

ano 12 - n. 50 | outubro/dezembro - 2012
Belo Horizonte | p. 1-260 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO &
CONSTITUCIONAL

A&C

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEU FELIPE
BACELLAR

© 2012 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luis Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br
E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Supervisão editorial: Marcelo Belico
Revisão: Equipe Fórum
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Capa: Bruno Lopes
Projeto gráfico: Virgínia Loureiro
Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Ana Cláudia Finger

Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

A realidade dos países BRICS e o papel do Direito Constitucional Comparado*

Michele Carducci

Professor Titular de Direito Constitucional Comparado da Università del Salento (Itália). Doutor em Direito Constitucional pela Università di Bologna.

Resumo: Tendo como objeto o fenômeno de relação internacional denominado “BRICS”, que está produzindo trocas comerciais e conexões “fluidas” de *policies* e de *legal rules* entre as novas grandes economias emergentes do presente século (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), o estudo visa a analisar algumas de suas possíveis implicações constitucionais, indicando limites e possibilidades de investigações jurídicas sobre a temática, sob o prisma do Direito Constitucional Comparado.

Palavras-chave: BRICS. Fluxos jurídicos. Direito Constitucional Comparado.

Sumário: 1 Introdução – 2 As implicações constitucionais do fenômeno – 3 O método do estudo – 4 A centralidade dos “fluxos jurídicos”

1 Introdução

Constitucionalistas devem interessar-se pelo BRICS? Como? O acrônimo não só identifica as novas grandes economias emergentes do século (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), mas, sobretudo, sintetiza um fenômeno de relação internacional que está produzindo trocas comerciais e conexões “fluidas” de *policies* e de *legal rules*, muito diferente — pelo contexto operacional e pelo modo de realização — do experimento de “regionalização *multilevel*”, estruturado na segunda metade do século vinte na Europa da Comunidade e da União.¹

* Artigo traduzido do italiano, “La realtà dei paesi BRICS e il ruolo del Diritto Costituzionale Comparato”, para o português por Renan Guedes Sobreira (Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná e servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná).

¹ A única referência que se encontra no direito comparado é C. Manzolillo (La comparazione Nei modelli organizzativi internazionali. Disponível em: <<http://www.comparazioneDirittCivile.it>, 2011 >).

O termo BRIC apareceu pela primeira vez em 2001, no encontro “*Building Better Global Economic*” do Banco de investimentos Goldman Sachs, graças a Jim O’Neil, e identificava Brasil, Rússia, Índia e China.² Depois, a partir da conferência de Brasília em 2010, alargou-se à África do Sul, transformando-se em BRICS. Ainda a partir dessa reunião, o BRICS começou a conformar-se como “*Legal Network*” de transferência de conhecimentos e práticas.³

Entende-se, na doutrina, que os países BRICS apresentam três características econômico-estruturais convergentes, mas totalmente diferentes dos países europeus e dos Estados Unidos:⁴ a) baixo nível de endividamento que podem favorecer políticas sociais de coesão; b) reservas de valores que podem favorecer o protagonismo financeiro global; c) dinâmica demográfica com mais de 42% da população mundial de modo manter a demanda interna e o consumo.

Essas três características tornam facilmente compreensível um elemento econômico-jurídico comum aos cinco países, significativo também em implicações constitucionais: o notável nível de intervenção do Estado na economia. Em contextos caracterizados pela alta taxa de inflação, aliada ao elevado crescimento econômico, o Estado serve à defesa ao crescente protecionismo das economias ocidentais e à promoção de parcerias com áreas econômicas, prevalentemente, do Sul do mundo, a fim de estimular trocas comerciais e investimentos.⁵ Por consequência, a intervenção pública na economia, legitimada pelas Constituições desses países, garante um diversificado “capitalismo de Estado”, que controla os mercados internos e persegue uma coesão governada “pelo alto”. Em outros termos, “a mão visível” do Estado influencia a economia como as políticas constitucionais dessas realidades. Pense-se no Brasil e na Rússia. O primeiro controla as grandes empresas através de conjuntos minoritários de ações.⁶ Tal modalidade oferece muitas vantagens às economias emergentes: considerando que os acionistas privados detêm, contudo, o poder de controle, a parceria mista limita a possibilidade do Estado de terminar em políticas clientelistas,⁷ mas, ao mesmo tempo, oferece oportunidade de intervenção direta na economia, também para fins sociais. A Rússia controla as empresas graças a participações minoritárias, possuindo a titularidade de ações principais (assim ditas “douradas”) em 181

² Em *Goldman Sachs Global Economic Paper*, n. 66, 2001.

³ MAGRI, Paolo Quercia-P. (Cur.). *I BRICs e noi: L’ascesa di Brasile, Russia, India e Cina e le consegueze per l’Occidente*. Milão: ISPI, 2011.

