

Publicações da Escola da AGU

1º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee volume 2a

n. 21 outubro 2012 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 21	p. 1-72	outubro 2013
---------------------------------	----------	-------	---------	--------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

DIRETORA DA ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva

VICE-DIRETOR

Filipo Bruno Silva Amorim

COORDENADORA GERAL

Nélida Maria de Brito Araújo

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Vládia Pompeu Silva

Juliana Sahione Mayrink Neiva

Filipo Bruno Silva Amorim

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Gláucia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Europeu Tradizione
Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee - Escola da Advocacia-Geral
da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano IV, n. 21, v. 2a (out.. 2012).
Brasília: EAGU, 2013. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral e a partir do ano IV, n° 14
periodicidade mensal

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

Apresentação	5
<i>Decisioni Manipolative: a imigração das sentenças intermediárias para a jurisdição constitucional brasileira</i> <i>Decisioni Manipolative: the immigration of the intermediate sentences to the Brazilian constitutional jurisdiction</i> <i>Antonio João Domingues Largura.....</i>	7
A União Europeia, o Tratado de Lisboa e o “Novo” Regime Legal do Investimento Estrangeiro <i>The European Union, the Lisbon Treaty and the “New” Foreign Investment Legal Regime</i> <i>Mauricio Cardoso Oliva.....</i>	29
O conceito de “harmonização” em ordens jurídicas transnacionais <i>The Concept of “Harmonization” in Transnational Law Orders</i> <i>Paulo Antonio de Menezes Albuquerque.....</i>	57



APRESENTAÇÃO

Il Corso intensivo su “Fondamenti romanistici del diritto europeo: comparazione e armonizzazione”, svoltosi presso l’Università di Roma “Tor Vergata” per gli Avvocati di Stato del Brasile nel mese di luglio del 2012, si è prefisso lo scopo di realizzare, anche con finalità pratiche, un corso breve di alta formazione in materie giuridiche.

In particolare, il Corso ha approfondito le basi comuni degli ordinamenti giuridici europei, tendendo a valorizzare i processi di unificazione ed armonizzazione del diritto privato e commerciale. Le materie approfondite sono state, tra le altre, “Fondamenti romanistici del diritto europeo”, “Sistemi giuridici e comparazione”, “Mercati finanziari e regole giuridiche comuni”, “Diritto del lavoro in Europa”, “Diritto dell’Unione Europea”, “Diritto amministrativo e Diritto Europeo”.

Nell’ambito del Corso sono state realizzate delle esercitazioni di ricerca, che ora la ‘Revista da AGU’ ha deciso di pubblicare. La finalità delle esercitazioni gli Avvocati di Stato brasiliani è stata quella di mettere in pratica il modello di comparazione, in una prospettiva di dialogo e di confronto tra l’esperienza italiana o europea e l’esperienza brasiliana, nei vari settori d’interesse dei candidati.

Ne esce una raccolta di lavori che dimostra, a mio avviso, la proficuità del metodo e soprattutto la ricchezza di prospettive che può derivare da un confronto che non voglia disegnare genealogie, ma sia diretto a cogliere, nelle concrete differenze di operatività degli ordinamenti giuridici, l’ambito unitario dei problemi, a fronte di soluzioni differenziate e condizionate dai fattori immanenti ad ogni ordinamento giuridico.

In un quadro così delineato, nel quale la complessità del diritto assume tutta la sua forza arricchente e di superamento di modelli monolitici e sistematici così cari ai diritti nazionali, è forse possibile scorgere una cifra di fondo che accomuna gli ordinamenti giuridici europei e quelli latinoamericani, quella di una trama concettuale e di regole che affondano le loro radici nella comune base romanistica.

Riccardo Cardilli

DECISIONI MANIPOLATIVE: A IMIGRAÇÃO DAS SENTENÇAS INTERMEDIÁRIAS PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

***DECISIONI MANIPOLATIVE: THE IMMIGRATION OF THE
INTERMEDIATE SENTENCES TO THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL
JURISDICTION***

Antonio João Domingues Largura

*Procurador Federal, especialista em Direito Processual pela Universidade do Sul de
Santa Catarina, atualmente lotado na Procuradoria Seccional Federal de Santa Maria/
RS, atuante na defesa judicial do Instituto Nacional do Seguro Social.*

SUMÁRIO: 1 Considerações preliminares; 2 Jurisdição constitucional – origem e evolução do controle de constitucionalidade; 2.1 A jurisdição constitucional no Brasil; 2.2 A jurisdição constitucional na Itália; 3 As sentenças do controle de constitucionalidade; 3.1 As sentenças do controle de constitucionalidade na Itália; 3.2 As sentenças do controle de constitucionalidade no Brasil; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente estudo tem como escopo o exame de um tema ainda pouco abordado no Brasil. Trata-se das chamadas decisões intermediárias, as quais, ao julgar questões constitucionais, afastam a tradicional dicotomia constitucionalidade/inconstitucionalidade da norma impugnada e acabam por inovar a ordem jurídica estabelecida. Para tanto, será abordado, primeiramente, o panorama da jurisdição constitucional italiana, berço desse tipo de decisão e que por lá são ditas “*decisioni manipolative*”. A partir daí, será traçado um paralelo com a realidade judiciária brasileira, a fim de analisar a possibilidade de aplicação de tais sentenças no ordenamento jurídico pátrio e as consequências dessa prática.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado. Controle de Constitucionalidade. Jurisdição Constitucional. Decisões Intermediárias.

ABSTRACT: The present study focuses on the examination of a topic rarely addressed in Brazil. It's the so-called intermediate decisions, which, when judging constitutional issues, stand away from the traditional dichotomy constitutionality / unconstitutionality of the contested norm and end up innovating the established legal order. To do so, we will firstly broach the panorama of the Italian constitutional jurisdiction, cradle of such decisions and where they are called ‘*deciosioni manipolative*’. From there, we will draw a parallel with the Brazilian judicial reality, in order to analyze the possibility of applying such sentences to the national juridical system and the consequences of this practice.

KEYWORDS: Comparative Law. Control of Constitutionality. Constitutional Jurisdiction. Intermediate Decisions.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Na aula inaugural do Curso de Introdução ao Direito Europeu – “*Tradizione civilistica e armonizzazione del diritto nelle Corti Europee*”, o professor Massimo Papa, da *Università di Roma Tor Vergata*, assinalou, com muita propriedade, que a expressão “direito comparado” é sinônimo de “comparação jurídica”. A comparação, para o professor, não tem como objeto de estudo um conjunto de regras, ao contrário do Direito Privado ou mesmo do Direito Internacional. O Direito comparado abrange um estudo aberto. Não aborda a lei, a norma em sentido estrito, mas o funcionamento do sistema. Vale dizer, representa o estudo de como a norma funciona de forma efetiva.

Nessa esteira de pensamento, o Direito Comparado representa, em última análise, o estudo sobre os modos como os diferentes ordenamentos se propõem a resolver as controvérsias e atingir seu escopo de pacificação social. A partir dessa premissa, parece de pouca valia o estudo de direito comparado que se restringe à análise de determinado conjunto de normas em si considerado.

Com base em tais ponderações, a primeira diretriz traçada para o presente trabalho é justamente a de manter o foco na forma como os ordenamentos jurídicos brasileiro e italiano tratam as lides que se apresentam a partir de suas realidades sociais. Com isso, pretende-se evitar o distanciamento entre a análise teórica e a realidade prática, apontando de forma concreta elementos para a melhor compreensão de institutos existentes em outros ordenamentos e muitas vezes recepcionados pela ordem jurídica nacional.

Com amparo nessa primeira diretriz, a análise dos pronunciamentos judiciais existentes nos dois ordenamentos emergiu como uma opção natural de observação. Com efeito, a eficácia das sentenças é um tema que envolve intrincados questionamentos, mormente porque o assunto flerta com o resultado que se pretende obter com a busca pela tutela judicial. A matéria ganha matizes ainda mais complexos quando se trata da jurisdição constitucional, na medida em que os efeitos dos julgados são potencializados por características próprias, como a eficácia *erga omnes* e a força vinculante das decisões.

Não há como negar que a decisão que julga a inconstitucionalidade de uma lei acarreta uma situação insólita, pois reconhece que os atos praticados sob seu império foram orientados por um preceito normativo equivocado.

Consequentemente, surge a discussão sobre a validade de tais atos, tendo em vista que, embora tenham sido baseados em lei inconstitucional, observaram o regramento vigente à época de sua realização.

Cria-se, destarte, uma tensão entre um ato que teve regular desenvolvimento e uma decisão posterior que julgou inconstitucional o seu referencial normativo. Nesse passo, percebe-se que a decisão acerca da inconstitucionalidade de uma lei gera consequências em casos concretos, atingindo a esfera jurídica de particulares. Logo, é preciso delimitar o alcance dos efeitos da referida decisão, de modo a determinar a validade ou a invalidade dos atos por ela direta ou indiretamente afetados.

Nessa ordem de ideias, a opção pelo estudo comparado das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade revela-se verdadeiramente interessante. Sobretudo porque, muito embora integrante da tradição romano-germânica do Civil Law (à semelhança do ordenamento brasileiro), o sistema de controle de constitucionalidade italiano não foi objeto de muitos estudos no Brasil. A doutrina nacional privilegia, no que diz respeito ao direito constitucional comparado, o estudo dos modelos de controle de constitucionalidade inglês, francês, americano e austríaco. Todavia, a influência das técnicas de decisões de constitucionalidade que se desenvolveram na Itália vem ganhando força no sistema brasileiro, mormente em tempos de apologia à maximização da competência de atuação do Judiciário.

Feitas tais observações, o presente estudo passa a abordar as decisões de (in)constitucionalidade do ordenamento jurídico italiano, com destaque às chamadas decisões intermediárias (*decisioni manipolative*), e sua influência e aplicação na realidade brasileira. Para tanto, é preciso, antes, traçar um paralelo, ainda que em breves linhas, sobre as ordens constitucionais do Brasil e da Itália.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – ORIGEM E EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Constitucionalismo é, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante

da organização político-social de uma comunidade”¹. O elemento fundamental do constitucionalismo reside, pois, na noção de limites à esfera de atuação governamental, com o claro escopo de resguardar as liberdades e garantias individuais de cada cidadão.

A evolução da sociedade e das formas de Estado e o reconhecimento de direitos fundamentais exaltaram o constitucionalismo como forma legitimadora do ordenamento e da própria atividade político-estatal. Historicamente, é o advento do Estado Moderno que propicia as condições para o nascimento dos mecanismos de controle de poder, diante das arbitrariedades comuns ao absolutismo real.

Nesse contexto histórico, as bases de uma sociedade democrática foram soerguidas, conformando o convívio sob a égide do Estado de Direito, que representa a consagração da supremacia da lei sobre a administração. Não significa, como observa Lenio Luiz Streck, que o Direito é um instrumento sobre o qual o Estado tem pleno controle e disponibilidade, o que caracterizaria um Estado de Polícia. Também não se confunde com o Estado Legal, caracterizado pela primazia parlamentar e pela ausência de vinculação a conteúdos. O Estado de Direito é mais do que um mero Estado Legal. Não é apenas a forma jurídica que caracteriza o Estado, mas, e sobretudo, a ela agregam-se conteúdos.²

Portanto, o Estado de Direito se caracteriza não só pela hierarquia das leis, como também se limita por um conjunto de direitos e princípios fundamentais que emergem a partir de uma determinada realidade social. A história mostra que o Estado de Direito assumiu, ao longo dos séculos, um caráter ora liberal, ora social, e finalmente democrático, sem que haja bruscas rupturas em suas bases.

Hodiernamente, o constitucionalismo ganha novos contornos. Tornou-se um elemento indissociável do conceito de Estado Democrático de Direito. O que se observa é uma nova concepção de constitucionalismo, mais abrangente do que a visão tradicional. Essa nova concepção não abandona a noção de Constituição como norma fundamental de garantia, mas incorpora à Constituição o caráter de

1 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51.

2 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001. p. 87.

norma diretiva fundamental, na medida em que direciona a atuação dos poderes públicos e condiciona os particulares à concretização dos valores constitucionais. A consequência mais evidente desse fenômeno é o sensível deslocamento do foco de tensão político do Poder Legislativo para aquilo que Lenio Streck chama de *Justiça Constitucional*, mediante o mecanismo da jurisdição constitucional³.

Dentro da jurisdição constitucional, que examina a observância da constituição nas mais diversas formas, tem particular relevo o sistema de controle de constitucionalidade de normas. Teori Albino Zavascki ressalta que o tema tem significativo destaque não só pela própria natureza da controvérsia, mas, especialmente, porque deflagra um embate de caráter institucional, confrontando distintos poderes do Estado: Poder Legislativo e Poder Judiciário, aqui concebido como *Justiça Constitucional*. Em outras palavras, trata-se do conflito entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz⁴.

Sobre essa questão, a justiça constitucional encontra fundamento na concepção de que o poder constituído é, por natureza, derivado, devendo respeitar o poder constituinte e originário. Esse entendimento é uma expressão daquilo que Hesse chamou de *Vontade da Constituição*, conceito segundo o qual a Constituição é uma proteção ao Estado contra o arbítrio desmedido, sendo a ordem constituída mais do que uma ordem legitimada pelos fatos⁵.

Não obstante, a atuação do Judiciário encontra limite no respeito à competência do legislador. A atividade fiscalizadora judicial, segundo a teoria de Hans Kelsen (cuja influência será abordada a seguir), corresponde a um papel de “legislador negativo”. Ou seja, o órgão da jurisdição constitucional não poderá criar normas ou direitos, mas, tão-somente, retirar do ordenamento a norma julgada inconstitucional.

Assentada a importância da Constituição e da manutenção de sua supremacia para o Estado Democrático, diferentes técnicas de controle de constitucionalidade foram se desenvolvendo, a partir de distintas

3 Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 101.

4 ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 16-17.

5 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris 1991. p. 13-23..

experiências históricas e sociais. Costuma-se dividir essas matrizes constitucionais em sistema difuso e sistema concentrado de controle de constitucionalidade, ou ainda sistema americano e sistema europeu. A análise da evolução de tais técnicas é de suma importância para a compreensão da matéria no ordenamento jurídico brasileiro.

Os Estados Unidos têm, nos dizeres da Jorge Miranda, a primeira e mais duradoura Constituição escrita em sentido moderno, bem como são o primeiro Estado Federal, o primeiro Estado a decretar a separação das doutrinas religiosas, a primeira república alicerçada no princípio democrático e o primeiro sistema de governo presidencial por aplicação direta da teoria da separação de poderes⁶. No entanto, a principal inovação do constitucionalismo americano, no que concerne ao tema ora abordado, é a fiscalização de constitucionalidade exercida pelo Judiciário.

Em termos sucintos, o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade baseia-se no *Judicial Review*, consistente na autoridade outorgada ao Judiciário para declarar írritos todos os atos e leis contrários à Constituição. Desde os primórdios do constitucionalismo americano até hoje essa competência é difusa, eis que exercida, *incidenter tantum*, no curso de uma demanda concreta, por qualquer juiz ou tribunal, sempre que necessária à solução da lide. Não obstante, a funcionalidade desse sistema repousa no princípio do *Stare Decisis*, ou seja, na força vinculante das decisões tomadas em última instância pela *Supreme Court*, órgão de cúpula do poder Judiciário americano⁷.

Na Europa, diferentemente, até o início do século XX praticamente não existiam mecanismos de fiscalização de constitucionalidade. Porém, a Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920 alterou esse panorama, adotando a federação como forma de Estado e criando a Alta Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) para assegurar a constitucionalidade da legislação⁸.

A principal inovação do sistema austríaco é que este, ao contrário do modelo americano, permitia a discussão sobre a constitucionalidade como objeto principal da ação, e não apenas incidentalmente no curso de

6 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 85.

7 CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 50-53.

8 STRECK, op. cit., p. 360.

um processo comum. Esse novo arquétipo constitucional teve na figura de Hans Kelsen seu principal mentor.

Na esteira do pensamento de Kelsen, a fiscalização de constitucionalidade é uma tarefa que não se amolda às funções típicas do Judiciário, sendo uma espécie de função constitucional autônoma e de certo modo comparável à função legislativa negativa, como exposto. Destarte, fazia-se necessária a criação de um órgão competente para exercitar tal função. Surge, então, o *Verfassungsgerichtshof*, como um Tribunal Constitucional *ad hoc* com a finalidade específica de exercer o controle de constitucionalidade. Segundo Lenio Luiz Streck, esse tribunal *ad hoc* não faz parte do poder Judiciário, visto que é composto por magistrados, professores, advogados e membros do Parlamento, de modo a possibilitar o controle sobre os poderes sem que um interfira diretamente na esfera de liberdade dos outros⁹.

Basicamente, foram essas duas matrizes constitucionais as principais influências dos sistemas de controle de constitucionalidade modernos. Tanto no Brasil como na Itália percebem-se os traços deixados por esses modelos.

