Rede HVDC multiterminal para interligação de fazendas eólicas e sistemas offshore com o sistema interligado nacional*. 2014. Dissertação (Mestrado em Engenharia Elétrica), Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. OLIVEIRA, Oyama Douglas Queiroz et al. *A preliminary approach of the technical feasibility of offshore wind projects along the Brazilian coast*. IEEE Latin America Transactions, v. 11, n. 2, p. 706-712, 2013. CARDOSO, Onézimo Carlos Viana. *Análise particionada de turbinas eólicas Offshore utilizando o método de Multiplicadores de Lagrange Localizados*, 2014. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Engenharia Mecânica, Universidade do Ceará, Fortaleza, 2014. DE LIMA, Danielle Kely Saraiva et al. *Análise do potencial eólico offshore do Ceará em períodos de el niño e la niña*. Ciência e Natura, v. 35, p. 37, 2013. OLIVEIRA, Maurício Figueiredo de. *Metodologia para aplicação de fontes renováveis de energia elétrica em plataformas marítimas de produção de petróleo e gás natural*. 2013. Tese (Doutorado em Engenharia Elétrica), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. NUNES, Hugo Miguel Pedro. *Avaliação do potencial eólico ao largo da costa nordeste do Brasil*. 2012. Dissertação (Mestrado em Geociências Aplicadas), Instituto de Geociências. Universidade de Brasília, Brasília, 2012. ORTIZ, Gustavo Prouvot; KAMPEL, Milton. *Potencial de energia eólica offshore na margem do Brasil*. Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. V simpósio Brasileiro de Oceanografia, Santos, 2011.

<sup>12</sup> Definição utilizada para parque eólico *onshore*, prevista no artigo 5º, §1º da Portaria nº 102 do Ministério de Minas e Energia.

Outro elemento definidor da energia eólica *offshore* é sua localização no espaço marinho. As instalações *offshore* estão situadas em águas, seja em repouso permanentemente (flutuantes) ou instaladas em seu leito (fixas), e não estão conectadas com a terra por uma estrutura permanente que lhe fornece acesso em todos os momentos e para todos os fins<sup>13</sup>.

Os primeiros incentivos à produção de energia eólica *offshore* fundamentaram-se na Convenção das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas e, precisamente, na adoção do Protocolo de Quioto. Para o cumprimento dos objetivos fixados no protocolo adicional, a União Europeia adotou diretivas para a promoção das energias renováveis terrestres e marinhas<sup>14</sup>. A natureza imperativa das diretivas e a limitação espacial impulsionaram a produção legislativa nacional de países europeus para implementação de energia renovável *offshore* e como consequência desenvolvendo a produção industrial de energia eólica *offshore*<sup>15</sup>.

O direito a ser aplicado à energia eólica *offshore* envolve três perspectivas transversais no âmbito internacional, supranacional e nacional. A primeira refere-se ao direito do mar, em virtude de sua localização em águas marinhas. A segunda, em razão dos riscos ao meio ambiente marinho e litorâneo, faz-se necessária uma abordagem de proteção ambiental. Por fim, refere-se ao quadro jurídico das energias renováveis, por tratar-se de produção energética de baixa emissão de gases de efeito estufa.

Portanto essas perspectivas devem ser consideradas para a construção de uma legislação de incentivo e de regulamentação da produção de energia eólica *offshore*. As contribuições da abordagem do direito do mar e da gestão do espaço marinho serão ponderadas neste artigo, por meio de um estudo das experiências normativas nos países europeus produtores de energia eólica *offshore*<sup>16</sup> e uma apreciação da conformidade destas com o ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>13</sup> Utiliza-se a definição de instalações *offshore* da legislação do Reino Unido em razão de sua precisão didática. UNITED KINGDOM. Energy Act 2004, Part 2 — Sustainability and Renewable Energy Sources, Chapter 2 - Offshore production of energy, Sections 114.

<sup>14</sup> Diretiva 2001/77/C sobre a promoção da eletricidade produzida por fontes de energias renováveis no mercado interno, posteriormente modificada pela Diretiva 2009/28/CE, atualmente em vigor.

<sup>15</sup> Os países europeus são os maiores produtores de energia eólica *offshore* no mundo. No final de 2015, mais de 91 % (11.034 MW) de todas as instalações foram localizadas ao largo da costa de países europeus. GWEC - Global Wind Energy Council. *Global Wind Report Annual Market Update 2015*. Bruxelas, 2015, p. 47.