⁴ GOLDSTEIN, A. *BRIC*. Brasile, Russia, India, Cina alla guida dell’economia globale. Bologna: il Mulino 2011.

⁵ FISHER, D. Thomson-M. 5 Lessons from the Rise of the BRICS. *The Atlantic*, gennaio 2010. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com>>.

⁶ Segundo UNCTAD uma empresa é qualificada como “estatal” quando o Estado detém mais de dez por cento do capital social.

⁷ Desestimulando a corrupção.

sociedades com vocação internacional. Geralmente essas empresas fecham seus balanços com ativos: as 121 principais empresas estatais da China aumentaram seus ativos totais de 360 bilhões de dólares em 2002 a quase 3 trilhões de dólares em 2010. Um ano depois da crise de 2008, 85% dos 1,4 trilhões de dólares de empréstimos bancários é destinado às empresas estatais. Essas sociedades superam amplamente os confins domésticos de influência: pense-se à Gazprom, que opera na Europa e na Ásia, mas também na China, que realizou acordos na África (especialmente em Angola); entre as empresas petrolíferas estatais de influência mundial conte-se, além da Gazprom, a Lukoil e Rosneft, ambas da Rússia, PetroChina da China, Petrobras do Brasil. Este papel estatal de promoção econômica é favorecido por outra característica comum aos países do BRICS: a imensa extensão territorial rica em recursos naturais e em matérias-primas, mas também produtora de desigualdades territoriais (e sociais), que marcam as divergências estruturais da dinâmica institucional de cada sistema jurídico.

2 As implicações constitucionais do fenômeno

Os estudos doutrinários encontrados sobre o BRICS são exclusivamente de natureza econômica ou geopolítica. É notório que, sobretudo nas realidades dos países ditos “em desenvolvimento”, a dimensão e o condicionamento geopolítico-econômico influenciaram, e não pouco, a arquitetura constitucional e, por conseguinte, as realidades políticas. Pense-se na América Latina, que foi o primeiro continente a experimentar as políticas neoliberais que conformaram seus desenhos constitucionais,⁸ e hoje é laboratório de novos modelos de desenvolvimento (como o *Banco del Sur* promovido por J. Stiglitz, ganhador do prêmio Nobel).

Já a simples análise do nexo entre reformas constitucionais e conteúdo econômico e processos decisórios do BRICS oferece noção da relevância da comparação. A utilidade da pesquisa, entretanto, não se limita a esta constatação. Numa perspectiva constitucional, os países BRICS podem ser reunidos em negativo, ou seja, pelo tipo de problemas sociais, antes mesmo que político-institucionais, que lhes apresentam fatores determinantes para as políticas constitucionais. Resumem-se alguns: contradições internas difíceis de ignorar, dado que o *boom* econômico não corresponde ao progresso dos índices de desenvolvimento humano; disparidade territorial que poderia criar tensões sociais e comprometer a estabilidade política dos governos centrais.⁹ Em suma, estes “espaços macroterritoriais” (maiores que a

⁸ ESQUIROL, J. L. The Failed Law in Latin America. *American Journal of Comparative Law*, v. 56, n. 1, p. 75, 2008.

⁹ Por exemplo, em 2015, a China terá 200 milhões de novos ricos e 700 milhões de pobres, na Índia 80% da população com menos de 2 dólares ao dia e 456 milhões de pessoas abaixo da linha da

dimensão *multilevel* da União Europeia)¹⁰ sofrem com problemas paralelos de diferenças, coesão territorial e social, de urbanização excludente etc., que merecem ser conhecidos e comparados. E os problemas não faltam nem mesmo nos setores chave para o desenvolvimento: baixo nível de alfabetização; problemática ambiental; aprovação de sistemas sanitários adequados; proteção dos direitos trabalhistas; instrução primária e superior; insuficientes conhecimento e aplicação de tecnologias de excelência e de ideias inovadoras; corrupção e organizações criminosas. Trata-se de setores onde a mudança somente pode ocorrer de maneira gradual, portanto, em patente contraste com a velocidade imposta pelas transformações em curso.

Simultaneamente, não todos estes “espaços macroterritoriais” operam no interior de dimensões supranacionais de natureza regional (como o MERCOSUL para o Brasil), de maneira talvez — mas não necessariamente — a suportar processos constitucionais de reequilíbrio das desigualdades sócio-territoriais, ou mesmo segundo a lógica de *constitucional borrowing* (como para o Brasil, com a adesão ao sistema das *Cortes Supremas de MERCOSUL y Países Asociados*, ou ainda, para Brasil, Índia e África do Sul, à *Conference of IBSA Supreme Courts – India, Brazil, South Africa*).