2.1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

A ordem constitucional brasileira foi diretamente influenciada pelos sistemas adotados nos Estados Unidos e, posteriormente, na Europa Ocidental. Não obstante, o Brasil desenvolveu técnicas bastante peculiares de controle de constitucionalidade, passando por um longo período evolutivo até a Constituição Federal de 1988.

9 A posição do eminente professor (STRECK, op. cit., p. 355-360), aqui, é discutível, pois o Tribunal *ad hoc* austríaco, em que pese formado por magistrados, funcionários administrativos e professores catedráticos das Faculdades de Direito e Ciências Políticas, indicados pelo Presidente da República, exerce função jurisdicional, atuando como instância superior com competência para dirimir as questões relativas à inconstitucionalidade das leis, em sede de controle concreto. Permissa venia, a forma de composição do Tribunal não tem o condão de retirar-lhe o caráter judicial. Vide o exemplo brasileiro, no qual o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, tem seus Ministros nomeados pelo Presidente da República, escolhidos “dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”. Note-se que a redação do art. 101 da Constituição Federal brasileira, em nenhum momento, exige que os Ministros nomeados sejam magistrados, e, nem por isso, o Supremo Tribunal federal deixa de ser parte do poder Judiciário.

As primeiras linhas de controle de constitucionalidade no Brasil foram traçadas no ano de 1823. O projeto de Constituição debatido pela Assembléia Constituinte do Brasil previa, nos artigos 266, 267 e 268 uma espécie de controle de constitucionalidade, a ser exercido pelo poder Legislativo e que considerava *de nenhum valor* todas as leis existentes que fossem contrárias *à letra e ao espírito* da Constituição (artigo 266). Porém, a Assembléia Constituinte foi dissolvida por D. Pedro em 12 de novembro de 1823, e o Anteprojeto sequer foi votado. Na seqüência, o Imperador outorgou a Constituição de 1824, que silenciava a respeito da fiscalização de constitucionalidade, estabelecendo, apenas, que cabia ao Legislativo *fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las*, e ainda *velar na guarda da Constituição e promover o bem geral da nação* (art. 15, ns. 8 e 9)¹⁰.

A Carta Magna de 1891, por sua vez, foi nitidamente influenciada pela experiência norte-americana. O Brasil perfilhou a República, o Presidencialismo, a Federação, o Legislativo bicameral e, sobretudo, a *judicial review* e o modelo de organização judicial lastreado no controle concreto e difuso de constitucionalidade, com a existência de uma Suprema Corte, repassando para o Poder Judiciário, destarte, a tarefa de controle da constitucionalidade das leis¹¹.

O modelo do controle difuso de constitucionalidade foi mantido pelas Constituições de 1934 e 1937, porém com algumas modificações, tais como a introdução da cláusula de reserva de plenário (o artigo 179 da Constituição de 1934 estabeleceu que os tribunais só poderiam declarar a inconstitucionalidade de uma norma pela maioria absoluta de seus membros). Ainda, foi criada a possibilidade de atribuição de efeitos *erga omnes* às decisões, por meio da possibilidade de o Senado suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais (artigo 91, item IV da Constituição de 1934).

A primeira grande novidade sobreveio na vigência da Constituição de 1946 e foi introduzida pela Emenda Constitucional nº. 16, de 26 de novembro de 1965, que instituiu a fiscalização abstrata de constitucionalidade de atos normativos estaduais e federais. O artigo 101, alínea “k”, da Constituição foi alterado, ganhando o Supremo Tribunal Federal competência para *processar e julgar representação contra a*

10 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 90-91.

11 CLÈVE, op. cit., p. 65.

inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

Desde então, o Brasil adota um sistema misto de controle de constitucionalidade, conservando a declaração de inconstitucionalidade pela via concreta (via de defesa ou exceção) e pela via abstrata (via de ação direta), conjugando, ainda, características do sistema difuso e concentrado, considerando a competência do Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal de 1988 manteve e ampliou esse panorama, com a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e, posteriormente, por meio da Emenda Constitucional nº. 3, de 17 de março de 1993, da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Ainda, importantes definições foram implantadas com a Lei nº. 9868 de 1999, que previu, exemplificativamente, a possibilidade de restringir ou limitar no tempo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

2.2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA ITÁLIA

A Itália é um país com características políticas e sociais bastante peculiares, notadamente em comparação a outros países da Europa Continental. Diferentemente do que acontece com países como Inglaterra e França, a Itália ainda se encontra em processo de evolução da organização estatal. Isso ocorre porque o Estado italiano passou por um processo tardio de unificação. Esse fato, aliado à tradição política marcada pelo autoritarismo, faz com que a democracia e o constitucionalismo moderno sejam incipientes no país.

Discorrendo sobre a realidade italiana, Marçal Justen Filho relata que, com a derrocada do fascismo e o fim da segunda grande guerra, instaurou-se uma ordem democrática, porém profundamente marcada pelos efeitos das situações passadas. Nesse passo, a ordem constitucional italiana do pós-guerra representou a rejeição ao passado fascista, voltando-se à garantia de direitos e liberdades fundamentais¹².

Corolário direto desse contexto é a valorização do controle de constitucionalidade. A Carta Magna italiana, que foi promulgada em dezembro de 1947 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948, dedicou um

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 205.

título às “garantias constitucionais” (*titolo VI – Garanzie Costituzionali*), consagrando o sistema de controle concentrado de constitucionalidade por meio da criação da *Corte Costituzionale*.

A *Corte Costituzionale* está prevista no artigo 134 da Constituição da República Italiana. O dispositivo estabelece que cabe à Corte o julgamento das controvérsias acerca da legitimidade constitucional das leis e atos normativos do Estado e das Regiões, bem como dos conflitos de atribuições entre os poderes do Estado e entre Estado e as Regiões. Embora prevista desde a promulgação da Constituição, a instalação da Corte Constitucional ocorreu somente em 1956.

Para Marçal Justen Filho, a Corte Constitucional não integraria propriamente a magistratura italiana, eis que foi tratada no Título relativo às Garantias Constitucionais¹³. Esse entendimento encontra respaldo na própria doutrina italiana. Edilson Pereira Nobre Junior cita que Paolo Biscaretti di Rufia, por exemplo, qualifica a *Corte Costituzionale* como um órgão de natureza “jurídico-política”¹⁴.

De fato, a Corte Constitucional italiana possui algumas características inexistentes no Judiciário brasileiro. É composta por quinze juízes, os quais são nomeados pelo Presidente da República, pelo Parlamento e pelos órgãos máximos da magistratura ordinária e administrativa. Além disso, os juízes são nomeados pelo prazo de nove anos, vedada a recondução.

Sem embargo dessas considerações, o fato é que a Corte Constitucional exerce função típica judicial, sendo o órgão competente para dirimir as questões relativas à constitucionalidade das leis. Essa competência, aliada ao teor do artigo 101, segunda parte, da Constituição italiana, o qual afirma que os juízes estão sujeitos apenas à lei (“*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*”), confirma a adoção do sistema de controle concentrado de constitucionalidade.

Além das disposições constitucionais, esse sistema também está estabelecido pela Lei Constitucional n.º 01/48, a qual prevê que qualquer das partes, ou o juiz, poderá, no curso de um processo,

13 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 213.

14 NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Controle de constitucionalidade: modelos brasileiro e italiano (breve análise comparativa). *Revista ESMARFE*: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 1, jan. 2001. p. 191.

questionar a constitucionalidade de uma lei. No entanto, a decisão sobre a questão deverá ser submetida à Corte Constitucional, com a suspensão do processo em que foi levantada a questão. Na Itália, assim, somente a instauração da questão ocorre pela via difusa ou incidental, sendo a competência para a análise do mérito da questão concentrada no órgão constitucional.

Essas características levam alguns autores a afirmar que o sistema italiano não conhece o controle abstrato de normas, como é o caso de Gilmar Ferreira Mendes¹⁵. Nada obstante, esse tipo de controle existe, ainda que de forma limitada, no ordenamento italiano. Trata-se da possibilidade do Estado, dentro de prazo determinado, que pode ser entendido como decadencial, impugnar as leis regionais, mediante recurso direto à Corte Constitucional (artigo 127 da Constituição italiana).

Feito o esboço sobre os sistemas de controle de constitucionalidade, pode-se passar à análise das decisões proferidas nesses ordenamentos e da possibilidade de aplicação, no Brasil, das técnicas desenvolvidas a partir da realidade italiana.

3 AS SENTENÇAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Discorrendo sobre as sentenças proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade, José Adércio Leite Sampaio leciona que os efeitos da decisão sobre a inconstitucionalidade de preceitos normativos podem conduzir, dependendo do sistema adotado em cada ordenamento jurídico, à “inaplicabilidade”, à “anulação”, à “inexistência” ou à “nulidade” do ato normativo impugnado. Ainda, a decisão pode conduzir a uma gama de combinações de efeitos. De uma forma bastante sucinta, o autor assinala que, na Itália, tais efeitos correspondem à nulidade, no controle concreto, e à anulação, no controle abstrato. No Brasil, o reconhecimento da inconstitucionalidade conduz, segundo Leite Sampaio, à inaplicabilidade da norma, no controle incidental, e à declaração de nulidade ou anulação, no controle abstrato¹⁶.

15 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito Constitucional Módulo V* – 2006: Controle de Constitucionalidade. Porto Alegre: Escola da Magistratura do TRF - 4ª Região, 2006. p. 28 (Currículo Permanente).

16 SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 162-163.

Neste ponto, cumpre tecer um breve comentário. A classificação quanto aos efeitos de decisão de inconstitucionalidade é bastante controversa na doutrina. Mesmo dentro de determinado ordenamento jurídico, como no brasileiro, a natureza da sentença que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma, bem como os efeitos decorrentes da mesma, não são temas pacíficos.

Malgrado a grande maioria dos autores brasileiros e o Supremo Tribunal Federal inclinarem-se para o entendimento de que a norma julgada inconstitucional é nula, e que a sentença que a reconhece tem natureza declaratória, também há vozes que afirmam que se trata de um comando anulável, merecendo destaque, nesse sentido, os apontamentos da professora Regina Maria Macedo Nery Ferrari¹⁷. Não obstante os interessantes argumentos que embasam a discussão, a questão não será aqui aprofundada, dando-se preferência ao caráter prático das decisões nos ordenamentos analisados.

Além da sentença que julga a norma inconstitucional, a decisão sobre a norma impugnada pode ser no sentido da conformidade da mesma à Constituição. Ainda, a decisão pode se situar entre os dois termos, com as chamadas “sentenças intermediárias”, terminologia empregada na VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus¹⁸. Dentro das sentenças “intermediárias”, têm especial relevo no direito italiano as “*decisioni manipolative*”, que serão abordadas a seguir.

3.1 AS SENTENÇAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA ITÁLIA

No sistema de controle de constitucionalidade italiano, devem-se distinguir, primeiramente, as sentenças de mérito (“*sentenze*”), e as sentenças processuais (“*ordinanze*”). Edilson Pereira Nobre Junior pontua que as primeiras examinam o mérito da discussão suscitada, ao passo que as segundas, possuem conteúdo meramente processual, por diversos motivos, como falta de legitimação do órgão suscitante, ausência de força de lei da disposição impugnada, dentre outros¹⁹.

17 Cf. FERRARI, op. cit.

18 SAMPAIO, op. cit., p. 163.

19 NOBRE JUNIOR, op. cit., p. 212.

Por sua vez, as sentenças de mérito podem ser divididas nas denominadas “*sentenze d'accoglimento*”, e nas “*sentenze di rigetto*”. As primeiras reconhecem a procedência das questões constitucionais submetidas à *Corte Costituzionale* e, conseqüentemente, acolhem a inconstitucionalidade do preceito vergastado. Contrariamente, as segundas rejeitam a questão de constitucionalidade, julgando pela higidez da norma.

De acordo com o artigo 136 da Constituição italiana, a norma julgada inconstitucional deixa de produzir efeitos no dia seguinte à publicação da decisão. Embora, em uma primeira análise, pareça que o pronunciamento da Corte tenha efeitos *ex nunc*, a interpretação que é conferida entre os italianos é de que a cessação da eficácia ocorre ante o processo suspenso no Juízo *a quo* e todas as demais relações jurídicas pendentes nas quais a norma reconhecida inconstitucional pudesse ser aplicada. Nesse sentido, Edilson Pereira Nobre Junior, citando Alessandro Pizzorusso, ressalta que os efeitos das “*sentenze d'accoglimento*” não podem ser descritos como *ex nunc* ou *ex tunc*²⁰.

Ainda, as “*sentenze d'accoglimento*” têm eficácia *erga omnes*. A partir da publicação da decisão, a norma não mais pode ser aplicada por qualquer juiz ou agente público ou privado. Por fim, tem sido reconhecida a possibilidade de a decisão sobre a constitucionalidade abarcar disposições não questionadas, mas cujo sentido seria esvaziado diante do reconhecimento da inconstitucionalidade da norma atacada, configurando a “*illegittimità conseguenziale*”²¹. Em sentido contrário, as “*sentenze di rigetto*” não têm eficácia geral. Seus efeitos repercutem apenas no caso concreto.

Além das sentenças puramente de acolhimento e de rejeição, o Judiciário italiano desenvolveu uma série de decisões complexas, que nem acolhem nem afastam totalmente a inconstitucionalidade dos preceitos impugnados. Essas técnicas surgiram como uma alternativa para a solução daquilo que José Joaquim Gomes Canotilho chama de “*situações constitucionais imperfeitas*”²², nas quais a sanção da nulidade das normas não se mostra adequada. Com razão, não há meio termo entre constitucionalidade e inconstitucionalidade, mas determinadas situações fáticas obrigam à adoção de soluções conciliadoras das dimensões de constitucionalidade com as necessidades de segurança jurídica. Isso conduziu a doutrina e a jurisprudência a formularem construções

20 NOBRE JUNIOR, op. cit., p. 213-214.

21 Ibid, p. 216.

22 CANOTILHO, op.cit., p. 957.

mais complexas no que tange às sanções aplicáveis a atos normativos desconformes com a Constituição.

Essas decisões, conexas com o juízo de inconstitucionalidade, foram denominadas na doutrina portuguesa como “*sentenças intermédias*”. O constitucionalista Jorge Miranda divide esse tipo de pronunciamento judicial em “*decisões interpretativas*”, “*decisões aditivas*” (ou *modificativas*) e “*decisões limitativas*”²³. No Brasil, esse tipo de decisão vem recebendo a denominação de “*sentenças intermediárias*”²⁴.

Como salienta Canotilho, as ditas decisões modificativas têm origem na doutrina e jurisprudência italianas, onde receberam a denominação de “*decisioni manipolative*”²⁵. Clèmerson Merlin Clève descreve tais decisões como “*a técnica da declaração de inconstitucionalidade com efeito acumulativo (aditivo) ou substitutivo*”²⁶.

As sentenças aditivas são chamadas, na Itália, de “*sentenze additive*”, ou, ainda, “*sentenze aggiuntive*”. Será aditiva a sentença quando o Tribunal ampliar o âmbito normativo do preceito, declarando inconstitucional a disposição por não contemplar certa situação que deveria estar prevista. Ainda, a Corte Constitucional italiana utiliza as chamadas sentenças aditivas de princípio (“*sentenze additive di principio*”), por meio da qual a norma é julgada inconstitucional, individualizando-se a diretriz principiológica que deve ser introduzida em sua substituição, normalmente dentro de um tempo predeterminado.

Por seu turno, as sentenças substitutivas são chamadas na Itália de “*sentenze sostitutive*”, ou “*sentenze modificative*”. Será substitutiva a sentença quando o Tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma norma que contém uma prescrição em vez de outra. A decisão gera a inclusão de uma nova disposição no lugar daquela inquinada pela Corte.

Como dito alhures, a classificação das sentenças e de seus efeitos não é tema pacífico. Também no ordenamento jurídico italiano, encontram-se outras denominações e outros tipos de decisões. No

²³ MIRANDA, op. cit., p. 503-504.

²⁴ Cf. SAMPAIO, op. cit.

²⁵ CANOTILHO, op. cit., p. 1019.

²⁶ CLÈVE, op. cit., p. 173.

entanto, para traçar o estudo em relação à realidade brasileira, o enfoque será centralizado nas “*decisioni manipolative*” acima mencionadas.

3.2 AS SENTENÇAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Seguindo a já mencionada classificação de Jorge Miranda, as sentenças intermediárias dividem-se em decisões interpretativas, decisões modificativas e decisões limitativas. A partir dessa sistematização, passa-se à análise de sua aplicação à jurisdição constitucional do Brasil. De plano, adianta-se que as decisões interpretativas e as decisões limitativas encontram, em certo grau, paralelo no direito brasileiro.