<sup>16</sup> O Reino Unido tem a maior quantidade de capacidade eólica *offshore* instalada na Europa (5,060.5 MW), representando 45,9% de todas as instalações. Alemanha segue com 3,294.6 MW (29,9 %). Com 1,271.3 MW (11,5% do total das instalações europeias), a Dinamarca é o terceiro, seguido pela Bélgica (712,2 MW, 6,5%),

### 2 A conformidade entre energia eólica *offshore* e normas internacionais.

A produção de energia a partir de ventos oceânicos ocorre dentro do espaço marinho, portanto, indissociável das relações internacionais em virtude da concorrência de interesse entre outros usuários legítimos do mar. A energia eólica *offshore* desenvolve-se a partir da gestão desses espaços marinhos em conformidade com as normas de direito internacional e do uso de instrumentos de planificação.

A adequação às normas internacionais contribui para a harmonização de interesses potencialmente divergentes ou em real conflito. Não há uma única norma internacional que regule a produção de energia eólica *offshore*, sua natureza é dispersa e envolve diversos seguimentos do direito internacional e vários regulamentos nacionais. Portanto, há uma multiplicidade de desafios, necessitando-se de uma abordagem que visualize essa dispersão normativa como um fator de conciliação entre a produção de energia eólica *offshore* e as utilizações legítimas dos mares, bem como um fator para o desenvolvimento e promoção da cooperação científica internacional<sup>17</sup>.

Os espaços marinhos são regulamentados pela Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar - CNUDM, de 1982, que prevê resoluções para questões jurídicas relacionadas às delimitações dos espaços em mares e oceanos, à soberania dos Estados costeiros na utilização de seus recursos, e à conservação, proteção e preservação do meio ambiente marinho.

Quando se trata de instalação, produção e remoção de estruturas com aerogeradores no mar e no oceano, sua implementação depende da vontade política do Estado costeiro. Dois pontos iniciais para a discussão, no âmbito da CNUDM, são a natureza jurídica dos parques eólicos *offshore* e o exercício da soberania sobre os espaços marinhos.

Os parques eólicos *offshore* enquadram-se, de forma mais adequada, na categoria de instalações ou estruturas para fins econômicos, tendo em vista o propósito definido de

---

Países Baixos (426,5 MW, 3,9 %), Suécia (201,7 MW, 1,8%), Finlândia (26 MW), Irlanda (25,2 MW), Espanha (5 MW), Noruega (2 MW) e Portugal (2 MW). EWEA - European Wind Energy Association. *The European offshore wind industry: key trends and statistics 2015*. Bruxelas, 2015, p. 10.

<sup>17</sup> ABAD CASTELOS, Montserrat. Marine renewable energies: opportunities, law, and management. *Ocean Development & International Law*, v. 45, n. 2, p. 221-237, 2014, p. 228.

aproveitamento energético dos ventos oceânicos<sup>18</sup>. Apesar da possibilidade de considerar as plataformas flutuantes como navio ou embarcação<sup>19</sup>, o artigo 60 da CNUDM, faz expressa referência às instalações e estruturas para os fins previstos no artigo 56, dentre as quais aquelas utilizadas para a produção de energia a partir da água, das correntes e dos ventos.

No Brasil, a discussão acerca da natureza jurídica de plataformas *offshore* relacionadas à produção petrolífera, traz alguns elementos para a categorização das turbinas eólicas *offshore*. A Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário – LESTA (Lei 9.537/97) abrange na definição de embarcação as plataformas flutuantes e as fixas, quando rebocadas, suscetíveis de locomover-se na água transportando pessoas ou cargas<sup>20</sup>. No entanto, as instalações eólicas *offshore* não transportam pessoas ou cargas, o que as distingue das plataformas de extração de petróleo e derivados. A ausência desse requisito reafirma a natureza de instalação ou estrutura dos parques eólicos no mar.

O modo de exercício da soberania pelo Estados costeiros para o desenvolvimento da energia eólica *offshore* está correlacionado ao espaço que será utilizado para a instalação das estruturas dos parques de produção energética. Quando tratar-se de espaço nos limites do mar territorial, a soberania é exercida de forma plena, salvo a garantia de passagem inocente de navios de outros Estados<sup>21</sup>. O Estado deve, portanto, conciliar a segurança de navegação com a produção energética eólica *offshore* em seu mar territorial.<sup>22</sup>

A instalação e produção de parques eólicos *offshore* na Zona Econômica Exclusiva é permitida ao Estado costeiro no exercício de direitos soberano sobre os recursos marinhos

---

<sup>18</sup> GONSAELES, Gwendoline. L'exploitation offshore entre liberté de navigation et protection de l'environnement marin. In : *Droit de la mer et Droit de l'Union Européenne, cohabitation, confrontation, coopération*. Actes du colloque international de Monaco. 17 et 18 octobre 2013. Ed. Pédone, 2014. p. 205.