Enfim, mesmo sendo fortes e determinantes em cena “regional”, os países BRICS tiveram diversos problemas de política constitucional interna condicionada por baixo consumo, enorme disparidade entre ricos e pobres, atraso na prestação de serviços e em inovações.

Portanto, os países BRICS apresentam convergências seja na recíproca comparação seja naquela com o exterior, outros países e contextos. Estes últimos sobre problemas constitucionais comuns, como desenvolvimento sustentável, tutela dos *common goods*, aproveitamento e tutela dos recursos naturais, *affirmative actions* de inclusão social, tutela das minorias e das oposições, liberdade de manifestação do pensamento e direito à memória coletiva, acesso à informação, tutela dos hipossuficientes, trabalho infantil, responsabilidade social das empresas, nível de escolaridade, taxa de mortalidade infantil, estruturas sanitárias e questões previdenciárias etc. Essas convergências resultam de outras características constitucionais, relativas, sobretudo, às formas de regime político.

pobreza mundial, no Brasil uma persistente assimetria regional entre o Sul desenvolvido e o Norte pobre e escravizado.

¹⁰ Sobre a noção de “espaço macroterritorial” como objeto de comparação constitucional, veja-se P. Logroscino, *Spazi macroterritoriali*. In: PEGORARO, L. (Cur.). *Glossario di Diritto pubblico comparato*. Roma: Carocci, 2009, p. 242 *et seq.*

Desse ponto de vista, os países BRICS são entre si muito diferentes: três democracias em consolidação (Brasil, Índia e África do Sul) e dois sistemas de cunho autoritário (Rússia e China). Não por acaso, as hipóteses de classificação dessas diferenças são variadas. Na mais recente doutrina italiana sobre direito comparado,¹¹ na base da distinção entre *Rule of Professional Law*, *Rule of political Law* e *Rule of traditional Law*, classifica-se o Brasil e a Rússia como sistemas jurídicos dominados pelo direito e pela política; Índia e África do Sul, sistemas dominados pelo direito e pela tradição; China como único sistema dominado pela tradição e pela política. Em cada caso, em razão do enredamento dessas características político-constitucionais e dos indicadores sociais, os países BRICS são ainda classificados entre aqueles em desenvolvimento e, portanto, são considerados pelos países industrializados do “Primeiro Mundo”, a partir da União Europeia, como interlocutores assimétricos de informações e trocas.

Mesmo as estratégias da União Europeia em relação a estes novos atores revelam perfis extremamente interessante para a comparação constitucional. Tanto entre economistas como entre internacionalistas, é recorrente a qualificação dos países BRICS como *New Leading Powers* (NLP), no sentido de atores globais emergentes, em dúplice dimensão (regional e internacional) e em dúplice função paradigmática (de modelo econômico de crescimento/desenvolvimento e de modelo institucional vitorioso na conjugação de tradição e inovação).¹² Em poucas palavras, esses países são importantes não somente (ou não tanto) como atores singulares, em si e por si considerados, qualificados, comparados, quanto, e, sobretudo, pelas suas relações geopolítico-institucionais para com outros países. Não por acaso, em razão dessa lógica relacional, esses países associam-se a outros países emergentes (como México, Indonésia, Coreia do Sul, Turquia) e são classificados como “*NEXT 11 Countries*”, ou seja, Estados com alto índice de crescimento e difusas contradições constitucionais, todavia, influentes e condicionantes do “*New International Systems Change*” de tratativas *post-atlânticas*.¹³

Tal perfil aparece mais importante para a comparação constitucional, pois identifica um fator comum de cotejamento “contextualizado” das regiões em tela (por exemplo, o Brasil em relação a todo o continente sul-americano), legitimando, portanto, a pesquisa dos “elementos determinantes” (segundo a conhecida fórmula de Constantinesco¹⁴) de cada sistema legal, os quais são capazes de

¹¹ Conforme FERRARI, G. F. (Cur.). *Atlante di diritto pubblico comparato*. Torino: Utet, 2010.

¹² LEAL-ARCAS, R. How will the EU Approach the BRIC Countries? Future Trade Challenges. Disponível em: <<http://www.icl-journal.com>>. Acesso em: 02 abr. 2008.

¹³ ASPREMONTE, J. D'; DOPAGNE, F. Two Constitutionalisms. *ZaöRV*, n. 68, p. 939 *et seq.* 2008.