As *decisões interpretativas* correspondem à fixação de uma interpretação, que pode ser vinculativa ou não para os demais tribunais. Esse tipo de decisão tem na *Interpretação Conforme à Constituição* a sua principal representante. De acordo com essa técnica interpretativa, o operador jurídico acolhe, entre vários sentidos possíveis da norma infraconstitucional, aquele que se revele compatível com a Constituição, de modo a evitar a inconstitucionalidade. Como bem assevera Gilmar Ferreira Mendes²⁷, a interpretação conforme à constituição apenas é admissível quando não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado da norma. Como bem pontificado por Karl Larenz, a conformidade à Constituição é um critério de interpretação que não pode ultrapassar os limites do contexto significativo da lei²⁸.

A técnica da interpretação conforme à Constituição é consagrada já há muito tempo na doutrina e jurisprudência brasileiras. Afastando completamente qualquer dúvida sobre sua plena aplicabilidade, a Lei 9.868/99 previu expressamente, em seu artigo 28, parágrafo único, a hipótese de o Supremo Tribunal Federal realizar a interpretação conforme à Constituição, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Dessa forma, fica claro que o legislador brasileiro chancelou a *interpretação conforme à Constituição* não apenas como um critério de interpretação, mas, e sobretudo, como autêntico método de fiscalização de constitucionalidade.

²⁷ MENDES, op. cit., p. 198.

²⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 479-481.

Já as decisões limitativas são aquelas que limitam os efeitos da inconstitucionalidade ou, mais do que os efeitos, a própria inconstitucionalidade. Segundo Jorge Miranda, essa limitação resulta da conveniência de *temperar o rigor das decisões*, adequando-as à realidade social, privilegiando outros princípios e interesses constitucionalmente tutelados. As decisões limitativas envolvem, pois, uma tarefa de harmonização e concordância prática²⁹.

Assim como as decisões interpretativas, as decisões limitativas encontram respaldo legal no ordenamento brasileiro. O artigo 27 da Lei 9.868/99 introduziu a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, com base em “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, decidindo que esta só tenha eficácia “a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Diferentemente das hipóteses anteriores (decisões interpretativas e decisões limitativas), as decisões modificativas *não têm, em princípio, correspondente no direito brasileiro. A aplicação das “decisioni manipolative”* sempre encontrou óbices na doutrina e jurisprudência brasileiras, que consideram que o Judiciário, ao fiscalizar a constitucionalidade das leis, atua como “legislador negativo”, não podendo criar novas hipóteses de incidência da norma. Apenas à guisa de exemplo, pode-se citar a Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal, a qual assinala que “*não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.*”

As justificativas para a impossibilidade de aplicação das decisões modificativas no direito pátrio são conhecidas e plausíveis. Em primeiro lugar, a criação de normas pelo Judiciário afronta a separação de poderes e, em última instância, a própria legitimação atribuída ao processo legislativo por meio da soberania popular. Além disso, a prática pode ofender o princípio da legalidade ao criar obrigações não previstas em lei, contrariando o princípio da reserva legal consubstanciado na máxima de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

Todavia, a realidade judiciária brasileira tem mostrado, com frequência, que a delimitação da atuação do magistrado como “legislador negativo” é mais complicada na prática do que na teoria. A fronteira

29 MIRANDA, op. cit., p. 512.

entre o legislador negativo e o verdadeiro criador de hipótese legal é nebulosa. A questão é controvertida a tal ponto que José Adércio Leite Sampaio chegou a cunhar a expressão “o mito do legislador negativo”³⁰.

Certamente, porém, todo aquele que lida diariamente com provimentos jurisdicionais já se deparou com decisões que, arrimadas nos mais diversos fundamentos, acabam por alargar o alcance legal e criar uma nova hipótese de incidência da norma. Diversos princípios e teorias são usados como fundamentos de tais decisões, ora de forma patente, ora de forma velada. “Ativismo judicial”, “princípio da proporcionalidade”, “método tópico de interpretação” são apenas alguns desses fundamentos.

Nesse passo, verdadeiras sentenças aditivas a substitutivas, nos moldes das originais italianas, são proferidas por juízes e tribunais brasileiros. Aqueles que realizam a defesa judicial da Administração Pública sabem bem disso. Inúmeros exemplos poderiam ser aqui arrolados, mas, dada a limitação que o formato exige, será visitado um caso emblemático: o artigo 20, § 3º da Lei 8.742-93.

O dispositivo em questão trata dos requisitos necessários para a concessão do benefício de amparo assistencial previsto no artigo 203, inciso V da Constituição Federal brasileira. O constituinte previu a obrigatoriedade do Poder Público assegurar o gozo de benefício de um salário-mínimo aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção. Todavia, remeteu ao legislador ordinário o encargo de disciplinar a concessão do benefício, e o dispositivo legal mencionado estabelece que *“considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário –mínimo.”*

Esse dispositivo já teve sua constitucionalidade questionada. Inúmeros eram os julgados que afastavam o requisito objetivo previsto pela norma infraconstitucional. Porém, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1232-1/DF, pronunciou-se pela constitucionalidade do preceito, reconhecendo que se trata de competência legal o estabelecimento de critérios para a concessão do benefício, não havendo empecilhos para a fixação de critérios objetivos. Confira-se a ementa do julgamento:

30 Cf. SAMPAIO, op. cit.

CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO A PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

(ADIN- 1232-1/DF – Tribunal Pleno - Julg. 27.8.1998 - DJ 1º.6.2001 – Min. Ilmar Galvão e para o acórdão Min. Nelson Jobim).

Posteriormente, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 275.140-5/SP, o Supremo Tribunal Federal ratificou o entendimento acima a reafirmou a eficácia *erga omnes* da decisão. Nessa senda, parece claro que a norma em comento deve ser observada por todo o Judiciário. Mas não é isso o que ocorre em um grande número de casos.

Mesmo após os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, os juízes de primeiro grau continuam afastando a aplicação do critério objetivo previsto legalmente. Vários são os fundamentos utilizados como arrimo de tais decisões, desde a utilização de novos critérios previstos em dispositivos oriundos de outras leis (como o critério de meio-salário mínimo previsto na Lei nº 10.689/2003, que criou o Programa Nacional de Acesso à Alimentação, por exemplo), até a desconsideração do critério legal sob o argumento de que, em que pese constitucional, não representa o único meio de aferição da miserabilidade no caso concreto.

Malgrado todas as fundamentações utilizadas e o nítido esforço interpretativo despendido pelos magistrados, o fato é que, ao decidir de tal forma, cria-se uma nova hipótese de abrangência da norma, concedendo-se o benefício a indivíduos cuja renda familiar *per capita* ultrapassa o limite legal estabelecido. À toda evidência, tratam-se de decisões aditivas.

O interessante é que, uma das forças motrizes que geram esse tipo de decisão é o pré-julgamento do magistrado, que atua, muitas vezes,

movido pelo nobre, porém atécnico, sentimento de promoção da igualdade e justiça social. Assim, fundamentam suas decisões no pilar do princípio da isonomia. Não obstante, acabam por desprestigiar a própria isonomia e a segurança jurídica, ao conferir tratamento diferenciado daquele emanado pelo Supremo Tribunal Federal, que é o órgão competente para pacificar a situação.

Assim, duas pessoas que se encontram na mesma situação fática poderão ter julgamentos distintos, a depender do Juízo em que promoverem a causa, mesmo depois da questão posta em debate ter sido esclarecida pelo pretório excelso. E a situação se agrava se forem consideradas as estreitas vias recursais impostas pelo procedimento dos Juizados Especiais, que levam, muitas vezes, ao precoce trânsito em julgado de tais decisões.

O exemplo citado foi apenas um, dentre vários que poderiam ser esquadrihados. Nesse passo, nota-se que, apesar de doutrina e jurisprudência repetirem como um mantra a máxima de que o Judiciário não pode atuar como legislador positivo, a prática nos mostra outra realidade. Os Tribunais e Juízos monocráticos proferem uma vasta gama de decisões que ampliam os limites de abrangência da norma, manipulando a lei e subjugando a iniciativa legiferante. Verdadeiras decisões manipulativas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de adentrar nas conclusões, convém registrar que o presente estudo pautou-se pelo desapego aos rigorismos acadêmicos, prestando-se mais ao debate franco do que à idolatria da formalidade. Por oportuno, não será aqui consignada a já tradicional observação de ausência de intenção de esgotar o assunto, pois tal assertiva soa muito mais como uma cláusula de isenção de responsabilidades do que propriamente uma preocupação intelectual. Ninguém de posse das faculdades mentais teria, honestamente, a tola pretensão de esgotar este assunto ou qualquer outro tema jurídico minimamente controvertido.

Feitas tais considerações prévias, e de tudo que foi dito até aqui, chega-se à patente conclusão de que as sentenças intermediárias surgem como uma forte alternativa para a solução de questões

constitucionais complexas. Por outro lado, podem trazer em seu bojo um novo problema, que surge a partir do próprio pronunciamento judicial e que diz respeito aos limites de atuação da atividade jurisdicional.

Esse tipo de decisão, em uma primeira análise, não seria aplicável ao sistema jurídico brasileiro, que há muito tempo consagra a impossibilidade de atuação do Poder Judiciário como legislador positivo. Nada obstante, a prática judiciária mostra que essas decisões vêm ganhando força no ordenamento brasileiro, que passa a conviver, de modo cada vez mais frequente, com decisões verdadeiramente manipulativas, aos moldes das sentenças originárias do direito italiano.

Todavia, a possibilidade de utilização das “*decisioni manipolative*” no Brasil deve ser vista com ressalvas. Isso porque a jurisdição constitucional italiana, que forjou essa sorte de pronunciamento, tem características que permitem o seu manejo e que não são encontradas dentro de nosso ordenamento. Notadamente, a concentração da competência de julgar as questões constitucionais em favor de determinado órgão permite aos italianos que as decisões aditivas e substitutivas encontrem alicerce em um mínimo de segurança jurídica que as torne operacionalizáveis. Contrariamente, a adoção indistinta dessa técnica no seio do controle difuso de constitucionalidade brasileiro pode conduzir ao caos jurídico.

Questões de direito comparado como essa surgirão, inelutavelmente, em um futuro próximo. Vive-se, hoje, tempos de intensa e rápida transformação social. Tempos de globalização. O direito, como instrumento de estruturação da sociedade, deve acompanhar as mudanças. Antigamente, pessoas imigravam para novas terras em busca de oportunidades. Posteriormente, passou-se a importar produtos, e depois tecnologias. Agora, os imigrantes são os valores e as ideias. Porém, assim como os imigrantes que povoaram estas terras há muitos anos, os conceitos oriundos de outros contextos devem adaptar-se à nossa realidade. Deve-se atentar para o falacioso argumento de que o tão-só fato de ser proveniente do além-mar torna o importado melhor que o local. E, para isso, será imprescindível a atuação ativa de todos os agentes envolvidos na atividade da prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Editora Dialética, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direito Constitucional Módulo V – 2006: Controle de Constitucionalidade*. Porto Alegre: Escola da Magistratura do TRF - 4ª Região, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Controle de constitucionalidade: modelos brasileiro e italiano (breve análise comparativa). *Revista ESMAFE*: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 1, jan. 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

A UNIÃO EUROPEIA, O TRATADO DE LISBOA E O “NOVO” REGIME LEGAL DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

THE EUROPEAN UNION, THE LISBON TREATY AND THE “NEW” FOREIGN INVESTMENT LEGAL REGIME

Maurício Cardoso Oliva

Procurador da Fazenda Nacional

*Pós-graduado em Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal
pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).*

*Especialista em Direito Internacional pela Escola Paulista de Direito
Especialista em economia pelo Programa Minerva,
da George Washington University (GWU)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da migração do tema relativo ao investimento estrangeiro direto (IED) da competência dos Estados Membros para o âmbito da Política Comercial Comum, de competência exclusiva da União Europeia; 2 Da proposta de Regulamento estabelecendo um Regime Transitório para os Tratados Bilaterais de Investimento firmados entre os Estados Membros da União Europeia e Terceiros Países; 3 Da Comunicação da Comissão Europeia sobre uma Política de Investimentos Internacional Compreensiva para a União Europeia; 4 Da Proposta de um Regulamento para Gerenciar a Alocação da Responsabilidade Financeira relacionada a Decisões Desfavoráveis proferidas por Tribunais de Resolução de Disputas Investidor-Estado previstos nos Tratados Internacionais dos quais a União Europeia é parte; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo contextualizar e traçar um panorama geral sobre “novo” regime legal do investimento estrangeiro na União Europeia a partir da entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Ao promover a migração do tema relativo ao investimento estrangeiro direto da competência dos Estados Membros para o âmbito da Política Comercial Comum, de competência exclusiva da União, o Tratado de Lisboa veio a gerar inúmeras lacunas jurídicas a reclamar produção legislativa da União Europeia de modo a disciplinar essa nova realidade. Além disso, o referido Tratado também alçou o Parlamento Europeu a papel de destaque no processo legislativo ordinário seguido na aprovação das matérias inseridas na Política Comercial Comum da União Europeia, introduzindo, assim, novos elementos ao debate político sobre a matéria. Buscando regular a transição do tema relativo ao investimento estrangeiro direto e temas afetos para a esfera de competência da União, bem como a futura política de investimentos internacional da União Europeia, a Comissão Europeia veio a efetuar três propostas para regulamentação legislativa dessas questões, as quais se encontram ora em tramitação. No particular, trataremos de salientar os principais aspectos das proposições efetuadas, o entendimento da Comissão sobre o assunto, as questões controvertidas, bem como algumas críticas que tem sido efetuadas a respeito das referidas proposições.

PALAVRAS-CHAVE: Investimento Estrangeiro. Política Comercial Comum. Tratado de Lisboa. Tratados Internacionais. União Europeia.

ABSTRACT: This article aims to contextualize and give a general panorama concerning the “new” foreign investment legal regime within the European Union as of the entry into force of the Lisbon Treaty. By promoting the migration of the foreign direct investment subject from the Member States competence to the Common Commercial Policy field, within the exclusive competence of the Union, the Lisbon Treaty has created various legal blanks which demand new legislation from the European Union. Moreover, the referred Treaty has promoted the European Parliament to a position of paramount importance in the ordinary legislative procedure followed in subject matters comprised within the scope of the European Union Common Commercial Policy, therefore introducing new issues to the political debate regarding the subject. Aiming to regulate the transition of foreign direct investment into the Union competence, as well as the European Union future international investment policy, the European Commission has made three proposals which are following the ordinary legislative procedure. In particular, this paper intends to highlight the main ideas contained

in these proposals, the Commission's view regarding the subject, the controversial questions, as well as the criticisms that have been made regarding such proposals.

KEYWORDS: Common Commercial Policy. European Union. Foreign Investment. International Treaties, Lisbon Treaty.

INTRODUÇÃO

De acordo com GRAHAM e KRUGMAN¹, o investimento estrangeiro, em especial o investimento estrangeiro direto (IED) tem desempenhado um importante papel na economia mundial desde os anos 80. No período de 1983-89, os fluxos globais de IED cresceram anualmente quatro vezes mais rápido que o crescimento da renda mundial e três vezes mais rápido do que o comércio mundial, sendo que 81% dos fluxos de IED destinou-se aos países desenvolvidos. Assim, não obstante tenha havido um significativo aumento de IED para os países em desenvolvimento a partir dos anos 90, o fato é que o IED mantém-se extenso e economicamente muito importante para os países desenvolvidos.

Na condição de maior fonte e destino de investimento estrangeiro na economia global, a União Europeia (UE) considera o IED como peça chave para a promoção do desenvolvimento e crescimento social e econômico, eis que representa uma importante fonte de ganhos de produtividade, além de desempenhar um papel crucial no fomento de negócios, criação de empregos e construção de cadeias de fornecimento global².

A propósito, importante registrar que o tema do investimento estrangeiro direto foi objeto de várias tentativas de regulação na seara multilateral, principalmente ao longo da segunda metade do século XX.

Malogradas, contudo, tais tentativas, dadas as visões opostas havidas sobre a matéria por parte de países desenvolvidos e países em desenvolvimento, os países desenvolvidos passaram então a lançar mão de tratados bilaterais como forma de impor seu posicionamento. Essa investida encontrou terreno fértil na mudança de postura dos países em

1 GRAHAM, Eduard M.; KRUGMAN, Paul R. *The Surge in Foreign Direct Investment in the 80s*. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c6532.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2012.

2 EUROPEAN COMMISSION. Trade Topics. Investment. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/investment/>>. Acesso em: 01 set. 2012.

desenvolvimento, que, carentes de poupança interna e necessitados de atrair de investimentos, passaram a celebrar tratados bilaterais de promoção e proteção de investimentos (*ou Tratados Bilaterais de Investimento – TBIs*)³ em grande quantidade, principalmente a partir dos anos 80.

Conforme a UNCTAD⁴, ao final da década de 60 haviam sido firmados 75 TBIs, número que alcançou os 167 ao final da década de 70, 389 ao final dos anos 80, atingindo 2.181 TBIs em 2002. Complementam Kalicki e Medeiros⁵, aduzindo que, até o ano de 2007, já eram 2.392 os TBIs, envolvendo mais de 176 países.