<sup>19</sup> Tendo em vista que a possibilidade de navegação, mesmo que com o auxílio de outro navio, e a ausência de definição precisa na CNUDM permitem uma interpretação que considera a plataforma eólica *offshore* flutuante como embarcação em determinadas situações. Entretanto, há ausência de requisitos, tais como a tonelagem, a capacidade de navegar, o uso para fins de transporte e meios de propulsão. ESMAEILI, Hossein. *The Legal Regime of Offshore Oil Rigs in International Law*. Ashgate Pub Limited, 2001, p. 22.

<sup>20</sup> Atualmente, há uma consagração do entendimento que considera a natureza jurídica das plataformas *offshore* como embarcações, sejam plataformas moveis ou as fixas quando rebocadas. MARTINS, Eliane Maria Octaviano. *Curso de direito marítimo*, volume I: teoria geral, 4. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 153.

<sup>21</sup> Artigo 17 da CNUDM.

<sup>22</sup> O artigo 21 da CNUDM confere ao Estado costeiro o direito de regulamentar o direito à passagem inocente de navios estrangeiros em seu mar territorial, desde que em conformidade com a própria convenção e normas internacionais. Incluindo as matérias sobre “*proteção das instalações e dos sistemas de auxílio à navegação e de outros serviços ou instalações*” e a disposição do artigo 22 sobre a utilização das rotas marítimas e dos sistemas de separação de tráfego que esse Estado tenha designado ou prescrito para a regulação da passagem de navios.

situados nessa área. A tecnologia para instalação de energia eólica *offshore* além do mar territorial está em crescimento, os parques eólicos se moveram para mais longe da costa e em águas mais profundas<sup>23</sup>.

O Artigo 60, da CNUDM, aborda as condições e limitações para a construção de estruturas *offshore*<sup>24</sup>, dentre as quais encontra-se a previsão de zonas de segurança entorno dessas estruturas. As zonas de segurança são espaços criados pelo Estado com o objetivo de medida de segurança para a navegação e para as próprias instalações ou estruturas no mar. A determinação da zona de segurança possui as seguintes limitações: a) decorrentes da natureza e função da instalação ou estrutura; b) de extensão máxima de 500 metros de distância envolta das instalações ou estruturas; c) de observância de normas internacionais aplicáveis.

No tocante à máxima de 500 metros de distância, alguns conflitos podem ser antevistos, que demandam um alargamento da extensão da zona de segurança. Os parques eólicos são compostos por plataformas com aerogeradores, fixos ou flutuantes, cuja distância entre eles pode ser superior à 1 quilômetro, gerando uma passagem entre os aerogeradores. Esta passagem compromete a segurança de navegação, das instalações de produção eólica e da vida humana. A legislação da Bélgica, artigo 3 da *Arrêté royal* de 11 de abril de 2012, prevê uma alternativa viável para a resolução deste conflito ao determinar a criação de uma zona de segurança de 500 metros a partir de cada ponto da fronteira exterior da integralidade das instalações ou estruturas para a produção de energia a partir da água, das correntes e dos ventos<sup>25</sup>.

Nas zonas de segurança, o Estado costeiro deve tomar medidas apropriadas para assegurar a segurança da navegação e da própria instalação ou estrutura de produção energética. Essas medidas se referem à implementação das resoluções da Organização Marítima Internacional - OMI concernentes à matéria<sup>26</sup>, bem como ações que visem impedir a entrada de embarcações ou navios não autorizados.

---

<sup>23</sup> . No final de 2015, a profundidade média dos parques eólicos conectados à rede era de 27,1 metros e a distância média da costa era de 43,3 km. Isto é principalmente o resultado do aumento da implantação na Alemanha em 2015, onde os locais são uma média de 52,6 km da costa. EWEA - European Wind Energy Association. *The European offshore wind industry: key trends and statistics 2015*. Bruxelas, 2015, p. 9.

<sup>24</sup> O artigo 80 da CNUDM faz referência à aplicação do artigo 60 em casos de instalações ou estruturas na plataforma continental.

<sup>25</sup> GONSAELES, Gwendoline, *op.cit.* p. 217.

<sup>26</sup> Resolução A.671 (16) da IMO - *Safety Zones and Safety of Navigation Around Offshore Installations and Structures*.