¹⁴ CONSTANTINESCO, L.-J. *Il metodo comparativo*. Trad. italiana. Torino: Giappichelli, 2000, p. 160 *et seq.*

colocarem-se como modelos de *constitutional borrowing* ou de *policy transfer*, não só em relação a outros países do grupo BRICS, mas também aqueles de suas “áreas de influência”. Nessa ótica explica-se a previsível extensão da relação BRICS à África do Sul, um país aparentemente “diferente” (pela dimensão e pela capacidade de protagonismo global) de Brasil, Rússia, Índia e China, mas, em realidade, a esses muito “similar” (portanto, mensurável e comparável) quanto ao papel de NLP na África subsaariana. O BRICS demonstra uma particular atenção à África, não só como parceiro comercial, mas também como “zona de influência” de evoluções constitucionais, a partir da Angola, onde convergem influências e *policy transfer* de diversos países.¹⁵ Pense-se, ainda na “Lusosfera”, de gravitação brasileira, junto a Cabo Verde, Angola, Moçambique, Guiné Bissau, mas condicionada por interesses comerciais e de investimentos da China. Por tal motivo se fala dos países BRICS contemporaneamente como “modelos” e como “modos de desenvolvimento”.¹⁶

3 O método do estudo

Quais são as teorias e os métodos de comparação dos *Legal Scholars* sobre o BRICS? Atualmente, a doutrina enquadra o tema BRICS segundo as categorias da “*New Law and Development Theory*”.¹⁷ Esta é a única linha de pesquisa explicitamente voltada ao BRICS.¹⁸ Mas não é a única referente aos países singulares. Na Itália, por exemplo, existe, junto à *Università di Tor Vergata* com *La sapienza di Roma* e o CNR, um “*Osservatorio sulla codificazione e sulla formazione del giurista in Cina nel quadro del sistema giuridico romanistico*”, dirigido pelo Professor S. Schipani e marcado pela tomada de atenção à atualidade do sistema romanístico na consideração de contextos como China e também Brasil.

Em geral, os países BRICS, enquanto economias de transição e emergente, são objeto de comparação em duas dimensões: segundo um enfoque de tipo vertical *market focused*, conforme a *Legal Origins Theory*¹⁹ e *Ground Rules Theory* de Katharina Pistor;²⁰ segundo um enfoque de tipo horizontal *rights focused*, que

¹⁵ C. AfDB-North Africa Quaterly Analyt, The Brics in North Africa. Disponível em: <<http://www.afdb.org>>, 2011; The Beijing Axis, BRICS: The Africa and China Perspective. Disponível em: <<http://www.thebeijingaxis.com>>, 2011.

¹⁶ XIAOJING, Chen Jiagui-Zhang. Despite Shared Rapid Economic Growth, BRICs have Different Development Modes. Disponível em: <<http://www.qikan.com.cn>>, 2011.

¹⁷ PES, L. G. Diritto e sviluppo neoliberale: il dibattito sul New Law and Development. *Pol. Dir.*, 2007.

¹⁸ BRICSLAW della Wisconsin Law School (<<http://www.law.wisc.edu/gls/bricslaw>>).

¹⁹ REITZ, J. Legal Origins, Comparative Law and Political Economy. *American Society of Comparative Law*, 57, p. 847 et seq., 2009.

²⁰ Legal Ground Rules in Coordinated and Liberal Market Economies, ECGI. *Law Working Paper*, n. 30, 2005.

considera os sistemas jurídicos como fragmentos de uma história global de fluxos jurídicos e influências culturais.²¹ Essas teorias produzem classificações diversas sobre os países BRICS. Por exemplo, S. Djankov, nos estudos publicados no *Quarterly Journal of Economics*²² e no *Journal of Law and Economics*,²³ considerou a convergência destes países a respeito dos vínculos que o sistema legal produz na economia e sobre os bancos, condicionando a capacidade de atração de investimentos externos. Entretanto, este tipo de investigação não explica, por exemplo, o sucesso econômico da China.²⁴ Ao contrário, quem considera o enfoque *rights focused* verifica a convergência também em regiões cujos sistemas legais apresentam instituições exógenas.²⁵

Ainda, essas teorias enfatizam de maneiras diferentes as vias de comunicação do constitucionalismo: a primeira privilegia a técnica dos *legal transplants* como instrumentos de resposta rápida às exigências de mercado; a segunda observa os fluxos de *policy transfer*, cujos atores são mais públicos (Estado, Agências etc.) que privados e interagem não só por interesse econômico, mas também por afinidade cultural, de língua, tradições. Por consequência, também o objeto de observação muda: entre quem sugere um estudo do *transplant effect* dos instrumentos individualmente úteis a determinadas lidas econômicas²⁶ e quem identifica no BRICS uma nova fenomenologia daquilo que Carl Schmitt denominava “*konstitutionelle Verfassung*”²⁷ e Otto Hintze “*äussere Bildung*”:²⁸ ou seja, o “standard constitucional comum” dos Estados individuais, que torna possível tanto as recíprocas relações interestatais como as recíprocas influências jurídicas condicionadas pelas convergências de interesses econômicos e geopolíticos.

A contraposição entre *market focused* e *rights focused* parece reproduzir uma demarcação tipicamente ocidental do século XX: aquela entre M. Weber e E.