No que diz respeito à União Europeia, seus Estados Membros possuem hoje em vigor mais de 1200 tratados bilaterais de investimento com terceiros países, tratando sobre investimento estrangeiro direto, ainda que parcialmente.

Ocorre que, a partir de dezembro de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a competência para dispor sobre o tema do “investimento estrangeiro direto” migrou dos Estados Membros para a seara da “Política Comercial Comum”, de competência exclusiva da União Europeia. Essa nova realidade fez surgir a necessidade de que a União Europeia disciplinasse sobre o *status quo* dos tratados bilaterais de investimento firmados entre seus Estados Membros e terceiros países durante a transição dessa competência, bem como dispusesse sobre uma nova política de investimentos internacional para a União Europeia.

Embora o Brasil não possua nenhum tratado bilateral de investimento em vigor com Estados Membros da UE, a compreensão dessa nova realidade do Bloco ganha importância na medida em que se encontram em curso, ainda que momentaneamente suspensas, negociações entre Mercosul e União Europeia, com vistas ao estabelecimento de uma área de livre comércio, em cujo âmbito os temas afetos ao investimento estrangeiro estão sendo discutidos.

3 Tratados Bilaterais de Investimento são acordos que estabelecem os termos e condições para o investimento de nacionais de um país em outro, prevendo, outrossim, standards de proteção legal de forma a incentivar a fluxo de investimentos entre ambos os países, além de um mecanismo de solução de disputas na via arbitral.

4 UNCTAD. *Investment Policy Review 2003*. FDI Policies for Development: National and International Perspectives. Nova Iorque e Genebra: United Nations, 2003.

5 KALICKI, J.; MEDEIROS, S. Investment arbitration in Brazil: revisiting Brazil's reluctance towards ICSID, BITs and investor-state arbitration. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v.14, p. 57-86, jul./set. 2007.

Oportuno referir que as negociações entre os dois Blocos foram lançadas ainda em 1999 com o objetivo de estabelecer um acordo de livre comércio inter-regional. Tais negociações vieram a ser suspensas em 2004, por falta de entendimento entre as partes.

Em maio de 2010, em reunião de cúpula entre os chefes de Estado, na cidade de Madri, decidiu-se pelo relançamento das negociações inter-regionais. Desde então, os dois Blocos têm realizado rodadas periódicas de negociação, tendo a oitava reunião se realizado em Bruxelas, Bélgica, no período de 12 a 16 de março de 2012.

A rodada seguinte de negociações entre os Blocos estava agendada para ocorrer no Brasil no mês de julho de 2012. Todavia, em razão da recente destituição do presidente Lugo, do Paraguai – fato que implicou a suspensão daquele País do Mercosul – acrescido da recente crise na zona do euro, entendeu-se pela suspensão do calendário de negociações e provável retomada ao longo do segundo semestre de 2012⁶⁷.

1 DA MIGRAÇÃO DO TEMA RELATIVO AO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO (IED) DA COMPETÊNCIA DOS ESTADOS MEMBROS PARA O ÂMBITO DA POLÍTICA COMERCIAL COMUM, DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA UNIÃO EUROPEIA

Consoante Bungeberg⁸, “a Política Comercial Comum tem sido e ainda é um dos mais dinâmicos campos das relações exteriores da União Europeia. Desde o Tratado da Comunidade Econômica Europeia,

6 Disponível em: <<https://conteudoclipppingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2012/7/26/mercosul-e-ue-adiam-negociacoes-bilaterais>>. Acesso em: 01 set. 2012.

7 Os jornais de 24.09.2012 noticiaram encontro havido entre a Presidenta Dilma Rousseff e o Presidente da Comissão Europeia, à véspera da Abertura da 67ª Assembleia Geral da ONU, em Nova Iorque, EUA, em que se tratou sobre o destravamento das negociações para a criação de uma área de livre comércio entre o Mercosul e a União Europeia. A propósito, para dar o passo inicial, foi referido que há pretensão de se organizar uma cúpula de chefes de Estado no Brasil no início de 2013. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/2012-09-25/comissao-europeia-pede-a-dilma-reabertura-de-negociacoes-mercosul-ue.html>>. Acesso em: 01 set. 2012.

8 BUNGENBERG, Marc. *Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon*. 2010. Disponível em: <<http://www.springerprofessional.de/spmblob/2194296/bodyRef/006---going-global-the-eu-common-commercial-policy-after-lisbon.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2012.

de 1957, o alcance da Política Comercial Comum modificou-se em diversas ocasiões de forma a adaptar-se às novas realidades do comércio internacional e das relações econômicas”.

A propósito, com o Tratado de Lisboa, em vigor desde 1º de dezembro de 2009, introduziu-se o investimento estrangeiro direto (IED) no rol das matérias compreendidas na Política Comercial Comum, de competência material e legislativa exclusiva da União Europeia.

Com efeito, o artigo 207 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), ao tratar da Política Comercial Comum, entre as ações externas de competência da União, assim dispôs:

Art.207 A política comercial comum deverá basear-se em princípios uniformes, particularmente com relação a alterações na tributação alfandegária, celebração de acordos comerciais e tarifários relacionados ao comércio de bens e serviços, e aos aspectos comerciais da propriedade intelectual, ao investimento estrangeiro direto, à uniformização das medidas de liberalização, à política de exportação e às medidas de defesa comercial, tais como as medidas a tomar no caso de dumping ou subsídios. (grifo nosso)

A seu turno, o art.2 (1) do TFUE, ao dispor sobre a competência legislativa da União Europeia, prescreve:

1. Quando os Tratados conferirem à União competência exclusiva em uma área específica, somente a União poderá legislar e adotar atos legalmente vinculantes, ficando os Estados Membros habilitados a fazê-lo tão-somente se a União conferir poder a estes ou para implementação de atos da União.

Ocorre, todavia, que, antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa, os Estados Membros da União Europeia já haviam firmado quase 1200 tratados bilaterais de investimento com terceiros países, os quais se referiam total ou parcialmente ao investimento estrangeiro direto.

Para disciplinar essa importante questão, bem como outras relacionadas ao investimento estrangeiro direto, agora sob a competência exclusiva da União, é que a Comissão Europeia necessitou tomar algumas importantes iniciativas.

Nesse sentido, inicialmente, a Comissão veio a veicular proposta ao Parlamento Europeu e ao Conselho da UE, em julho de 2010, “para estabelecimento de um regime transitório para os TBIs firmados entre Estados Membros [da UE] e terceiros países”⁹.

Mediante a referida proposta, a Comissão Europeia teve por principal objetivo transmitir segurança jurídica aos investidores que se achavam albergados por esses tratados internacionais, ou seja, assegurar que não haveria solução de continuidade das garantias conferidas pelos tratados bilaterais de investimento, tanto para investidores europeus em relação a terceiros países, quanto para investidores desses terceiros países perante os Estados Membros da UE.

Concomitante a essa proposta, em julho de 2010, a Comissão Europeia veio a encaminhar Comunicação ao Conselho da UE, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Social e Econômico Europeu e ao Comitê das Regiões, intitulada “Rumo a uma política Europeia de investimento internacional compreensiva”, pela qual propõe a adoção de uma política de investimentos internacional para a União Europeia¹⁰.

Por fim, mais recentemente, em junho de 2012, a Comissão Europeia propôs ao Parlamento Europeu e ao Conselho da UE, um “Regulamento estabelecendo um marco legal para gerenciamento da responsabilidade financeira relacionada a [decisões desfavoráveis de] tribunais de resolução de disputas investidor-Estado previstos em acordos internacionais dos quais a União Europeia é parte”¹¹.

Com o referido Regulamento, pretende-se dispor sobre quem deverá figurar como réu nas arbitragens propostas por investidores estrangeiros em face da União Europeia (se a própria União Europeia e/ou seu Estado Membro) e a quem caberá a responsabilidade financeira quanto às indenizações oriundas de condenações nas referidas arbitragens.

9 EUROPEAN COMMISSION. COM (2010) 344. Jul.2010. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146308.pdf>. Acesso em: 01 set. 2012.

10 EUROPEAN COMMISSION. COM (2010) 343. Jul.2010. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147884.pdf>. Acesso em: 01 set. 2012.

11 EUROPEAN COMMISSION. COM (2012) 335. Jun.2012. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/june/tradoc_149567.pdf>. Acesso em: 01 set. 2012.

A propósito, dada a importância e repercussão do tema, e sobretudo por sua implicação direta nas negociações Mercosul-União Europeia, envolvendo temas afetos ao investimento estrangeiro, visa o presente artigo a tratar das principais questões inseridas no contexto das três propostas efetuadas pela Comissão Europeia, que, em seu conjunto, fixarão a política e orientação futura a ser seguida pela União Europeia no que tange ao investimento estrangeiro e todos assuntos que lhe são pertinentes.

2 DA PROPOSTA DE REGULAMENTO ESTABELECENDO UM REGIME TRANSITÓRIO PARA OS TRATADOS BILATERAIS DE INVESTIMENTO FIRMADOS ENTRE OS ESTADOS MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA E TERCEIROS PAÍSES

Com o Tratado de Lisboa, a União Europeia passa a dispor expressamente de uma personalidade jurídica de direito internacional, diversa daquela de seus Estados Membros, de forma que passa a, formalmente, poder agir nas mesmas condições de um Estado soberano no plano internacional, com todos os direitos e deveres que tal condição implica, entre os quais a capacidade de firmar tratados com outros Estados e Organizações, bem como de aderir a organizações internacionais em nome próprio.

Com relação ao ponto, assim dispõe o TFUE:

Artigo 216

(1) A União pode concluir um tratado com um ou mais terceiros países ou organizações internacionais quando os Tratados [da UE] assim o dispuserem e quando a conclusão de um tratado seja necessária para alcançar, no âmbito das políticas da União, um dos objetivos referidos nos Tratados [da UE], ou que seja previsto em um ato vinculante da União ou que possa afetar as regras comuns ou alterar sua abrangência.

(2) Tratados concluídos pela União são vinculantes para as instituições da União e para os Estados Membros.

Artigo 217. A União pode concluir com um ou mais terceiros países ou organizações internacionais tratados estabelecendo uma associação envolvendo direitos e obrigações recíprocos, ação comum e procedimentos especiais.

Aliado a essa nova realidade, com o objetivo de que a UE pudesse dispor de um poder maior de barganha em futuras negociações, entendeu-se por bem transferir a matéria relativa ao investimento estrangeiro direto para a esfera de competência da União¹². Todavia, de acordo com Lavranos¹³, “a transferência da competência sobre o IED dos Estados Membros para a União foi feita sem considerar as consequências e dificuldades legais que estão associadas a tal mudança”.

Uma das primeiras repercussões decorrentes dessa mudança diz respeito ao reflexo nos tratados bilaterais de investimento firmados pelos Estados Membros da UE anteriormente ao Tratado de Lisboa.

Ocorre, como já referido acima, que os Estados Membros da UE possuem hoje mais de 1200 tratados bilaterais de investimento vigentes com terceiros países, tratando sobre investimento estrangeiro direto, ainda que parcialmente.

Ora, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, era necessário dispor sobre tais tratados sob a perspectiva da competência exclusiva da União de forma a conferir segurança jurídica para que os investidores estrangeiros pudessem operar, depositando sua confiança na validade e efetividade desses tratados. De fato, a incerteza quanto ao *status quo* dos tratados viria de encontro a sua principal *rationale*, que é justamente a da proteção do investimento.

Em razão disso, é que a Comissão Europeia propôs ao Conselho da UE e ao Parlamento Europeu, ainda em 2009, a adoção de um Regulamento que dispusesse sobre um regime transitório para tais tratados até que esses possam ser progressivamente substituídos por futuros tratados da União dispondo sobre a mesma matéria.

Entre pontos do Regulamento que entendemos mais relevantes, importa, inicialmente, mencionar, no tocante ao seu âmbito de aplicação, a previsão de cobertura tão-somente em relação aos tratados de investimento

12 SCHICHO, Luca. *Member States BITs after the Treaty of Lisbon: Solid Foundation or First Victims of EU Investment Policy?* Fev.2012. Disponível em: <http://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/researchpaper_2_2012_schicho_final.pdf>. Acesso em: 01 set. 2012.

13 LAVRANOS, N. *New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law*. Dez.2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1724185>. Acesso em: 01 set. 2012.

firmados entre os Estados Membros da UE e terceiros países, não se aplicando, portanto, aos tratados de investimento intracomunitários.

Com relação ao ponto, aduz SCHICHO¹⁴ que a principal razão para tanto diz respeito ao entendimento de que, em sendo considerada parte da Política Comercial Comum, a competência exclusiva da União sobre o investimento estrangeiro direto, prevista no art.207 da TFUE, não cobriria tratados de investimento intra-UE.

Em seguida, também importante registrar a previsão de autorização da manutenção de todos os tratados em vigor firmados entre os Estados Membros da UE e terceiros países que tenham sido notificados pelos Estados Membros a partir da entrada em vigor do Regulamento. Tal autorização está secundada por disposição elencando as condições sob as quais um Estado Membro estaria autorizado a iniciar negociações para emendar um tratado de investimento já existente ou para firmar um novo tratado relacionado a investimentos com um terceiro país.

Sobre o tema, explicita a Comissão que tais autorizações devem ser consideradas como medidas excepcionais e que não prejudicam a aplicação do art.258 do TFUE¹⁵ com relação ao não-cumprimento das obrigações constantes do Tratados da União Europeia por seus Estados Membros, não compreendidas as incompatibilidades derivadas da alocação de competências entre a União e Estados Membros. Nesse sentido, os Estados Membros da UE deverão tomar todas as medidas necessárias para eliminar incompatibilidades existentes nos tratados bilaterais de investimento concluídos entre estes e terceiros países, quando em conflito com o direito da União, ou denunciá-los¹⁶.

14 SCHICHO, op.cit., p.17.

15 Art.258 do TFUE. (1) Se a Comissão considerar que um Estado Membro não cumprir uma obrigação prevista nos Tratados da UE, essa deve emitir um parecer sobre a matéria após conceder ao Estado envolvido a oportunidade de submeter suas observações.

(2) Se o Estado envolvido não der cumprimento ao parecer dentro do período assinalado pela Comissão, esta poderá levar a matéria à consideração da Corte de Justiça da União Europeia.

16 Conforme Schicho, op.cit., p.8-9, o artigo 27 da Convenção de Viena para o Direito dos Tratados proíbe que se invoque disposições de direito interno como justificativa para descumprimento de um tratado. Nesse sentido, aduz que o princípio da lex posterior constante da Convenção só seria aplicável aos tratados de investimento intra-UE, todavia não aos tratados entre Estados Membros da UE e terceiros países.

A esse propósito, oportuno referir que a Comissão Europeia, ainda em 2009, no seu mister de zelar pela aplicação dos Tratados da União Europeia, ajuizou ações contra a Áustria, Suécia e Finlândia perante a Corte de Justiça da UE, nos termos do art.258, par.2 do TFUE¹⁷, sob alegação de que os tratados bilaterais de investimento firmados entre esses Estados Membros e terceiros países não previam disposição que pudesse excepcionar o livre movimento de capitais e pagamentos, em determinadas circunstâncias quando assim o exigisse a União Europeia e, portanto, violavam o art.307, par.2, do Tratado da União Europeia (TUE)¹⁸.

Conforme Lavranos¹⁹, o controle e a restrição ao livre movimento de capitais passou a ter grande importância na guerra ao terrorismo no pós-11 de setembro, tendo a União Europeia passado a implementar uma série de medidas de congelamento de bens de pessoas e organizações suspeitos de envolvimento com o terrorismo. Nesse sentido, impunha-se que a União Europeia se assegurasse da efetividade dessas medidas, tendo identificado, a tal propósito, a existência de cláusulas de transferência de capitais constantes de tratados firmados por Estados Membros da UE, a representar um obstáculo às suas necessidades.

Em considerando tais casos, a Corte de Justiça da UE proferiu os julgamentos C-205/06²⁰ e C-249/06²¹, de 03 de março de 2009, envolvendo a Áustria e Suécia, e o julgamento C-118/07²², de 19 de

17 Vide nota de rodapé n.15.

18 Art.307 do TUE. (1). Os direitos e obrigações oriundos de tratados firmados antes de 01 de janeiro de 1958 ou, para Estados em processo de adesão, antes da data de sua adesão, entre um ou mais Estados Membros de um lado e um ou mais terceiros países de outro, não deverão ser afetados pelas disposições deste Tratado.

(2) Na medida em que tais tratados não forem compatíveis com este Tratado, o Estado Membro ou os Estados envolvidos deverão tomar todas as medidas apropriadas para eliminar as incompatibilidades estabelecidas. Os Estados Membros devem, quando necessário, auxiliar-se mutuamente para esse fim e, quando apropriado, adotar medidas comuns.