Assim como a instalação e produção dos parques eólicos, a desinstalação e a remoção dessas estruturas podem resultar em colisão de interesses com outros usuários do espaço marinho. A CNUDM, com a finalidade de redução de possíveis impactos nas rotas de navegação ou alterações na atividade pesqueira e no meio ambiente marinho, prevê a obrigação de remoção das instalações e estruturas abandonadas ou desativadas, bem como sua publicidade<sup>27</sup>.

O estabelecimento de instalações e estruturas *offshore*, e sua zona de segurança, é proibida quando interferir na utilização “*das rotas marítimas reconhecidas essenciais para a navegação internacional*”<sup>28</sup>. A partir de uma interpretação da CNUDM, pode-se inferir que essas rotas de circulação compreendem às vias de circulação e os dispositivos de separação de tráfego assim estabelecidos, tendo em vista as recomendações da OMI<sup>29</sup>, e as indicadas nas cartas marítimas dotadas de publicidade. Atualmente, não há qualquer método para determinação “*das rotas marítimas reconhecidas essenciais para a navegação internacional*”, mas é necessária a inclusão de outras vias integradas, de certa forma, à organização do tráfego, reunidas pela OMI, sob a ótica da liberdade de navegação e a viabilidade econômica dos portos nos canais de navegação<sup>30</sup>.

Em razão da impossibilidade da CNUDM de dissolver todos os prováveis conflitos de interesses entre os usuários do mar, outras normas do direito internacional são pertinentes para a instalação e produção de energia eólica *offshore*. Dentre essas normas pode-se ressaltar a Convenção para Salvaguarda da Vida Humana no Mar, as resoluções emitidas pela Organização da Aviação Civil Internacional – OACI, e as regulamentações da Organização Meteorológica Mundial – OMM<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Artigo 60 (3) e 210 da CNUDM. A IMO emitiu a Resolução A.672(16): *Guidelines and Standards for the Removal of Offshore Installations and Structures on the Continental Shelf and in the Exclusive Economic Zone*, de observação obrigatória pelos Estados costeiros.

<sup>28</sup> Artigo 60 (7) da CNUDM.

<sup>29</sup> Resolução A.671 (16) - *Safety Zones and Safety of Navigation Around Offshore Installations and Structures* e Resolução A.572(14) - *General Provisions on Ships' Routing*.

<sup>30</sup> GONSAELES, Gwendoline, *op.cit.* p. 213. Outras questões jurídicas são discutidas pelo autor, a exemplo, da possibilidade de criação de uma zona de separação suplementar entre a borda externa das zonas de segurança e as rotas de circulação reconhecidas, ou se apenas a distância de 500 metros é suficiente para evitar todos os incidentes com os navios.

<sup>31</sup> Em 2009, a Organização da Aviação Civil Internacional acordou sobre a necessidade de realizar uma avaliação de impacto quando uma turbina eólica está localizada dentro de um raio de 15 km a partir de uma instalação de radar. A Organização Meteorológica Mundial adotou uma série de orientações para a construção de turbinas eólicas na vizinhança de radares meteorológicos, que prevê uma distância mínima de segurança de 5

O Brasil como signatário da CNUDM goza de todas as prerrogativas para o exercício soberano conceder a instalação e produção de energia eólica *offshore* em seu mar territorial e sua zona econômica exclusiva. A ocupação industrial do mar brasileiro pelas plataformas de extração de gás e petróleo é regulada de forma compatível com as normas do direito internacional supracitadas. As questões acerca das zonas de segurança, da prevenção de poluição, da conservação ambiental e da salvaguarda da vida humana foram previstas na Lei 9.478/1997<sup>32</sup>.

Além da conformidade com os instrumentos jurídicos internacionais acima descritos, a instalação e produção de energia eólica *offshore* constitui uma das atividades econômicas incluída na governança do espaço marinhos. A crescente demanda pelo uso dos mares e dos oceanos por diversos setores da economia gera um conflito de interesses legítimos. Dentre os setores da economia, podemos destacar a pesca, a indústria *shipping*, o turismo, a proteção do meio ambiente marinho, as energias marinhas renováveis, a indústria petrolífera, a instalação de cabos submarinos, exploração e exploração de recursos marinhos.

A administração dessas divergências pelos Estados costeiros pode ser realizada através de instrumentos de governança marítima, que em sua concepção moderna possui como um dos aspectos fundamentais a gestão do espaço oceânico<sup>33</sup>.