²¹ GLENN, H. P. *Le tradizioni giuridiche nel mondo* (2010). Trad. Italiana. Bologna: il Mulino, 2011.

²² The Regulation of Entry (117, 2002), Courts (118, 2003), The Regulation of Labour (119, 2004).

²³ *How owns the Media?* (46, 2003)

²⁴ PISTOR, C. J. Milhaupt-K. *Law & Capitalism: What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*. Chicago, London: University Chicago Press, 2008.

²⁵ ACEMOGLOU, D.; JOHNSON, S; ROBINSON, J. A. The Colonial Origins of Comparative Development. *Am. Ec. Rev.*, v. 91, p. 1369 *et seq.*, 2001).

²⁶ PISTOR, K.; BERKOWITZ, D.; RICHARD, J. F. The transplant effect. *The American journal of comparative law : a quarterly American Journal of Comparative Law*, n. 51, 887, 2003, *et seq.*; e BERKOWITZ, D.; MOENIUS, J; PISTOR, K. Legal Institutions and International Trade Flows. *Michigan Journal of International Law Michigan Journal of International Law*, v. 26, n. 1, p. 163, *et seq.*.

²⁷ SCHMITT, C. *Il nomos della terra* (1950). Trad. Italiana. Milano: Adelphi, 1994.

²⁸ Cf. COLOMBO, A. Spazio, istituzioni e politica estera in Otto Hintze. *Filosofia Politica*, p. 11, *et seq.* 2011.

Durkheim na tratativa do Direito e relações econômicas. Para Weber, uma ligação entre evolução do direito e desenvolvimento econômico (*market focused*) se contrapõe à observação de Durkheim sobre a divisão do trabalho como causa de novas expectativas e necessidades subjetivas, portanto condicionadas por fatores sociais e culturais, que o direito deve satisfazer (*rights focused*). Esta fronteira está presente no interior dos *legal formants* do sistema jurídico do BRICS. Também aqui se atribui à economia um efeito *spillover* sobre desenvolvimento constitucional, mas nem sempre conforme a taxonomia ocidental euro-americana. Em verdade, a preocupação de convergência dos sistemas legais BRICS é a garantia do mercado interno como fator de crescimento. Por consequência, as teorias aludidas nem sempre parecem funcionar para tal exigência. Países como Índia, China, Rússia e África do Sul, diferentemente classificados, segundo a *Legal Origins Theory*,²⁹ convergem na ênfase do papel político do Estado como garantia do mercado interno no que concerne às tratativas com os investidores externos.³⁰ Nesses casos o Estado, não o mercado, é o principal fator de desenvolvimento.³¹ Ao contrário, no Brasil, sistema de *French Law*, sempre segundo a *Legal Origins Theory*, assiste-se hoje a uma crescente difusão de teorias de *new-constitutionalism* que privilegiam o ativismo judiciário como garantia do mercado interno. Esses exemplos evidenciam uma série de defeitos de comparação nessas teorias legais, caso utilizadas como única lente para leitura dos países do BRICS.

Tais defeitos podem ser identificados em quatro principais elementos. O primeiro é o defeito do paralelismo, ou seja, a ideia de conhecer e compreender a realidade dos países BRICS imaginando-os paralelos e reflexivos em suas tratativas entre direito e economia. Essa ideia funda-se no pressuposto que A. Schleifer denomina de “complementaridade” dos sistemas jurídicos quanto às “exigências” do mercado. Essa característica encontra-se no citado estudo do ISPI, onde cada país BRICS é descrito em paralelo quanto ao sistema político, às relações internacionais, às políticas de segurança e ao sistema econômico. Também a citada hipótese BRICSLAW da *Wisconsin Law School* propõe uma comparação por paralelos que não se encontram, mas são complementares ao mercado.

O segundo é o defeito do círculo hegeliano, ou seja, pressupor uma filosofia da história na qual o Ocidente do Norte do mundo não pode deixar de ser o paradigma

²⁹ SCHLEIFER, A. *I fondamenti giuridici della corporate governance e della regolamentazione del mercato*. Roma: Banca d'Italia 2008.

³⁰ JAYASURIYA, K. (Ed.). *Law, Capitalism and Power in Asia*. London-New York: Routledge, 1999.