19 LAVRANOS, N. *Bilateral Investment Treaties (BITs) and EU law*. ESIL Conference 2010, p.9-10. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1683348>. Acesso em: 01 set. 2012.

20 Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72640&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1834826>>. Acesso em: 01 set. 2012.

21 Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72641&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1834894>>. Acesso em: 01 set. 2012.

22 Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=73856&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=73856>>.

novembro de 2009, envolvendo a Finlândia, onde entendeu que: (a) os tratados bilaterais de investimento firmados por Áustria, Suécia e Finlândia permaneciam, em princípio, não afetados pelas obrigações de direito comunitário subsequentes, nos termos do art.307, par.1, do TUE²³; e que (b) a cláusula de livre transferência de capitais contida nos referidos tratados era, em princípio, consistente com o direito comunitário.

Não obstante, considerou a Corte que a falta de disposição prevendo a possibilidade de impor restrições imediatas sobre a livre transferência de capitais era incompatível com o Tratado da União Europeia, devendo tal incompatibilidade, por conseguinte, ser eliminada.

Conforme Lavranos²⁴, embora o Conselho da União Europeia possa adotar medidas unilaterais restritivas em relação a terceiros Estados, inclusive no âmbito dos tratados bilaterais de investimento firmados entre Estados Membros e terceiros países, o certo é que a decisão da Corte de Justiça da UE foi tomada independentemente do fato de que o Conselho tenha atuado nesse sentido.

Por isso, segundo o autor, a Corte de Justiça deu uma clara demonstração de seu entendimento de que o direito comunitário constitui a lei suprema para os Estados Membros, não podendo ser secundado nem mesmo por obrigações contraídas no plano do direito internacional, ainda que anteriores à acessão de um Estado à União Europeia.

Além disso, critica a adoção pela Corte de um entendimento demasiado abrangente quanto à caracterização de conflito com o direito comunitário, na medida em que admite a hipótese de “incompatibilidade hipotética”, ou seja, estará caracterizado o conflito quando o tratado bilateral de investimento contiver cláusula que esteja em desacordo com o direito comunitário, ainda que não haja um conflito materializado no plano concreto. Em tal hipótese, a obrigação dos Estados Membros de eliminar os “conflitos” ficaria sobremaneira ampliada, sendo que, em caso de não supressão do conflito, o tratado deveria ser denunciado.

Aduz o autor, a propósito, que os Estados Membros têm sido bastante críticos em relação a tal proposta, sugerindo eles que seja adotado um sistema de substituição, pelo qual um tratado bilateral de investimento só seria terminado na hipótese em que a União Europeia viesse a ratificar um tratado bilateral de investimento ou um acordo de livre comércio

id=1834939>. Acesso em: 01 set. 2012.

²³ Vide nota de rodapé n.18.

²⁴ LAVRANOS, op.cit.,p.20

com capítulo de investimento. Apenas um sistema assim permitiria uma transição suave da competência dos Estados Membros para a União, garantindo segurança jurídica aos investidores estrangeiros.

Alerta Schicho²⁵ que tal obrigação se coloca para todos os Estados, na medida em que, ao apreciar os casos anteriormente citados, a Corte Europeia declarou explicitamente que a incompatibilidade identificada entre os tratados levados à apreciação daquela Corte e o direito comunitário não estava limitada aos Estados Membros réus naqueles julgamentos. Nesse sentido, os tratados de todos os Estados Membros necessitariam ser alterados para incluir cláusula de integração econômica regional, que dispõe sobre a possibilidade da União Europeia impor restrições ao movimento de capitais quando necessário.

Na sequência, também importante relevar a proposta no sentido da obrigatoriedade de revisão de todos os tratados notificados por um Estado Membro à Comissão Europeia e a possibilidade de retirada da autorização de manutenção de um tratado, nas seguintes hipóteses:

- a) quando este conflitar com o direito da UE;
- b) quando se sobrepuser, parcial ou totalmente, com um tratado da União em vigor com um terceiro país e esta sobreposição não for objeto de previsão no tratado da União;
- c) quando um tratado conflitar com as políticas da União em relação a investimentos, incluindo, em particular, a Política Comercial Comum;
- d) ou, ainda, quando o Conselho não tomar nenhuma decisão autorizando a abertura de negociações com relação a investimentos no período de um ano a contar da submissão de uma recomendação pela Comissão, nos termos do art.218, par.3 do TFUE²⁶.

²⁵ Schicho, op.cit.,p.15

²⁶ Art.218 (2) do TFUE. O Conselho deverá autorizar a abertura de negociações, adotar diretivas de negociação, autorizar a conclusão de tratados e concluí-los.

(3) A Comissão ou o Alto Representante da União para Relações Exteriores e Política de Segurança, quando o tratado visado se relacionar exclusiva ou principalmente a política de segurança ou política exterior comum, deverá submeter recomendações ao Conselho, que deverá adotar decisão autorizando a abertura de negociações e,

Com relação ao item “b”, refere Schicho²⁷ que o critério da mera superposição tem sido criticado, pois não significa necessariamente que acarrete incompatibilidade com o direito comunitário e, por consequente, iria além do quanto necessário ao processo de revisão.

Quanto ao item “c”, aduz ser um dos pontos potencialmente mais contenciosos, pois, segundo entendimento da Comissão Europeia, um tratado poderá constituir obstáculo à política de investimento da União Europeia quando a sua mera existência minar o desejo de um terceiro país em negociar com a União. Baseado em tal premissa, a Comissão teria uma larga margem de discricionariedade para “atacar” tratado de um Estado Membro da UE com terceiros países com quem a União desejasse negociar, razão por que tal proposta tem sido criticada, principalmente por sua vagueza.

Por fim, em relação ao item “d”, Lavranos²⁸ comenta que tal proposta é comumente referida como “disposição de chantagem”, pois prevê que, na hipótese do Conselho não dar à Comissão mandato para negociar um tratado bilateral de investimento ou acordo de livre comércio, nas hipóteses do art.218, par.3, do TFUE, a Comissão poderia, então, punir os Estados Membros pela falha, retirando sua autorização para manutenção de um tratado.

A seu turno, o Parlamento Europeu veio a adotar Posicionamento e expedir Resolução, em maio de 2011, propondo emendas relativamente à proposta efetuada pela Comissão Europeia, conforme se pode verificar de documento constante do sítio eletrônico do Parlamento Europeu²⁹.

Entre as proposições efetuadas, cabe destacar as que seguem:

dependendo do assunto do tratado visado, indicar o negociador da União ou o chefe da delegação negociadora da União.

27 SCHICHO, op.cit., p.19.

28 LAVRANOS, op.cit., ESIL Conference 2010. p.18.

29 EUROPEAN PARLIAMENT. *Position of the European Parliament legislative resolution of 10 May 2011 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries*. Mai.2011. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0206&language=EN&ring=A7-2011-0148>>. Acesso em: 01 set. 2012.

- a) que a revisão dos TBIs notificados pelos Estados Membros não seja de caráter *obrigatório* para a Comissão Europeia, assim como foi proposto por esta;
- b) que a possibilidade de retirada de autorização para manutenção do TBI de um Estado Membro deva se dar, entre outros, quando o TBI do Estado Membro constituir um *sério* obstáculo à conclusão de futuros tratados sobre investimentos entre a União Europeia e terceiros países;
- c) quando a Comissão entender que há motivos para retirar a autorização de manutenção do TBI de um Estado Membro, aquela deve incluir, nas consultas que mantiver com esse Estado, a possibilidade de que esse Estado possa renegociar o TBI dentro de um determinado prazo;
- d) quando o processo de consultas entre a Comissão e um Estado Membro não der resultados dentro de um determinado prazo, a Comissão poderá retirar a autorização para manutenção do TBI desse Estado Membro ou, quando apropriado, recomendar ao Conselho da UE que autorize a negociação de um tratado da União sobre investimentos, nos termos do art.207, par.3, do TFUE;
- e) quando um Estado Membro notificar à Comissão sua intenção em concluir um novo tratado sobre investimentos com um terceiro país, a Comissão deverá consultar os outros Estados Membros dentro de 30 dias para determinar se haveria valor agregado em ter um acordo sobre investimentos da União com aquele terceiro país.

No referido documento, o Parlamento Europeu transmite sua posição ao Conselho da UE, aos parlamentos nacionais e à Comissão Europeia, convidando esta última a endereçar a matéria novamente ao Parlamento, caso pretenda emendar materialmente sua proposta ou substituí-la por outro texto.

A seu turno, o Conselho da UE veio a debater o assunto em reuniões realizadas em 13 de maio de 2011 e 16 de março de 2012.

Em seu Comunicado de Imprensa relativo à Reunião do Conselho nº 3086³⁰, de maio de 2011, o Conselho afirma que possui dois objetivos: o de

30 COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Foreign Affairs/Trade. Press Release. 3086th Council Meeting. Mai.2011. Disponível em: <<http://www.consilium>

garantir o máximo de segurança jurídica possível e máxima proteção para os investidores da UE, além de manter a União Europeia como destino preferencial de investimento estrangeiro direto. Nesse sentido, salientou sua intenção de perseguir um entendimento com o Parlamento Europeu, de forma a adotar um regulamento para os TBIs o quanto antes possível.

Já mais recentemente, em seu Comunicado de Imprensa relativo à Reunião do Conselho nº 3154³¹, de março de 2012, o Conselho parabeniza o progresso feito até o momento, em especial o fato da Comissão Europeia estar buscando um acordo informal que possibilite a superação das divergências remanescentes entre Parlamento Europeu e Conselho da UE.

3 DA COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO EUROPEIA SOBRE UMA POLÍTICA DE INVESTIMENTOS INTERNACIONAL COMPREENSIVA PARA A UNIÃO EUROPEIA

Conforme explicita a Comissão Europeia, em sua “Comunicação sobre uma Política de Investimentos Internacional Compreensiva para a União Europeia”³², de julho de 2010, dirigida ao Conselho da UE, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Econômico e Social e ao Comitê das Regiões, até o presente momento, a União e os Estados Membros vinham atuando separada e complementarmente com relação ao tema de investimentos. Enquanto os Estados focavam na promoção e proteção de todas as formas de investimento, a Comissão Europeia elaborava uma agenda de liberalização focada no acesso a mercados para investimento direto.

O objetivo da referida Comunicação é lançar a pedra fundamental para uma futura política de investimentos uniforme para toda a União Europeia. Nessa, a Comissão “explora como a União pode desenvolver uma política de investimento internacional que incremente a competitividade da União Europeia e contribua para um crescimento sustentável, inclusivo e acelerado, tal como disposto na Estratégia para a Europa 2020”.

europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/121987.pdf>. Acesso em: 27.09.2012.

31 COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Foreign Affairs/Trade*. Press Release. 3154th Council Meeting. Disponível em: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/129029.pdf>. Acesso em: 01/09/2012.

32 Vide Comunicação COM (2010) 343, de 07.07.2010 . Nota de rodapé n.10.

A propósito, em entendendo que uma política de investimento internacional uniforme compreensiva precisa bem endereçar as necessidades do investidor, do momento do planejamento ao estágio da obtenção de lucros (ou seja, do pré ao pós-estabelecimento), assinala que a política comercial deverá buscar a integração entre liberalização comercial e proteção a investimentos.

Também é salientado que, enquanto a proteção ao investimento e a liberalização constituem elementos-chave de uma política de investimentos internacional uniforme, ainda haverá um espaço significativo para que os Estados Membros busquem e implementem políticas de promoção de investimentos que complementem a política da União.

A Comissão enfatiza que o cerne da atuação da União deve ser a persecução de resultados melhores do que aqueles que seriam obtidos individualmente por cada Estado Membro, separadamente, e que a adoção de um modelo único de tratado para todas as negociações com terceiros países não seria factível, nem desejável, devendo a União levar em consideração o contexto específico de cada negociação.

A propósito, são lançados os princípios e parâmetros gerais que se pretende ver seguidos em futuras negociações, a saber:

- a) critério para seleção de países parceiros: o nível atual de comércio e fluxos de investimentos deve ser determinante na definição das prioridades para as negociações da União Europeia;
- b) efetividade do investimento estrangeiro direto: é importante que uma política de investimento internacional uniforme permita não só a realização de investimentos diretos, mas que também possibilite e proteja todas as operações que estejam conectadas a tais investimentos e os tornem possíveis na prática, a exemplo da possibilidade de realização de transferências de capitais e pagamentos, proteção a bens intangíveis etc;
- c) padrões de proteção ao investimento: tradicionalmente, nas negociações de investimentos, a União recorre ao princípio da não-discriminação como regra substantiva de proteção ao investimento, em suas duas facetas: o princípio da nação mais favorecida e o princípio do tratamento nacional, ambos

standards relativos. A par da manutenção do princípio da não discriminação como elemento-chave nas negociações de investimentos, a União Europeia também deve ter como inspiração outros *standards* de tratamento que tem sido usualmente utilizados pelos Estados Membros da UE em suas negociações, tais como “tratamento justo e equitativo”, “proteção e segurança plena” e proteção a direitos contratuais concedidos pelo estado receptor do investimento a um investidor (“cláusula guarda-chuva”)³³.

- d) execução de compromissos relativos a investimento: o principal objetivo da União Europeia é assegurar a efetiva exequibilidade das disposições sobre investimento. Nesse sentido, os tratados da União que tratem de proteção a investimentos devem incluir cláusula de resolução de disputas investidor-Estado. Tal orientação acarretará a necessidade de adaptar as estruturas atuais, na medida em que, exemplificativamente, a Convenção sobre Resolução de Disputas entre Estados e Nacionais de outros Estados (Convenção de Washington), não está aberta para assinatura e ratificação, senão para Estados membros do Banco Mundial ou Estados parte do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, não se qualificando a União Europeia sob nenhum aspecto.
- e) responsabilidade internacional: tendo em vista a competência externa exclusiva a propósito da política de investimento internacional, as medidas dos Estados Membros da UE, que afetem investimentos de terceiros que gozem de proteção de um tratado internacional, deverão ser defendidas pela União Europeia, através da Comissão.

A Comunicação, com a proposta da Comissão, foi objeto de apreciação pelo Conselho de Relação Exteriores da UE, em 10 de setembro de 2010, tendo sua Presidência proposto uma minuta com as

³³ Além disso, outras cláusulas também deverão ser perseguidas, a saber: cláusulas que exijam dos Estados receptores de investimento determinadas condições para o exercício do direito de desapropriação (tais como a observância do princípio da não-discriminação, bem como da proporcionalidade para atingir propósitos legítimos), cláusulas que estejam ajustadas ao modo como a União e os Estados Membros regulam suas atividades econômicas dentro da União Europeia, e cláusulas que se ajustem aos princípios e objetivos da ação externa da União Europeia, incluindo a promoção do estado de direito, direitos humanos e desenvolvimento sustentável (nesse sentido, a Comissão aponta como guia as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais como importante instrumento a ser observado).

“Conclusões do Conselho”³⁴, as quais foram, ainda em setembro de 2010, endossadas pelo Comitê de Política de Comércio.

Em grandes linhas, o Conselho da UE apoia o objetivo de que a União Europeia possua uma política de investimentos internacional uniforme e que mantenha sua posição de maior fonte e destino de investimento estrangeiro direto mundial³⁵.

A seu turno, o Parlamento Europeu aprovou uma moção de Resolução³⁶, em maio de 2011, em que salienta que a Comunicação da Comissão Europeia focou extensivamente na proteção ao investidor e que deveria ter tratado melhor do direito de regular do poder público, bem como do dever da União Europeia de promover políticas públicas e sintonia com a busca do desenvolvimento.

Nesse sentido, conclamou a Comissão a levar em consideração as lições aprendidas em todas as searas de negociação, em particular aquelas advindas das fracassadas negociações havidas no âmbito da OCDE relativas ao Acordo Multilateral sobre Investimentos. Outrossim, fazendo menção à falta de uniformidade entre os TBIs dos Estados Membros da UE, solicita que Comissão expeça, o quanto antes possível, um regulamento não-

34 COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Draft Council Conclusions on a comprehensive European international investment policy. Out.2010. Disponível em:

35 Mais particularmente, o Conselho da UE: a) recomenda a adoção de determinados critérios para seleção dos parceiros da União Europeia e salienta a necessidade de que se adote um marco legislativo que autorize os Estados Membros da UE a negociar e concluir tratados de investimento com terceiros países, quando não haja pretensão da União Europeia em firmar tratado com esses países; b) concorda com a visão da Comissão Europeia sobre as opções de tratados a celebrar (tratados compreensivos ou tratados de investimento), tendo como critério o maior acesso a mercados não-europeus e o aumento da proteção para o investidor europeu; c) salienta a necessidade de inclusão de determinados standards de proteção de investimento nos tratados; d) reconhece a importância da dimensão social e ambiental do IED e dos direitos e obrigações do investidor, ao passo que enfatiza a contribuição de organizações internacionais para a política de investimentos da UE, principalmente no campo da responsabilidade social corporativa; e) considera essencial que o principal foco dos TBIs continue a ser a efetiva e ambiciosa proteção do investimento e acesso a mercados; f) entende que a nova política de investimentos deve ser guiada por princípios e objetivos da ação externa da União; e g) salienta a necessidade de previsão de um mecanismo efetivo de resolução de disputas investidor-Estado.

