

Introdução

NOVOS TERRITÓRIOS, MODOS DE REGULAÇÃO E DESAFIOS PARA UMA AGENDA DE INVESTIGAÇÃO SOBRE O DIREITO

*Maria Eduarda Gonçalves
Pierre Guibentif*

A geografia do direito está em mudança. O direito – que desde a era moderna associamos ao Estado e ao seu território – constrói-se cada vez mais em espaços alargados, como acontece no espaço europeu ou até à escala do globo.

Ao longo dos seus 50 anos de existência, uma Comunidade Europeia (CE) em constante expansão tem dado origem a um corpo de normas e de princípios gerados em obediência ao imperativo da construção de uma associação de Estados. O direito europeu – qual «maré-cheia que penetra nos estuários e alastra aos rios» (Lord Denning, 1974) – tem redesenhado por vezes radicalmente o quadro regulador à escala interna. Por via da coordenação, da harmonização ou mesmo da uniformização legislativa impulsionada pelas instituições europeias, os direitos nacionais adaptam-se e modificam-se. A CE tem sido, aliás, singularmente permeável à introdução de princípios, regras e procedimentos inovadores em domínios não convencionais, como o ambiente, o consumo e a saúde pública ou a segurança (p. ex., os princípios do desenvolvimento sustentável e da precaução) e a edificação de novos tipos de instituições (*e. g.* as agências reguladoras).

Para lá dos esforços de integração económica, política e jurídica, de que a CE oferece o exemplo mais avançado, o direito internacional público assente no prin-

cípio da soberania dos Estados subsiste como a fonte por excelência da ordenação das relações entre os Estados. A intensificação da comunicação, da mobilidade e das trocas que compõem a chamada «globalização» vem, no entanto, questionando a capacidade de os Estados garantirem, só por si, o desenvolvimento social e económico e até a democracia e a justiça. Emergem normas e princípios que se impõem aos poderes internos em obediência a uma ideia de *public good* mundial. Um passo importante neste sentido foi o desenvolvimento, depois da Segunda Guerra Mundial, de mecanismos internacionais de protecção dos direitos humanos. Mais recentemente, novos conceitos, como o de «património comum da humanidade» (Pureza, 1998) ou o de um «dever de ingerência», novos actores e novas instituições supranacionais, como o Tribunal Penal Internacional, reescrevem o significado das fronteiras estatais. Sem ter ainda alcançado um grau comparável de institucionalização, nem ter já consequências tão incisivas como a europeização, a globalização não deixa de abalar as fundações da ordem mundial, abrindo passagem a uma mais complexa forma de organização política e de governação, que vai fazendo o seu percurso em áreas como a da regulação dos recursos naturais globais, o clima, o comércio, o crime transnacional ou a protecção dos direitos das populações civis.

Quer a europeização, quer a globalização apelam à revisão das teorias e metodologias de análise que encaram as ordens jurídicas internas como sistemas fechados. A ciência jurídica dogmática tradicional, orientada para o levantamento e a análise textual das leis, da jurisprudência ou das decisões administrativas e centrada no quadro nacional, deve abrir-se à consideração das dinâmicas e aos processos de mudança que, no quadro europeu e no global, moldam, de acordo com as suas lógicas próprias, os conteúdos e os modos de produção do direito.

Os *Novos Territórios do Direito* oferecem o lema para o presente livro. Nele se congrega um conjunto de estudos de juristas e de sociólogos do direito que discutem algumas das importantes mudanças induzidas no direito pelos processos de europeização e de globalização¹.

O livro encontra-se organizado em torno de duas temáticas centrais:

- 1 – Europeização, globalização e direito.
- 2 – Novos modos e instrumentos de regulação.

¹ A ideia deste livro nasceu em Outubro de 2005, quando da realização do colóquio «Novos territórios do direito: Globalização, europeização e transformação da regulação jurídica», organizado pelo Instituto de Ciências do Trabalho e da Empresa – ISCTE (mestrado em «Novas Fronteiras do Direito») e pelo DINÂMIA – Centro de Estudos sobre a Mudança Socioeconómica do ISCTE.