³¹ WOO-CUMINGS, M. *The Developmental State*. Ithaca NY: Cornell University Press, 1999.

da leitura das novas realidades emergentes.³² O BRICS é um fenômeno de relações interestatais *post*-atlânticas. Isso é expressão de uma globalização *post* ocidental,³³ o que coloca em discussão o constitucionalismo como monopólio das tradições jurídicas ocidentais do Norte.³⁴

O terceiro é o defeito que L-J. Constantinesco denominava de comparação por subcontratação e interposta pessoa.³⁵ Independe da nova geografia desenhada pelo BRICS e se negligencia o modo operacional “*Legal Network*” e “rede de transferência” de práticas e políticas: um *Knowledge Producer*.³⁶ Portanto, ignora-se completamente a verificação de fenômenos de contaminação das categorias jurídicas que a comunicação entre esses países produz. Não se estudam técnicas, instrumentos e lugares de criação do *legal discourse* interno à geografia do BRICS. O resultado é pressupor que exista uma única linguagem jurídica e que essa pode ser entendida do mesmo modo em cada *legal order*. Por essa razão, Maya Chadda, no que se refere à Índia, invoca critérios não só históricos, mas também geográficos de contextualização do conhecimento de cada país.³⁷

O quarto e último é o defeito do mimetismo. A dinâmica relacional do BRICS não é feita somente de exportação unidirecional de *legal transplants* considerados eficazes e úteis ao mercado. É mais complexa. É feita de *constitutional borrowings* e *policy transfers*, cujos efeitos pertencem, frequentemente, ao *Mute Law* de que fala R. Sacco,³⁸ quando trata dos processos de *decision marking* nem sempre explícitos quanto às causas que os produzem, aos objetivos que perseguem, às formas que assumem.

Sem necessariamente adotar uma epistemologia jurídica construtivista,³⁹ a qualificação do BRICS como “*Legal Network*” permite entender que os fenômenos de produção jurídica transitam também através de “fluxos jurídicos”⁴⁰ de

³² BUSSANI, M. *Il diritto dell'Occidente: geopolitica delle regole globali*. Torino: Einaudi, 2010, especialmente, p. 73 *et seq.*

³³ CASTRONOVO, V. *Il capitalismo ibrido: Saggio sul mondo multipolare*. Roma: Laterza, 2011.

³⁴ NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

³⁵ CONSTANTINESCO, *op. cit.*, p. 123 *et seq.*

³⁶ YAO X.; WATANABE C.; LI, Ying. Institutional Structure of Sustainable Development in BRICS: Focusing on ICT Utilization. *Technology in Society*, v. 31, n. 1, 2009.

³⁷ *Building Democracy in South Asia*. London Boulder: Lynne Rienner Publ., 2000.

³⁸ SACCO, R. *Mute Law*. *American Journal of Comparative Law*, v. 43, n. 3, p. 455 *et seq.* 1995.

³⁹ LADEUR, K.H. Towards a Legal Theory of Supranationality. *European Law Journal*, ano 3, n. 1, p. 33-54, 1997.

⁴⁰ Sobre a relevância e a articulação dos fenômenos de “fluxo jurídico”, veja-se especificamente LUPOLI, M. (*Profili anche linguistici dei flussi giuridici*. Disponível em: <<http://www.accademiadellacrusca.it>>); e LÓPEZ MEDINA, E. D. *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004.

policy transfer, constitutional borrowing, constitutional dialogue, cuja aplicação nem sempre é cognitiva,⁴¹ mas também constitutiva de inéditas formas de “*Community Interest*”.⁴²

4 A centralidade dos “fluxos jurídicos”

Caso se subestime os fenômenos e efeitos do *constitutional borrowing, policy transfer, mute law*, acabar-se-á no pressuposto de que os países BRICS convergem em um “*Legal Network*” não condicionado por fatores determinantes de cada país individualmente. Acabam-se negligenciando propriamente os fatores determinantes, ou seja, a “escala de valores” (de que Constantinesco sempre falava),⁴³ que legitima cada *legal order*: primeiro entre todas as Constituições, o fator determinante por excelência enquanto “acoplamento estrutural”, nos dizeres de Luhmann,⁴⁴ entre direito e política.

Eis porque é fundamental a comparação constitucional entre os países BRICS. Se a igualdade dos objetivos geopolíticos estratégicos conduz à convergência do BRICS como “*Legal Network*”, os fatores determinantes de cada país, a partir das Constituições, condicionam o processo. Consequentemente, somente a comparação constitucional permite individualizar esses condicionantes.

É sabido que o conceito de *conditional convergence* é de origem econômica, sendo utilizado a respeito de países em desenvolvimento. Entende-se que suas economias tendem a crescer mais rapidamente do que as de países ricos, ao menos que os parâmetros de *steady state* de cada país diferem dos outros. Todavia, o conceito de convergência encontra resposta também nas ciências sociais, sendo definido como “*the tendency of societies to grow more alike, to develop similarities in structures, processes, and performances*”.⁴⁵ Nessa perspectiva, compreende-se

⁴¹ Há tempo demonstrado pela comparação política: BÖRZEL, T. A. Organizing Babylon: On the Different Conceptions of Policy Networks. *Public Administration*, v. 76, n. 2, p. 253, 1998; CAROTHERS, T. *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve*. Washington DC: The Carnegie Endowment, 1999; KECK, M; SIKKINK, K. *Transnational Issue Networks International Politics*. Ithaca NY: Cornell University Press, 1998; SINCLAIR, T. Reinventing Authority: Embedded Knowledge Networks and the New Global Finance. *Environment and Planning C: Government and Policy*, v. 18, n. 4, 2000.