36 EUROPEAN PARLIAMENT. Motion for a European Parliament Resolution on the future European international investment policy. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2011-0070&language=EN>>. Acesso em: 27.09.2012.

vinculante que oriente as negociações dos Estados Membros de forma a assegurar certeza e consistência em relação ao tema.

No que tange ao aspecto material da proposta, bem como ao procedimento a ser seguido para sua aprovação, há alguns aspetos importantes a serem salientados.

O primeiro deles diz respeito à abrangência das matérias que podem ser tratadas. A propósito, aponta Hermann³⁷ haver um grande consenso na doutrina no sentido de que o Tratado de Lisboa teria atribuído competência à União para dispor tão-somente sobre o investimento estrangeiro direto, tendo remanescido o tratamento do investimento em *portfolio* sob a competência dos Estados Membros, o que implicaria a necessidade de concluir “tratados mistos” (União e Estados Membros, em coparticipação), na hipótese de se pretender dispor sobre as duas espécies de investimento em um mesmo tratado.

Por outro lado, refere também o autor que não há consenso na doutrina quanto aos tipos de medidas de investimento (acesso a mercados, pós-estabelecimento e proteção contra desapropriação) que deveriam integrar competência para o investimento estrangeiro direto, dado que o tema é parte da Política Comercial Comum. Não obstante tal dissenso, muitos doutrinadores entendem que a interpretação deverá se extensiva, abarcando as 03 espécies de medidas³⁸.

Para Lavranos³⁹, a Comunicação foi formulada em termos bastante gerais, sugerindo que a competência da União se estenderia a todos os aspectos regulados pelos tratados bilaterais de investimento. Nesse contexto, refere que tal Comunicação conclui que a União deveria representar a UE e seus Estados Membros internacionalmente com relação a todas as questões envolvendo o IDE, incluindo TBIs. Não obstante, aduz que muitas questões não foram tratadas, tais como

37 HERMANN, Christoph. *The Treaty of Lisbon Expands the EU's External Trade and Investment Powers*. Set.2010. Disponível em: <<http://www.asil.org/files/insight100921pdf.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2012.

38 De acordo com o autor, a competência em relação ao tema do comércio de serviços e aspectos comerciais sobre direitos da propriedade intelectual, anteriormente compartilhada com os Estados Membros, também migrou para a União através do Tratado de Lisboa. Já no que tange aos temas de estabelecimento e livre movimento de capitais, a antiga Comunidade Europeia já dispunha de alguns poderes legislativos nessas áreas.

39 Op.cit., ESIL Conference 2010, p.19.

definição de investidor e investimento, regime de desapropriação, procedimento de resolução de disputas, o papel da Corte de Justiça Europeia vis-à-vis as arbitragens internacionais etc.

Mais recentemente, por ocasião da veiculação de proposta sobre alocação de responsabilidade financeira no âmbito da União Europeia em decorrência de decisões arbitrais desfavoráveis, a Comissão Europeia veio a externar seu entendimento sobre quais as matérias devem estar compreendidas na competência da União no que respeita o tema do investimento estrangeiro⁴⁰.

Nesse sentido, a Comissão aduziu que a União possui competência para firmar tratados cobrindo todas as matérias que se relacionem a investimento estrangeiro, compreendendo tanto o investimento estrangeiro direto, quanto o investimento em portfólio⁴¹.

Nessa linha, defende que a competência da União cobre todos os *standards* previstos nos textos de proteção ao investimento, incluindo desapropriação (isso incluiria os *standards* relativos a pós-estabelecimento, tais como os princípios de tratamento nacional e nação mais favorecida, tratamento justo e equitativo e proteção contra desapropriação sem compensação).

Outro aspecto importante a ser destacado diz respeito à expansão do processo de codecisão legislativa entre o Conselho da UE e o Parlamento Europeu, como medida de mitigação ao déficit democrático⁴²

40 Vide Comunicação COM (2012) 335, de 21.06.2012, da Comissão Europeia junto à nota de rodapé n.11 supra, em particular o Memorando Explanatório que acompanha a proposta da Comissão quanto a um “Regulamento estabelecendo um marco regulatório para gerenciamento da responsabilidade financeira relacionada a [decisões de] tribunais de resolução de disputas investidor-Estado previstos em acordos internacionais dos quais a União Europeia é parte”.

41 Este entendimento decorre da interpretação conjunta que a Comissão faz do artigo 63 do TFUE – que dispõe que o movimento de capitais entre os Estados Membros da UE e terceiros países deve ser livre de restrições – e do artigo 3, par.2, do TFUE – que dispõe haver competência exclusiva da União quando regras inseridas em tratados internacionais puderem afetar regras comuns ou alterar seu campo de abrangência. Outrossim, argumenta que as regras relativas a investimento estrangeiro (as quais se aplicam indistintamente ao investimento em portfólio), podem afetar as regras comuns ao movimento de capital dispostas no art.63 do TFUE.

42 Segundo consta do sítio eletrônico da União Europeia, o “déficit democrático” constitui um conceito invocado sob o argumento de que a União Europeia e seus vários órgãos sofrem de falta de democracia e parecem inacessíveis ao cidadão ordinário em razão da complexidade do seu *modus operandi*. Os Tratados de Maastricht, Amsterdam e Nice deram contribuições à mitigação do déficit democrático. O Tratado de Lisboa deu continuidade a esse processo, fortalecendo os poderes

existente na União Europeia. A esse propósito, verifica-se a atribuição de nova competência ao Parlamento Europeu no processo legislativo ordinário da União, adotado para a implementação da Política Comercial Comum (que compreende o investimento estrangeiro direto).

Com efeito, o Parlamento Europeu, que anteriormente só era ouvido sobre Política Comercial Comum quando a Comissão Europeia assim o oportunizasse, passa a ter voz ativa em todas as matérias relacionadas àquela, a partir do Tratado de Lisboa. Nesse sentido, assim dispõem os artigos 207 e 294 do TFUE:

Artigo 207

(2). O Parlamento Europeu e o Conselho, agindo através de regulamentos de acordo com o *procedimento legislativo ordinário*, deverão adotar medidas que definam o quadro para implementação da política comercial comum. (grifo nosso)

Artigo 294

(1) Quando for feita referência nos Tratados ao *procedimento legislativo ordinário* para a adoção de um ato, os seguintes procedimentos deverão ser adotados.

(2) *A Comissão deverá submeter uma proposta ao Parlamento Europeu e ao Conselho.* (grifo nosso)

Conforme Hermann⁴³, a expansão da participação do Parlamento terá inegável impacto no processo de construção da política de comércio da União Europeia, dado o fato de que o Parlamento é usualmente muito mais sensível às demandas ambientais e de política social externadas por organizações não governamentais e outras, em particular quando contemplem os objetivos de política pública da ação externa da União Europeia que ora orientam a condução da política comercial comum.

do Parlamento Europeu em relação às matérias legislativa e orçamentária e deu poderes a esse para exercer um controle político efetivo sobre a Comissão Europeia através do procedimento de indicação do Presidente da Comissão. Disponível em <http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/democratic_deficit_en.htm>. Acesso em: 01/09/2012.

43 Op.cit.

4 DA PROPOSTA DE UM REGULAMENTO PARA GERENCIAR A ALOCAÇÃO DA RESPONSABILIDADE FINANCEIRA RELACIONADA A DECISÕES DESFAVORÁVEIS PROFERIDAS POR TRIBUNAIS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS INVESTIDOR-ESTADO PREVISTOS NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DOS QUAIS A UNIÃO EUROPEIA É PARTE

A mais recente iniciativa da Comissão Europeia na definição de uma política de investimentos para a União Europeia diz respeito à proposta efetuada, em junho de 2012, ao Parlamento Europeu e ao Conselho da UE, para estabelecimento de um marco regulatório para gerenciar a responsabilidade financeira decorrente de decisões arbitrais proferidas em desfavor da União Europeia.

O princípio central da proposta de Regulamento consiste na ideia de que a responsabilidade financeira decorrente de resolução de disputas mediante arbitragem investidor-Estado deve ser atribuída àquele que der origem ao ato contestado, seja a União, seja um Estado-Membro da UE, e independentemente de quem conste do polo passivo da arbitragem. Nos casos em que o ato for praticado por um Estado Membro da UE por exigência da União, entende a Comissão que o ônus deveria recair sobre a União.

Além disso, outros 3 princípios orientam o mecanismo de alocação de responsabilidade financeira, quais sejam: a) tal alocação deve ser neutra para a União do ponto de vista orçamentário, é dizer, a União só deverá suportar o ônus quando der origem ao ato contestado; b) o investidor estrangeiro não deve ser prejudicado em razão da existência de dúvidas sobre a alocação da responsabilidade financeira, ou seja, primeiro se deve indenizar o investidor e, posteriormente, decide-se a quem cabe o ônus pela indenização; e c) o mecanismo deverá observar os princípios fundamentais que orientam a ação externa da União Europeia, tal como estabelecido nos Tratados da UE e na jurisprudência da Corte de Justiça da UE, em particular a unicidade da representação externa e a cooperação sincera entre União e Estados Membros.

Particularmente no que tange à questão sobre quem deve figurar no polo passivo de uma arbitragem investidor-Estado em que se alegue uma violação a disposição constante de tratado internacional que se insira no âmbito da competência exclusiva da União, a Comissão sustenta posicionamento no sentido de que, em princípio, a União deve fazê-lo, mesmo se tal violação partir do ato praticado por um Estado Membro, sendo possível, outrossim, nos termos do artigo 2, par.1, do

TFUE⁴⁴, que a União atribua poderes ao Estado Membro para tal fim, em determinadas circunstâncias, dada a possibilidade de significativo impacto que algumas demandas possam ter sobre o orçamento da União.

Por outro lado, quando o ato for praticado por um Estado Membro da UE, este deve ser autorizado pela União a figurar no polo passivo da arbitragem, exceto em hipóteses em que o interesse da União exija de modo contrário.

Ainda, entende que a hipótese de que União e Estado Membro figurem como corréus não seria adequada ao mecanismo da arbitragem investidor-Estado.

Outrossim, salienta a Comissão a importância de disciplinar as situações em que a União for considerada responsável, notadamente em que termos se dará o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais em face da União Europeia, dado o fato de que esta não é signatária da Convenção de Nova Iorque para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais, de 1958, nem da Convenção de Washington sobre Resolução de Disputas de Investimento entre Estados e Nacionais de Outros Estados, de 1965⁴⁵.

Por fim, registre-se que referida proposta ainda será objeto de análise e pronunciamento por parte do Parlamento Europeu e da Conselho da UE, devendo ser ressaltado que sua preparação levou em consideração as opiniões colhidas em diversas reuniões mantidas com representantes daquelas Instituições.

5 CONCLUSÃO

O Tratado de Lisboa introduziu uma grande alteração no processo legislativo e de celebração de tratados internacionais envolvendo a União Europeia e seus Estados Membros no tocante ao tema do investimento

44 Art.2 (1) do TFUE. Quando os Tratados conferirem à União competência exclusiva numa área específica, apenas a União poderá legislar e adotar atos legalmente vinculantes, estando os Estados Membros aptos a fazê-lo somente quando assim autorizados pela União ou para a implementação de atos da União.

45 No presente momento, nas hipóteses de execução contra bens da União, deverá o investidor recorrer à Corte de Justiça da União Europeia, consoante dispõe o artigo 1º do Protocolo nº 7 sobre Privilégios e Imunidades da União Europeia, verbis: “A propriedade e bens da União não se sujeitarão a nenhuma medida legal ou administrativa de constrição sem a autorização da Corte de Justiça”.

estrangeiro direto e assuntos que lhe são conexos, haja vista a migração do tema da competência dos Estados Membros para a seara da Política Comercial Comum, de competência exclusiva da União.

Assim, o tema que era antes sujeito ao regramento de cada Estado Membro da UE, individualmente, deverá agora ser disciplinado pela União, através do procedimento legislativo ordinário, cabendo a iniciativa das propostas à Comissão Europeia, e sua aprovação, ao Parlamento Europeu e ao Conselho da União Europeia.

A propósito, importante chamar a atenção para o importante papel atribuído ao Parlamento Europeu a partir do Tratado de Lisboa. Com efeito, visando a mitigar o déficit democrático na União Europeia, entendeu-se por bem expandir o processo de codecisão legislativa, tendo sido outorgada voz ativa ao Parlamento Europeu nas matérias submetidas ao procedimento legislativo ordinário da União, adotado para a implementação da Política Comercial Comum, que compreende a matéria relativa ao investimento estrangeiro direto.

Por conseguinte, espera-se uma atuante participação do Parlamento Europeu no processo legislativo, fazendo um contraponto às posições defendidas pela Comissão Europeia e pelo Conselho da UE - ambas instituições de carácter supranacional - na medida em que, dada sua maior representatividade junto ao cidadão europeu, maior será sua sensibilidade a demandas sociais e ambientais.

Foi neste novo terreno que a Comissão Europeia efetuou três propostas com vistas à regulamentação do investimento estrangeiro direto e assuntos conexos.

A primeira e mais premente proposta diz respeito ao estabelecimento de um regime transitório para os mais de 1200 tratados internacionais firmados pelos Estados Membros da UE até que esses venham a ser substituídos, progressivamente, por tratados da União.

Com efeito, tal proposta se impunha na medida em que a União Europeia constitui, na atualidade, a maior fonte e o maior destino de investimento estrangeiro direto no mundo, sendo certo o grande papel desempenhado pelo investimento estrangeiro direto na promoção do desenvolvimento e crescimento social e econômico dos países, fator este importantíssimo, mormente neste momento de crise na zona do euro.

Quanto à segunda proposta, trata esta de lançar a base para uma política de investimentos internacional uniforme para a União Europeia, devendo orientar tanto as negociações de tratados a serem firmados pela União, quanto de tratados a serem firmados pelos Estados Membros da UE, seja para adequar seus tratados em vigor às normas comunitárias, seja para celebrar novos tratados com terceiros países nas hipóteses em que não haja interesse da União em celebrar tratados com tais países.

Já a última proposta diz respeito ao estabelecimento de um marco regulatório para disciplinar quem deverá figurar no polo passivo das arbitragens investidor-Estado contra a União Europeia (se a União ou algum Estado Membro) e a quem será atribuído o ônus financeiro nas hipóteses de decisões arbitrais proferidas em desfavor da União Europeia.

Todas essas propostas ainda se encontram em tramitação, estando as duas primeiras em estágio mais avançado, devendo dentro em breve ser finalmente aprovadas.

A propósito, reputamos importante o conhecimento da vindoura legislação comunitária relativa ao investimento estrangeiro direto e assuntos conexos - cujas linhas gerais já foram externadas por meio das propostas da Comissão e pronunciamentos do Parlamento e Conselho - tendo em vista a direta influência que terá nas negociações entre Mercosul e União Europeia com vistas ao estabelecimento de uma área de livre comércio inter-regional.

REFERÊNCIAS

BUNGENBERG, Marc. *Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon*. 2010. Disponível em: <<http://www.springerprofessional.de/spmblob/2194296/bodyRef/006---going-global-the-eu-common-commercial-policy-after-lisbon.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2012.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Draft Council Conclusions on a comprehensive European international investment policy*. Out.2010. Disponível em: <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/st14/st14373.en10.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2012.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Foreign Affairs/Trade. Press Release. 3086th Council Meeting*. Mai.2011. Disponível em: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/121987.pdf>. Acesso em: 01 set. 2012.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. *Foreign Affairs/Trade. Press Release. 3154th Council Meeting*. Mar.2012. Disponível em: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/EN/foraff/129029.pdf>. Acesso em: 01 set. 2012.

EECKHOUT, Piet. *Investment Treaties and EU law*. Jul.2009. Disponível em: <<http://www.ejiltalk.org/investment-treaties-and-eu-law/>>. Acesso em: 01 set. 2012.

EUROPEAN COMISSION. COM (2010) 343. *Communication from the Comission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Commitee and the Committee of the Regions. Towards a comprehensive European international investment policy*. Jul.2010. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/may/tradoc_147884.pdf>. Acesso em: set. 2012.

EUROPEAN COMISSION. Memorandum. *Comission lauches comprehensive European international investment policy*. Jul.2010. Disponível em: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=590&serie=354&langId=en>>. Acesso em: 01 set. 2012.

EUROPEAN COMISSION. Press Release. *EU takes key steps to provide legal certainty for foreign investors*. Jun.2012. Disponível em: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=808>>. Acesso em: 01 set. 2012.

EUROPEAN COMISSION. COM (2012) 335. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for managing financial responsibility linked to investor-state dispute settlement tribunals established by international agreements to which the European Union is party*. Jun.2012. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/june/tradoc_149567.pdf>. Acesso em: 01 set. 2012.