### 3. A relevância estratégica da planificação do espaço marítimo

O ordenamento ou planificação do espaço marinho consiste no processo através do qual as autoridades competentes dos Estados analisam e organizam as atividades humanas nas zonas marinhas para alcançar objetivos ecológicos, económicos e sociais<sup>34</sup>. Esse processo político contínuo de planificação permite a criação de um plano de gestão com um horizonte

---

km entre o primeiro e o último. Além disso, o mesmo documento afirma que as propostas de projetos de parques eólicos, num raio de 20 quilómetros a partir de uma instalação de radar deste tipo devem ser submetidos a um estudo de impacto. ABAD CASTELOS, *op. cit.*, p. 227.

<sup>32</sup> Lei 9.478/1997 que dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências.

<sup>33</sup> Os outros elementos constitutivos da governança marinha são o direito e propriedade sobre o espaço marinho; a gestão de recursos marinhos e os impactos ambientais. WRIGHT, Glen. Marine governance in an industrialised ocean: a case study of the emerging marine renewable energy industry. *Marine Policy*, v. 52, p. 77-84, 2015, p. 79.

<sup>34</sup> Artigo 3º, 2, da Diretiva 2014/89/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 23 de julho de 2014, que estabelece um quadro para o ordenamento do espaço marítimo.

de 10 a 20 anos, com a definição das prioridades para a área marítima, no tempo e no espaço, por escolhas entre diferentes usos marinhos e medidas de conservação<sup>35</sup>.

A planificação encontra sua fundamentação jurídica em instrumentos previstos no direito internacional, no direito supranacional comparado e no direito interno. No âmbito internacional, apesar da ausência de menção direta à planificação, a CNUDM regula a atuação dos Estados costeiros, ao definir o exercício da soberania de acordo com as zonas marinhas. Ao tempo em que reconhece direitos de exploração de recursos no mar territorial e na ZEE, impõe a obrigação de gestão e de proteção ao meio ambiente marinho<sup>36</sup>. A adequação entre o interesse de proteção do meio ambiente, como meio de preservar o valor da biodiversidade marinha, e a exploração sustentável do potencial econômico dos recursos marinhos impulsionou a elaboração, pela UNESCO, de um guia com abordagem passo a passo sobre a planificação do espaço marinho<sup>37</sup>.

No âmbito do direito supranacional da União Europeia, a energia eólica *offshore* constituiu um dos propulsores para o planejamento dos mares e oceanos<sup>38</sup> nos países europeus como a Bélgica, Alemanha, Países Baixos e Reino Unido. Esta função deve-se à sua inserção em um ambiente anteriormente ocupado por outras atividades e à exclusão ou compartilhamento de espaços ocasionados por sua instalação e produção.

A interação entre a planificação do espaço marinho e os setores das energias renováveis pode ocasionar, na prática, a forte vinculação adotada na Escócia. O governo escocês determinou que propósito fundamental do ordenamento marinho é assegurar eficiência ao licenciamento dos projetos de desenvolvimento de energias marinhas renováveis, para o cumprimento de metas estabelecidas pelo país<sup>39</sup>.

Outros fatores políticos serviram de impulso para a planificação do espaço marinho, como a sequência de diretivas, políticas e regulamentos da União Europeia sobre meio

---

<sup>35</sup> WRIGHT, Glen. *op. cit.*, p. 82.

<sup>36</sup> Parte XII sobre proteção e preservação do meio ambiente marinho da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar.

<sup>37</sup> Marine spatial planning: A step by step approach towards ecosystem-based management, produzido pela Comissão Intergovernamental Oceanográfica e pelo Programa *Man and the Biosphere (MaB)* coordenado pela Divisão de Ciências Ecológicas e da Terra, em 2009.

<sup>38</sup> JAY, Stephen. Planners to the rescue: Spatial planning facilitating the development of offshore wind energy. *Marine Pollution Bulletin*, v. 60, n. 4, p. 493-499, 2010, p. 497.

<sup>39</sup> DAVIES, Ian M.; WATRET, Robert; GUBBINS, Matt. Spatial planning for sustainable marine renewable energy developments in Scotland. *Ocean & Coastal Management*, v. 99, 2014, p. 72.

ambiente, pesca, energias renováveis e gestão inter-setorial e integrada<sup>40</sup>. Dentre as quais pode-se destacar, por serem especificamente voltadas para uma gestão do espaço marinho, a Política Marítima Integrada<sup>41</sup>, a Diretiva Quadro Estratégia Marinha<sup>42</sup>, e a Diretiva da Planificação do Espaço Marítimo<sup>43</sup>.

A Política Marítima Integrada – PMI, ou Livro Azul, representa uma iniciativa da União Europeia para estimular o desenvolvimento da economia azul sob uma abordagem integrada de setores conexos, abrangendo serviços como transporte marítimo, portos, energia eólica *offshore*, turismo, pesca e outros. O Livro Azul atua em conformidade com dois princípios, a subsidiariedade e a competitividade.