⁴² Cf. FASTENRATH, Ulrich. *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

⁴³ CONSTANTINESCO, *op. cit.*,

⁴⁴ LUHMANN N. *La costituzione come acquisizione evolutiva*. Trad. italiana. In: ZAGREBELSKY, G.; PORTINARO, P. P. J. Luther (Cur.). *Il futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996. p. 83 et seq.

⁴⁵ KERR, C. *The Future of Industrial Societies: Convergence or Continuing Diversity?*, Cambridge (MA): Harvard University Press, 1983.

uma multiplicidade de fenômenos como o isomorfismo, a *policy diffusion*, o *policy transfer*.⁴⁶ Existe, portanto, uma divergência entre o significado político-institucional e aquele econômico do termo *convergence*: o primeiro ponto de vista coincide com o desenvolvimento de políticas similares entre os vários países no curso do tempo; na perspectiva econômica, a hipótese de convergência provém essencialmente do teorema do eleitor mediano de Bowen, sendo preciso considerar que a convergência traduz-se em homologação, alinhadamente às preferências dos sistemas econômicos mais ricos e desenvolvidos.

O BRICS, entretanto, por não ser uma *legal order* nem mesmo um simples bloco econômico, mas um “*Legal Network*” e um *knowledge producer*, abre um desafio às observações conceituais sobre convergência,⁴⁷ o que está criando novos parâmetros, vínculos, novas oportunidades, fortemente condicionados pela “escala de valores” de cada país. Autores como Sanz e Velázquez indagam se a globalização estaria em tal grau a ponto de produzir convergências/homologações, ou mesmo transformar os fatores determinantes de algum contexto geopolítico em fatores condicionantes das próprias convergências.⁴⁸

A ideia de convergência/homologação supõe que todos os países desejam obter o mesmo resultado (como sustentam alguns expoentes da *Legal Origins Theory*). Ao contrário, a consideração das *conditional convergences* demonstra que os processos de *policy transfer* são mais complexos.⁴⁹ Os países BRICS podem partilhar objetivos, mas não necessariamente instrumentos, sobretudo se estes são condicionados por fatores legais e constitucionais internos. Ainda se considere que o partilhamento dos objetivos não produz, necessariamente, transformações constitucionais formais ou informais internas às *legal orders*, como acontece na integração regional multinivelada.

Essas constatações são importantíssimas para compreensão das diferenças de *constitutional policy making* do BRICS com a realidade regional multinivelada, como a União Europeia. A convergência entre esses países, realizada através de *constitutional borrowing* e *policy transfer*, vem em modos indiretos, de *lesson-drawing* voluntário, diferentemente do *multilevel approach* europeu,

⁴⁶ KNILL, C. Introduction: Cross-national Policy Convergence: Concepts, Approaches and Explanatory Factors. *Journal of European Public Policy*, 12, n. 5, p. 764-774 et seq. 2005.

⁴⁷ Nesse sentido, tomando o Brasil como exemplo paradigmático: COCCO, G. *Mundobraz: o devir-mundo do Brasil e o Devir-Brasil do Mundo*. Rio de Janeiro: Record, 2009; RAMOS FILHO, W. (Coord.). *Trabalho e regulação no Estado constitucional*. Curitiba: Juruá, 2010; CAMPILONGO, C. Fernandes. *Diritto e differenziazione sociale nei paesi emergenti: il caso Brasile*. Lecce: Pensa Multimedia, 2010.

⁴⁸ SANZ, I.; VELÁZQUEZ, F. J. The Evolution and Convergence of the Government Expenditure Composition in the OECD Countries. *Public Choice*, 119, p. 61 et seq. 2004.

⁴⁹ DOLOWITZ D.; MARSH, D. Learning from abroad: the Role of Policy Transfer in Contemporary Policy Making, in Governance. *An Int'l of Policy and Admin.*, 13, p. 5 et seq. 2000.

que, ao contrário, incide diretamente sobre as Constituições, com transformações informais em mudanças formais. Somente Evans e Buller,⁵⁰ na doutrina, atentaram à importância dessas análises, descrevendo quatro grandes abordagens no estudo de *policy transfer*: a) *process-centered approaches*; b) *ideational approaches*; c) *comparative approaches*; d) *multilevel approaches*.