EUROPEAN COMISSION. COM (2010) 344. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries*. Jul.2010. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/july/tradoc_146308.pdf>. Acesso em: 01 set. 2012.

EUROPEAN COMISSION. Trade Topics. *Investment*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/investment/>>. Acesso em: 01 set. 2012.

EUROPEAN PARLIAMENT. *Motion for a European Parliament Resolution on the future European international investment policy*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2011-0070&language=EN>>. Acesso em: 01 set. 2012.

EUROPEAN PARLIAMENT. *Position of the European Parliament legislative resolution of 10 May 2011 on the proposal for a regulation of the European Parliament*

and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries. Mai.2011. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0206&language=EN&ring=A7-2011-0148>>. Acesso em: 01 set. 2012.

GRAHAM, Eduard M.; KRUGMAN, Paul R. *The Surge in Foreign Direct Investment in the 80s.* Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c6532.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2012

HJÄLMROTH, Carolinn; WESTERBERG. *A Common investment policy for the EU.* 2010. Disponível em: <<http://www.kommers.se/upload/Analysarkiv/In%20English/Analyses/LS%20Investments.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2012.

HERMANN, Christoph. *The Treaty of Lisbon Expands the EU's External Trade and Investment Powers.* Set.2010. Disponível em: <<http://www.asil.org/files/insight100921pdf.pdf>>. Acesso em> 01 set. 2012.

KALICKI, J.; MEDEIROS, S. Investment arbitration in Brazil: revisiting Brazil's reluctance towards ICSID, BITs and investor-state arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 14, p.57-86, jul-set, 2007.

LAVRANOS, N. *Bilateral Investment Treaties (BITs) and EU law.* ESIL Conference 2010. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1683348>. Acesso em: 01 set. 2012.

_____. *New Developments in the Interaction between International Investment Law and EU Law.* Dez.2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1724185>. Acesso aos 01 set. 2012.

SCHICHO, Luca. *Member States BITs after the Treaty of Lisbon: Solid Foundation or First Victims of EU Investment Policy?* Fev.2012. Disponível em <http://www.coleurope.eu/sites/default/files/researchpaper/researchpaper_2_2012_schicho_final.pdf>. Acesso em: 01 set. 2012.

O CONCEITO DE “HARMONIZAÇÃO” EM ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS

THE CONCEPT OF “HARMONIZATION” IN TRANSNATIONAL LAW ORDERS

Paulo Antonio de Menezes Albuquerque
Procurador Federal – PF/Universidade Federal do Ceará (UFC)
Doutor em Direito pela Westfälische Wilhelms-Universität Münster
Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da Legislação Codificizante à “Era das Diretrizes”, 2 A Reconfiguração das Estruturas de Constitucionalidade em Ordens Jurídicas Transnacionais; 3 Conclusão: o Direito Transnacional e as Aporias da Harmonização; Referências.

RESUMO: A busca de uniformização e sistematização no direito europeu surge a partir de heranças históricas comuns, continuamente renovadas em sua configuração interna (dogmática, teoria) e externa (relações de territorialidade). A expansão global desse processo tornou o direito europeu um modelo de referência para a compreensão do surgimento de formas multi-cêntricas de produção normativa, por intermédio de novas estruturas e funcionalidades (transconstitucionalização) e ambiências socio-políticas (transnacionalidade) altamente complexas e de vasto potencial conflitivo. O texto busca delinear a lógica sistêmica inerente a tais relações, analisando as dicotomias e contradições envolvidas na modificação das relações tradicionais entre ordens privada e pública, assim como na “negociação” redefinidora de competências entre os diversos “centros” de produção jurídica (local, nacional, comunitária etc).

PALAVRAS-CHAVE: Sistematização no Direito Europeu. Transconstitucionalismo. Ordens Jurídicas Transnacionais.

ABSTRACT: The search for uniformization and sistematzation in European Law emerges from common and continuously renewed historical heritages, so as there are seen in internal (dogmatics, theory) as well as in internal (territorial relations) configurations. The global expansion of that process turned European law a reference model in order to understand the multi-central forms of normative production, by means of which new structure and functionalities (transconstitutionalization) and social-political milieus (trannatinality) of vast conflictive potentiality appear. The text searches to draw out the systemic logic which indo such relations, analyzing dichotomies involved in the modification of traditional relations between public and private orders, as well as in the redefining “negotiation” of competences among the several juridical production “centers” (local, national, communal etc).

KEYWORDS: Systematization in European Law. Transconstitutiona-lism. Transnational Law Orders.

INTRODUÇÃO

As tradições jurídicas de matriz europeia ocidental apresentam em sua trajetória histórica de formação e desenvolvimento uma série notável de estruturas em comum, a par de condicionantes e peculiaridades locais, conjunto que se reflete não somente no âmbito da política legislativa, da doutrina e da técnica de aplicação, mas também de forma peculiar no modo como serão explicadas e condensadas hermenêuticamente por seus protagonistas (teoria jurídica). Clássico exemplo desse processo são as variações do “paradigma” jusnaturalista, onde a busca de unidade reflexiva do direito andou passo a passo com projetos legiferantes ciclicamente alternantes entre o discurso de “ordem” e o de “revolução”, de acordo com as disputas de grupos e classes sociais pelo poder. Mas também as correntes do direito positivo em marcha de codificação refletiram, a seu tempo, uma polarização de sentido semelhante¹, abrigadas por elaborações jurídicas nacionais que surgiam com a pretensão de proceder a uma sistematização jurídica hegemônica, demarcando limites de ordens jurídicas “concorrentes”.

A busca de unidade e uniformização jurídicas toma novo corpo na época moderna, quando desponta a ideia de unidade orgânica do *ordenamento jurídico* como um conjunto de normas e diretrizes de aplicação do direito com natureza específica em relação a modos de manifestação normativa até então dominantes (moralidade, religião, direito das corporações etc), superando assim a concepção medieval de criação e manutenção de uma “ordem natural das coisas” e de sua correspondente multiplicidade de ordens jurídicas locais, sobrepostas de forma anárquica umas às outras. É nesse contexto que se consolida juridicamente a concepção internacionalista (já iniciada pelos autores do jusnaturalismo), pela qual os direitos nacionais projetar-se-iam no plano externo, a justificar a expansão do poder, seja espiritual-terreno (igreja), seja dos titulares com pretensão de soberania sobre territórios nacionais em formação.

Em tal contexto a matriz jusnaturalista revela-se metodologicamente inadequada, devido à ausência de formas organizacionais capazes de expressar uma unidade funcional de aplicação do direito, tendendo a buscar sua legitimação por meio de fórmulas solipsistas que remetem à existência prévia de um direito positivo (como bem viu a crítica kelsenia-

¹ Ou “dicotomização” em expressão epistemológica mais abrangente. Ver LLOMPART, José. *Dichotomisierung in der Theorie und Philosophie des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

na) ou a uma moralidade particularista, altamente suscetível à manipulação política (de que serve de exemplo extremo no século XX o nazismo e sua doutrina do “Lebensraum”). Daí que o discurso jusnaturalista revisita-se frequentemente de um viés “negativista” diante de um mundo “impuro”, impossibilitador das “verdadeiras essências”, embora tenha tido o potencial de despertar para a possibilidade de construções comuns, relações normativas de hierarquização/escalonamento e sistematização das ordens jurídicas – herança esta que certamente estará presente na análise de Kelsen sobre as relações de continuidade entre direito nacional e direito internacional, como lembra BRUNKHORST.²

É somente a partir do momento que o Estado moderno alcança sua consolidação por meio de estruturas burocráticas especializadas, centralizadas e articuladas entre si, tendo como referencia de criação e regulação normativas um conjunto de profissões jurídicas institucionalizadas como parte da resolução oficial de conflitos, que se pode falar propriamente de ordenamentos jurídicos nacionais. A própria concepção de ordenamento jurídico afirma-se justamente pelo uso de formas jurídicas do direito romano-germânico “renascido”, a legitimar a busca de um suposto “espírito nacional” ou mesmo do culto do Estado como nova “religião civil”.³ Consolida-se, paralelamente, a reflexão jurídica como parte integrante da práxis de interpretação e aplicação, já que – em que pese a permanência inafastável da retórica na argumentação jurídica e o fato de ser a teoria fator significativo de “inflacionamento” cognitivo, fator que dificulta o reconhecimento de “paradigmas” jurídicos claramente distintos no tempo e no espaço – dispõe a teoria dos recursos inerentes a um patamar contrastante de observação, o que virá ao encontro do suprimento de “lacunas” como também à progressiva necessidade de regulação constitucional ampla das relações sociais e do planejamento programático da ação estatal, típicas do renovado modelo liberal de “estado de direito”. Esse processo atingirá ao paroxismo com o incremento da sociedade mundial na modernidade mais recente, estabelecendo interterritorialidades e formas mistas de

2 BRUNKHORST, Hauke. Constitutionalism and Democracy in the World Society, in: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (ed.). *The Twilight of constitutionalism?* Oxford, University Press, p.179-199, 2010.

3 Curiosamente tal processo ocorre paralelamente a uma “despolitização” das atividades jurídicas profissionais, referida por TARELLO, assim como uma destruição dos corpos sociais intermediários entre indivíduo e Estado. Ver TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna, Il Mulino, p.16- 27, 1976.

regulação jurídica em diversos planos: local, nacional, internacional e transnacional.⁴

O presente trabalho pretende empreender o reconhecimento teórico das lógicas envolvidas em tais processos mutuamente referentes de variação e busca de uniformização do direito, localizando-os na relativa desterritorialização frente ao formato estatal tradicional, fenômeno responsável pela tendência a formação de ordens jurídicas “transnacionais”, aqui examinadas pela perspectiva do fio condutor regulatório de uma “transconstitucionalidade” no direito contemporâneo.⁵ Trata-se portanto de examinar a experiência da construção de diretrizes e bases conceituais comuns (“harmonização”), desafiada pela constatação de um inter cruzamento complexo de direitos nacionais e “territorialidades” – tendo-se em mente de modo especial a União Européia, embora tais fenômenos não deixem de ocorrer, ainda que em menor grau de intensidade, também em outras ordens.

Busca-se entender, assim, com base na experiência histórica passada, como as classificações tradicionais da dicotomia público/privado e direito interno/direito estrangeiro vêm modificando-se, integrando diversos modos de “acoplamento operacional” do sistema jurídico a formas autônomas de produção da vida social (meios de comunicação, economia e política etc), sem que sejam dissolvidas diferenças identitárias próprios do sistema jurídico nem deixem de existir resistências, disputas e ambiguidades. Como é trivial reconhecer, situações complexas exigem grau semelhante de elaboração explicativa, notadamente quando se considera no caso os problemas multifacetários de integração normativa envolvidos, em escala local, regional, nacional, internacional e mesmo supranacional. Para tanto buscar-se-á reconhecer os contornos territoriais/temporais de aplicação do direito na atual fase de expansão global, de modo a traçar limites do que se poderia ser denominado de “compreensão pedagogicamente adequada” às condições de sua “harmonização”. Trata-se de reconhecer a existência mutuamente condicionante de contingências, contradições e conflitos, mas também de novas possibilidades de criação do direito, a desafiar os modelos tradicionais de explicação.

4 KRAWIETZ fundiu expressivamente o termo “glocal” para designar essas múltiplas intercessões. Cf. KRAWIETZ, Werner. *Glokalisierung der Rechtskommunikation?* Zum Globalisierungsdiskurs in der modernen Rechts- und Gemeinschaftstheorie (Editorial), in: *Rechtstheorie*, Berlin, Heft 35, p.XVII-XXI, 2004.

5 NEVES, Marcelo: *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

1 DA LEGISLAÇÃO CODIFICIZANTE À “ERA DAS DIRETRIZES”

A antiga metáfora grega de que a história do mundo seria um “eterno retorno” mostra-se também no campo da ciência do direito ilustrativa de que não há invenção capaz de ostentar plena originalidade. Assim é que mesmo as codificações modernas dos séculos XVIII/XIX – como fruto de um empreendimento de centralização administrativa e busca de coerência interpretativa na criação monopolizada estatal do direito – espelham-se na tradição romana e em sua posterior reelaboração medieval, na busca de unidade do direito normado como fórmula de racionalidade do que antes fora uma concepção medieval tomasiana acerca de uma ordem global, sustentada com base no afeto entre as criaturas:

Esta ideia de uma ordem global, auto-sustida por impulsos naturais e plurais constitui a chave para entender o lugar do direito nos mecanismos de regulação do mundo. Explica, desde logo, a proximidade e estreita relação entre mecanismos disciplinares que hoje são vistos como muito distantes (direito, religião, amor e amizade).⁶

Especial símbolo dessa busca de uniformização normativa do direito representa na antiguidade o empreendimento codificador de Justiniano, no auge do Império Romano do Oriente, ao enfrentar a condensação de fontes e elaborações conceituais diversas. A iniciativa envolveu, como recorda SCHIAVONE ⁷ o recurso a simplificações ou fusões forçadas de textos antigos, com uso de supressões, fusões ou reescrita de trechos inteiros, forma casuística de apropriação da obras de doutrinadores romanos antigos (as chamadas *iura*) já não mais compreendidos ou compreendidos apenas parcialmente, resultando em “enxertos” a mando do autocrático imperador. Dá-se assim uma dissociação hermenêutica no direito justinianeu, moldado originalmente no ocidente mas aplicado em um contexto oriental de influência grega, onde na realidade veio a fracassar.⁸

6 HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia*. Síntese de um milénio. Florianópolis, Fundação Boiteux, p.162, 2005.

7 SCHIAVONE, Aldo. Ius. *La invención del derecho em Occidente*. Córdoba: Ariana Hidalgo, p.22-23, 2009.

8 HESPANHA (op.cit., p.142-143), por sua vez, recorda a existência anterior de imitação da tradição codificadora romana mesmo entre os chamados povos bárbaros, quando o direito costumeiro destes chega a ser compilado nas denominadas *leges barbaorum*. Este reconhecimento à produção de direitos locais

O longo e prolífico interregno em que ocorre o “renascimento medieval do direito romano” a partir do século XI ⁹ dá continuidade a essa tradição por outros meios, convivendo com uma diversidade de ordenamentos locais, corporações, *universitas*, comunidades e até mesmo ordenamentos familiares, ao tempo em que manteve o direito romano como linguagem comum. Daí que a consolidação do monopólio jurídico real vá se processar estrategicamente pela interação seletiva com as chamadas “leis da terra”, pelas quais a construção de sua (dele, rei) hegemonia absorverá, reconhecerá ou “tolerará” as leis seletivamente “sobreviventes”. Estas serão “cooptadas” ou simplesmente postas à parte, formando direitos “alternativos” aos quais será negado progressivamente validade, em franca oposição, sobreposição ou concorrência em relação ao direito oficial (como se dá precocemente em Portugal (século XIV), por exemplo, em relação ao direito canônico, submetido ao instituto do “beneplácito real” como condição de validade).

Essa herança européia, ainda que filtrada por diferentes escolas de interpretação do direito e polêmicas acerca da sistematização e hierarquização normativas, desemboca na era contemporânea no paradigma codificador napoleônico, estabelecido após a derrocada da Revolução Francesa ¹⁰ e a promulgação em 1804 do código civil, seguido pelos códigos de processo civil (1806); comercial (1807), penal (1810) etc (os quais já constavam anteriormente como projetos de consolidação revolucionária por parte da Assembléia Nacional). Dá-se aqui um processo de unificação e sistematização do direito como integrante de um projeto de reorganização social, política e econômica, dando voz e corpo à nascente sociedade industrial, justificando-se como expressão racional mais elevada, possível de extensão universal às mais diferentes tradições jurídicas. Salta aos olhos, portanto, que tal constante expansão e atualização só poderia ser possível graças a uma atividade de uma jurisprudência interpretativa criadora e autônoma, ao contrário do propagado por uma imagem estereotipada da “escola da exegese”.

será então oficializado no Dígesto, parte mais autenticamente “romana” das *Institutiones* de Justiniano, no trecho da “lei” *omnes populi* (D.1,1,9).

9 SIPERMAN, Arnoldo. *La ley romana y el mundo moderno*. Juristas, científicos y una historia de la verdad. Buenos Aires: Biblos, 2008. p. 98.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, p.98, 1976.

10 HESPAÑA (op.cit., p.373) chama a atenção para a dualidade, existente no direito contemporâneo, da busca de legitimidade por dois “paradigmas” concorrentes: o dos “políticos” (representantes populares) e o dos “técnicos” do direito, sucedendo-se ora um ora outro na redação das constituições e mobilização de influência.