Sobre a primeira destas temáticas, uma questão que se impõe, desde logo, é a de saber se a noção de europeização acrescenta algo de novo às perspectivas de análise do direito europeu que nos são familiares. O conceito nasceu no âmbito da ciência política e da sociologia, tendo conduzido a colocar o ângulo de observação menos nas instituições e mecanismos da integração europeia do que nos *processos de construção social* que a enformam, permitindo evidenciar os elementos de diferenciação que acompanham e dificultam os esforços de convergência (Featherstone e Radaelli, 2003; Delanty e Rumford, 2005; Schmidt, 2006). O conceito de europeização facilita, assim, a inclusão na análise dos *elementos de variação* de país para país e de sector para sector dentro de um mesmo país, encorajando o estudo comparativo. Aplicada ao direito, a noção induz o exame não apenas do corpo do direito produzido pelas instituições europeias, mas também da sua interacção com os direitos internos e das condições da sua tradução nas ordens jurídicas dos Estados-membros.

O direito europeu tem sido estudado, com efeito, antes de mais, como um ramo do direito produzido por órgãos próprios em obediência a objectivos específicos de integração transnacional – o que explica alguns dos princípios que orientam o seu desenvolvimento, interpretação e aplicação (efeito directo e primado do direito comunitário sobre as ordens jurídicas internas; ausência de reciprocidade nas relações entre os Estados-membros; regras do mercado comum), bem como a natureza de alguns dos seus instrumentos, como as directivas. Mas a *integração de tipo sistémico* alcançada através de decisões intergovernamentais não se ancora forçosamente numa *integração social*. Esta exprimir-se-á num *processo de absorção, acomodação e transformação do nacional* em resposta aos imperativos da pertença à União, processo esse que afecta de modo diverso diferentes actores e instituições. Na opinião de alguns autores, a ênfase corrente nos processos institucionais e políticos obscurece uma verdadeira, e desejável, *teoria social da integração europeia* (Delanty e Rumford, 2005). É uma perspectiva desta natureza, mais sensível ao contexto e mais atenta à importância de pensar o direito europeu como um processo dinâmico que inspira os capítulos 1, 2 e 3 deste livro, da autoria de Jacques Ziller, António Goucha Soares e António Monteiro Fernandes, respectivamente.

Na ausência de um verdadeiro *direito global*, a questão do impacto da globalização sobre o direito tem de ser colocada noutros moldes. A possível interrogação, aqui, é a de saber como podem ser preenchidas lacunas normativas numa comunidade de Estados cada vez mais interdependentes. A globalização é, normalmente, associada ao aumento dos fluxos de pessoas, mercadorias, capitais, informação, mas também de riscos, doenças, ameaças ao ambiente e outros males. Por detrás destas

dinâmicas encontram-se os progressos tecnológicos nos transportes e nas comunicações, a expansão das empresas e suas redes, e também a vontade política das principais potências mundiais que no G8, na Organização Mundial do Comércio, no Fundo Monetário Internacional ou no Banco Mundial se apegaram – para citar a severa apreciação de Stiglitz (2006) – ao «fanatismo do mercado».

Contrariamente ao que por vezes se pretende fazer crer, a globalização não é, na realidade, desregulada em absoluto. Ela é em parte controlada no quadro do comércio e da gestão financeira mundiais (Kazangicil, 2003: 49). Uma questão que, no entanto, poderá suscitar-se – sobretudo desde que se desencadearam as manifestações de Seattle (1999) e se activaram os movimentos «anti» e «altermundialistas»; ou seja, desde que se manifestaram sinais do que se tem chamado «globalização contra-hegemónica» (Santos, 2001) – é saber *como pensar a regulação ou governação da globalização*. Estará o direito a cumprir aí a sua função antropológica de orientação normativa (Supiot, 2006) ou meramente uma função instrumental (de promoção das liberdades do mercado)? Que valores e que princípios guiam o processo de globalização? Nos capítulos 4 e 5, André-Jean Arnaud e Patrícia Galvão Teles trazem-nos duas contribuições sugestivas sobre os desafios que a globalização vem colocando à governação da sociedade internacional.