Um estudo dos “fluxos” que se produzem entre os países BRICS ainda carece ser escrito. Falta também um estudo da dimensão jurídica desses “fluxos” e de seus impactos sobre o sistema constitucional de cada país BRICS. A doutrina jurídica mundial está cada vez mais convencida de que a comparação não pode mais ser usada para estudar somente os modelos, mas também, e sobretudo, os “fluxos jurídicos” abertos à globalização e aos experimentos inéditos de relações entre sistemas jurídicos entre si muito diversos.⁵¹

Compreende-se, ainda, a importância das Constituições nacionais como fatores condicionantes das relações econômicas do BRICS e da vantagem competitiva do BRICS no mercado global. A Constituição é um elemento determinante de soberania econômica dos Estados. Já em 1978, Detlev Dicke⁵² identificava nos documentos normativos expressivos da “escala de valores”, como a Constituição e os textos internacionais como o artigo 2 da Carta da ONU, as fontes de legitimação da soberania da economia dos Estados. Não por acaso David Schneiderman⁵³ observa que grande parte das reformas constitucionais de vários países sejam ditadas por processos de política econômica influenciada por fatores externos aos Estados. Então, é fundamental estudar a dimensão econômica das Constituições dos Estados BRICS e do sistema normativo derivado daquela “escala de valores”. Somente assim é possível individualizar e verificar todos os condicionamentos que podem emergir da dinâmica econômica e institucional do BRICS como “*Legal Network*”. Pense-se na Constituição chinesa.⁵⁴ Também na emblemática parábola constitucional do Brasil, cujos artigos 170, 171, 172 e 176 da Constituição Federal sancionavam, originalmente, um princípio de soberania econômica nacional, visando salvaguardar o capital interno, o aproveitamento dos recursos naturais e a preservação das “reservas de mercado interno” em detrimento de investidores estrangeiros. Essas disposições foram objeto da Emenda nº 6/1995, exatamente numa ótica de “constitucionalização da globalização”,⁵⁵ sendo que hoje esta reforma produz um *Verfassungsdurchbrechung*

⁵⁰ EVANS, M.; BULLER, J. *Policy Transfer in Global Perspective*. Ashgate: Aldershot 2004.

⁵¹ TEBBE, N.; TSAI, R. L. Constitutional Borrowing. *Michigan Law Review*, v. 108, n. 4, p. 459 et seq.

⁵² *Die Intervention mit wirtschaftlichen Mitteln im Völkerrecht: Zugleich ein Beitrag zu den Fragen der wirtschaftlichen Souveränität*. Baden Baden: Nomos, 1978.

⁵³ SCHNEIDERMAN, D. *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment's Rules and Democracy's Promise*. New York: Cambridge University. press, 2008.

⁵⁴ Cf. PISSININI, A. Rinella-I. *La costituzione economica cinese*. Bologna: il Mulino 2010.

⁵⁵ Cf. BERCOVICI, G. Soberania econômica e regime jurídico do capital estrangeiro no Brasil. *Revista brasileira de estudos constitucionais*, v. 17, p. 95 et seq., 2011.

com o princípio do artigo 3º da Constituição brasileira referente ao desenvolvimento econômico e constitucional interno.

Como e até que ponto vínculos constitucionais desse tipo incidem na dinâmica entre os Estados BRICS como “*Legal Network*”? De que maneira os processos de *constitutional borrowing* e *policy transfer* ativados pelo BRICS como *Knowledge Producer* legitimam ou obstaculizam as transformações constitucionais formais ou informais dos países BRICS? Vínculos, limites e possibilidades abertas pelas Constituições dos países podem produzir vantagens competitivas internas ao BRICS como concorrente econômico global? A estrutura macroterritorial continental de quatro dos países BRICS determina problemas institucionais de coesão social e territorial de modo a condicionar internamente as dinâmicas econômicas geradas pelas relações BRICS? A União Europeia, considerada também como espaço macroterritorial, constitui uma referência de *policy transfer* aos países BRICS? Essas e outras perguntas justificam a discussão da doutrina mundial sobre o BRICS.

Merecem respostas porque, caso contrário, não será possível compreender as convergências condicionadas pelo BRICS em suas tratativas internas entre os Estados e nas suas relações com outros atores da cena mundial: em uma palavra, não será possível conhecer este outro lado da globalização.

The Reality of BRICS Countries and the Role of Comparative Constitutional Law

Abstract: Having as object the phenomenon of international relations called “BRICS”, which is producing trades and “fluid” connections of policies and legal rules among the new great emerging economies of this century (Brazil, Russia, India, China and South Africa), the study aims to examine some of its possible constitutional implications, indicating the limits and possibilities of legal research on the issue from the perspective of Comparative Constitutional Law.

Key words: BRICS. Juridical flows. Comparative Constitutional Law.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARDUCCI, Michele. A realidade dos países BRICS e o papel do direito constitucional comparado. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 205-217, out./dez. 2012.

Recebido em: 03.08.2012

Aprovado em: 14.08.2012