Somente uma postura ativa desse tipo é que teria possibilitado a manutenção praticamente intocada do *Code Civile* por mais de 200 anos.¹¹

Se de um lado o modelo francês destaca a existência de um corpo administrativo como expressão da autonomia nacional configurada no estado, a herança pandectística que levará à criação do BGB alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*) em 1900 buscará compensar a unidade nacional até então precária por meio do resgate de um “espírito nacional” ou “espírito do povo”, capaz de sintetizar as tradições do direito romano-germânico com o vetor político de superar em pouco tempo antigas mazelas de territórios dispersos e conflitantes. Como metodologia deixará como herança a busca de “matematização” da aplicação do direito e da construção de “árvores conceituais” pelas quais será monitorada a atividade do intérprete.

Nesse percurso do direito europeu surgem diversas matrizes de práticas interpretativas que se consolidam no âmbito do direito privado e do direito público: *lex mercatoria*; *rule of law*; *Rechtsstaat* etc. Como mecanismos de condensação de uma lógica normativa própria do Estado ou concorrente/marginal a ele (como ocorre com a *lex mercatoria* dos grandes conglomerados empresariais e financeiros) expressam diferentes modos de justificação de decisões, verificando-se nítida tendência de subversão aos limites tradicionais de um direito sujeito a um vago “sentimento jurídico” para sua determinação. Tanto mais que fica evidente a esta altura que se no direito privado direitos diferentes tem de conviver com a questão da competitividade e eficiência produtiva como limite, do ponto de visto do direito publico trata-se de preservar direitos e garantias individuais e coletivas, concretamente ameaçadas por formas singulares de arbítrio. Evidentemente portanto que a ordem privada e ordem publica não estão perfeitamente separadas uma da outra, na medida em que, v.g., a ordem privada pode utilizar-se da regulamentação publica para estender vantagens comparativas ou mesmo as prerrogativas de “easy rider” no mercado.

11 HESPANHA, (op.cit., p 381). Em que pese tentativas voluntaristas de importar o pensamento francês, até a edição do Código Civil de 1916 perdurará no Brasil a influência ibérica das ordenações, reunião de normas de vasta abrangência e técnica indeterminada, a que não faltavam a presença de institutos medievais e procedimentos processuais redundantes, aplicados por representantes do poder central. Tal controle cartorial-burocrático torna o direito privado um “encapsulado” do direito público, desprovido de qualquer referência jurídica prática de constitucionalidade (ou mesmo de funcionalidade legal, dada a existência de uma ambiência social de cunho fortemente particularista).

Na ambiência comunitária instaurada com a União Europeia em processo de construção iniciada desde o fim da segunda guerra mundial, cada um dos direitos nacionais tem em comum com outros ordenamentos a perspectiva de buscar instrumentos de aplicação normativa que ao mesmo tempo potencializem os benefícios das decisões comuns vinculantes e permitam dissentir quando for necessário. Tal dissensão poderá mesmo atingir o nível de competição aberta ou concorrência entre diversas regulamentações. Assim é que recentes decisões da Corte Constitucional alemã quanto aos limites de adaptabilidade em relação às decisões do Tribunal de Justiça deixam à mostra o relativamente amplo espaço de rejeição de que dispõe o direito nacional.¹²

Diretrizes vistas como modelos gerais de normatização funcionam nesse contexto como “pontes” de passagem e “negociação” entre o direito nacional e o direito comunitário, criando espaços de atuação entre a competência da autoridade comunitária e o espaço interpretativo reservado à autoridade nacional, encarregada do modo concreto de sua aplicação. Tal processo só poderá ser racionalmente compreendido, no entanto, se confrontado com as formas determinantes de sobreposição e concorrência mútua de constitucionalidade que vão se delineando não somente no plano do direito europeu, mas no direito global como um todo.

2 A RECONFIGURAÇÃO DAS ESTRUTURAS DE CONSTITUCIONALIDADE EM ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS

A tentativa de transpor para o plano internacional estruturas consolidadas historicamente no ordenamento político-jurídico nacional conduz necessariamente a frustrações. Embora abriguem por vezes intenções de projetos iluministas/libertários, não são tais projetos suficientes, só por esse motivo, para entender e explicar os movimentos contraditórios da realidade. Assim é que se há de partir da inexistência de alguns equivalentes: não existe um “Estado” mundial, pela simples razão de ser a política mundial um mosaico de forças de grande potencial de dispersividade, nem existirem nela fatores de contrapeso para instituir uma regular participação, típica de esfera pública. Por razões semelhantes, mas apresentando grau deficitário menor, uma “constituição global” não se deixa reconhecer funcionalmente, em que pese a existência de algumas estruturas constitucionais comuns, partilhadas pelos estados nacionais.

¹² MADURO, Miguel Polares. *A constituição plural*. Constitucionalismo e União Européia. Cascais: Principia, 2006.

De outro lado, a par da continuado uso - aberto ou velado - da força como recurso de persuasão no plano da geopolítica internacional e apesar dos riscos de manipulação do direito por poderosos interesses econômicos, não se pode deixar de reconhecer o que parece ser uma lenta consolidação de mecanismos de composição, delegação de competências e resolução de conflitos, envolvendo comissões, parlamentos, órgãos administrativos e tribunais comunitários e internacionais, correspondendo a uma estrutura de controle de constitucionalidade (relação poder e direito como mutuamente referentes) articulada em diversos níveis (local, nacional, internacional e supranacional)¹³, sem que haja um “único” centro único de produção jurídico-constitucional.

Tais mecanismos convivem, paralelamente, com uma incipiente sociedade civil global, dispersa em grupos de interesse e comunidades, exurgindo daí um vasto potencial de combinações de regulações jurídicas nacionais sem hierarquias rigidamente fixadas, assim como de regulações híbridas entre o “público” e o “privado”, bem como entre o “nacional”, o “internacional” e o “supranacional”, abrindo possibilidades antes imagináveis (pense-se, por exemplo, no até então inédito episódio da detenção do ditador Pinochet na Inglaterra, por ordem do juiz espanhol Baltasar Garzón, em outubro de 1998).

NEVES traduz tal processo como o estabelecimento de uma “razão transversal”, pela qual as diversas ordens jurídicas internacional, nacional, comunitário e de supranacional interagem entre si, estabelecendo uma “transconstitucionalidade”.¹⁴ Trata-se, nas palavras do autor, de reconhecer um espaço de “intercâmbio de aprendizagens e experiências” entre as diferentes racionalidades particulares, como por exemplo a do direito e a da política.¹⁵ Há porém condicionantes prévios para esse campo de possibilidades, que dizem respeito à estabilização de uma igualdade jurídica e democracia política, como condições minimamente capazes de permitir uma interação enriquecedora entre as instâncias da constitucionais e outros modos de regulação autônoma da vida social; deste modo só

13 NEVES, op. cit.

14 Tomando em conta as considerações efetuadas pelo autor, pode-se concluir que se o transconstitucionalismo constitui o modo de operar desse novo direito, em processo de “conversação” de ordens jurídicas diferentes, a transnacionalidade representa a tendência de sua progressiva desterritorialização, desvinculando-o do estado nacional, tornando o próprio conceito de soberania como fruto de uma “negociação”.

15 NEVES, op. cit, p. 82.

se pode falar de transconstitucionalidade a partir do momento em que mecanismos de garantias individuais, instituições centralizadas e integradoras da aplicação normativa bem como a possibilidade eficaz de atuação de opinião pública crítica e atuante, capaz de produzir dissenso democrático, estejam presentes.

Tomando-se como exemplo de visualização o cenário europeu, vê-se que esse mesmo espaço de transconstitucionalidade faz com que diversos países possam continuar a dispor de suas ordens jurídicas nacionais para condicionar a integração ¹⁶ de decisões da ordem comunitária europeia, o que tem o potencial de tornar a “constituição” europeia um eterno ponto de disputa, gerando, nas palavras de MADURO¹⁷ uma espécie de constitucionalismo “acanhado” ou “defensivo”. Especialmente relevantes serão as formas particulares em que assumirá feição a discricionariedade judicial no espaço comum europeu, como nota o autor a respeito das decisões do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE) frente às da Comissão Européia (CE):

Uma forma de discricionariedade judicial é aquilo que poderíamos chamar de ‘input selectivo’. Ao contrário dos Estados Unidos, o Tribunal de Justiça não dispõe da prerrogativa de decidir quais os casos que pretende julgar. No entanto, pode determinar sua agenda de outras maneiras [...] “colaboração” com a Comissão [...] pode determinar, para efeito do Artigo 234º, se certo órgão de um Estado-membro tem ou não natureza jurisdicional; pode interpretar com uma ampla margem de apreciação as questões que lhe são colocadas pelos tribunais dos Estados-membros; e pode definir a fronteira que separa a interpretação de uma norma [...] da decisão de um caso (que lhe é vedada no contexto do processo de reenvio). Um bom exemplo disto é o conceito de situações puramente internas’ desenvolvido pelo Tribunal [...]. Isto reduz o âmbito de aplicação do direito comunitário e limita o efeito desregulamentador das decisões do Tribunal. Uma última forma de discricionariedade diz respeito às consequências dos acórdãos do Tribunal (*output selectivo*), designadamente pela

16 Como observa NEVES (op.cit) não cabe aqui falar mais de mera “recepção” de inovações pelo direito interno.

17 MADURO, op. cit, p.345.

margem de discricionariedade deixada aos tribunais nacionais na aplicação do direito comunitário.¹⁸

A omissão da Corte Constitucional Européia quanto a imiscuir-se intimamente em tais procedimentos de “harmonização” não se dá portanto por acaso; corresponde a uma característica que se pode dizer comum aos tribunais de maneira geral, os quais dispõem de um “tempo” diferenciado de integração normativa, permitindo-lhes atuar de modo a aparar ou “filtrar” as arestas existentes entre mecanismos de política, administração, economia e direito, utilizando da alternância entre “técnica” e “ciência” para legitimar o resultado de suas interpretações.¹⁹ Assim é que, como nota NEVES,²⁰ a citação recíproca dos tribunais parece ocorrer de forma seletiva, de modo a conferir legitimidade a suas próprias decisões – e não de modo a confirmar o que poderia tradicionalmente ser visto como precedente ou mera *obiter dicta*. Traz-se assim para “dentro” do direito nacional elementos de um direito “externo”.

Por fim vale não esquecer os elementos políticos e econômicos contraditórios que envolvem qualquer processo condicionador de “harmonização” do direito. Como destaca BRUNKHORST,²¹ a observação da extensão aparentemente global de determinadas conquistas de direitos pode perfeitamente esconder ao mesmo tempo formas renovadas de exclusão, não percebidas pela consciência de classe dos viajantes contumazes.²² No mesmo sentido é que direitos defendidos como extensíveis a toda a comunidade humana foram muitas vezes na história (com Hegel, por exemplo) considerados passíveis de restrição em nome de interesses “maiores” das “especiais relações de forças” do Estado, de modo que a aplicação daqueles era negada ou postergada na prática (o que pode ser comparado atualmente com a retórica em

18 MADURO, op. cit., p. 73.

19 ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. *Funktionen und Struktur der Rechtsprechung im demokratischen Rechtsstaat in normen- und systemtheoretischer Perspektive*. Berlin: Dunker & Humblot, 2001.

20 NEVES, op. cit., p.119.

21 BRUNKHORST, Hauke. Constitutionalism and Democracy in the World Society, in: DOBNER, Petra: LOUGHLIN, Martin (ed.). *The Twilight of constitutionalism?* Oxford, University Press, p.179-199, 2010.

22 Como refere o autor fazendo remissão a BERMAN, subjaz ao direito ocidental uma característica de dualidade, que ora o faz atuar como instrumento social de repressão e estabilização de expectativas, ora como meio de emancipação. Ver a respeito BERMAN, Harold J.: *Recht und Revolution*. 2. Aufl. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.

torno dos direitos humanos, por exemplo, capaz de servir a justificações políticas absolutamente contraditórias entre si).²³

Portanto a transnacionalização do direito, vista como tendência histórica *in fieri* de (re)organização territorial de sua produção, não é capaz por si só, sem apoio de uma estrutura de constitucionalidade, determinar qualquer critério consistente de uniformização normativa ou reflexão teórica que a guie, pela precariedade mesma de sua apropriação por indivíduos e comunidades, sendo difícil imaginar até o presente momento qualquer forma de integração social sem a existência de vínculos locais – pelo contrário: estes são condição mesma de fazer-se parte da sociedade mundial, até mesmo pelo fato do ser humano ver-se por um corpo limitado no espaço, como lembra PRIES.²⁴ Daí que ordens jurídicas transnacionais “puras” (sem base territorial definida) tendam a apropriar-se de forma parasitária das estruturas jurídicas e dos recursos existentes, necessitando de contenções políticas adequadas a sua expressão não destrutiva (como no caso do terrorismo, por exemplo). Não será certamente a ultima vez na historia, portanto, em que validade e facticidade; domínio/emancipação defrontar-se-ão nas lides de busca de coerência normativa de interpretação do direito, seja da parte de “juristas-técnicos” como de “políticos-leigos”.

3 CONCLUSÃO: O DIREITO TRANSNACIONAL E AS APORIAS DA HARMONIZAÇÃO

A tese adotada desde o inicio deste trabalho é que não se pode falar de nenhuma técnica ou processo de uniformização do direito desprovidos de opções valorativas e concepções explicativas acerca do própria atividade, nem muito menos separar a esta das estruturas sociais, espaciais e temporais em que ocorre. Espera-se com isto ter demonstrado, pelo recurso à origem histórica de tais praticas no direito europeu, que a par de uma racionalidade técnico-instrumental e do desenvolvimento de um poderoso arsenal dogmático, a progressiva expansão do centralismo para o multi-centralismo jurídico e político tornou tal controle uma tarefa muito mais complexa e seletiva.

23 Do ponto de vista econômico da transnacionalização PRIES cita ao lado da globalização de correntes de mercadorias, finanças e informação também novos riscos ambientais, de saúde e violência. Cf. PRIES, Ludiger. Die Transnationalisierung der sozialen Welt. Frankfurt am Main, Suhrkamp, p.209, 2008.

24 PRIES, op. cit.

Nesse percurso a dicotomia entre o surgimento de múltiplas “constituições civis”²⁵ e a estrutura decisória constitucional precária de alguns estados no plano internacional faz com que só se possa falar de uma nascentes tradição jurídica transnacional em sentido limitado, pelo que a experiência europeia apresenta relevância especial. Por outro lado, no plano da concepção teórica da ciência do direito convivem diferentes linhas e perspectivas de ação, capazes de promover tanto a ampliação de liberdades e garantias como também de novas ameaças a sua realização. Pensa-se aqui particularmente na nova ordem jurídica privada estalecida nas varias “constituições civis” da sociedade mundial, para quais a ausência de uma devida restrição constitucional multicêntrica do transconstitucionalismo pode ter efeitos negativos decisivos, notadamente quando se pensa na administração dos efeitos da crise sócio-ambiental.

Como destaca MADURO²⁶ ao analisar a constituição econômica europeia, esta tenderá a ser fruto das diferentes forças que atuam na representação política em confronto com as que participam dos processos judiciais. Neste sentido é de reconhecer-se a existência de diferentes linhas de ação em que avultam uma desproporção entre super-representação de interesses corporativos e de conglomerados financeiros organizados, de um lado, em comparação com as formas dispersas e de relativa baixa integração da participação democrática no controle das decisões, de outro. Este patamar de expansão democrática, como recorda NEVES²⁷ exigirá que a legitimação por “input” (procedimentos encadeados de decisão, vinculando instâncias administrativas e políticas) ande passo a passo com a legitimação por “output” (adequação social da política, possibilitando a convivência dos diferentes).

²⁵ TEUBER, Günther. *Nuovi conflitti costituzionali*. Milano, Bruno Mondadori, 2012.

²⁶ Op. cit., p.71.

²⁷ Op.cit., p. 71.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. *Funktionen und Struktur der Rechtsprechung im demokratischen Rechtsstaat in normen- und systemtheoretischer Perspektive*. Berlin: Dunker & Humblot, 2001.

BERMAN, Harold J. *Recht und Revolution*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

BRUNKHORST, Hauke. Constitutionalism and Democracy in the World Society, in: DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (ed.). *The Twilight of constitutionalism?* Oxford: University Press, 2010.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia*. Síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KRAWIETZ, Werner. *Glokalisierung der Rechtskommunikation?* Zum Globalisierungsdiskurs in der modernen Rechts- und Gemeinschaftstheorie (Editorial), in: Rechtstheorie, Berlin: Heft 35, 2004.

LLOMPART, José. Dichotomisierung in der Theorie und Philosophie des Rechts. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

MADURO, Miguel Polares. *A constituição plural*. Constitucionalismo e União Européia. Cascais: Principia, 2006.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PRIES, Ludiger. *Die Transnationalisierung der sozialen Welt*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008.

SCHIAVONE, Aldo. *Ius*. La invención del derecho em Occidente. Córdoba: Ariana Hidalgo Editora, 2009.

SIPERMAN, Arnoldo. *La ley romana y el mundo moderno*. Juristas, científicos y una historia de la verdad. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2008.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.

TEUBNER, Günther. *Nuovi conflitti costituzionali*. Milano: Bruno Mondadori, 2012.