A subsidiariedade determina o esforço de divulgação das boas práticas na economia azul e do compartilhamento de dados e informações, mas resguarda a competência dos Estados-Membros na tomada de decisão das políticas marítimas para cada país. A competitividade garante concorrência equitativa aos setores industriais europeus, na medida que previne a adoção de normas estritas que não forem adotadas no âmbito internacional.

Sob o prisma desses princípios, a PMI possui uma forte conotação de desenvolvimento econômico dos mares e oceanos europeus, que reflete na adoção do instrumento da planificação do espaço marinhos com objetivo de previsibilidade necessária para o planejamento de investimentos na indústria marítima<sup>44</sup>.

Por seu caráter de promoção da integração inter-setorial, a PMI abrange todos as políticas e legislações referentes ao espaço marinho. Há, portanto, uma busca de harmonização dos interesses legítimos de usuários no âmbito político, dentre os quais a proteção ao meio ambiente marinho figura apenas como um dos setores de interesse na ocupação do espaço.

Com efeito, a PMI, apesar de citação expressa como princípio orientador, não confere uma real inserção de uma abordagem ecossistêmica dos usos dos mares e oceanos na Europa. A preocupação da utilização da abordagem ecossistêmica restringiu-se ao setor pesqueiro,

---

<sup>40</sup>QIU, Wanfei; JONES, Peter JS. The emerging policy landscape for marine spatial planning in Europe. *Marine Policy*, v. 39, p. 182-190, 2013, p. 183.

<sup>41</sup> COM(2007) 575.

<sup>42</sup> DIRETIVA 2008/56/CE.

<sup>43</sup> DIRETIVA 2014/89/UE

<sup>44</sup> QIU, Wanfei; JONES, Peter JS. *op.cit.* p. 186.

com a preocupação da adoção de uma política europeia de pesca que fosse compatível com a estratégia para o meio marinho.

A abordagem ecossistêmica encontra-se na Diretiva Quadro Estratégia Marinha, garantindo que as atividades antropocêntricas sejam administradas a níveis compatíveis com um bom estado ambiental<sup>45</sup> e preservando a capacidade de respostas dos ecossistemas marinhos a essas atividades. Trata-se da aplicação do uso sustentável dos mares e oceanos europeus, que deve ser integrada a toda política e regulamentação acerca da utilização do espaço e dos recursos marinhos.

A definição da abordagem ecossistêmica pode ser extraída da Decisão V/6 da Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica, constituindo uma estratégia para a gestão integrada da terra, águas e recursos vivos, que promove a conservação e o uso sustentável de forma equitativa.

A adoção da Diretiva da Planificação do Espaço Marinho, em 2014, pela União Europeia impõe a abordagem ecossistêmica para o estabelecimento e aplicação da planificação do espaço marinho. Após a diretiva, os Estados-membros possuem obrigação de apresentar o instrumento de ordenamento do espaço marinho em conformidade com os princípios apontados no instrumento internacional, resguardando-se a soberania acerca da harmonização entre os usuários legítimos.

A abordagem ecossistêmica impõe a integração entre as medidas de gestão dos espaços terrestres litorais e do meio ambiente marinho, portanto, incompatível com a noção de fronteiras. A lógica ecossistêmica configura-se como meta-princípio para a implementação da planificação do espaço marinho, ou seja, possui a função de um princípio estrutural que transcende e engloba os outros princípios<sup>46</sup>.

Entretanto, a compreensão e aplicação da abordagem ecossistêmica possui variações a depender de fatores políticos, econômicos e sociais. Há uma coexistência de duas percepções da abordagem ecossistêmica entre os atores sociais: ecológica determinista e ecológica

---

<sup>45</sup> A Diretiva 2008/56/CE define bom estado ambiental, em seu artigo 3º, como o estado ambiental das águas marinhas quando estas constituem oceanos e mares dinâmicos e ecologicamente diversos, limpos, são e produtivos nas suas condições intrínsecas, e quando a utilização do meio marinho é sustentável, salvaguardando assim o potencial para utilizações e atividades das gerações atuais e futuras.

<sup>46</sup> QUEFFELEC, Betty. Planification de l'espace maritime et approche écosystème en contexte transfrontalier: illustration franco-belge. *VertigO-la revue électronique en sciences de l'environnement*, n. Hors-série 18, 2013, p. 2

relativista. Para a visão ecológica determinista a intervenção humana no meio ambiente marinho é estruturada de forma fundamental por processos ecológicos, enquanto na visão ecológica relativista, esses processos possuem um papel mais restrito, as atividades humanas não estão intrinsicamente entrelaçadas em estrutura de ecossistemas<sup>47</sup>.