Governação ou «governança» são conceitos em voga. Certamente com razão: estas noções afirmam-se num mundo onde o direito estende o seu espectro a novas áreas e vê modificarem-se os seus métodos de actuação. A lei perde o exclusivo. Outras fontes normativas, estatais e não estatais, como códigos de conduta, convenções e contratos, ganham relevo. Do mesmo passo, os instrumentos da acção pública configuram-se, eles próprios, como um indicador das mudanças da regulação jurídica. Nos capítulos 7, 8 e 9, Pierre Lascoumes, Pedro Quartín Graça e Paula Lobato de Faria debruçam-se sobre várias facetas destas mudanças.

Europeização e direito

O interesse com que as diversas comunidades de juristas vêm acolhendo o conceito de *europaização* é reconhecido por Jacques Ziller, no Capítulo 1. Na visão de Ziller, dois fenómenos merecem ser como tal designados:

- A expansão do conteúdo material do direito positivo emanado das instituições comunitárias quer legislativas, quer judiciárias, e
- O modo como esse direito é introduzido no espaço jurídico nacional.

O processo de europeização começa, efectivamente, pela produção de conteúdos normativos desenhados para enquadrar e regular o processo de integração. O direito da Comunidade Europeia (direito comunitário) tem, entretanto, extravasado o seu «território» económico original (o mercado comum) para penetrar em campos «clássicos», como o direito civil e o direito penal, até há pouco imunes aos esforços de harmonização.

A impregnação do direito interno pelo direito europeu não se faz, porém, sem obstáculos. Jacques Ziller alerta para as incertezas ou mesmo o «caos» que acompanharam, por exemplo, a instituição do mandato de detenção europeu ou o projecto de código civil europeu. Parte do problema reside, na interpretação do autor, na porventura natural tensão entre direito europeu e direitos constitucionais nacionais, bem como na resistência de juristas inquietos perante a mudança ou o risco de perda de identidade das suas culturas jurídicas. Uma árdua coexistência entre visões do direito pouco compatíveis, afinal de contas, com o projecto europeu... Ziller nota ainda que certas culturas e práticas jurídicas se mostram mais adaptáveis do que outras a fenómenos como o reforço do papel dos juízes, a introdução de novos métodos de governança, ou as mudanças na metodologia da ciência jurídica, que a integração europeia deveria realmente – embora nem sempre o consiga – imprimir ao ensino e à investigação nas universidades.

A crónica do direito da concorrência, que podemos ler no Capítulo 2, da autoria de António Goucha Soares, põe igualmente em evidência a resistência inicial, tanto dos actores económicos (que não se acomodaram facilmente às implicações da integração), quanto do sistema político (que não proporcionou prontamente os necessários recursos) a uma rápida e efectiva europeização do mercado em Portugal. Com o tempo, o processo de integração traduziu-se, porém, num impacto assinalável na regulação da concorrência que se manifesta, ultimamente, na acção determinada da Autoridade da Concorrência.

Caso emblemático da influência determinante da europeização na «modernização» da ordem jurídica portuguesa é, diz-nos o autor, precisamente, o da concorrência, que fora «adiado» no nosso país, quer pelo regime autoritário e proteccionista do Estado Novo, quer pela tentativa de socialização da economia do pós-25 de Abril. A europeização pode ser encarada a esta luz não só como um factor de mudança, mas inclusive como um factor de redefinição do modelo de organização e funcionamento da economia portuguesa e, por essa via, eventualmente até de mudança cultural nas esferas política e empresarial.