Aplicando-se à experiência do desenvolvimento das energias eólicas *offshore*, a divergências entre essas concepções de abordagem ecossistêmica enriquece o debate político e permite a abertura de questionamentos acerca da sua real aplicação e de quais interesses entre os usuários do espaço marinho foram privilegiados. Na Alemanha, a planificação do espaço marinho conferiu uma prioridade aos setores econômicos de transporte e energias, restando o segundo plano para a conservação do meio ambiente marinho<sup>48</sup>.

Não obstante, mesmo ante a sobreposição dos interesses econômicos na planificação dos países industrializados na Europa, o desenvolvimento da produção energética através de ventos oceânicos culminou na designação de diversas áreas marinhas de proteção. Tanto a Alemanha como a Inglaterra expandiram sua rede áreas marinhas de conservação no mesmo período de incentivo às eólicas *offshore*, havendo a possibilidade de criação de zonas de exclusão ou de zonas de compartilhamento entre estes dois setores<sup>49</sup>.

Tanto a planificação como instrumento de gestão do espaço marinho e a produção energética por ventos oceânicos não possuem uma previsão legal ou regulamentação compatível no Brasil. Atualmente, a Política Nacional para os Recursos do Mar – PNRM e o IX Plano Setorial para os Recursos do Mar não prevê a elaboração de uma planificação do espaço marinho nos moldes do sistema europeu, nem de um possível zoneamento que permita a integração e a harmonização entre os usuários dos mares e oceanos. Da mesma forma, não há quaisquer políticas públicas do setor energético que preveja o incentivo ao desenvolvimento de tecnologias para a produção eólica *offshore*, restringindo-se apenas à menção de sua possível utilização a longo prazo.

#### 4 Considerações Finais

---

<sup>47</sup> JAY, Stephen; KLENKE, Thomas; JANßEN, Holger. Consensus and variance in the ecosystem approach to marine spatial planning: German perspectives and multi-actor implications. *Land Use Policy*, v. 54, p. 129-138, 2016, p. 131.

<sup>48</sup> JAY, Stephen; KLENKE, Thomas; JANßEN, Holger. *op. cit.* p. 135.

<sup>49</sup> QIU, Wanfei; JONES, Peter JS. *op.cit.* p. 188.

A crescente expansão da fronteira de desenvolvimento para os mares e oceanos prescinde de previsibilidade nas relações entre os setores econômicos e sociais interessados. Dentre estes setores, a produção de energia eólica *offshore* surge como mercado promissor de energias renováveis. O potencial dessa fonte energética no Brasil é objeto de diversos estudos e necessita de fomento do governo para o desenvolvimento de tecnologia que tornem possível sua produção em escala industrial.

A instalação e produção de energia por ventos oceânicos envolve questões jurídicas relacionadas ao compartilhamento de espaço, a preservação do meio ambiente marinho, a conservação da biodiversidade marinha e os conflitos de usos. A segurança jurídica neste cenário pode ser conferida pelo direito internacional, em especial a CNUDM e a CDB. Dentre possíveis instrumentos de regulação dos mares e oceanos, a planificação apresenta-se como viável para integrar os setores interessados.

As experiências dos países da união europeia revelam uma interação entre a política de incentivo de energias eólicas *offshore* e a proteção do meio ambiente marinho através da planificação. As boas práticas adotadas nesse processo de planificação podem ser úteis para uma organização do espaço marinho brasileiro, em específico a adoção da abordagem ecossistêmica.

### Referências bibliográficas

- ABAD CASTELOS, Montserrat. Marine renewable energies: opportunities, law, and management. *Ocean Development & International Law*, v. 45, n. 2, p. 221-237, 2014.
- CARDOSO, Onézimo Carlos Viana. Análise particionada de turbinas eólicas Offshore utilizando o método de Multiplicadores de Lagrange Localizados, 2014. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Engenharia Mecânica, Universidade do Ceará, Fortaleza, 2014.
- DAVIES, Ian M.; WATRET, Robert; GUBBINS, Matt. Spatial planning for sustainable marine renewable energy developments in Scotland. *Ocean & Coastal Management*, v. 99, 2014, p. 72-81.
- DE LIMA, Danielle Kely Saraiva et al. Análise do potencial eólico offshore do Ceará em períodos de el niño e la niña. *Ciência e Natura*, v. 35, p. 37, 2013.
- ESMAEILI, Hossein. *The Legal Regime of Offshore Oil Rigs in International Law*. Ashgate Pub Limited, 2001
- EWEA - European Wind Energy Association. *The European offshore wind industry: key trends and statistics 2015*. Bruxelas, 2015
- FEARNSIDE, Philip M. *Hidrelétricas na Amazônia: impactos ambientais e sociais na tomada de decisões sobre grandes obras*. Manaus: Editora do INPA, 2015.

- GONSAELES, Gwendoline. L'exploitation offshore entre liberté de navigation et protection de l'environnement marin. In : *Droit de la mer et Droit de l'Union Européenne, cohabitation, confrontation, coopération*. Actes du colloque international de Monaco. 17 et 18 octobre 2013. Ed. Pédone, 2014.
- GWEC - Global Wind Energy Council. *Global Wind Report Annual Market Update 2015*. Bruxelas, 2015.
- JAY, Stephen. Planners to the rescue: Spatial planning facilitating the development of offshore wind energy. *Marine Pollution Bulletin*, v. 60, n. 4, p. 493-499, 2010.
- JAY, Stephen; KLENKE, Thomas; JANßEN, Holger. Consensus and variance in the ecosystem approach to marine spatial planning: German perspectives and multi-actor implications. *Land Use Policy*, v. 54, p. 129-138, 2016.
- LATORRE, Cindy Carolina Viviescas. Rede HVDC multiterminal para interligação de fazendas eólicas e sistemas offshore com o sistema interligado nacional. 2014. Dissertação (Mestrado em Engenharia Elétrica), Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.
- MARTINS, Eliane Maria Octaviano. *Curso de direito marítimo*, volume I: teoria geral, 4. ed. Barueri: Manole, 2013
- MEDEIROS, João Paulo Costa de. Precificação da energia eólica offshore no Brasil. Natal: UFRN, 2014. Dissertação (Mestrado em Administração) - Programa de Pós-Graduação em Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014
- NUNES, Hugo Miguel Pedro. Avaliação do potencial eólico ao largo da costa nordeste do Brasil. 2012. Dissertação (Mestrado em Geociências Aplicadas), Instituto de Geociências. Universidade de Brasília, Brasília, 2012.
- OLIVEIRA, Maurício Figueiredo de. Metodologia para aplicação de fontes renováveis de energia elétrica em plataformas marítimas de produção de petróleo e gás natural. 2013. Tese (Doutorado em Engenharia Elétrica), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- OLIVEIRA, Oyama Douglas Queiroz et al. A preliminary approach of the technical feasibility of offshore wind projects along the Brazilian coast. *IEEE Latin America Transactions*, v. 11, n. 2, p. 706-712, 2013.
- ORTIZ, Gustavo Prouvot; KAMPEL, Milton. Potencial de energia eólica offshore na margem do Brasil. Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. V simpósio Brasileiro de Oceanografia, Santos, 2011.
- QIU, Wanfei; JONES, Peter JS. The emerging policy landscape for marine spatial planning in Europe. *Marine Policy*, v. 39, p. 182-190, 2013.
- QUEFFELEC, Betty. Planification de l'espace maritime et approche écosystémique en contexte transfrontalier: illustration franco-belge. *Vertigo-la revue électronique en sciences de l'environnement*, n. Hors-série 18, 2013
- TOLMASQUIM, Mauricio Tiomno. *Energia Renovável: Hidráulica, Biomassa, Eólica, Solar, Oceânica*. EPE: Rio de Janeiro, 2016.
- TUNDISI, J. G. *Exploração do potencial hidrelétrico da Amazônia*. Estudos Avançados, v. 21(59), p. 109-17, São Paulo, 2007
- UNEP - UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Climate Change and Human Rights*, 2015, p. 8. Disponível em: <[http://apps.unep.org/publications/pmtdocuments/-Climate\\_Change\\_and\\_Human\\_Rights-human-rights-climate-change.pdf](http://apps.unep.org/publications/pmtdocuments/-Climate_Change_and_Human_Rights-human-rights-climate-change.pdf)> Acesso em: 07 jul. 2016.

UNITED KINGDOM. Energy Act 2004, Part 2 — Sustainability and Renewable Energy Sources, Chapter 2 - Offshore production of energy, Sections 114, 2004.

WRIGHT, Glen. Marine governance in an industrialised ocean: a case study of the emerging marine renewable energy industry. *Marine Policy*, v. 52, p. 77-84, 2015.

## Integração, Estado e Governança

A Rede de Pesquisa “Integração, Estado e Governança” traz à lume para a comunidade jurídica pátria e internacional seu segundo 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.



Universidade de Itaúna

